núm. 1
(2019)

Revista electrónica de acceso abierto editada por la *ASOCIACIÓN DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO*, i-Latina.

URL: http://www.cervantesvirtual.com/
DOI: 10.14198/i-Latina.2019

Revista i-LATINA
1 (2019)

Presentación

Este número 1 de la Revista i-Latina recoge artículos libres, reseñas de libros, un comentario a una sentencia, los documentos principales del II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo latino, celebrado en Río de Janeiro, del 11 al 13 de julio de 2018, cuya información (ponencias, videos, etc.) puede hallarse en https://www.conpedi.org.br/eventos/ilatina, y la sección de discusión.

El Comité Ejecutivo de la Revista i-Latina tiene entre sus responsabilidades estatutarias crear y mantener una revista académica que sirva de instrumento para la consecución de los fines de la Asociación.

La presente Revista es el seguimiento de aquel encargo.

Consejo Editorial

Alí Lozada
Coordinador Científico

Juan Antonio Cruz.
Diego Duquelsky.
Isabel Lifante.
Henrik López.
Eric Millard.
Francesca Poggi.
Claudia Roesler.
Jesús Vega
Rocío Villanueva.

Comité Asesor

Josep Aguiló.
Juan Pablo Alonso.
Rodolfo Arango.
Manuel Atienza.
Juan Carlos Bayón.
Carlos Bernal.
Marcelo Campos Galuppo.
Carlos María Cárcova.
Javier de Lucas.
Francisco Ezquiaga.
Jordi Ferrer.
Juan Antonio García Amado.
Marina Gascón.
Ricardo Guastini.
Enrique Haba.
Antonio Hespanha.
Mario Jori.
Francisco Laporta.
Daniel Mendonca.
Josep Joan Moreso.
François Ost.
Ana Pintore.
Carlos Peña.
Rogelio Pérez-Perdomo.
Ana Rubio.
Alfondo Ruiz Miguel.
Oscar Sarlo.
Agustín Squella.
Michel Troper.
Rodolfo Vázquez.
Rodolfo Vigo.
Francesco Viola.

Revista LATINA
1 (2019)

Tabla de contenidos

Presentación

Artículos libres

Audiências públicas e a possibilidade de construção plúrima de decisões judiciais: Uma análise à luz do Direito Brasileiro.
Claúdia Albagli Nogueira

Sobre el caos y la juridicidad en la era global pos moderna
Christian Alfaro Muirhead

Una mirada actual a la Ilustración
Valentín Bartra Abensur

La storia delle Teorie. Spunti per una Filosofia del Diritto 'Latina'
Ilario Belloni

Democracia y personas trans
Francisco Hurtado Delgado

La Filosofía del Derecho frente a los desafíos del Constitucionalismo (inter)nacional
Tecla Mazzarese

Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)
José Juan Moreso

Sobre la práctica de juzgar y su racionalidad
Jesús Vega

Democracia, desigualdades y justicia global
Rodolfo Vázquez

Reseñas de libros

"Lógica VIVA" (Vaz Ferreira) como base de pensamiento para contraponer a la hegemonía del «geometrismo» en la actual Teoría del Derecho
Enrique P. Haba

Reseña crítica del libro "La deriva reaccionaria de la Izquierda", de Félix Ovejero, Letra Indómita, Barcelona, 2018, pp. 381.
Guillermo Lariguet

Reseña del libro "Lo público y lo privado: problemas de Ética Jurídica" de Isabel Lifante Vidal, Buenos Aires y Montevideo: B de F, 2018, 148 pp.
Lucas E. Misseri

Comentario al libro "Filosofía del Derecho y transformación social" de Manuel Atienza
Javier Ortiz Flores

Crítica del libro "Ética para máquinas", de José Ignacio Latorre, Ariel, Barcelona, 2019, 320 págs.
Marc-Abraham Puig Hernández

Comentarios a sentencias

La Corte Suprema Italiana rechaza la maternidad subrogada en el nombre del orden público internacional. Comentario a cassazione, 12193/2019
Claudio Sartea

II Congreso i-Latina

Relatoría "Gênero e Teoria do Direito"
Cecilia Cabellero Lois

Relatoría "Crisis de democracia y desigualdad"
Juan Antonio Cruz-Parcero

Relatoría "Justicia de transición"
Manuel Gándara Carballido

Relatoría "Estado de excepción y Estado Constitucional de Derecho"
Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

Relatoría “Activismo judicial y judicialización de la política”
Isabel Lifante-Vidal

Relatoría “Derecho, razones y racionalidades” primera parte
Mariana Isern

Relatoría “Derecho, razones y racionalidades” segunda parte
Diego Luna

Relatoría “Nuestros clásicos”
Henrik López Sterup

Discusión

En defensa de “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo
Alfonso García Figueroa

Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)
Manuel Atienza Rodríguez

i-Latina 1 (2019): 1-17
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.01

Audiências Públicas e a possibilidade de construção plúrima de decisões judiciais: Uma análise à luz do Direito Brasileiro.

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA
Universidade Federal da Bahia
claudiaalbagli@gmail.com

RESUMEN

Las audiencias públicas son un instrumento importante para pluralizar la interpretación legal y democratizar el proceso. Además de convocar a la sociedad para que sea un coparticipante en el proceso, garantiza la recopilación de argumentos que ayudan a las decisiones judiciales, lo que permite una mayor legitimidad social. La base legal, las reglas de operación y el análisis de las audiencias ya realizadas conducen a este hallazgo. Sin embargo, el análisis crítico de este instituto es necesario debido a su uso tímido en la legislación brasileña, así como a los conceptos erróneos prácticos que se encuentran en el análisis empírico y al enfoque crítico de la legislación.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción, juicio, juez, práctica de juzgar, racionalidad, concepciones, Derecho.

ABSTRACT

Public hearings are an important instruments to pluralize legal interpretation and democratize the trial. Besides summoning society in order to become a co-participant in the trial, it guarantees the compilation of arguments that may help judicial decisions, which allows more social legitimacy. Legal base, operations rules and analysis of hearings lead to this outcome. However, critical analysis of this institution is necessary due to its shy use in Brazilian legislation, as well as wrong practical concepts which are found in empirical analysis and critical approach of legislation.

KEYWORDS: adjudication, trial, judge, judging practice, rationality, conceptions, Law.

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

1. INTRODUÇÃO

O direito não se distingue dos outros campos de conhecimento enquanto ciclo do pensamento. Assim como nas demais ciências, vão se sucedendo etapas de construção do pensamento jurídico sustentadas em afirmativas, por sua vez negadas por outras correntes, de modo que ao longo do tempo somos capazes de perceber afirmações e caracteres que podem ser identificados com essa ou aquela escola do pensamento.

Também não se distancia o direito do ciclo cumprido pelas ciências humanas como um todo. Fundou-se primeiramente em bases metafísicas e foi fortemente influenciado pelos mitos, depois pela Igreja e, posteriormente, abraçou as concepções racionalistas, superlativando este paradigma quando do positivismo jurídico. Por fim, reconhecendo a insuficiência do referido modelo, já com o pensamento pós-moderno, fragmentou-se em novas e várias tentativas de resposta às deficiências do sistema jurídico, caminho este ainda em curso.

Podemos e devemos pensar o direito como realidade parte de um universo macro, e não como sistema apartado ou estrutura a subjugar relações estabelecidas. Não há de se negar a autonomia do direito; o que se quer exatamente é pensá-lo como modelo em diálogo com as diversas realidades que o circundam e que com elas guardam relação intrínseca e inexcedível.

Dois principais pontos desde já balizam a nossa redação: a relação direito × política, destacando questões como a percepção do Judiciário enquanto poder, a sua consolidação como instituição democrática e os desdobramentos e reflexões necessários para o que se acredita ser o avanço dessa visão; e a relação direito × moral, que perpassa todo o desenvolvimento do pensamento jurídico e é o ponto de inflexão entre o positivismo jurídico e as concepções mais atuais do direito, que negam veementemente separação entre direito e moral .

Pretende-se, portanto, trazendo à baila as relações direito × política e direito × moral, discutir e levantar questões que levam a um novo tempo, onde o direito se abre e trabalha uma relação dialógica, as contribuições que podem ser dadas para a consolidação do Estado democrático e a aproximação do Poder Judiciário em relação à sociedade.

Esta aproximação é aqui refletida através do instrumento das audiências públicas, mais especificamente aquelas previstas pela Lei 9868/99, no bojo dos processos de controle de constitucionalidade. Compreende-se que esta aproximação se dá pela via procedimental, porque nela está a abertura para a participação da sociedade e possibilidade de colaboração desta na prestação jurisdicional.

A convocação da audiência pública decorre do reconhecimento do próprio Judiciário de que algumas questões jurídicas não podem ser resolvidas sem uma consulta à sociedade. São temáticas que ultrapassam a lógica subsuntiva de simples aplicação da norma e exigem, para a sua possível solução, a ampliação da escuta da sociedade, tendo nitidamente caráter valorativo, ou seja, conhecer de qual maneira vê a sociedade aquele tema, quais valores são nutridos e devem ser abraçados para uma decisão legitimada.

A audiência pública é o reconhecimento de que as questões de valor são muito suscetíveis às indefinições, aos paradoxos. Quer-se, pois, criar um mínimo de objetividade num terreno que tem pouco ou quase nada de objetivo. Para tanto, faz-se uma pesquisa através da permissão ampla da elaboração de argumentos, inclusive morais, para alimentar uma decisão jurídica, morando aí a institucionalização.

A realidade que se nos apresenta é de reconhecimento da relação entre direito e moral, fato comprovado pela própria posição do Judiciário, que autoriza as audiências públicas na tentativa de não ser arbitrário em sua decisão e ouvir a

sociedade no que esta tem a colaborar, possibilitando assim debater a eficácia da positivação da ética, como se faz nas linhas seguintes.

Sustenta-se a hipótese de que o uso de argumentos morais durante as audiências públicas pode levar à institucionalização da ética, considerando que esses são formulados em condições ideais de liberdade e participação equitativa de sujeitos, que são eles assimilados e incorporados à sentença, resultando em instituição pela possibilidade de oficialidade, racionalidade, permanência e obrigatoriedade da decisão.

2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem procurado aperfeiçoar os mecanismos de abertura processual adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica atualmente vigente. Dessa maneira, criaram-se modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira.

Prova disso é a introdução de institutos processuais que indicam ampliação do espaço dos sujeitos no processo, a exemplo do amicus curiae e da audiência pública, apresentando resultados para a democratização do Judiciário e para a interpretação da Constituição Federal.

A audiência pública, de maneira mais específica, surge como uma forma de escuta da sociedade, tanto assim que não é prevista exclusivamente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, atendendo ao propósito de abertura democrática do Judiciário. Resultam das exigências da pós-modernidade, que tem na sua complexidade a impossibilidade da compartimentalização de saberes,

convertendo-se a sociedade e a sua riqueza de informações recurso fundamental à prestação da justiça, ao direito cabe adequar-se à realidade social.

Aqui, contudo, interessa o estudo das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nestas condições, é cabível a realização de audiências públicas no curso de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9868/99, art. 9°) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99, art. 6°, §1°). A audiência pública aparece como recurso auxiliar à formação da convicção do julgador, munindo-o de informações necessárias ao deslinde da ação.

O art. 9° da Lei 9868/99 determina que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o STF requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre questão constitucional em debate, além de realizar audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Na ADPF, o cabimento da audiência pública encontra respaldo na literalidade do art. 6°, § 1°, da Lei 9882/99, que determina a possibilidade do relator convocar audiência pública se entender necessário.

Desse modo, surge a audiência pública como um segundo instrumento de abertura nos processos constitucionais, com a peculiaridade de implicar a participação de entidades e/ou profissionais que não são bacharéis, mas que ali estão como membros da sociedade, o que demonstra a amplitude do recurso a informações adicionais que municiem a formação da convicção dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A previsão da possibilidade de realização da audiência pública nas ações constitucionais, bem assim o seu funcionamento, parece-nos indicar que o formalismo processual vem sendo repensado no intuito de flexibilizar o seu funcionamento, especialmente para que haja abertura à sociedade e sua participação no processo e configuração da decisão judicial.

Acresce-se o fato de realizar a abertura pelo espaço discursivo, portanto, na interpretação e argumentação em torno da situação tratada. A abertura processual se dá no espaço procedimental-discursivo, onde pela dialética (troca de ideias) passa a sociedade a ser mais do que mera receptora da decisão judicial, como também colaboradora, conformadora.

É neste ponto que é defendido haver democratização do Judiciário. Compreende-se que pensar num Judiciário democrático não se refere apenas ao amplo acesso às suas instâncias, a democratização deve ir um pouco além, na elaboração plural da decisão judicial, como ocorre no uso da audiência pública pela Suprema Corte.

A realização das audiências públicas permite a conjugação de argumentos jurídicos e não-jurídicos, suprindo uma possível deficiência do julgador, que, ainda que se esforce, não pode alcançar a toda e qualquer matéria que chegue ao STF. João Maurício Adeodato, analisando a extensão da atividade decisória, diz que "esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo".

A leitura do artigo 9° da Lei 9868/99 mostra a que serve a audiência pública, sugerindo o seu uso para valer-se da experiência e autoridade sobre matérias fora do âmbito jurídico e das quais naturalmente desconhece o julgador.

O raciocínio nas audiências públicas é indutivo, posto que vem de argumentos derivados de situações particulares, construindo na intersubjetividade desses argumentos a base para a decisão judicial, a qual formulará norma geral para situações semelhantes. Por si só, esta condição já é prova de que o que temos na atualidade do direito é diferente do modo como tradicionalmente se construiu o pensamento jurídico, antes baseado no chamado raciocínio dedutivo ou lógica da subsunção.

Ademais, considera-se ainda a formação da consciência cidadã, pois exige em algumas hipóteses a organização de Associações, formação de conglomerados sociais que comunguem interesses, objetivos e necessidades e, em defesa destes, chegue até o desenvolvimento do instituto tratado. Dessa maneira, passa a sociedade a se apoderar do processo não somente por meio da representação técnica especializada, mas diretamente por seus pares. É um modo de

Cabe destacar que, com as audiências públicas, não se pretende formar maiorias nem ir em busca de opiniões conjunturais tomadas pelas massas derivadas da grande mídia e que de maneira sazonal aderem a uma dada linha opinativa. Não é esse o propósito da audiência pública; não é buscar ouvir aquilo que diz a maioria. Pelo contrário, vale-se da abertura cognitiva para desvendar o senso ético da sociedade, o senso comum como extrato ético do social, dando legitimidade, dessa maneira, à decisão resultante do seu procedimento.

O senso comum, enquanto sentido ético compartilhado pelos sujeitos, é que se procura resgatar a partir da possibilidade de fala dos indivíduos de uma sociedade. Esse espírito ético comum que deve ser buscado por aqueles que recorrem ao instituto e fazem dele uma ponte para a solução das demandas que lhe são postas, soluções essas que mais se aproximam da legitimidade exatamente pela sua capacidade de juridicizar e universalizar o sentido subjetivo das questões levadas ao Judiciário.

Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, constatamos a realização de dezoito audiências públicas em ações de controle de constitucionalidade. São elas: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); ações afirmativas (ADPF 186 e RE 597.285); judicialização do direito a saúde, fetos anencéfalos (ADPF 54); importações de pneus usados (ADPF 101); Lei Seca (ADI 4.103); proibição do uso do amianto (ADI 3937); novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil (ADI 4679 e ADI 4756); queimadas em canaviais (RE 586.224); campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE 627.189); financiamento de campanhas eleitorais (ADI 4650); biografias não autorizadas (ADI 4815); Programa Mais Médicos (ADI 5037); ensino religioso em escolas públicas (ADI 4439); internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE 581.488); alteração no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (ADI 5062 e ADI 5065); uso de depósito judicial (ADI n.°5.072); novo Código Florestal (ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937); armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos (RE 973.837); Suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais (ADPF 403); direito ao esquecimento na esfera civil (RE 1010606); interrupção voluntária da gestação (ADPF 442); Política de preços mínimos de transporte de carga rodoviária (ADI 5956); transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas (ADI 5624); conflitos federativos fiscais dos estados e da união (ACO 3233) .

Dessa maneira, observa-se que é um instituto ainda timidamente usado, considerando que as legislações suprarreferidas têm vinte anos de existência. Por outro lado, tem sido um instituto usado em ações de grande repercussão social.

Peter Häberle chama a atenção para o fato de que quem vive a norma acaba por interpretá-la e convoca à ideia de que a interpretação da Constituição dever ser feita pelos participantes do processo social, já que a Constituição Federal é fruto e

elemento conformador desta sociedade. Segundo ele, quanto mais uma sociedade é pluralista, mais aberto deve ser o processo de interpretação constitucional.

Parece ser este o intento da audiência pública: chamar à Corte aqueles que vivenciam a norma, na crença de que a democratização da interpretação constitucional possibilitará a produção de sentenças mais próximas da realidade social. A liberdade na construção de argumentos, formando uma cadeia comunicativa determinante para a decisão final do STF.

Adere-se à visão de que não existe uma única decisão correta, mas a decisão mais razoável, considerando as circunstâncias apresentadas e os fundamentos levantados. Isso permite dizer que em outras circunstâncias o juiz poderia chegar a outra definição igualmente acertada para o momento. Daí que é possível entendermos a audiência pública como um recurso usado para procurar alcançar a melhor resposta à demanda proposta, reconhecendo-se que, para isso, necessário se faz ultrapassar os limites das partes e ouvir a sociedade, na possibilidade de que seus argumentos ajudem para a melhor sentença.

Toda a construção procedimental da audiência pública e a possibilidade do cabedal argumentativo nela desenvolvido servir à decisão têm uma única finalidade, que é permitir alcançar a decisão mais correta possível ou a melhor fundamentada, que não gere contestações ou que gere poucas, e por isso se legitime.

À medida que o processo constitucional, em razão de suas peculiaridades, ganha contornos distintivos e possibilita uma nova forma de apreciação das demandas, dando uma maior liberdade para a formação da convicção judicial, a realização das audiências públicas surge como meio de propiciar esta abertura, sendo que os argumentos ali produzidos possibilitarão a motivação das decisões judiciais e a sua maior legitimidade social. Mesmo mínima que seja a legitimidade, ela se acha na relação de sujeito a sujeito. A mesma intersubjetividade que condiciona a

pluralidade de argumentos a formar o lastro para futura decisão judicial na audiência pública é também o alvo a que se dirige a decisão e que deverá nela encontrar receptividade para se dizer legítima.

Conforme Perelman, o papel e a importância da retórica em direito aumentam com o crescimento e a independência do poder judiciário, pelo menos na medida em que este procura motivar as suas decisões e não as impor por via autoritária. A audiência pública, tal como se apresenta nas legislações citadas, qualifica-se pela participação efetiva do público no procedimento como parte na conformação do sentido jurídico, caracterizando verdadeira materialização do princípio participativo.

A audiência pública aparece como mais um elemento resultante do Estado democrático de direito, que tem a pretensão de dar azo à positivação do justo pela ampliação do espaço de participação social. O Estado constitucional democrático é a realidade fundamental para movimento jurídico como esse, que pretende ampliar a efetiva cooperação da sociedade no processamento judicial das questões.

Agora, pergunta-se: é a decisão resultante das audiências públicas uma tomada de posição do julgador perante uma situação valorativa a ser decidida?

Considerando que no âmbito das audiências públicas foram formulados argumentos morais, colocar-se o julgador contra ou a favor destes, pode, sim, ser considerado tomada de posição. As audiências públicas como previstas nas legislações apontadas têm uma dupla finalidade nos processos em que é conclamada: atende a uma perspectiva substancialista, já que através do seu espaço de comunicação o Supremo Tribunal Federal abre para o debate amplo de questões morais e existenciais, e interessa responder em conteúdo às demandas em que ela acontece. Portanto, tem a audiência pública função colaborativa em relação ao conteúdo da decisão.

Da mesma maneira, uma função procedimentalista é extraída da audiência pública, já que parte da legitimidade da decisão judicial resulta do modo democrático pelo qual se constroem os argumentos a subsidiar a convicção do julgador, ressaltando a participação da sociedade através de entidades organizadas, ou através de pessoas físicas, em quaisquer dos casos sendo a audiência espaço fundamental.

O aspecto procedimental se destaca porque é nele que se viabiliza a real proposição dos argumentos durante o curso da audiência e, desse modo, a colaboração em conteúdo de que se falou há pouco. É também o aspecto procedimental que permite falar em abertura democrática do Judiciário, pois se passou de um modelo processual subjetivamente limitado para o ingresso e participação de colaboradores da sociedade habilitados à fala. Portanto, o procedimento, ao mesmo tempo em que possibilita participação social na formação da opinião judicio, é também fonte de legitimação da decisão.

É bom lembrar, por fim, que a audiência pública não substitui o espaço de representação popular exercido pelos demais poderes. O fato de o Judiciário conclamar e ouvir a população não faz com que a audiência pública substitua formas outras de participação social nos poderes estatais. O Judiciário não quebra a harmonia e independência dos poderes ao autorizar que a sociedade venha até o Supremo Tribunal formular argumentos que possam colaborar com o deslinde da demanda.

Não se desfaz o consenso entre os poderes quanto à forma de exercício de poder, ao contrário, procura contribuir para o seu sucesso. A audiência pública gera poder através da comunicação, da possibilidade do exercício livre do discurso e da participação direta nas decisões do Estado, fazendo frente ao poder administrativo racionalizado em decisões que se valem de normas estabelecidas e de políticas escolhidas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OBSERVAÇÕES CRÍTICAS ÀS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Embora muito se tenha avançado com a previsão legislativa, limitações ainda se apresentam no mecanismo e uso das audiências públicas, desde a ausência de conhecimento e preparo dos participantes do processo para a efetiva colaboração na formação da convicção dos ministros até as próprias falhas no procedimento previsto no Regimento Interno do STF, que apresenta omissões relevantes ao uso do instituto jurídico.

Para pensar a questão das audiências públicas e da participação dos sujeitos nelas, temos que tomar como premissa a noção de democracia que sugere ser assimilada na prática do Judiciário e que considera todo indivíduo suficientemente qualificado para participar das decisões coletivas de uma associação que afete seus interesses.

Em estudo de dados e análise documental das atas e vídeos das audiências públicas, um dos primeiros problemas observados é a ausência de preparo dos participantes no procedimento em análise, talvez pelo desconhecimento da sua função no âmbito do espaço procedimental ofertado.

A audiência pública, conforme o que se extrai da leitura das legislações autorizativas, serve para fornecer aos ministros informações técnicas, preferencialmente não-jurídicas, que sejam determinantes para o deslinde da ação constitucional. A ideia é municiar a Suprema Corte de dados relevantes que ajudem na apreciação da questão judicial, mas que não estejam no domínio do próprio conhecimento jurídico. É, pois, fundamental que as entidades escolhidas para a apresentação nas audiências públicas tragam à baila dados, índices e estudos que somem e colaborem para a formação da convicção dos julgadores.

Otfried Höffe fala em processo comunicativo de decisão, colocando como uma das exigências a capacidade e disposição dos participantes, sem o que, explica ele, não haveria resultado prático. De nada adianta se o tempo designado a cada um dos participantes for utilizado tão somente para a exposição de dados legislativos, o que já é de conhecimento dos ministros. É indispensável que as entidades tenham consciência de que a sua colaboração depende principalmente da produção de informações técnicas não-jurídicas, estas sim contribuintes para o alcance de resultado prático, qual seja, a consideração dos argumentos produzidos pela sociedade na decisão judicial.

Para que haja funcionamento de uma instituição é fundamental que seja transmitido o significado dela através do reconhecimento social. Assim, os atores potenciais da ação institucionalizada devem tomar conhecimento, serem "educados" para tanto. Esse preparo é que permite falar em igualdade entre os partícipes e no exercício equitativo das oportunidades ofertadas pelo procedimento.

Uma segunda questão que se apresenta em relação às audiências públicas, é a ausência de um critério claro de escolha dos participantes. A regulamentação encontra-se no Regimento Interno do STF, que no seu art. 154 fala apenas que deverá ser garantida a participação de diversas correntes, ficando a escolha a critério do ministro relator, bem assim tempo e ordem das manifestações.

Embora o artigo transcrito fale da necessidade de correntes diferentes serem ouvidas no espaço da audiência pública, não há publicidade das entidades ou especialistas que tentaram inscrição, mas tão-somente a lista dos habilitados, que fica a cargo da escolha discricionária do ministro relator.

É claro que se espera do membro do STF razoabilidade na decisão de habilitação para a audiência pública, mas seria bastante interessante que houvesse a

divulgação de todos quantos tentem a habilitação e a própria escolha estivesse acompanhada do mínimo de fundamentação, como se exige de qualquer decisão judicial.

O caminho do princípio do discurso que garante o consenso não coercitivo é indireto, desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob pontos de vista da imparcialidade. Utilizando desse pressuposto, nota-se que para que reste assegurada a legitimidade das audiências públicas, é indispensável que o STF garanta sua imparcialidade no processo de escolha dos participantes e que, por decorrência lógica, isto alcance a própria decisão judicial. Se não houver certeza da imparcialidade do procedimento, não é possível falarmos num real e legítimo consenso. Deve haver igual distribuição de responsabilidades e oportunidades entre os participantes para que seja possível acreditar que os pactos a se chegou são conforme a equidade.

Ademais, a intimação do habilitado deveria ser acompanhada de uma cartilha orientadora (também a ser disponibilizada no site), de maneira que os participantes tomassem conhecimento das regras e da função da audiência pública, tornando-os ainda mais capacitados a colaborar democraticamente no processo judicial.

Por outro lado, a consideração dos argumentos não pode ser aleatória e ilimitada; ao contrário, deve ela tomar uma linha-limite (no caso a solução do conflito que se põe) que leve à especificação de condições e possibilite um progresso do processo de aprendizagem. As condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema de uma determinada época possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força da motivação racional inerente a eles.

É esta avaliação determinante para se falar em sucesso do mecanismo da audiência pública, ou seja, a existência da linha-limite à formulação dos argumentos,

e a certeza de que, dentro do possível, os argumentos relevantes serão ventilados pela oportunidade de formulação no âmbito do espaço procedimental. E também, ainda, a garantia de condições mínimas de igualdade e não coerção dos participantes do processo livre de argumentação.

A figura do auditório universal mostra-se importante à regulação do processo argumentativo como destinatário ideal dos argumentos disputados de maneira não coercitiva. A não coerção é premissa inexorável do processo argumentativo, sendo que deve funcionar à luz da busca cooperativa da verdade, onde os sujeitos participantes do processo tenham igual respeito e consideração, colaborando equitativamente para a formação da decisão judicial.

A derradeira questão quanto às audiências públicas é o seu resultado prático, ou seja, a existência ou não de consideração dos argumentos produzidos na decisão final do STF. Em outras palavras: há efetiva consideração pelos ministros dos argumentos produzidos nas audiências públicas ou é apenas um teatro jurídico televisionado que se realiza para fazer valer a regra prevista na legislação pátria? Se sim, quais os limites dessa consideração e em que medida pode-se pensar a partir disso a institucionalização da moral?

É essa a mais relevante das questões, porque se tornaria inócua a realização da audiência pública se esta não produzir nenhum resultado prático quando da apreciação pelo STF da causa que a originou.

A análise de decisões emitidas pelo STF demonstra que há a consideração dos argumentos formulados nas audiências, até mesmo porque as ações julgadas tratam de temas que exigem uma profundidade científica e/ou técnica que foge ao conhecimento jurídico do julgador, sendo mesmo fundamental que ele se valha das opiniões técnicas formuladas durante as audiências públicas.

Importante que se observe esse elemento, pois a função última das audiências públicas é produzir decisões socialmente efetivas, porque democraticamente elaboradas a partir da consideração da pluralidade de argumentos produzidos pela própria sociedade. Se da realização da audiência pública não decorre esse resultado, estamos a tratar de um instituto natimorto.

Quanto mais a decisão for produto dos argumentos trazidos pela sociedade, maior a sua legitimação e a possibilidade de produzir resultados efetivos. Ainda é fundamental, pela conjuntura social que se apresenta na atualidade, que o STF abra um canal de diálogo direto com os movimentos sociais para permitir e atrair a sua participação nas audiências públicas. Pouco se tem visto de movimentos sociais organizados colaborando, quando em verdade são eles os destinatários de muitas das mudanças proporcionadas pelas decisões do STF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATIENZA, Manuel. Trás la justiça: uma introdução al direito e al razionamento jurídico. Barcelona: Ariel, 1993.

DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político. São Paulo: Método, 2006.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, 2v.

HÖFFE, Ofried. Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

MURICY, Marília. Senso comum e direito. São Paulo: Atlas, 2015.

PERELMAN, Chaim. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

i-Latina 1 (2019): 1-19
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.02

Sobre el caos y la juridicidad en la era global pos moderna

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD
Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago
calfaro@pjud.cl

RESUMEN

La necesidad de una carta política coherente, que se haga cargo de las inconsistencias de la constitución de 1980-2005 es una cuestión impostergable luego de algo más de 200 años que llevamos como país de vida independiente de cara ahora, al menos, a la Modernidad. El recurso de protección, la noción de derechos fundamentales, la escasa fluidez de la relación derecho interno con el externo, la propietarizacion excesiva de los derechos fundamentales, el carácter sucedáneo de la protección del derecho contencioso administrativo y su elefantiasis en Santiago, la capital del país, el control de convencionalidad y su rol ante las cortes internacionales de la era global, no resultan posibles en tanto que instrumentos en una acción racionalizadora, jurídico-judicial, dentro de los marcos institucionales antes apuntados.

PALABRAS CLAVE: Modernidad, caos, derechos fundamentales, Estado de Derecho.

ABSTRACT

The need of a coherent political constitution that takes care of the inconsistencies from 1980-2005 constitution, is a matter that cannot be postponed after more than 200 years as an independent nation, facing now Modernity. Petition of protection, fundamental rights idea, limited fluency of internal law with external law, excessive ownership of fundamental rights, substitute feature of administrative litigation law protection and its elephantiasis in Santiago, capital of the nation, conventionality control and its role before international courts in the global era, does not result possible as instruments in a rationalizer action, legal-judicial, inside the institutional parameters that were pointed.

KEYWORDS: Modernity, chaos, fundamental rights, Rule of Law.

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

*"Como para Hegel la idea de **la voluntad libre** significa "el principio y por ello el comienzo de la ciencia del derecho", la naturaleza no puede ser, en su exposición del derecho natural, la base del derecho. Por tal razón el nombre adecuado para lo que **Hegel** explicita en su obra –Derecho natural y ciencia del Estado, de 1821- es el de derecho racional*

(Vernunftlehre o Philosophische Rechtlehre)"

*"El espíritu se extrae de la naturaleza y produce la naturaleza, se da sus leyes él mismo. **La naturaleza no es, pues, la vida del derecho"** Parágrafo 3 anot.*

K.H.Ilting

*"En efecto, **el pensamiento medieval dice nunc stans.** Y ésa es la interpretación de la esencia de la eternidad."*

M. Heidegger

El derecho y su función, desde la perspectiva de las llamadas *ciencias duras*, en el sentido que las trabaja hoy el neo hegeliano Zizeck, más allá de su naturaleza convencional, positiva, en lo esencial ***descansa en su estructura de inefable carácter imputativa***, *no causal*, ***en una enorme ficción***, según lo admitiera en su tiempo el célebre jurista austro-americano, luego de dos guerras mundiales y después del macartismo del que llegara a ser víctima, más allá de su jubilación en la Universidad de Berkeley, Hans Kelsen, uno de los fundadores del círculo de Viena, en otra de sus reputadas polémicas, esta vez, con Karl Olivekrona de la Universidad de Lund; y, que éste consigna en su versión castellana de 1980 de su obra en inglés Law as Fact, el Derecho como Hecho. Con todo, la versión de 1935, traducida en Argentina en los 60, fue incluso más radical que la segunda. La dicotomía *derecho-fuerza*, en el sentido hegeliano de ésta, no aparece ya tratada en aquélla segunda versión. Esta *categoría, no debe olvidarse, es fundamental* en la Fenomenología del Espíritu del profesor de Berlín, cuando preparaba durante su rectorado el proyecto de una mejora de la misma. Es más, hoy, entre nosotros, la cuestión debido a ello, es doblemente más profunda que la que señalan Darnaculleta i Gardella, profesora de Derecho Administrativo en la U. de Girona, conjuntamente con otros académicos de Barcelona y de la U. de Frankfurt am Main, en la edición de su obra **Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización:** "El siglo XXI se avecina complejo y repleto de incertidumbres. La incertidumbre y la complejidad se han apoderado de

las instituciones públicas y privadas, que fueron creadas para garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones sociales. La certeza del Derecho y la fiabilidad del Estado se desvanecen mientras estas instituciones se enfrentan a las transformaciones que se vienen gestando desde finales del siglo pasado en las estrategias de regulación –cada vez más flexibles y abiertas- y en los procesos de decisión jurídica –cada vez más complejos e influenciados por instancias supranacionales-. Las dudas sobre el futuro del Estado y del Derecho se intensifican cuando estas instituciones se topan –además- con las consecuencias de la incertidumbre científica. Según un diagnóstico cada vez más extendido, *las ciencias naturales* está renunciando a su vocación de ofrecer certezas y piden a la sociedad que renuncie también a sus pretensiones de absoluta seguridad. La denominada *sociedad global del riesgo* es una sociedad que no solamente debe enfrentarse a las consecuencias inesperadas del desarrollo científico y técnico, sino que se enfrenta también, de forma inquietante, a los límites del conocimiento humano." El estado de las cosas en las ciencias jurídicas y sociales, quiérase o no reconocer, es una cuestión de veras preocupante.

En suma, ***más allá del problema de la inestabilidad de las fuentes del derecho o de su carácter extremadamente difuso en nuestro medio,*** "estos límites que sirven igualmente de acicate a la comunidad científica, se erigen como un problema de difícil solución para las instancias que se encuentran –en general- en *la tesitura de adoptar decisiones jurídicas en contextos de desconocimiento, de ignorancia, de incertidumbre, en suma*. La búsqueda de referencias extramuros del Estado y de las concepciones normativas del Derecho para la adopción de tales decisiones, es precisamente, el eje en torno a cual giran los trabajos" de juristas y pensadores, no solo en España o Alemania, cuanto que también entre nosotros, los chilenos, de cara a nuestras *significativas reformas constitutivas de sentido jurídico e institucionales*, en tiempos –oficialmente- muy próximos. Es más, el físico chileno Francisco Claro Huneeus, en la obra que se cita luego, define el "*caos; o al régimen caótico, como la situación en la cual "pequeñas diferencias"* ***en las condiciones con que se inicia un proceso*** *se amplifican exponencialmente con el tiempo"*. Qué decir

sobre este aserto en el *ahora nada improvisado como tiempo de origen guzmaniano* en el que deberán debatirse de forma necesaria hacia el futuro -por todos- las bases fundamentales de nuestras instituciones jurídicas y sociales en el Chile de hoy, completamente fuera de la guerra fría o del pathos de una sobre ideologización interna, de corte tremendista, falazmente ética, a partir de una filosofía autoritaria, teológico-escolástica, contraria de manera radical a una racional y auténtica secularización, con respeto a la democracia; y, en verdad, responsables esta vez ante la modernidad.

La *norma hipotética fundamental o norma supuesta*, la Grundnorm, **apuntando con ello a las constituciones de los más variados órdenes jurídicos,** *debe fingirse básicamente como existente por una cuestión metodológica* no solo desde un punto de vista kantiano, según Kelsen; esto es, a partir de una determinada teoría, científica, del conocimiento jurídico, cuanto que también –da igual- desde una perspectiva fáctica o empírica. *La costumbre y la práctica de la interpretación jurídica en un sentido amplio* y la hermenéutica constitucional en particular han jugado aquí un rol por lo demás indesmentible. En Chile, ha resultado -*entre otras innúmeras sentencias*- suficiente o paradigmático en dichos respectos sobre esta cuestión referir en su tiempo, por ejemplo, el *fallo harto desvertebrado del Tribunal Constitucional* recaído en una discutida disposición del Código de Bello sobre el matrimonio civil; como que hubo que reconocerse, muy pronto, por los legisladores y jueces nacionales, *en sus necesarias e imprescindibles actualizaciones jurídicas* en nuestro medio, sin tocar una cuestión de fondo que se vio -por todos- como evidente a partir de su episteme contractual desideologizada, desde muy luego, por cierto. En relación con lo que razona un Alexandre Kóyeve en su obra sobre *la dialéctica hegeliana del amo y el esclavo*, cúmplenos también señalar que en este país, donde por lo menos el 1% de la población posee cerca del 80% de la riqueza (En EE.UU. la relación es 1/50 señaló -hace unos años- el abogado, Marcos Jaramillo, en el diario El Mercurio, pág. 2) *no resulta claro en absoluto saber quiénes mandan; así, como poco conocemos sobre verdaderamente quiénes, cómo y para qué fines universales se ejerce la jurisdicción,* tanto se trate de la **ordinaria o especiales,**

como de la constitucional. Desde el punto de vista del derecho; por ello, el nuestro, es un Estado carente de una verdadera *carta jurídica* de navegación. Incluso ello pudiera predicarse, a nivel internacional, a partir del último fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema, de noviembre de 2015*, recaído en un recurso de protección en favor de dos ciudadanos, opositores políticos, cumpliendo una severa condena penal, en Venezuela. La desconcentración del poder, la racionalización y tecnificación de la función, así como su descentralización, dejan demasiado que desear hoy, en Chile. *El capítulo del Poder Judicial de la Constitución Política de la República de Chile es aun, en pleno siglo XXI, el de la Carta Fundamental de 1833*, que resumiera, en sus días, una concepción monárquica del mismo, luego de las guerras de independencia, de un muy atrasado, ya en ese entonces, alicaído poder peninsular. Baste, para eso, hacer hincapié en su terminología y lenguaje jurídico-político, los que no se corresponden sin duda con el existente, con bastante anterioridad, con *el mundo mejor y consecuentemente arquitecturado del siglo XIX, en la propia Europa posrevolucionaria, después de Beccaria.* Balibar, sobre este punto, lleva toda la razón cuando nos recuerda que **para Hegel el Estado** es "en sí" universal, "libera" a los intelectuales (administradores, funcionarios, jueces) de *la creencia,* ***de las diversas formas de la dependencia personal*** para que cumplan, a su servicio y en toda la sociedad, una actividad de mediación o de representación, y *lleven así la universalidad aún abstracta al plano de la "conciencia de sí".* La perenne cuanto contradictoria religiosidad revelada, del tipo de las Brujas de Salem de Arthur Miller, de la joven nación que atraviesa desde sus orígenes a toda la constitución y a su aparato jurídico en EEUU, por otra parte, más acá de un mero iusracionalismo republicano o de un federalismo de refinado pragmatismo shakesperiano como el inglés, sin tocar para nada al noble Obama, nos impide, obtura, por cierto, contra toda apariencia, un pensamiento especulativo como el que se refleja en el constructo anterior que lo precede en la vieja Europa Continental; de un, en definitiva, quizá lento desarrollo político estratégico, aunque ciertamente de mayor calado universal. Lo de *Charlie Hebdo* y sus impresionantes y graves secuelas en la Francia de 2015, avanzan a no dudar una respuesta social y cultural muy diferente a la que generaron, en todo el mundo, las *Torres Gemelas,* el 2001, en EE UU de Norteamérica, en la era

de la administración de los dos Bush, padre e hijo. No olvidemos que a los chilenos, en marzo de 2003, nos costó desagregarnos airosamente de un verdadero cuanto atroz espíritu de cruzada durante la guerra de EEUU y la OTAN en Irak, pese a lo persuasivo de la gestión de Blair, Aznar, de la España de aquéllos años; y, la vieja Inglaterra, sobre todos nosotros.

Allí, en este solo *enunciado lógico-jurídico trascendental de inspiración kantiana, de la teoría pura del derecho, la Reinerechtslehere de 1934,* nos encontramos pues con el fenómeno social e histórico que describimos, simplemente, como un orden llamado a reorientar o *apenas direccionar desde una voluntad antropocéntrica, un desorden previo y primordialmente existente en el mundo de la vida e ideas de los hombres.* O lo que es lo mismo, *desde la introducción de la cuarta y quizá quinta dimensión de la materia en un sentido amplio*, **el caos** ciertamente que de un modo mayúsculo brega siempre también entre nosotros por encontrarse en el rechazo permanente del mismísimo orden aparente del mundo de la Astronomía, de la Física, de la Biología, o del Estado; **vale decir, la economía y la sociedad weberianos, para los efectos que nos ocupan, de modo universal terminan por someterse de manera indefectible a la política *en la lucha o lógica de lo negativo* según lo observara, además, Marcuse durante el Mayo Francés del 68, también desde Berkeley, en EEUU, en los tiempos de la absolutamente inconcebible guerra de Vietnam, y que reiterara aquél antes de morir casi al cierre del tiempo político y filosófico del siglo pasado, en la Universidad de Freiburg i. Br, en la primavera de 1976.**

Ello; siempre, a fin de cuentas, cabe precisar también, sin dramatizaciones, más allá de los realistas escandinavos, de manera corriente cristaliza en nuestra contemporaneidad *aleatoriamente,* además, en una fórmula discreta, de compromiso, precaria, de *un determinado derecho u orden jurídico* que clama a *nuestro conocimiento y disposición de la voluntad* exigiéndonos ciertamente, sin hipostasiar, más allá en último término de cualquiera hermenéutica jurídica, **una por último razonable y generalizada sumisión o acatamiento al parecer no siempre, o**

quizá nunca, de clara o prístina fundamentación. A estos efectos, epistémicamente, el derecho u ordenamiento jurídico, en cuanto inflexión temporal de la voluntad, o lo que es lo mismo, de la libertad, y del ser de la conducta, la que sea, *hic et nunc,* **fija después de todo una determinada praxis social e individual, de modo inexorable.** En suma, en el devenir del mundo no existe en la práctica otra historia que aquella que en efecto se hace, siguiendo en esto al historiador inglés, Isaac Deutscher, sobre todo en su clásica biografía de Josef Stalin, ya en plena era de Kruschev. (Para no referirnos al proceso de desnazificación que empezó recién J. Fest con su célebre biografía del fundador de ese movimiento político, en la Alemania de los 70). *Siendo el derecho una ficción, el continuo permanente del mundo de la vida es también desde las normas, a fin de cuentas, inasible en lo esencial.* Esto, cual fenómeno de espejo, es lo que el coro de la "industria del libro" y sus análogos, *nos ocultan cual sirenas de Ulises*, a diario, en la dimensión intelectual de los habitantes del mundo de ayer y de hoy y sus esperanzas. No resulta pues extraño que a menudo nos llenen -en definitiva- de falsos problemas.

Una y otra vez aparecemos postergando, sonambúlicamente, en nuestras vidas, **las hazañas del espíritu a las que la fenomenología de éste nos invita en resumen a desentrañar Hegel**; buscando, perdidos, nuestra "razón a caballo" o espíritu del mundo, paseándose algo mayestática, siquiera de lejos, en la Jena personal de cada uno de nosotros, individual y socialmente, todos los días. Y lo que es peor, cuando no solemos caer en redondo e inadvertidos en las dudas y cavilaciones algo sensibleras, naif, de un *Pierre Bezujov,* en medio de las tolstoyanas ruinas de Moscú de 1812. Como lo dice el propio Hegel en su fenomenología del espíritu: "Ahora bien, como *la negatividad* no se aprehende, aquí, *entre nosotros*, como movimiento del proceso, sino como unidad *aquietada* o *simple ser para sí*, se manifiesta más bien como aquello por medio de lo cual la cosa se opone al proceso y se mantiene en sí como indiferente frente a él" (Pág. 342, parte II.-D. Razón. **Hegel, Interpretaciones fenomenológicas de la *Fenomenología del Espíritu*, Eugen Fink**, 2011, Herder, Barna.)

La última guerra de Irak y otras parecidas destacaron en esto, de manera reciente, no debiéramos olvidar, en el marco general de las ideas jurídicas, aristas absolutamente discutibles, cuando no decididas ya de modo categórico y universal como insoportables, incivilizadas, para Occidente y su irremediable, peligrosa, de larga onda, en su azarosa; y, actual, cotidianidad. Directa o indirectamente.

Basta mirar para estos efectos, a partir de una ojeada elemental, el índice *in corpore* de la Filosofía del Derecho, **obra fundacional del orden jurídico de los tiempos modernos**, de Jorge Guillermo Federico Hegel de 1821 y la contribución a la crítica de la misma por el Dr. Carlos Marx, de 1843, y sus conocidas obras como *Diferencias de la Filosofía de la naturaleza entre Epicuro y Demócrito*, *Sobre la Cuestión Judía* e *Ideología Alemana, para no hablar de sus Manuscritos de Paris de 1844; o, del 18 Brumario de Luis Bonaparte y la Guerra Civil en Francia de 1871,* obras, algunas, que prefirió legar al trabajo de los roedores como él mismo se encargó de decir cual un Prometeo Encadenado de los helenos, en una Germania, por lo demás en esos primeros años, completamente feudal. El *derecho abstracto*; esto es, lo dado según Adorno, pues, o lo que es lo mismo, la primera parte de aquella obra fundacional a escala mundial del profesor de Berlín, el mago hechicero del *mundo restaurado* de Metternich en la Viena de 1815, según lo concibiera *prae manibus* un Henry Kissinger, así como algo menos que un inocente aprendiz de brujo según se vio en la reunión de la OEA, en Santiago, en junio de 1976, no pasa de tratar la verdad, desde un relativo retorcimiento o giro metafísico, sobre **los modos de adquirir *la propiedad por antonomasia que regula hace más de dos milenios el Occidente desde las normas hoy universales del Código Civil, de posterior difusión napoleónica,*** esto es, contra toda apariencia, fuera de la propietarización de los DDFF de la constitución chilena, la versión en lo esencial ya catolizada del Siglo de las Luces del *Corpus Juris Civilis* del emperador Justiniano; recopilador en el siglo VI, a su turno, en la *era del oriente imperial*, de las leyes y prácticas latinas, desde la época clásica de la República Romana, muchísimo antes por cierto; y, al margen de una *mirada retrospectiva e incluso retroactiva pudiéramos decir* a partir de la noción sobre la velocidad de la luz, en la Era del Nuevo Conocimiento y de la

Técnica: Esto es, ejemplarmente, ***la accesión como modo de adquirir la propiedad raíz*** por causas completamente naturales y ***la recurrente ocupación más bélica que pacífica y posesión irregular*** *de la misma* debida obviamente *al simple cuanto proteico y salvaje o animal hecho perpetrado hasta ahora en las guerras generales no nucleares* de todo género –internas y externas, **militares o financieras**, por cosas tangibles o intangibles, chinas o norteamericanas- por más que se las reclame también, a futuro, en *los correspondientes y* ***acelerados marcos crematísticos en el mundo de las finanzas*** como debidas a causas o motivos pacíficos e incluso democráticos. En cualquier parte o época. Nosotros decimos, pues, sin mistificaciones, que las mismas se deberán como ha sido siempre a *los vórtices de fuego*, *al caos primigenio y recurrente* en la historia de la vida humana, así como de los Estados y sus ordenamientos jurídicos, *comprendidos los virtuales o, por lógica, fallidos, de Internet y su Geopolítica que le es inherente; incluida, desde luego, la acción de los drones del más variado género, calidad y alcances planetarios.* **La indeterminación e incerteza de las fuentes sin remedio debe asumirse hoy en día a escala ampliada en el mundo del derecho y en su universalidad, como una cuestión central a partir, al menos, de *las difusas relaciones entre los derechos público y privado de una parte, así como del derecho y las cortes internacionales con respecto a los derechos de las nacionalidades y culturas diferentes, por otra.*** Amén de la cuestión de la llamada convergencia de los sistemas jurídicos que resume –más allá de Occidente- de modo paradigmático, Mirjan Damaska (EJCH2000). En EE UU, sobre este punto, Jorge Mera y Jaime Couso señalaron, hace un tiempo, por mediación intelectual, de carácter local del país que ellos analizaron, en octubre de 2011, que "las decisiones de la Corte Suprema Federal se explican fundamentalmente por las actitudes y los valores de los jueces, *mientras que factores normativos como el apego al precedente, al texto o la intención del legislador prácticamente no tienen impacto en sus decisio*nes", no obstante, también sostuvieron de igual modo, los relativos disciplinamientos que aquélla alcanza respecto de las Cortes Federales o de Circuito y demás tribunales de instancia o *inferiores.* En este país, por ley, cabe recordar asimismo, 25 de los 50 estados de la Unión, tiene prohibido a su magistrados en sus respectivas jurisdicciones a hacer referencias a los tratados

internacionales de derechos fundamentales en sus sentencias, salvas aquellas relativas a tratados de orden comercial suscritas por dicho Estado con el resto del mundo (profesores Lech Garlicki y Mark Tushnet de visita al Director de la Academia Judicial de Chile, octubre de 2011).

Ello *no niega- recién ahora-* a partir de los logros de la cultura y civilización de la última era de cierre de la globalización lo que expresara Gustav Radbruch más allá de cualquier mistificación y desde su perspectiva de un iusnaturalismo clásico después de la experiencia nazi: ***lo que no es derecho pareciera no merecer ser obedecido.*** *Al contrario.* El *Derecho*, con mayúscula, como respuesta, de tregua en tregua histórica y política, en general; es, a no dudarlo, **la contracara del *Caos*** que reina también de manera simultánea y desembozadamente en el mundo de los hombres desde sus formas primigenias y de modo constante. *Sin ofender hoy, simplificando; y, en aras de un pluralismo inteligente, realista, liberal, a Nietzsche, Camus, Foucault, Arón o Francis Fukuyama, de Universo en Universo Normativo,* de orden jurídico en orden jurídico, sobre el plancton de las luchas sociales y de la Historia que no siempre se desenvuelven en puras causalidades o de manera lineal en campos normativamente acotados cuanto que, también suelen hacerlo, de manera recurrente, bajo el alero del principio de indeterminación, como ocurre en el comportamiento insospechado de las llamadas *partículas locas* de la física de Heisemberg, por ejemplo. Para no hablar de las actuales investigaciones subatómicas en la frontera franco-suiza y su relevancia en las ciencias fácticas a partir al menos de las nuevas concepciones de la materia. Como dijera Mario Bunge, en sus *Memorias*, a sus 95 años, a propósito de la *evaluación de filosofías*: "La evaluación de proyectos y trabajos científicos es tarea normal de científicos, y es posible realizarla porque hay pautas supremas: originalidad y verdad o, al menos, verosimilitud a la luz de lo que ya se sabe. Es verdad que a veces se cometen errores e injusticias originados en modas, celos, compromisos con amigos o camarillas e, incluso, sexo o filiación académica del autor. Pero, puesto que hay muchas revistas científicas, la verdad unida a la originalidad termina por imponerse (u olvidarse). En cambio, la evaluación de proyectos y trabajos filosóficos es muchísimo más azarosa,

porque la verdad filosófica es más escurridiza que la científica y porque la mayoría de los filósofos temen la originalidad: han sido educados en la tradición medieval de la lectura y comentarios de textos. Por esta razón resulta más fácil publicar un artículo titulado "Comentario sobre una observación de W acerca de la crítica de X a la tesis de Y sobre Z", que un trabajo que trate directamente de Z." En Chile, pareciera que Fernando Atria es el único jurista que ha intentado –seriamente- romper, con sus costos inevitables, con dicha barrera del sonido de lugares comunes respecto de semejantes, cuando no agobiantes, cuestiones institucionales.

El notable como lúcido relativismo de la Política de Aristóteles, *cual paradoja*, pareciera en su sustancia hacer suyo -en la hora actual- aquello del mito del eterno retorno de lo idéntico de un Nietzsche nada desquiciado. Cuando no, ficcionando, de la era del *retorno de la Edad Media* según lo señalara ya en 1973 Humberto Eco, el célebre autor de El Nombre de la Rosa.

Por último, **siempre en relación con el problema de las fuentes del derecho**, para situarnos entre nosotros, como una manera de dar con alguna *salida algo más sana u optimista*, *comprensiva de las nuevas generaciones de nuestro país*, más humana y mejor articulada normatividad, en la línea contradictoria y también algo determinista así como azarosa, a veces, de las investigaciones históricas de un Mario Góngora en, para decirlo en breve, su "El Estado en Chile", e incluso contra Gabriel Salazar quien se queda corto e impotente en su anacronismo antiportaliano, bien pudiéramos proyectarnos con más firmeza en alguna suerte de *nueva institucionalidad* en nuestro medio a partir de la sombra al parecer vigorosa no solo para el sur de Europa que enarbola, por ejemplo, la Carta Política de la monarquía constitucional española, de 1978, comprendida su institución del *Ombudsman.* Nuestro presidencialismo, *mutatis mutandi,* no se aleja la verdad de sus raíces otrora hispánicas, como las ve por ejemplo la ópera *Don Carlo, o la Pace dei Sepulcri, en su versión de 1886,* de Verdi, de suyo mestizas. Todas las constituciones chilenas a partir de sus prácticas, desde 1833, recordemos una vez más, han incorporado en su seno, de manera invariable, nuestras inveteradas así como particulares

contradicciones, las que por esta vía *bien pudieran canalizarse ya sin prejuicios*, a estas alturas, **tras los más de doscientos años de nuestra historia de Estado independiente**, esto es, los mismos doscientos años de *la fenomenología de Hegel*, mediante técnicas jurídicas mejor depuradas, de no escasa sofisticación, más democráticas, *de una manera verdaderamente mucho menos autoritaria y verticalista de lo que ha sido hasta ahora el reconocido recuento de la institucionalidad actual de nuestro país*, caracterizada tanto por las ausencias hacia una moderada y racional horizontalidad, como plagadas de improntas primitivas, feudales, oscuras, premodernas. Los llamados eufemísticamente enclaves autoritarios han resultado de dudosa *eticidad,* en todo caso, desde la perspectiva paradigmática, incluso universal, de la *concepción del Estado en Hegel,* cuando se señala que "Muirhead, en Inglaterra, declaró para ese entonces, 1914-1918, que no es en el hegelianismo, sino *en la violenta reacción en contra de toda filosofía idealista,* que se impuso poco después de su muerte, donde tenemos que buscar los *fundamentos filosóficos del militarismo actual*", según nos lo recordara de manera temprana Herbert Marcuse en sus páginas finales de su varias veces reeditada "Razón y Revolución. Hegel y el Surgimiento de la Teoría Social" (1995).

No es ningún misterio, por lo demás, en vena de ahondar ya, en la hora presente, *en esto de aventar más de algún prejuicio,* que ésta obra debió expurgarla su autor, por aquellos años, *durante la segunda guerra mundial*, desde las oficinas de los sótanos del Departamento de Estado de Estados Unidos de Norteamérica, en los tiempos de la guerra contra el nazifacismo europeo y japonés, en plena alianza de orden pragmático, en esa época, con la otrora existente URSS; cuestión que, también se sabe, determinó que dicho autor analizara *críticamente* el marxismo soviético ya en 1951, antes del fallecimiento del hombre de acero, ocurrido poco después.

Ahora bien, para terminar, como señalara Ricardo Brodsky, al conmemorarse los 40 años de la gran fractura institucional, que nos marcara de manera trágica en este país, del quiebre de nuestra democracia y del violento término de una utopía; en

compañía de Alain Touraine; éste, expresó que "Chile, en particular después de largos años de progreso económico, puede llegar mejor que la mayoría de los países (de A.L.) a superar la oposición doblemente negativa entre un reformismo atraído por el conservantismo y la violencia política que ha destruido tantas veces el proceso de democratización" luego de elogiar, el primero, como uno de los grandes sociólogos contemporáneos, al segundo. Lo que no es poco decir, sin duda, en estos tiempos en que nos asaltan por todas partes -de manera inconfortable, omnicomprensiva- las incertezas e incomprensiones de los más variados orígenes y especies, no sólo jurídicas.

BIBLIOGRAFIA, REFERENCIAS.

Adolfo, El joven Marx. Los manuscritos de Paris de 1844. Itaca, 2003, méx.

Alain Joxe, El imperio del caos. Las repúblicas frente a la dominación estadounidense en la post guerra fría. Lom; 2003, chi; Las fuerzas armadas en el régimen político chileno, editorial universitaria, 1970

Alain Touraine, De la primera a la segunda etapa de la democratización de Chile, Colección Signos de la Memoria, 2014.

Alejo Carpentier, el derecho de asilo, Lumen, 1972, 1ª ed. barna

Alexandre Kóyeve, La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel, la pléyade; 1985, arg.

Alfredo Nazar, Apuntes de Clase, Cursos de Introducción al Derecho, 1966 y 1967, mimeografiados, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Proyecto de edición actual, en preparación, del abogado G. Pierattini M.

Armando De Ramón, Historia de Chile, Desde la invasión incásica hasta nuestros días (1500.2000) Catalonia, 2003, chi

Camus, El mito de Sísifo, El hombre rebelde, Discursos de Suecia; tomo 2°, Aguilar, 1959, esp.

Carla Cordua, Explicación sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel; Temis, 1992, Colombia.

Carlos Marx, tesis doctoral. Diferencia entre la filosofía de la naturaleza de Demócrito y Epicuro; Premiá, 1987, méx. Critica de la filosofía del Estado de Hegel; Grijalbo, Colección 70, N° 27, 1968, méx. Manuscritos de Economía y Filosofía; Alianza, 1980, esp.

Charles Taylor, Hegel. Anthropos, 2010, barna.

Christian Alfaro Muirhead, Cultura Jurídica Chilena: ¿Ciencia o Ideología?, Anuario de Filosofía Jurídica y Social de 2002

Christian Alfaro Muirhead, La dogmática penal del secuestro y la transición jurídica chilena (Un caso paradigmático de independencia judicial en la construcción de una política de Estado) Editorial Académica Española 2014. www.get-morebooks.com. Amazon.

Christian Alfaro Muirhead, Notas sobre el establecimiento del Ombudsman en el Ordenamiento Jurídico Chileno, Anuario de Filosofía Jurídica y Social de 1996

Christian Alfaro y Claudio Agüero, Sobre las ficciones en el discurso jurídico penal de las sentencias: El caso chileno. REJ, N° 6, U. de Chile, 2005

Couso, Jaime y Jorge Mera; Precedentes y Justicia Penal. UDP. Octubre 2011.

D. Hernández E. Recurso de Protección en la Jurisprudencia, Notas de borrador, IEJ. Separata. Noviembre de 2015

Ernst Bloch, Sujeto-Objeto. El pensamiento de Hegel.F.C.E. 1985, méx.

Étienne Balibar, La filosofía de Marx, Nueva Visión, arg. 2006

Eugen Fink, Hegel, Interpretaciones fenomenológicas de la Fenomenología del Espíritu, Herder, 2011, Barna.

Felipe Pimstein, Hamlet, anatomía de la ambigüedad, Andrés Bello, 1972, chi.

Fenomenología del espíritu; traducción de M. Jiménez Redondo, Pre-textos; 2009, esp.

Fernando Atria L., La Constitución tramposa, LOM, 2013

Flavia Carbonell Bellolio: Análisis Argumentativo del Fallo de Leopoldo López, en Anuario de Derecho Público UDP, septiembre de 2016. Notas sobre lo que queda de Kelsen, conferencia dada en la Facultad de Derecho de la U. de Ch.

Francisco Claro Huneeus, De Newton a Einstein y algo más, Ediciones U. C. octubre 2009

Francisco Zúñiga Urbina, A propósito de *la agonía o muerte* del recurso de protección ambiental. Revista de Derecho. U. de Chile. Escuela de Postgrado N° 7, julio de 2015, Páginas 15-42

Fundamentos de la filosofía del derecho, traducción de A. Llanos. Prefacio de K.H. Ilting. Siglo XX, 1987, arg.

G.W. F. Hegel, Filosofía del derecho. Introducción de Carlos Marx; traducción del italiano de Angélica Mendoza de Montero, Claridad, 1968, arg.

Gabriel García Márquez, Crónica de una muerte anunciada; oveja negra, 1981, colom.

Garcia Morente, La filosofía de Kant; Austral, sucesivas ediciones desde 1917, esp. Roberto Torretti, Manuel Kant; UDP, 2005, chi.

Georg Lukács, El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista; Grijalbo, 1970, méx. El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler, Grijalbo, 1968, méx.

Günter Jacobs, Sobre la génesis de la obligación jurídica. DOXA 23 (2000)

Hans Georg Gadamer, La dialéctica de Hegel, cinco ensayos hermenéuticos; Cátedra, 1980, esp.

Hans Kelsen, Teoría pura del derecho; Eudeba, 1965; Porrúa, 1995, méx. Qué es justicia? Ariel. esp. 1982. *Observaciones sobre la Constitución Chilena de 1925*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 20, año 2002.

Henry A. Kissinger, Armas nucleares y política internacional. Rialp. 1962, esp. Los originales, en inglés, de los años, 1964 y 1958, respectivamente.

Henry A. Kissinger, China, Random House Mondadori, S.A. 1ª ed. Buenos Aires: Debate, marzo, 2012.

Henry A. Kissinger, Un mundo restaurado. La política del conservadurismo en una época revolucionaria; F.C.E. 1973, méx.

Henry Peyret, La batalla de la energía, Eudeba, 1963, arg.

Herbert Marcuse, Ontología de Hegel y Teoría de la Historicidad, Martínez Roca S.A.; 1970; barna.

Humberto Eco, La Edad Media ha comenzado ya; en *Documenti su il nuovo medioevo, de 1973,* traducido para La Nueva Edad Media, junto con otros autores italianos, por Carlos Manzano, Alianza Editorial, 1974, esp.

J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet, Derecho Romano, 2 tomos; Editoriales de Derecho Reunidas; 1991, esp.

J.P. Sartre, El amigo del pueblo, sobre el mayo francés, Rodolfo Alonso Editor; 1973, arg.

Jacques D"Hondt, Hegel; TusQuets, 2002, barna.

Jean Hyppolite, Génesis y estructura de la fenomenología del espíritu de Hegel, Península, 1974, barna.

Jerónimo Molina C., Raymond Aron ante el Maquiavelismo Político; Revista Internacional de Sociología, mayo-agosto, Vol. LXVI; N° 50, 2008

Jesús Manuel Martínez; Salvador Allende. El hombre que abría las alamedas. Premio Internacional de Ensayo Jovellanos, Catalonia, 2009, chi.

Joan E. Garcés, Allende y la experiencia chilena. Las armas de la política; Ariel, 1976, barna.

John Austin, Cómo Hacer Cosas Con Palabras, Paidos, 1971, Barna.

Jorge Contesse S. *Norín Catrimán y Otros*: Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Público, UDP.2015

Jorge Millas, Filosofía del Derecho, Ed. Universitaria, 1961

José Belmonte, La Constitución de 1978; Prensa Española.

José Luis Ugarte C. Huelga como derecho fundamental: Notas a propósito de unas sentencias. Anuario de Derecho Público, UDP. 2015

Juan Francisco Coloane R., Britannia y un general, LOM, 2000, chi.

Karl Olivekrona, El derecho como hecho; Labor Universitaria, barna, 1980.

L. Geymonat, Introducción al Pensamiento Científico, Eudeba, 1966.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Presidente de la Corte Suprema de Argentina, Clase Magistral, Sobre Derechos del Consumidor; 14 de diciembre de 2011, Palacio de Tribunales de Justicia, Santiago, Chile.

Lucien Goldmann, Lukács y Heidegger. Hacia una filosofía nueva; Amorrortu, 1975, arg.

M. Mercé Danarculleta i Gardella, José Esteve Pardo e Indra Spiecker gen. Döhmann (eds), Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización, Marcial Pons, 2015. Serie Administración Pública y Derecho. En especial, el capítulo I, Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público, de José Esteve Pardo; y, el capítulo II, Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación, de Indra Spiecker gen. Dömann. Comprendido el capítulo X, Autorregulación normativa y derecho en la globalización, de M. Mercé Darnaculleta i Gardella.

Marcuse, El hombre unidimensional, prólogo a la edición francesa de 1967

Mario A. Bunge, CAUSALIDAD, El principio de causalidad en la ciencia moderna; Eudeba, 1965. (Lecciones dadas por el epistemólogo argentino en la U. de Ch, el año 1955 y publicadas en inglés por la U. de Harvard, en 1959)

Mario A. Bunge, Memorias, entre dos mundos, Editorial Gedisa y Eudeba, setiembre de 2014.

Mario Losano, Teoría pura del derecho, Evolución y puntos cruciales. Editorial Temis, 1992, Santa Fe de Bogotá, Colombia

Martín Heidegger, La fenomenología del espíritu de Hegel, alianza universidad, 1992, esp.

Maximiliano Figueroa, Jorge Millas. El valor de pensar. Reflexión y testimonio entre 1973-1982 UDP, 2011, chi.

Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas; Gedisa, 2003, barna.

Pappenheim, Fritz; La enajenación del hombre contemporáneo, Era, méx., 1968.

Pérez Soto, Carlos; Sobre Hegel. LOM, 2010. chi

Principios de la filosofía del derecho; traducción de J.L. Vermal, Sudamericana; 2004, arg.

Radbruch, Introducción a la filosofía del derecho; F.C.E. Breviarios, 1965, méx.

Renato Cristi B. y Carlos Ruiz S., El pensamiento conservador en Chile, seis ensayos. Editorial Universitaria, segunda edición, 2015

Rüdiger Safranski, Nietzsche. Biografía de su pensamiento; TusQuets, 2009, barna.

Rudolf Bahro, La Alternativa. Contribución a la crítica del socialismo realmente existente. Editorial Materiales; 1979, barna.

Salazar, Gabriel; Diego Portales. Editorial USACH, 2010.

Sentencia de Casación de la Corte Suprema, Segunda Sala, *en el mismo sentido,* de trece de octubre de dos mil quince, Rol N° 7735-2015, que acogió recurso de casación en el fondo e invalidó sentencia que había declarado prescrita una acción patrimonial del Estado y que perseguía hacer efectiva una indemnización por responsabilidad extracontractual de éste.

Sentencia de la Corte Suprema de 18 de noviembre de 2015, Tercera Sala, Rol N° 17.393-2015.

Sentencia de la Corte Suprema de 24 de agosto de 2015, Segunda Sala, Penal, Rol N° 5486-15

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Tercera Sala, del 4 de abril de 2012, rechazando sendos recursos de protección, en la que se independiza, de modo definitivo, la indemnización civil debida por la comisión de delitos de lesa humanidad, dando al traste con la vieja concepción administrativista de la irresponsabilidad del Estado en cuestiones indemnizatorias de orden patrimonial.

Slavoj ZiZek, Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico. Ediciones Akal, 2015, España. Less than nothing: Hegel and the shadow of dialectical materialism, 2012.

Teodoro Mommsen, Derecho Penal Romano; Temis, 1999. Colombia.

Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, VVAA, profesores de derecho constitucional de la U. de Oviedo, encabezados por el catedrático Francisco Bastida Freijedo, *tecnos,* 2004, esp.

Theodor W. Adorno, Tres estudios sobre Hegel, Taurus, 1974, esp.

Tiempo e historia. Mínima Trotta, 2009, esp.

VV.AA., La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal; REJ N° 14, págs. 73 y ss. 2011. Fac. De D° de la U. de Ch.

Wilhelm Dilthey; Hegel y el idealismo; F.C.E. 1978, méx.

Ximena Fuentes Torrijo, El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. (En Internet)

¿Qué Significa Pensar? Editorial Trotta, 3ª edición 2010.

i-Latina 1 (2019): 1-19
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.03

Una mirada actual a la Ilustración

VALENTÍN BARTRA ABENSUR
Universidad Mayor Nacional de San Marcos
valentinbartra@gmail.com

RESUMEN

Se llama Ilustración al periodo desde mediados del siglo 17 a principios del siglo 19, siguiendo la Edad de la Razón, que se inicia en el siglo 16. Aparece y se gesta en Europa continental y las islas británicas, luego del periodo de oscurantismo medieval. Se difunde el culto a la Razón y las Leyes naturales, en oposición a la superstición, mitos o dogmas religiosos.
La Ilustración inspiró cambios culturales y políticos profundos que devinieron en la Revolución Inglesa, la Revolución Francesa, la Revolución Americana y la ola independentista de América Latina.
Sus resultados se han vivido en los últimos 200 años a través de los importantes avances en la ciencia y tecnología que han permitido la difusión del sistema democrático, el libre mercado y también el socialismo. Adentrados en el primer quintil del siglo 21, la realidad que nos rodea, permite hablar de una "nueva Ilustración". Esta vez basada en una razón datacéntrica, mecánica y algorítmica, libre de dogmas...

PALABRAS CLAVE: Ilustración, Burguesía, Edad Moderna, criptomonedas, capitalismo

ABSTRACT

It is called Illustration the time form mid XX century to early XIX century, following the Age of Reason that starts in XVI century. Appears and grows in continental Europe and British Islands, after Medieval Obscurantism age. Cult of Reason and natural Laws are diffused, in opposition to superstition, myths or religious dogmas.
Illustration inspired deep cultural and political changes that led to English revolution, French Revolution, American revolution and the independentist wave in Latin America.
Its results have lived the last two hundred years through the important advances in science and technology that have allowed the diffusion of democratic system, free market and also, socialism. Entered the first quintile od the XXI century, reality around us, allows talking of a "new Illustration". This time based on a data centric, mechanic and algorithmic reason, free from dogmas...

KEYWORDS: Illustration, bourgeoisie, Modern Age, crypto coins, capitalism

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

Introducción

Pretendo en este ensayo explorar las condiciones que nos rodean, ya entrado el siglo XXI, donde se verifican importantes cambios en la realidad, impulsadas por las nuevas tecnologías, para reflexionar sobre las condiciones que dieron origen a la Ilustración. Punto de inflexión en la historia occidental, que nos trajo las ideas de libertad, igualdad, solidaridad, basadas en la dignidad del hombre e impulsó la formación y consolidación de una nueva clase social y política: la burguesía.

Este trabajo no cubre de manera exhaustiva todos los detalles y vericuetos, de un periodo histórico de más de 1,000 años, con seguridad muchos quedarán fuera, pero sí de recoger patrones y tendencias, como bien lo señala Aróstegui (2001), para contrastar las condiciones que nos presenta la realidad vertiginosa del siglo XXI.

Tengo como guía y referencia la obra del profesor Raffaele de Giorgi (1990) y la visión sistémica del Niklas Luhmann (1997). Tratar de entender los diferentes patrones a través de la dinámica de la historia y cambios sociales requiere de herramientas analíticas potentes, como las desarrolladas por Luhmann (1992) en la Teoría de Sistemas Sociales.

La condición humana basada en la razón, su característica principal y diferenciadora, tiene vocación de permanencia y estabilidad. Hoy en día, la gran mayoría de estados, está basada en la economía del mercado. Modelo que tiene su origen en la aparición y prevalencia de la burguesía con sus valores materiales y espirituales, donde sobresale el intercambio global de bienes y servicios en base al dinero.

Salvando el tiempo transcurrido desde la Edad Media, con los profundos cambios evolutivos y revolucionarios, nos encontramos en pleno siglo XXI, premunidos de más herramientas, instrumentos, conocimientos y comunicación,

observando al "Actual Régimen", donde percibimos la necesidad de ajustes. La sociedad, apoyada por la tecnología ha avanzado vertiginosamente y está pronta a un cambio, actualización, aggiornamento. Se presentan condiciones que configuran una Ilustración 2.0.

1. Orígenes

Desde la caída del imperio romano de occidente, hasta la caída del imperio romano de oriente, se vivió en Europa la Edad Media, en la cual mutaron las sólidas instituciones creadas por los romanos, trasformando la vida socio económica y política de occidente.

Al caer Roma, su poder centralizado pasó a ser ocupado, en parte por la iglesia católica, reyes y emperadores, y los señores feudales, quienes se amurallaron en los llamados burgos, para controlar sus tierras y protegerse de enemigos e invasiones.

En dichos espacios protegidos, surge como clase social la burguesía, conformada por mercaderes, artesanos, proveedores de servicios y artistas, literatos, profesionales liberales, entre otros. Este grupo de habitantes desempeñaban actividades diversas desligadas del trabajo manual, brindando sus servicios en el burgo, pero también desplazándose a otras ciudades. Tenían adecuado manejo del idioma y habían logrado el acceso a la educación, bastante restringida y controlada por la iglesia.

En los territorios que ocuparon los romanos se introdujo el latín como idioma común, los pesos y medidas, una sólida base jurídica, así como mecanismos administrativos para el comercio de bienes y servicios que sirvieron de base para la formación del capital y riqueza financiera, de la naciente burguesía.

La caída de Roma dejó un vacío de poder que ocuparon los señores feudales, dando cabida a la descentralización de Europa y la consolidación de la burguesía,

interesada en el comercio y la formación de capital financiero que, llevó al capitalismo.

La apertura de las ciudades al comercio, conjuntamente con una mayor libertad de circulación, se reflejó en el incremento de la riqueza y prosperidad de sus habitantes y las del señor feudal. Las alianzas entre señores feudales para permitir el desarrollo económico de sus respectivos territorios, se hizo común. El soberano, el rey, apoyó estos desarrollos que también incrementaban su poder y riqueza.

2. Valores burgueses y programa burgués

La burguesía se origina durante el feudalismo, conformada por un estrato social medio, con ingresos propios y rentas del ejercicio de actividades de tipo intelectual o brindando servicios especializados, no manuales. Se diferencia de los estamentos privilegiados de la nobleza de sangre y el clero, y también de los labradores o trabajadores manuales. Consolida valores comunes e intereses que deviene en su identidad de clase, plasmada en el lema de: libertad, fraternidad, solidaridad. La burguesía recoge los gustos refinados de la nobleza en música, vestidos, arte, alimentos, etc.

Desde la perspectiva Marxista, la burguesía, tomó el control de los medios de producción. Sus intereses se centraban en el valor de la propiedad y la preservación del capital para asegurar la perpetuación de su supremacía económica en la sociedad (Rodney, 2006).

Con el advenimiento de la Ilustración y el enciclopedismo, que incorpora valores e intereses de la burguesía: el individuo, el trabajo, la innovación, el progreso, la felicidad, la libertad y la igualdad de condiciones hallan expresión ideológica en un programa político, social y económico, el cual se enfrenta al Antiguo Régimen y busca su aniquilamiento y reemplazo. Así, con el Nuevo Régimen, la burguesía pasó a ser la clase dominante. Este se consolidó a lo largo del siglo XIX, en la forma del modelo

político republicano, con la separación de poderes o una monarquía sujeta al poder político, en reemplazo de la monarquía absoluta. Los cambios políticos profundos aseguraban a la burguesía la acumulación de capital y reducción de los riesgos del comercio. Se crearon las condiciones para expansión de los mercados y el inicio de la globalización.

A continuación tres cambios fundamentales que caracterizaron al Nuevo Régimen:

1. Liberalismo Político. Nuevo modelo basado en la democracia representativa. Se reformó el acceso al poder político, con condiciones que evitaban la monarquía absoluta. Implantación de estado de derecho basado en la ley, la división de poderes y representación en base a elecciones. Se pretende un gobierno limitado por la Constitución y la mínima posible intervención del Estado.

2. Liberalismo Económico. Se consagran las libertades civiles, que incluyen la libertad religiosa para la judía y otras con similares privilegios que la predominante fe católica, libertad de expresión y libertad de prensa, la libertad de reunión y manifestación y la libertad económica, reducción de los tributos, la libre empresa y mercados sin restricciones gremiales, iniciativa privada sin límites, acceso a la propiedad de los medios de producción, y el predominio de la propiedad privada individual, fuera del alcance del Estado. Esto quedó consagrado en importantes cuerpos legales como el CODE y el BGB.

3. Movilidad social. Fue el objetivo central de la burguesía, que proponía el ascenso o descenso de los individuos en la escala social, por los méritos de su trabajo, expresado en su éxito económico o intelectual y no por su sangre, herencia o pertenencia a un estamento.

La burguesía nunca dejó de lado la búsqueda del prestigio y ascenso social. Su interés se centró en las actividades mercantiles, industriales, prestamistas y

rentistas de bonos y deuda pública, en el disfrute de las rentas y de algunos cargos burocráticos de funcionarios, o como concejales. Gran parte eran de descendencia judía y ocultaban su linaje para evitar discriminación o sospechas por sus actividades.

La burguesía capitalista durante el siglo XVIII, usó las teorías liberales, provenientes de la Ilustración, pues les resultaban funcionales a sus fines. Las oligarquías basadas en la tenencia de tierras se opusieron a los avances del capitalismo industrial.

En la primera Ilustración, más del 70 % de la población de Europa era analfabeta. La burguesía interesada en expandir los mercados para sus productos y mercancías y trabajadores más productivos en sus fábricas, apoyó grandes programas de alfabetización y educación pública. Hoy en día se habla de cifras similares en cuanto al analfabetismo digital. La inmensa mayoría de los adultos en Europa, un 93%, no tiene destrezas hacer tareas con una computadora personal (La Vanguardia, 2016).

La acción revolucionaria de la burguesía no dudó en emplear la extrema violencia para acabar con los obstáculos que impedían el libre desarrollo de la fuerza productiva de su capital, que le negaban el ascenso social y le imposibilitaban el ejercicio del poder político. No tuvo reparos en eliminar físicamente a miembros de la nobleza y el clero.

Liberadas las fuerzas creativas de la opresión y el oscurantismo, surgen los inventos y la aplicación práctica de la ciencia para dar paso a la Revolución Industrial.

3. La Ilustración

La aparición de la imprenta de Gutenberg en 1449, marca un punto de inflexión. Su invento, una máquina para imprimir en base a tipos de metal movibles

y reconfigurables, accionada por una prensa mecánica, permitió la reproducción masiva, a menores costos y tiempo, que los métodos alternativos existentes. Uno de ellos, la xilografía, en base a planchas de madera, era conveniente y práctico para pequeños tirajes de imágenes artísticas o panfletos, se usó en Europa en el siglo XIII . La otra forma de reproducir textos era a mano, por copistas (Eco, 1980), generalmente monjes de convento que, según la extensión podrían tardar hasta10 años. Los libros, de elevadísimos costos, eran accesibles por la nobleza y la jerarquía eclesiástica. La circulación del conocimiento e información de los clásicos griegos y pensadores universales estuvo muy restringida. Los conocimientos sobre astronomía o anatomía humana, desarrollado por los griegos, fueron considerados por la iglesia como subversivos y peligrosos (Eco, 1980).

La nueva tecnología, fácil de replicar, contribuye en gran medida al Renacimiento, a través de la divulgación del conocimiento y los descubrimientos científicos. Literatos, músicos, artistas del pincel y escultores cautivaron a ricos mecenas, que valoraron el talento y apoyaron el arte con los que buscaban inmortalizarse y mostrar su poder y fortuna. La vanidad humana resultó impulsando a un movimiento cultural que se inició en Florencia y se extendió por Europa, motivando y animando a intelectuales a los inicios de la Edad Moderna. Se inicia un tipo de pensamiento independiente a partir del empirismo y racionalismo, con la aparición del sentido crítico, contra el magíster dixit, el argumento de autoridad de la época medieval, que impulsa la era de los descubrimientos y la investigación científica.

El racionalismo propuesto por René Descartes, el filósofo francés del siglo XVII, aseguraba que solo por medio de la razón se podían descubrir las verdades universales. Este tipo de racionalismo fue seguido por otros filósofos europeos, como el Baruch Spinoza y Gottfried Wilhelm Leibniz, Immanuel Kant. En contraste, para los empiristas como John Locke y David Hume, se resalta el papel de la experiencia, sobre todo la percepción por los sentidos.

Lo ocurrido durante la Edad Media sienta las bases para la Edad Moderna, desde la crisis de la escolástica del siglo XIV, al interior de la iglesia con las duras críticas al sistema filosófico tomista de los monjes franciscanos británicos Duns Scoto y Thomas de Occam, al proponer la razón como poderosa herramienta para entender la revelación, complementando a la fe, considerada como la única vía.

Pero es el feudalismo, el eje central, que fijó el modo de producción en torno a la tierra, y el sistema político estamental basado en las relaciones de poder y del vasallaje.

La Ilustración se fundó en los conocimientos científicos basados en la razón y la lógica, rescatados de los pensadores griegos y puesta al alcance de la sociedad a través de los libros impresos. Se desarrolló en Europa desde mediados del siglo XVII hasta inicios del siglo XIX. Sus rasgos más saltantes: perspectiva antropocéntrica, culto a la Razón y las Leyes naturales, inspiraron cambios culturales y políticos que devinieron en la Revolución Francesa, la Revolución Americana y la ola independentista de América Latina.

Entre los siglos V y XV, el acceso a libros, la enseñanza de la filosofía y de los conceptos deístas, que la revelación se entiende y aprehende por vía de la razón, estuvieron fuera del alcance de la sociedad. La información y el conocimiento se mantuvo bajo el control del clero cristiano. "La Edad Media cree firmemente que todas las cosas en el universo tienen un significado sobrenatural, y que el mundo es como un libro escrito por la mano de Dios. Todos los animales tienen un significado moral o místico, al igual que todas las piedras y todas las hierbas (y esto es lo que explican los bestiarios, los lapidarios y los herbarios). Se llega así a atribuir significados positivos o negativos también a los colores... Para el simbolismo medieval una cosa puede tener incluso dos significados opuestos según el contexto en el que se contempla (de ahí que el león a veces simbolice a Jesucristo y a veces al demonio)." (Eco, 2004 p121).

Algunos de sus principales proponentes y pensadores incluyen a los siguientes: John Locke, quien en su Ensayo sobre el gobierno civil, establece la división de poderes del Estado; Luis Montesquieu critica la sociedad y al gobierno francés, Francisco M. Voltaire, Rene Descartes, Juan Jacobo Rousseau, entre otros.

Francis Bacon, desde Inglaterra defendía el saber empírico, basado en la observación y la experimentación y afirmaba que este tipo de saberes promovía la creación de la riqueza ... A partir de entonces, las ciencias tuvieron una aplicación práctica que se concretó en una serie de innovaciones técnicas revolucionarias. El siglo XVIII vio importantes y revolucionarios inventos, algunos ejemplos que contribuyeron a transformar la industria textil y convertirla en un verdadero motor económico en Europa están la lanzadera volante, inventada por John Kay en 1733, la hiladora mecánica, diseñada por Samuel Crompton en 1779 y el telar mecánico movido por agua, inventado por Richard Arkwright. En la industria metalúrgica, Abraham Darby desarrolló un método para la producción de hierro de gran calidad a menores costos.

La primera Ilustración fue iniciada por las ideas de pensadores británicos e impulsados por una burguesía industrial que consolidó al imperio británico como potencia global.

Planteada de manera muy romántica y neutral, en base a valores indiscutibles como el bien, la razón, el progreso, que efectivamente se dio. Pero en el fondo subyacen razones de clase y gran interés crematístico.

4. Siglo 20 cambalache

En los siglos XVIII y XIX se da el completo desarrollo del programa de la Ilustración, consolidando a la burguesía como la indiscutida clase social y al capitalismo basado en la economía del dinero como la corriente principal.

El modelo de libertad de empresa y acción, impulsada por la burguesía, crea las condiciones que deviene en el capitalismo y el surgimiento de los imperios coloniales europeos, en territorios de la periferia, ricos en recursos naturales. Los habitantes de los territorios colonizados, no gozan de los valores fundantes de la Ilustración, no tienen libertad, ni igualdad y menos solidaridad.

En este periodo de dos siglos, donde la burguesía industrial emplea en los países ya industrializados, a una numerosa masa obrera, que con el tiempo adquiere una clara conciencia de clase y exige reivindicaciones sociales ante los tratos abusivos que percibían y las duras condiciones de trabajo en las fábricas, minas, astilleros. Surge entonces una clase social diferenciada, como contraparte a la burguesía y que ve en esta un obstáculo para su bienestar y desarrollo social.

El siglo XX, fue un periodo muy dinámico de vertiginoso avance de la técnica, los inventos y hasta la llegada del hombre a la luna. El amplio alcance de los medios de comunicación masiva abrió las posibilidades de manipulación y propaganda, que fue usada desde el inicio del siglo XX, para justificar guerras y movilizar a la opinión pública, según fines gubernamentales.

El petróleo es la fuente base de energía que impulsó el uso del automóvil y camiones, aviones y barcos, así como plantas motrices en diferentes industrias. Se dio el gran impulso a la industrialización y el comercio exterior.

Se configura un mundo bipolar, liderados por una parte por los EEUU, centrado en la burguesía industrial y financiera, y por otra parte por la Unión Soviética cuyo eje era el proletariado y la clase obrera. El siglo XX cierra con un poder único global.

La ciencia y la medicina crean métodos masivos y baratos de control de la natalidad, lo que impulsa una dinámica social entre la juventud. Surgen leyes en favor del aborto, y colectivos de mujeres reivindican para sí mismas, normas en favor de

la libertad sobre su cuerpo y la elección personal, las que son contrapuestas por la iglesia y grupos conservadores. La mujer adopta vestimenta menos restrictiva y tiene mayor presencia en la vida política y corporativa.

5. La ilustración 2.0 en el siglo XXI

El objetivo de la Ilustración 2.0 es el de colocar a lo digital como centro de la razón y fuente del conocimiento de la sociedad. Una nueva Ilustración 2.0 es un movimiento científico e intelectual que surge luego de la segunda guerra mundial en EEUU y Europa. Está centrada en la tecnología, según Thiel (2015) la tecnología reemplazará a la política, pues promueve la inclusión social, el bienestar general, la difusión libre del conocimiento a través de la tecnología digital, la inteligencia artificial, las telecomunicaciones inalámbricas y otras tecnologías nuevas y emergentes, dentro de un espíritu de liberalismo, como lo define el Consenso de Washington (1989), que impulsó las privatizaciones y liberalización de mercados, entre otros mecanismos.

La nueva Ilustración sostiene que el liberalismo económico y político permite avanzar a la humanidad a mayores niveles de desarrollo y prosperidad. Reconoce las brechas en infraestructura que mantiene fuera del alcance del progreso a muchos, los excluidos se cuentan en más de 2,000 millones sin acceso a servicios de luz y electricidad, otros tantos al servicio de agua potable y saneamiento, además del analfabetismo digital que limita el acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías. Promueve el mercado global de bienes y servicios. Está siendo impulsada por una nueva clase social emergente, de tecnócratas y grandes monopolios de servicios digitales.

Se puede decir que la democracia, el gran valor de la Ilustración, se ha visto degradada a su mínima expresión, limitada al libre sufragio. Aun ésta limitada parcela, está bajo sospecha de interferencias de los medios, dineros de fuentes ilícitas y hasta de potencias extranjeras. La corrupción, cleptocracia, ineptocracia de las

administraciones centralizadas no satisfacen a las mayorías ni pueden resolver los acuciantes problemas sociales y ecológicos, se ve desbordada por los excluidos sociales, desplazados y migrantes forzosos consecuencia de la violencia, el cambio climático en forma de sequias, inundaciones, y crisis de la economía del dinero ,en el año 2008.

La democracia se ha degradado en CLEPTOCACIA donde los gobernantes y funcionarios elegidos se hacen con el botín del tesoro público de manera impune y en INEPTOCRACIA con una burocracia que no soluciona los grandes problemas sociales.

Entonces visitemos también a los tres pilares propuestos por la primera Ilustración a la luz de la realidad del siglo XXI. El concepto de libertad, valor pilar de la Ilustración, ha mutado con el tiempo, mostrando múltiples facetas como libertad de acción, de pensamiento, de expresión, es decir la libertad física o mental. Se vive una suerte de determinismo donde el hombre tiene un destino prefijado del cual no puede escapar y hacia el cual conducen todas sus decisiones y acciones. La aspiración del hombre libre, encuentra en pleno siglo XXI, la existencia de la esclavitud (ATALAYAR, 2016). La Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que hay unas 4,5 millones de víctimas de explotación sexual forzada, de los cuales unos dos millones serían menores de edad (ATALAYAR, 2016).

El muy valorado derecho y acto de sufragio, se ve menguado por la poderosa influencia de los medios y redes sociales que interfieren y condicionan la decisión individual. Esta se vuelve en un voto más de la decisión colectiva, según los intereses de la mayoría. Ante tomar una decisión, uno se enfrenta a la incertidumbre de qué rumbo tomar, se necesita ejercer el poder de razonamiento y el coraje de tomar la decisión en base a la propia convicción o dejarse anular y seguir el camino más cómodo de la mayoría. Se busca el beneficio de la aprobación, la aceptación e influencia social, y evitar discusiones y discrepancias con el resto. Basar nuestra

elección en pautas o normativas sociales, ahorra tiempo y energía, pero degrada nuestra autoestima personal.

Noelle Neumann (1977), en su libro La Espiral del silencio, aborda la opinión pública como una forma de control social en la que los individuos adaptan su comportamiento a las actitudes predominantes sobre lo que es aceptable o no, teorizando sobre la posibilidad de aislamiento del individuo que exprese una ideología diferente. Así, la espiral del silencio parte del supuesto básico de que toda persona le teme al aislamiento, por eso, al momento de expresar sus opiniones, primero trata de identificar el resto de las ideas, para así sumarse a la mayoría. El rol fundamental lo tienen los medios de comunicación como fuente de información para definir el clima de opinión, el cual se define por decantar las tendencias hacia una determinada opción. Este se ve representado en opiniones y votos. El clima de opinión funciona como un fenómeno de contagio, dado que la opción mayoritaria se expande rápidamente por toda la sociedad. Se anula el poder de la decisión individual para tornarse en un voto más de la decisión colectiva, según los intereses de la mayoría (Majnemer et. al., 2015).

Sobre la igualdad. Aumentan los pedidos y exigencias de nuevos colectivos por espacios, oportunidades y la eliminación de injusticias. Es el clamor de los pueblos originarios, mujeres y LGBT, que se expresan por el respeto a sus religiones y costumbres. Dependiendo de la manera de ver la igualdad se puede entender que vivimos en una sociedad desigual. La brecha económica entre los super ricos y los que están en extrema pobreza se ha incrementado, en parte impulsado por las nuevas tecnologías. De manera natural se presentarán desigualdades económicas, pues no todos rinden igual, bajo las mismas condiciones. Lo que debe de estar en el centro de atención es la erradicación de la extrema pobreza y la injusticia.

La solidaridad. En la primera ilustración era el complemento que fluía naturalmente de los dos primeros valores, pues al nacer la persona libre e igual, la solidaridad se entendía como parte de la convivencia pacífica. La realidad nos

muestra que tal situación deseable, ante las debilidades mostradas en los dos primeros, no se da de manera extendida en la sociedad. Sin embargo, el sentir empatía hacia nuestros semejantes se constituye en obligación moral.

Por su parte, el elemento central de la Ilustración, la razón, ha transitado hacia una razón digital. La prognosis algorítmica reemplaza a la relación causal como guía de la razón. Para Putnam (1981) "Una de las finalidades de mi estudio acerca de la racionalidad es ésta: tratar demostrar que nuestra noción de racionalidad es, en el fondo, solamente una parte de nuestra concepción del florecimiento humano, es decir, de nuestra idea de lo bueno" (Putnam, 1981). Así mismo, la sociedad tecnológica, configura una nueva economía "digital" basada en las comunicaciones "digitales" que impulsan el consumismo.

Ante la situación mostrada de la realidad actual, podemos dar un esbozo de un paradigma distinto basado en un nuevo lema: descentralización, confianza, comunicación.

DESCENTRALIZACIÓN. En el siglo XXI se vislumbra una sociedad global sin un centro dominante. Esto aplica al poder, las fuentes de energía, la moneda, las comunicaciones, el conocimiento. Los elementos y sistemas que lo posibilitan están en la internet, las energías renovables, la WEB, las redes sociales, los contratos inteligentes, las criptomonedas, etc. La tecnología como reemplazo de política ha sido propuesta por pensadores modernos como Peter Thiel (2015).

CONFIANZA. Valor intangible que permite y facilita las relaciones e intercambios, ha sido reconocida como fundamental, por pensadores como Francis Fukuyama (2000). En los mercados globales de bienes y servicios se tienen cuenta la reputación y los comentarios de usuarios, para fomentar la tranquilidad en el consumo. La tecnología ofrece el blockchain que tiene mecanismos para reducir el riesgo de falsificación o alteración, y así garantizar la confianza en los documentos oficiales y contratos.

COMUNICACIÓN. Niklas Luhmann (1997) teoriza a la sociedad como sistema, un sistema constituido únicamente por la comunicación. El sistema social reproduce la comunicación, tal y como los sistemas vivos reproducen la vida y los sistemas psíquicos reproducen la conciencia. Esta visión de una sociedad centralizada, que en el siglo XXI toma otros matices, debido a la conformación de grandes redes globales, facilitadas por la internet, que todavía no están controladas por gobiernos o estados.

Niklas Luhmann (2000) reconoce que: "Los medios de comunicación están en manos de los grandes monopolios los que se han apoderado de un bien común...", el espectro radioeléctrico, el espacio para formar la libre opinión ciudadana, como el antiguo el ágora, es de todos. Es nuestro derecho y deber recuperarlo al servicio de nuestra libertad.

En la primera Ilustración, surgió el cuestionamiento a los dogmas impuestos por la fe y una estructura estamental rígida, con privilegios para unos pocos, que no permitía la movilidad social y el crecimiento económico. Su desarrollo impulsó el libre intercambio comercial y la creación de soluciones técnicas e innovaciones en base a la aplicación de la ciencia y los conocimientos empíricos. Se convirtió en un movimiento cultural y político impulsado por la burguesía que ya había tomado su conciencia de clase social. El claro propósito de la burguesía de acceder al poder político tuvo una cobertura cultural y artística que se buscaba la liberación del espíritu humano, apelando a sus antecedentes iniciados en el Renacimiento, basado en métodos racionales y experimentales. Su objetivo anunciado, fue el de colocar la razón como la fuente del conocimiento y el centro del hombre, para promover la educación, la ciencia y el saber a través del pensamiento. Siendo la razón, la facultad diferenciadora del ser humano de pensar, reflexionar para llegar a una conclusión o formar juicios de una determinada situación o cosa.

Ante las condiciones que nos presenta la realidad del siglo XXI, hay una multitud de pensadores que están analizando y aportando visiones para guiar

nuestro tránsito y evolución. Una muy breve lista de algunos pensadores que aportan sus ideas sobre una nueva ilustración para el siglo XXI incluyen a: Stéphane Hessel, Hilary Putnam, Niklas Luhmann, Noam Chomski, duro crítico de la sociedad y gobierno de EEUU, Peter Thiel, entre otros.

Estamos, quizás, presenciando la conformación de nuevas clases sociales: los tecnócratas, los super adinerados dueños de las megaempresas de la economía digital de Silicon Valley como: Apple, Google, Amazon, Microsoft, Facebook que buscarán derribar y reconfigurar al "Actual Regime," para disponer de libertad de acción y movimiento y lograr sus fines de acrecentar su ya vasta riqueza, con mayor poder político que asegure su seguridad, el aumento y preservación de sus patrimonios, de la nueva economía descentralizada en base a las criptomonedas.

Si bien las nuevas tecnologías como blockchain, AI, deep learning, machine learning y otras, prometen amplísimas posibilidades, traen también consigo efectos colaterales, muchas veces impredecibles, como la invasión y fin de la privacidad hasta, el control total del individuo.

Luhmann (1997) nos ilumina con su visión "Estas conceptualizaciones han cambiado a partir del uso de la tecnología, que cambia la realidad social y además crea nuevas conceptualizaciones semánticas, que hacen cambiar también la realidad social del ser humano".

La nueva realidad es la consecuencia de cambios originados en el siglo que nos precede. La burguesía ha sido el gran motor del impulso del capitalismo, pero Luhmann advierte: "el desarrollo de la economía como algo fundamental en el desarrollo de las estructuras sociales, el capitalismo ha sobre explotado la relación referencial que tiene el objeto sobre la construcción social de las estructuras."

Conclusiones

El capitalismo de los siglos precedentes muestra señales de agotamiento. No ha logrado llevar agua ni luz a miles de millones, que permanecen excluidos de servicios básicos.

La libertad colisiona con la esclavitud, los movimientos sociales (Fernández Campilongo, 2012) reclaman la falta de igualdad, la solidaridad se presenta débil ante lo material y la desconfianza social.

Se presentan condiciones para una nueva Ilustración 2.0 basada en la descentralización, confianza y comunicación, que reemplace al "Actual Regimen," unipolar, controlado por monopolios tecnológicos digitales.

En la realidad del siglo XXI se presenta un nuevo paradigma: descentralización, confianza, comunicación. Las tres banderas enarboladas en la primera Ilustración: libertad, igualdad, solidaridad, encubren la falta de libertad, igualdad y solidaridad.

En la primera ilustración más del 70 % de la población de Europa era analfabeta. La burguesía vio con interés educar a las masas para ampliar los mercados para sus productos y mercancías, así como para aumentar la productividad de sus trabajadores en las fábricas, minas y astilleros. Hoy en día, con una Ilustración 2.0 iniciada por las ideas de pensadores americanos y europeos, impulsados por una burguesía tecnocrática digital, igualmente busca incorporar a las grandes mayorías, excluidas por la brecha digital, al mercado global como consumidores de tecnología y trabajadores remotos o virtuales, en las mega empresas de la economía del Siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

Althusser, L. (1965). Para leer El capital. México: Siglo XXI.

Aróstegui, Julio. (2001) La investigación histórica teórica y método. Barcelona: Crítica.

Asch, S. (1974). Fuerzas de grupo en la modificación y distorsión de juicios. En J.R. Torregrosa y E.

Crespo. (comps.). Estudios básicos de la psicología social. Barcelona: Hora.

Consenso de Washington (1990). https://web.archive.org/web/20090625085003/http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486 consultado 2 julio 2019

Berger, L. y Luckmann, T. (1966) La construcción Social de la Realidad. Buenos Aires: Amorrortu

Bioy Casares, A. (1940). La invención de Morel. Buenos Aires: Losada.

Calderón de la Barca, P. (1953) La Vida es un sueño. Buenos Aires: Marcos Sastre. 2da Ed.

De Giorgi, Raffaele. (1990) Teoría de la sociedad, trad. esp. 1993. México: U Iberoamericana.

Eco, Umberto. (2003) El nombre de la rosa. Random House Mondadori

Eco, Umberto (2004) Historia de la Belleza. Barcelona:Lumen.

Fernández Campilongo, Celso. (2012) Protestas sociales. Lima: Hipocampo.

Fromm, E. (2008). El miedo a la libertad. Barcelona: Paidós.

Fukuyama, Francis. (1996) Confianza – Trust. Madrid: Atlántida

Hilton, Rodney. (2006) The Transition from Feudalism to Capitalism. London:Verso

Hobbes, Thomas. (2017) Leviathan. Fondo de Cultura Económica.

Hessel, Stéphane. (2011) ¡Indignaos! Barcelona:Destino

Locke, John. (2017) Ensayo sobre El Gobierno Civil. CreateSpace Independent Publishing Platform

Luhmann, Niklas. (1992) Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos.

Luhmann, Niklas. (1997) Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, traducido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós

Luhmann, Niklas. (2000). La realidad de los medios de masas. Barcelona: Anthropos.

Neumann N. (1977). La Espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social. Barcelona: Paidós.

Majnemer, Matías; Sparks, Mariana; Avollio, Belén (2015) en: Creación y Producción en Diseño y Comunicación Nº68. Universidad de Palermo, Buenos Aires, Julio 2015

Portantiero, J. C. (1993). La sociología clásica. Durkheim y Weber. Buenos Aires:CEAL.

Orwell, George. (2001) 1984: el Gran Hermano te vigila. Barcelona:Destino

Sánchez, R. (2008). Descartes Esencial. Barcelona: Montesinos.

Thiel, Peter. (2015) De cero a uno: cómo inventar el futuro. Madrid: Planeta.

ATALAYAR (2016) http://www.atalayar.com/content/esclavitud-en-el-mundo-actual-casi-46-millones-de-personas (6 dic. 2016), consultado el 10 jul 2019

La Vanguardia (2016) https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20161117/411936459399/europeos-ordenador-analfabetismo-digital-ocde.html 17 nov 2015, consultado 10 Julio 2019.

i-Latina 1 (2019): 1-13
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.04

La Storia delle Teorie. Spunti per una Filosofia del Diritto "Latina"*

ILARIO BELLONI
Università degli Studi di Pisa
ilario.belloni@unipi.it

RESUMEN

Este artículo ofrece una relectura de los acontecimientos teóricos que han afectado la filosofía jurídica italiana a mediados del siglo XX, enfocando la atención en las formas de hacer filosofía del derecho propuestas por estudiosos como Scarpelli y Fassò. Una posible síntesis de estas formas, que se propone en el artículo, podría constituir, según el autor, un método válido para una filosofía del derecho de inspiración "latina".

PALABRAS CLAVE: Filosofía del derecho, Scarpelli (Uberto), Fassò (Guido), derechos, método histórico, filosofía analítica.

ABSTRACT

This article offers a rereading of theoretical events that have affected Italian legal philosophy in mid XX century, focusing attention on ways of making legal philosophy proposed by studios jurists like Scarpelli and Fassò. A possible synthesis of these ways, which are proposed in this article, may establish, according to the author, a valid method for a legal philosophy with "Latin" inspiration.

KEYWORDS: Philosophy of Law, Scarpelli (Uberto), Fassò (Guido), rights, historical method, analytical philosophy

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

SOMMARIO: 1. La vicenda novecentesca della filosofia del diritto italiana: Bobbio e la "svolta linguistica". – 2. Scarpelli: ragioni della storia, ragioni del diritto. – 3. Il monito di Fassò. – 4. Il caso italiano come paradigmatico di una filosofia del diritto "latina".

1. La vicenda novecentesca della filosofia del diritto italiana: Bobbio e la "svolta linguistica"

La cosiddetta "svolta linguistica" , intrapresa in ambito filosofico ai primi del Novecento, ha interessato anche il campo di studi della filosofia del diritto: in tal senso, la novità del "linguaggio", determinatasi in seno alla filosofia giuridica italiana agli inizi degli anni Cinquanta del secolo scorso, può essere letta come un tentativo di importazione e applicazione alla sfera del diritto di una prassi metodologica, tipica della filosofia analitica, nonché di un vero e proprio modello culturale "nordico" all'interno di un contesto continentale e, specificamente, "latino". Tentativo, peraltro, ben riuscito, se si pensa che, proprio in Italia, l'approccio linguistico al diritto ha avuto un enorme influsso sulle generazioni successive di studiosi che, ancora oggi, si dedicano a studi – di carattere prevalentemente analitico – sul diritto come linguaggio; tanto che si può senza dubbio affermare come tale paradigma teorico-metodologico costituisca oramai a tutti gli effetti una tradizione scientifica ben consolidata. Con tutte le peculiarità del caso – è bene sottolinearlo – e in considerazione degli adattamenti che ne hanno fatto, rispetto all'"originale", una tradizione particolare e, per così dire, tutta italiana.

Questo, d'altronde, è ciò che accade verosimilmente in tutti i casi in cui venga attivato – e lo si faccia nel miglior modo possibile – un processo di "importazione": nel caso specifico, l'importazione non si è risolta affatto in un pedissequo imitare o

*Alcune parti del presente contributo sono apparse in Belloni, I. (2016) "'Questo non è un diritto'. Alcune riflessioni su diritto, linguaggio e linguaggio dei diritti", Paradigmi. Rivista di critica filosofica, 34 (1), pp. 51-63. Questo scritto ne rappresenta una revisione e un adattamento alla tematica di una filosofia del diritto "latina". Come tale, esso si basa sulla ponencia presentata al I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo latino, tenutosi ad Alicante dal 26 al 28 di maggio del 2016, e sul dibattito che ne è conseguito in sede congressuale.

nell'inseguire una "moda" scientifica; né tanto meno in un atto di subalternità culturale. Si è trattato, come si avrà modo di vedere, di un atto consapevole e, al tempo stesso, necessario, motivato da ragioni storiche che hanno permesso una traducibilità e un riadattamento al contesto e alla tradizione filosofico-giuridica italiani.

Quando Bobbio pubblica nel 1950 il saggio Scienza giuridica e analisi del linguaggio ha infatti ben chiari quali siano le potenzialità e i limiti della filosofia del linguaggio applicata al diritto, come pure quali siano le peculiarità del contesto italiano e la domanda di cambiamento che esso pone nell'accogliere la novità dell'approccio linguistico al diritto; e, del resto, nel muovere oltralpe, Bobbio ha piena coscienza delle radici e origini italiane di questo suo cercare altrove . Il filosofo torinese espliciterà questi aspetti retrospettivamente, operando in qualche modo una sorta di processo mimetico tra la sua esperienza individuale di ricerca e le vicissitudini della scienza giuridica italiana tra gli anni Quaranta e Cinquanta del Novecento .

Se si volesse tuttavia ripercorrere in modo più "oggettivo", per così dire, questa vicenda italiana della filosofia del diritto occorrerebbe guardare soprattutto all'allievo diretto di Bobbio, protagonista assieme a questi della svolta linguistica, e cioè Uberto Scarpelli, il quale ha illustrato lo sfondo ideologico dell'analisi del diritto come linguaggio, esplicitando le ragioni storiche (e le "necessità" politiche) della genesi di questo nuovo indirizzo di ricerca nel nostro paese, nonché la possibilità stessa di intenderne le caratteristiche tutte italiane, ben al di là di quello che avrebbe potuto costituire un mero fenomeno di importazione.

2. Scarpelli: ragioni della storia, ragioni del diritto

Introducendo, negli anni Settanta, una raccolta di scritti dedicati all'analisi linguistica del diritto (Scarpelli, 1976), Scarpelli rilevava immediatamente l'urgenza, determinatasi trent'anni prima, di imboccare una strada nuova e alternativa per la

generazione dei giovani filosofi che aveva inteso salvarsi dalle secche del fascismo e della guerra. Dopo un iniziale abbaglio esistenzialista apparve allora chiaro agli occhi di Scarpelli come un «aggiornato illuminismo» rappresentasse l'unica vera alternativa all'irrazionalismo dilagante e agli eccessi "romantici" – alle «infezioni metafisiche», con le parole dello stesso Scarpelli – che esso aveva comportato: un illuminismo «convenzionalistico, che puntava su una ragione da configurare nella determinazione della struttura del discorso mediante scelte ed intese espresse nelle convenzioni» (Scarpelli, 1976, p. 12).

Era evidente come lo sfondo filosofico e il piano epistemologico su cui collocare questa nuova forma di illuminismo orientata alla «determinazione della struttura del discorso» fossero precisamente quelli tipici del razionalismo neo-empiristico e del neopositivismo logico, come pure della "filosofia analitica", che rappresentava agli occhi di Scarpelli una sorta di minimo comun denominatore di tutte le "filosofie linguistiche", ossia quelle «filosofie perseguenti la chiarezza e l'onestà dell'intelletto attraverso la chiarezza e l'onestà del discorso» (Scarpelli, 1976, p. 10). Era dunque al "linguaggio" che bisognava guardare, alla sua analisi, ovvero a una «ricostruzione o costruzione del linguaggio sino alla creazione di "linguaggi perfetti"», perché – concludeva sul punto Scarpelli – proprio la «ricostruzione o costruzione linguistica, il perseguimento della chiarezza e del rigore con l'ordinamento del linguaggio, l'ordinamento dell'esperienza per la via dell'ordinamento del linguaggio, sono stati, per chi uscì dal buio del fascismo e della cultura fascista, una maniera di riaccendere e portare i "lumi della ragione"» (Scarpelli, 1976, p. 12).

Sul piano giuridico-politico questo orientamento filosofico aveva poi dei riflessi e delle implicazioni rilevanti, che la scienza giuridica non poteva affatto ignorare e verso cui anzi, ad avviso di Scarpelli, si sarebbe dovuta indirizzare per salvarsi anch'essa dalle secche della cultura giuridica di regime. Del resto, i presupposti stessi di quell'"aggiornato illuminismo" lo stavano a dimostrare : proprio nell'idea delle convenzioni costitutive della struttura del discorso, ovvero della

"ragione", Scarpelli rinveniva valori e temi, tipicamente illuministici, che informano il diritto, ossia il valore della «libertà che si realizza nella scelta» e l'idea del «contratto sociale che pone in essere le forme delle relazioni fra gli esseri umani» (Scarpelli, 1976, p. 12) .

In quest'ottica, la "svolta linguistica" appare come il tentativo di concepire e definire un oggetto – il diritto – in termini linguistici con l'intento di monitorarlo tramite il controllo dei suoi stessi usi linguistici, ovvero di difenderlo e proteggerlo da quanti avevano cercato di stravolgerne il senso e la portata mediante quelli che Scarpelli aveva denominato gli «eccessi romantici» e le «infezioni metafisiche» del linguaggio. Una difesa politica dell'oggetto, dunque (anch'essa, in fondo, una sorta di "politica del diritto"), fatta attraverso gli strumenti, così apparentemente impolitici, dell'analisi logico-concettuale propria della filosofia "linguistica" applicata al diritto.

L'opzione ideologica di Scarpelli in favore del positivismo giuridico si giustifica a maggior ragione e si comprende meglio se interpretata come conseguente al (e inclusiva del) punto di vista linguistico adottato dal giovane filosofo nell'immediato dopoguerra . Al di là di una professata adesione alle concezioni normativistiche del diritto, l'insistere sugli enunciati prescrittivi tipici del linguaggio giuridico, nonché sulla dimensione del diritto posto (positivo), serve paradossalmente proprio a (far) "prendere sul serio" l'atto di posizione insito al diritto stesso e a valutarne l'importanza capitale e la portata pratica. Nel far propri questi assunti linguistici, lo scienziato del diritto può impiegarli normativamente nell'analisi del diritto positivo, influenzando finanche l'oggetto di tale analisi e contribuendo così all'impresa di positivizzazione del diritto (senza che questa venga ridotta a mero fatto o che si esaurisca nella semplice statuizione del diritto) .

3. Il monito di Fassò

Proprio una necessità storica della ragione poteva dunque costituire e rappresentare al meglio le ragioni – tutte storiche, pertanto – di una svolta filosofica

(nonché una difesa delle ragioni del diritto). Questa insistenza sulle ragioni storiche del nuovo paradigma linguistico-giuridico affermatosi negli anni Cinquanta nel campo della filosofia del diritto vale, da un lato, a riavvicinare tra loro tradizioni di studi filosofico-giuridiche che troppo spesso vengono considerate distanti, e cioè una tradizione di studi storici e una di studi eminentemente logico-teorici (ovvero di filosofia analitica del diritto) e, dall'altro lato, a porre un interrogativo – di carattere storico, evidentemente – a quanti oggi continuano ad adoperarsi per proseguire e portare avanti gli studi di analisi del linguaggio giuridico senza chiedersi perché abbia ancora senso praticare questo tipo di indagine filosofica, ovvero se vi sia un senso nuovo e ulteriore rispetto al passato per questa tradizione di studi. D'altronde, una richiesta delle ragioni storiche di un certo tipo di analisi teoriche del diritto potrebbe forse valere a recuperare anche una profondità di ricerca storica di cui taluni approcci cosiddetti "di filosofia analitica del diritto" paiono a volte, più o meno consapevolmente o intenzionalmente, sprovvisti.

Non è infatti, ancora oggi, priva di interesse la notazione fatta alla fine degli anni Sessanta da quello che può essere considerato il principale rappresentante dell'indirizzo storico degli studi di filosofia del diritto, e cioè Guido Fassò, il quale, introducendo la sua opera, dedicata, non a caso, fin dal titolo alla "storia della filosofia del diritto" , si preoccupava in modo particolare di chiarire il nesso tra storia e teorie nell'ambito delle indagini filosofico-giuridiche. Fassò notava come il cambiamento nel tempo del tipo di domande e di ricerche in tale ambito fosse non tanto un segno di eterogeneità e di diversificazione "disciplinare", quanto la prova più evidente di una storia della filosofia del diritto, il cui compito dovrebbe essere precisamente quello di esaminare le ragioni e i motivi storici di questi mutamenti:

Che agli Stoici interessassero problemi diversi da quelli di cui si era occupato Aristotele, o che Benedetto Croce non sentisse il problema del diritto naturale che noi oggi invece sentiamo di nuovo, mentre non ci importa generalmente più niente del posto che il diritto occupa nella dialettica dello Spirito, o che ai nostri giorni ci si

dedichi alle analisi logiche e linguistiche del diritto a cui in altre epoche nessuno aveva pensato, non è senza significato storico (Fassò, 2001, vol. I, pp. 4-5).

Anche qui non a caso e non a mero scopo esemplificativo Fassò faceva riferimento proprio alle elaborazioni analitiche sul linguaggio giuridico, che non possono esimersi né dall'essere trattate storicamente né dall'operare esse stesse in modo storico, ovvero senza confrontarsi con una prospettiva di studi di tipo storico: in altri termini, senza fare – o presuppore che si faccia – una storia della filosofia del diritto. Per Fassò, difatti, anche i problemi più "logici", come quello della definizione della legge, solo apparentemente si presentano scissi o scindibili dai problemi "politici" (come quello dell'opportunità della legge stessa); in fondo, nel pensiero dei grandi classici della filosofia politica e giuridica, da Aristotele a Hobbes fino addirittura a Kelsen, tali problemi si scoprono intimamente connessi e implicati tra loro. Le domande poste sul punto da Fassò sono più che mai attuali, perché lanciano una sfida tutta interna alla filosofia del diritto e alle modalità storiche in cui si estrinseca:

Un problema, sempre in astratto, del tutto logico-metafisico come quello crociano del posto del diritto nella dialettica dei distinti, è davvero avulso storicamente, cioè concretamente, dalle dottrine etiche e politiche, ideologiche insomma, del diritto? [...] E gli analisti d'oggi, tutti presi da un interesse esclusivamente logico-linguistico, non sono forse costretti, proprio dal carattere storicamente complesso del fenomeno "diritto", ad una continua polemica con giusnaturalisti e sociologi, appunto perché non si può parlare filosoficamente del diritto in un determinato suo aspetto senza tener conto degli aspetti sotto i quali lo hanno considerato o lo considerano altri? (Fassò, 2001, vol. I, pp. 5-6).

Più che suonare come una giustificazione posticcia del proprio metodo e oggetto d'indagine o come difesa di una retroguardia scientifica e culturale (Fassò inizia a comporre la sua opera "monumentale" di storia della filosofia del diritto in un periodo in cui la predominanza negli studi filosofico-giuridici non è certo più quella

dell'approccio storico, anzi semmai è sempre più quella dell'indirizzo analitico) il monito di Fassò appare rivolto precisamente alle tendenze nuove e diffuse nel campo della filosofia del diritto che, lungi dal rappresentare solo delle autonome esclusività – tendenzialmente totalizzanti, peraltro – dovrebbero essere invece ancor più "comprendenti" e ancorate ad una prospettiva storica proprio perché storicamente determinate. Del resto, nei medesimi anni in cui Fassò scriveva la sua Storia della filosofia del diritto, Bobbio stesso, seppur animato da intenti analitici, si dichiarava «mal disposto nei confronti delle varie scuole analitiche, neo-positivistiche, empiristiche, che crescono nell'isolamento, non si sa se più superbo o più ingenuo, dalle dottrine precedenti» (Bobbio, 1965, pp. 48-49) .

Un valido esempio di questa modalità operativa comprendente della filosofia del diritto potrebbe essere rappresentato da un contributo di analisi semiotica dei diritti, prodotto proprio da Scarpelli alcuni decenni dopo l'avvento della "svolta linguistica" : in esso, lungi dal trattare esclusivamente i diritti positivi, venivano prese sul serio anche le ragioni dei cosiddetti "diritti naturali", non ignorandone la loro storia – ovvero la storia della filosofia del diritto (naturale) – e dunque confrontandosi con le dottrine precedenti, né ignorando (come Scarpelli stesso aveva invitato a fare) le ragioni storiche che giustificavano la trattazione del tema dei diritti in una prospettiva che, appunto, li "prendesse sul serio" e li dotasse di un orizzonte normativo senza il quale non si sarebbero potuti affermare storicamente: a conclusione della grande stagione delle rivendicazioni sociali e delle 'lotte per il riconoscimento' (Honneth, 1992) era questo, secondo Scarpelli, il modo migliore e più efficace – avvalendosi, cioè, ancora una volta del metro linguistico – di dare voce ai nuovi diritti e inglobarli nel "nucleo duro" del diritto.

In tema di diritti, nondimeno, sarebbe utile e opportuno testare nel dibattito contemporaneo l'attualità del metodo analitico-linguistico a base storica, in riferimento ai numerosi contributi di analisi del "linguaggio dei diritti" (denominazione nient'affatto casuale): se la filosofia del diritto di orientamento analitico si interessa oggi al tema dei diritti – e se ipotizziamo possa ancora valere

per essa il 'metodo' scarpelliano – una ragione storica anche in tal caso dovrà emergere, come pure dovrebbe emergere una trattazione storicamente orientata della problematica oggetto di indagine . Anche qui si potrebbe dire che, al pari di quanto avvenne per la difesa delle ragioni del diritto all'indomani dell'attacco ad esso sferrato alla metà del secolo scorso, si tratta oggi di difendere, attraverso un'analisi linguistica dei diritti, le ragioni e la portata storica degli stessi, denunciandone soprattutto i rischi "inflazionistici" e gli usi impropri della categoria concettuale del diritto soggettivo. Tuttavia, non si può essere certi che gli approcci neopositivistici al tema dei diritti siano sempre (stati) animati da intenti "garantisti" nei confronti dei diritti stessi: la tentazione, in questo campo, di utilizzare il neopositivismo logico nel senso più originario di tale orientamento filosofico – ovvero nel senso della neutralità assoluta – non è solo un'ipotesi (Luzzati, 2001). Alcune elaborazioni teoriche sui diritti paiono davvero assumere il sapore di mere sperimentazioni logico-linguistiche, dimostrandosi in questo modo sostanzialmente prive di ragioni storiche e svincolate dalle istanze morali e politiche cui Scarpelli aveva ricondotto il lavoro scientifico e la "missione" culturale degli analisti. Una volta contestualizzate storicamente le prospettive teoriche giusfilosofiche sarà in effetti più agevole coglierne le implicazioni etico-politiche: soltanto per questa via diventa possibile arginare le pretese totalizzanti degli approcci tecnicistici e meramente speculativi nonché, rinvenendo nella prassi la genesi di determinate istanze linguistico-normative, intenderne il valore proprio in virtù del riconoscimento delle loro origini non teoretiche.

4. Il caso italiano come paradigmatico di una filosofia del diritto "latina"

Da Bobbio a Scarpelli, passando attraverso la "mediazione" fondamentale di Fassò, si delinea dunque una vicenda – quella italiana – intellettuale e scientifica in grado di offrire molti spunti e suggestioni di carattere metodologico, e insieme contenutistico, alla filosofia del diritto del nostro tempo. Già nello sviluppo del pensiero di questi autori è possibile intravedere alcuni tratti costitutivi di una filosofia del diritto del tutto peculiare, che non sia pedissequa imitazione o

riproposizione di modelli consolidati ma che si offra sempre a una ricomposizione e a un impiego che si giustificano storicamente; se poi, come si è proposto qui di fare, le loro tesi vengono affiancate e rilette in sequenza, sullo sfondo di una domanda di riconoscimento della filosofia del diritto, si possono operare delle "congetture" circa l'ambito disciplinare di quest'ultima, ovvero circa la sua destinazione scientifica e didattica. Valga in proposito quanto aveva affermato proprio Norberto Bobbio nello stesso anno in cui pubblicava il "manifesto" della svolta linguistica, allorché nella Teoria della scienza giuridica sottolineava l'imprescindibilità di uno studio storico della filosofia del diritto:

Solo una storia della filosofia del diritto che sia intimamente compenetrata con la storia sociale e politica, e con la storia del diritto, sì che metta continuamente in rilievo l'origine ideologica e la funzione normativa delle varie teorie sulla giustizia, dà una giustificazione alle stesse teorie che espone, e trasforma l'arido catalogo di idee in una vera e propria storia, cioè in una matura presa di coscienza delle varie riflessioni dell'uomo sulla propria funzione e sul proprio destino come essere sociale. Ma una simile storia è ancora da scrivere e non può essere naturalmente l'opera di una sola persona (Bobbio, 1950b, p. 41).

Una filosofia del diritto che riscopra tale dimensione storica, esplicitando le ragioni storiche dei temi affrontati e operando essa stessa storicamente, sembra potersi porre quale valido antidoto a ogni tentativo di 'riduzionismo' o di ipostatizzazione del campo di studi filosofico-giuridico. E, nel concretizzarsi in tale dimensione culturale, certo più ampia e comprendente delle varie e particolari(stiche) filosofie del diritto, una filosofia del diritto siffatta non può che riaffermare e condividere uno spirito autenticamente umanistico. Ovvero una vocazione per un sapere comprendente, che abbia la consapevolezza del proprio passato e l'autocoscienza di essere prodotto della storia dell'uomo. Un'impresa filosofico-giuridica che dunque non si alimenti di settarismi o esclusivismi, ma si perpetui – lo ricorda Bobbio – come opera collettiva, come esperienza comune,

frutto di diversità che possono tuttavia ritrovarsi sul terreno di una storicità che è insieme causa ed effetto di un sapere così inteso.

Il caso italiano, qui sommariamente ricostruito e riproposto, può fungere da esempio paradigmatico di una tendenza culturale che in realtà non sembra essersi mai esaurita, se non altro perché costituisce l'unica forma di dialogo tra diverse inclinazioni e interessi filosofici: tra Scarpelli e Fassò, nonostante i differenti orientamenti delle loro ricerche, c'è una sorta di continuum; che vi è, del resto, anche all'interno dell'opera dello stesso Scarpelli o nell'itinerario intellettuale e scientifico di Bobbio, sebbene entrambi abbiano più volte manifestato o esplicitato i loro "salti" filosofici e culturali. Anche la svolta linguistica, se interpretata alla luce delle ragioni storiche e riletta con metodo storico da una filosofia del diritto che non sia partigiana, appare, ben al di là di una "svolta", ossia di un cambio di paradigma scientifico-metodologico, come il prodotto di un sapere umano inesauribile, che sempre cerca nuove mete poiché ha radici ben salde nel proprio passato; e che sempre si pone in un'ottica di apertura e condivisione perché frutto di confronto, di dialogo, di incontro. E che questi possano apparire proprio come i tratti tipici di una 'latinità' non sembrerà troppo improbabile a chi intenda vedere in essa non un relitto storico o una forma di nostalgia identitaria ma una modalità pragmatica, uno "spazio operativo", di cui anche la filosofia del diritto del ventunesimo secolo potrebbe giovarsi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bobbio, N. (1950a) "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2, pp. 342-367.

Bobbio, N. (1950b) Teoria della scienza giuridica, Torino: Giappichelli.

Bobbio, N. (1965) Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano: Edizioni di Comunità.

Bobbio, N. (1994) Contributi ad un dizionario giuridico, Torino: Giappichelli.

Bobbio, N. (2014) Diritto e potere. Saggi su Kelsen. a cura di T. Greco e introduzione di A. Carrino, Torino: Giappichelli.

Borsellino, P. (2014) Norberto Bobbio metateorico del diritto. Nuova edizione con un saggio introduttivo di M. Saporiti. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore.

Borsellino, P., Salardi, S. e Saporiti, M. (a cura di). (2014) L'eredità di Uberto Scarpelli, Torino: Giappichelli.

D'Agostini, F. (1997) Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni, Milano: Raffaello Cortina Editore.

Dworkin, R. (1978) Taking Rights Seriously. Cambridge (Mass.): Harward University Press, trad. it. (2010) I diritti presi sul serio. Nuova edizione a cura di N. Muffato. Bologna: il Mulino.

Fassò, G. (2001) Storia della filosofia del diritto. 3 voll. Edizione aggiornata a cura di Carla Faralli. Bologna: il Mulino.

Honneth, A. (1992) Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, trad. it (2002) La lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto. Milano: il Saggiatore.

Jori, M. (1997) "Uberto Scarpelli e il giuspositivismo". Saggio introduttivo a Scarpelli, U. (1997) Cos'è il positivismo giuridico, ristampa a cura di A. Catania e M. Jori. Napoli: ESI, Napoli.

Luzzati, C. (2001) "Grammatica dei diritti e grammatica delle norme". In: Artosi A., Bongiovanni G., Vida S., a cura di. Problemi della produzione e dell'attuazione normativa. Vol. I. CIRSFID, Bologna: Gedit, pp. 57-84.

Mazza, S. (2013) "L'interesse del giovane Scarpelli per il neoidealismo, nel carteggio con Norberto Bobbio", Notizie di Politeia, XXVIII (110), pp. 57-64.

Milazzo, L. (2007) "Diritto, dovere, potere o dei 'fantasmi giuridici'". In: Mattarelli S., a cura di. Doveri. Milano: FrancoAngeli.

Nerhot, P. (a cura di). (2008) L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Ripepe, E. (2014) "Fragilità del potere, il tuo nome è uomo", Rivista di filosofia del diritto, 2, pp. 331-346.

Ripepe, E. (2015) "La storia della filosofia del diritto", Rivista di filosofia del diritto, num. spec., pp. 43-53.

Rorty, R. M. (Ed.). (1967) The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method, Chicago: The University of Chicago Press, trad. it. parz. (1994) La svolta linguistica, Milano: Garzanti.

Scarpelli, U. (1948) "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 46, pp. 212-216.

Scarpelli, U. (1965) Cos'è il positivismo giuridico. Milano: Edizioni di Comunità.

Scarpelli, U. (a cura di). (1976) Diritto e analisi del linguaggio, Milano: Edizioni di Comunità.

Scarpelli, U. (1989) "Il positivismo giuridico rivisitato", Rivista di filosofia, 80, pp. 461-475, ora in Schiavello, A. e Velluzzi, V. (a cura di). (2005) Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia, Torino: Giappichelli, pp. 104-113.

Scarpelli, U. (1992) "Diritti positivi e diritti naturali: un'analisi semiotica". In: Caprioli S. e Treggiari F., a cura di. Diritti umani e civiltà giuridica. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia nei giorni 9-11 novembre 1989. Perugia: Stabilimento Tipografico «Pliniana», pp. 31-44.

Scarpelli, U. e Di Lucia, P. (a cura di). (1994) Il linguaggio del diritto, Milano: Led.

Villa, V. (2003) Storia della filosofia del diritto analitica, Bologna: il Mulino.

i-Latina 1 (2019): 1-11
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.05

Democracia y personas trans

FRANCISCO HURTADO DELGADO
Tribunal Electoral del Estado de Morelos
francisco.hurtado@teem.gob.mx

RESUMEN

Esta nota es una opinión sobre la relación entre democracia y la inclusión de la diversidad sexual, en específico de las personas trans, así como de la heteronormatividad del sistema que ha invisibilizado a estas minorías.

PALABRAS CLAVE: democracia, ciudadanía, transgénero, heteronormatividad, identidad de género.

ABSTRACT

This note is an opinion on democracy and sexual diversity connection, in specific on trans people, as well as system hetero normativity which has made invisible these minorities.

KEYWORDS: democracy, citizenship, transgender, heteronormativity, gender identity.

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

Los muxe de Juchitán de Zaragoza, Municipio del estado de Oaxaca, al Sur de México, ponen en evidencia la transexualidad en las culturas indígenas, en razón de que son hombres que pueden o no desempeñar roles de género como hombres, a su vez construyen una identidad de género distinta a la identidad masculina dominante y pueden tener preferencias sexuales por hombres. La masculinidad que representan los muxe es concebida como un género alternativo o un tercer género, que es aceptado socialmente. (Urbiola, Vázquez y Cázares, 2017, 5). En el llamado "tercer género" dan cuenta de que la diversidad sexual está asumida en algunas regiones de México.

El término homosexualidad fue acuñado en la década de 1860 y en ese entonces se consideró que los homosexuales eran un tipo de persona diferente, que practicaba una aberración sexual particular según Jeffrey Weeks (1986, citado en Giddens, 2001, p. 182). El término homosexualidad fue parte de un discurso en el cual se hablaba de él desde el punto de vista de la psiquiatría, considerando a la homosexualidad como una alteración o perversión, y en el plano religioso como un pecado. Sin embargo, en los últimos años, la concepción de la homosexualidad ha mejorado en muchos de los países occidentales, incluso, se ha promovido la concientización sobre las formas de diversidad sexual que no sólo se limitan a gay, lesbianas, bisexuales, transgénero o queer.

Algunas de las formas de discriminación o intolerancia hacia la homosexualidad se han ido disolviendo hasta hace muy pocas décadas, en estos días estamos conscientes que la homosexualidad no es una enfermedad y no está asociada con ninguna forma de afectación psicológica. Actualmente es más claro el panorama de los derechos de las personas LGBTIQ, el Estado ha reconocido el derecho de este grupo de personas a la igualdad de trato y el libre desarrollo de su personalidad.

A pesar de ello, existen algunos aspectos de la vida cotidiana que no incluyen a la diversidad sexual. El lenguaje jurídico está basado en la heterosexualidad la cual

trasciende en las figuras jurídicas que se contemplan sólo para las personas que pertenecen a este grupo, por ejemplo, el matrimonio sigue siendo concebido como la unión entre un hombre y una mujer, exceptuando a las uniones entre personas del mismo sexo; ello porque sin temor de errar, la heterosexualidad constituye, ideológicamente en la sociedad la base del matrimonio y la familia.

En este sentido, surge una idea importante, la heterosexualidad expandida en las normas sociales, políticas y legales, discrimina. La heterosexualidad no solamente es una orientación o una elección de las personas, además de ello, conceptos como "heteronormatividad" utilizado por Michael Warner en su obra "Fear of a Queer Planet", apunta que esta no sólo se establece como una imposición de la heterosexualidad en el ámbito público, sino como la única opción posible y viable en la sociedad (2004). La heteronormatividad regula las relaciones sociales, aspectos de la vida de las personas que no necesariamente tienen que ver con la sexualidad, y da por hecho que las personas deben ser de una forma determinada, así, prejuzga sobre la libertad de las personas de elegir una forma de vida y su propia sexualidad.

Monique Witting, defensora de la idea que la heterosexualidad es totalizadora, en su obra "El pensamiento heterosexual y otros ensayos" (2006, 49), citaba que "los discursos que nos oprimen en particular a las lesbianas, mujeres y a los hombres heterosexuales dan por sentado que lo que funda la sociedad, cualquier sociedad es la heterosexualidad"; además, apuntaba que el pensamiento heterosexual es a su vez totalizador de la historia, de la realidad social, de la cultura y de todos los fenómenos subjetivos, así calificó al pensamiento heterosexual con el carácter de opresivo, en su "tendencia a universalizar inmediatamente su producción de conceptos, a formular leyes generales que valen para todas las sociedades, todas las épocas, todos los individuos" (Witting, 2006, 52).

Así, la heterosexualidad como modelo político, jurídico y de control social, discrimina a las personas que no se conciben como tal, por ello, deben eliminarse las barreras que impiden que las personas gocen de sus derechos, conforme a los planes

de vida que elijan. El Estado, debe ser neutral en la forma en que se construye su sistema, ante los diversos modos y planes de vida de las personas.

La mayor parte de las construcciones sociales, así como concepciones jurídicas, parten de la idea que solamente existen dos géneros en la cual se basa la exclusión social y la discriminación en contra de cualquier expresión distinta a las personas cisgénero, es decir las personas que asumen el género que les fue asignado al nacer (CONAPRED, 2016, p.15). En este punto cabe destacar que la cisnormatividad, tal como la define el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación es "la expectativa, creencia o estereotipo de que todas las personas son cisgénero, o de que esta condición es la púnica normal o aceptable" (2016, pp. 15-16) ignorando la existencia de personas no heterosexuales, y reafirmando la posición heteronormativa del sistema. Especialmente en la región de América Latina, al ser de tradición colonial fue influida por legados provenientes de la Iglesia católica, este factor ha contribuido sin duda a la consolidación de la heteronormatividad como un principio de orden social y moral en la región.

En oposición a la expectativa de que todas las personas son cisgénero, existen personas que no se encuentran conformes con su anatomía sexual, por tanto, deciden buscar un ajuste en ejercicio de su derecho a la identidad, el cual ha sido protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile señalando: que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones (2012, p.48, párr., 136).

Ahora bien, me refiero a las personas trans frente a los derechos políticos, y en consecuencia en el sistema político electoral mexicano, y señalar por qué es importante la participación en condiciones de igualdad de personas diversas en sus preferencias sexuales. La evolución en el sistema electoral mexicano ha permitido que el reconocimiento y protección de los derechos políticos se haya maximizado.

Particularmente tras las reformas a las leyes electorales, desde la década de los 90 se han introducido las cuotas de género basadas en el reconocimiento de la desigualdad y discriminación histórica de las mujeres en el acceso a cargos de elección popular. Años más tarde, como consecuencia de la reforma en derechos humanos del año 2011, y la reforma político electoral 2014, el principio de paridad de género se elevó a rango constitucional, como una obligación de los partidos políticos. En los últimos procesos electorales en el país, tanto federales como locales, el tema de paridad entre los géneros se encuentra entre los aspectos más relevantes, partidos políticos, autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales y han participado en la construcción del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, estas cuotas garantizan el 50-50 entre hombres y mujeres, de esta forma, se concibe que las candidatas o candidatos se adapten al modelo binario, es decir, hombre o mujer. Este aspecto es importante ya que esta regla o principio, aplicado en la práctica, limitaría la participación política de una persona que no se reconoce ni como mujer ni como hombre, en atención a su orientación sexual y su expresión de género.

De acuerdo al ejemplo anteriormente citado, las instituciones políticas deben considerar la diversidad, de clases, razas, género y corporalidades, romper con el poder de las hegemonías de unos cuantos y trabajar en la construcción de una democracia incluyente. Las personas trans, deben participar activamente en la política, incluir a las personas de la diversidad sexual, ayuda a una nueva construcción de la cultura democrática.

Hoy en día el Estado mexicano a través de sus instituciones, como el Instituto Nacional Electoral, ha publicado el “Protocolo para adoptar las medidas tendientes a garantizar a las personas trans el ejercicio del voto en igualdad de condiciones y sin discriminación en todos los tipos de elección y mecanismos de participación ciudadana” (2018), el punto más importante es que toda persona trans podrá emitir

su voto sin que la falta de concordancia entre la expresión de género del votante con el nombre o sexo de la credencial de elector le niegue este derecho.

Esto es un ejemplo de las acciones en favor del derecho de las personas trans de ejercer sus derechos político electorales en condiciones de igualdad. El camino que debe seguir el Estado a través de sus instituciones es promover el respeto y garantizar la libertad de las personas para que vivan su individualidad de la forma que elijan, en atención al derecho a la libertad el cual ha establecido la Corte IDH que se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (CADH, artículos 7 y 11), siguiendo lo establecido por la referida Corte, en la opinión consultiva OC-24/17 (2017, párr. 91):

> Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual.

Siguiendo lo establecido por la Corte IDH, la democracia debe incluir la libertad y la individualidad de las personas o los grupos, en los distintos contextos de la sociedad. Siguiendo a Roddy Brett, la ciudadanía debe entenderse como el reconocimiento por parte del Estado de la igualdad de todos sus miembros como portadores de derechos y deberes. Poseer dichos derechos y obligaciones contribuye a establecer las condiciones para consolidar la igualdad entre estos ciudadanos, en sí un objetivo fundamental de la ciudadanía, asimismo Brett considera que una ciudadanía que amplíe los derechos políticos es la que se caracteriza por extender los derechos del ciudadano, del marco individual al colectivo en tanto

considera la pertenencia a un pueblo o grupo de personas, en el contexto de una nación multicultural y un Estado plural, para ampliar la igualdad entre todos, pero a la vez la diferencia entre ellos, denominada así por Brett (citado en Bello, 2014, p.136).

En este sentido, hablar de igualdad en el terreno político, es hablar de los principios de la democracia liberal la cual busca garantizar además de la seguridad de las personas y la participación política de los ciudadanos, una esfera pública capaz de contribuir a la transformación de las instituciones con base en el respeto de las libertades individuales. En este punto, es adecuado lo dicho por Marcel Gauchet cuando refiere que la democracia liberal en estricto sentido, tiene dos caras asociadas y distintas, reposa sobre los derechos fundamentales de las personas y las libertades públicas que los prolongan, y consiste en el ejercicio de lo que él llama potencia colectiva, es decir, en la conversión de las libertades individuales en autogobierno del conjunto. Para Gauchet, el gobierno no puede ejercerse más que en el estricto respeto de esas libertades, ya que está concebido para expresarlas (2010, p.191)

La democracia debe buscar metamorfosis de las normas políticas y jurídicas que han girado en torno a un modelo heteronormativo, que además han causado una serie de desigualdades, discriminación y violencia en perjuicio de las personas que no son heterosexuales. En el caso de los conceptos políticos, Mauro Cabral aborda algunas cuestiones ético-políticas sobre el concepto de ciudadanía sexual de las personas trans, entendida como aquella que enuncia y garantiza el acceso efectivo de ciudadanos y ciudadanas tanto al ejercicio de derechos sexuales y derechos reproductivos como a una subjetividad política no disminuida por desigualdades fundadas en características asociadas al sexo, el género, la sexualidad y la reproducción (2013, p.1).

Lo anterior cobra relevancia puesto que son los propios grupos minoritarios los cuales han cuestionado al poder las diferencias que se consideraban como legítimas porque se apoyaban en el modelo hegemónico de la heterosexualidad, por

considerarse lo natural, o lo moralmente aceptable, razón por lo que Cabral sostiene que:

> La teoría y la práctica sostenida por los movimientos de minorías sexo-genéricas objetaron el carácter excluyente de ciudadanías que discriminan, en el acceso pleno al repertorio de derechos ciudadanos, sobre la base de la orientación sexual, la expresión y/o la identidad de género. Estos desarrollos, articulados con la proposición relativamente reciente de un conjunto de derechos sexuales y derechos reproductivos demandados por el feminismo como parte integral de la subjetividad ético-política plena constituyen el entramado básico de la ciudadanía sexual (2013, p.1).

Finalmente, Cabral se plantea proposiciones como ejes de reflexión en torno a la ciudadanía sexual: la vida de las personas trans se vulnera por el sistema simbólico, institucional, médico, legal y social, en atención al modelo binario, cisgénero y heterosexual, que invisibiliza y causa tratos inhumanos; desde la perspectiva de la ciudadanía sexual, se debe insistir en una reformulación capaz de articular el horizonte ético-político de los movimientos feministas y de minorías genérico-sexuales, para interrogar los sistemas donde las concepciones actualmente vigentes del cuerpo, la sexualidad y la identidad, tienen lugar; cuestionar la centralidad de la categoría del sexo, social, médica y jurídicamente, para que el Estado reconozca la identidad de las personas. Sostener la demanda por una ciudadanía sexual capaz de incorporar a las personas trans como sujetos de tal ciudadanía (2013, pp.5-6).

Uno de los principales obstáculos que tienen las personas trans para ejercer una vida plena, son los estereotipos contra las identidades sexuales diversas a la heterosexual tradicionalmente arraigadas por la influencia judeo-cristiana. Los estereotipos de género no sólo afectan a quienes fueron y son excluidos, sino que repercuten sobre el conjunto de las relaciones de género y sobre las formas de conceptualizar dichas identidades. Porque no siempre el ideal masculino y femenino son casi imposibles de alcanzar, sino que hay razones para pensar en que la mera

existencia de los estereotipos puede generar dolor en ciertas personas (Fdez-Llebrez, F, 2015, p.137).

En primer lugar, se deben poner sobre la agenda política electoral, para el reconocimiento de los derechos políticos de las personas trans, las políticas públicas inclusivas, neutrales que concienticen a la ciudadanía, entendida como la aptitud de las personas para ejercer el voto, sobre la diversidad sexual y violencias contra minorías sexuales. Ello como parte de la formación de una cultura política incluyente. La cultura política tendría que fomentar la desaparición de las etiquetas sociales para ejercer la ciudadanía y participar de los asuntos públicos de una forma más sana y feliz.

En segundo lugar, el Estado a través de las autoridades competentes, debe adoptar medidas afirmativas en favor de las personas trans, a fin que se garantice realmente el ejercicio de sus derechos político electorales, luego entonces que, en el futuro, la idea binaria hombre y mujer utilizada para las cuotas de género tendría que replantearse al incluir a las personas trans o queer. Es decir, modificar las instituciones sobre las cuales las ideas sexo genéricas son la base de su formación.

Por último, al igual que los muxe, el resto de las culturas indígenas de México y la ciudadanía, deben de gozar del derecho de tener la libertad de elegir su forma de vida, para que la diversidad sexual sea un elemento incluyente en razón social y política, porque de lo contrario estaríamos viviendo en un Estado discriminatorio, retrógrada y antidemocrático.

REFERENCIAS

Bello López, Daniel (2014), Veracruz. Democracia participativa y ciudadanía diferenciada para una convivencia intercultural de respeto a los derechos indígenas, Democracia Intercultural, Colección visión universitaria de la democracia mexicana, México: Instituto Nacional Electoral.

Cabral, Mauro (2013) Ciudadanía (trans) sexual, Articulo sobre Tesis premiada. Proyecto sexualidades, salud y derechos humanos en América Latina. Disponible en: https://programaddssrr.files.wordpress.com/2013/05/ciudadanc3ada-trans-sexual.pdf. Consultado: [12-07-2019]

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, (CONAPRED), Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales, México, Primera edición: diciembre 2016, Coordinadora: Suárez Cabrera Julia Marcela. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Consultado [20-07-2019]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Consultado: [12-07-2019].

Departamento de Derecho Internacional, OEA, Tratados Multilaterales, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Consultado: [12-07-2019]

Fdez-Llebrez, F. (2015). Democratización de las identidades, transgenerismo y malestares de género. Desafíos, 27(II), pp. 99-143. Doi: dx.doi.org/10.12804/

desafios27.2.2015.03. Disponible en: http://www.redalyc.org/pdf/3596/359638643003.pdf . Consultado: [12-07-2019]

Giddens, Anthony, Sociología (2001) Versión castellana de Jesús Cuéllar Menezo, Madrid: Alianza Editorial, Cuarta edición.

Instituto Nacional Electoral (INE), Protocolo para adoptar las medidas tendientes a garantizar a las personas trans el ejercicio del voto en igualdad de condiciones y sin discriminación en todos los tipos de elección y mecanismos de participación ciudadana (2018), México. Disponible en: https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/06/DECEyEC-Protocolo-Trans.pdf. Consultado [18-07-2019]

Marcel Gauchet, La democracia. De una crisis a otra (2010) en Campos Victoria ed., Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales. Colección estructuras y procesos. Serie Ciencias Sociales. Madrid: Editorial Trotta.

Micahel Warner, Fear of a queer planet, for the Social Text Colle, Mineapolis: University of Minesota Press, Sixth Printing.

Rich, Adrienne, Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence (1980), Journal of Women´s History, Volume 15, Number 3, Autumm 2003, pp. 11-48 (Article), published by The Johns Hopkins University Press, DOI: 10.1353/jowh.2003.0079. Disponible en: http://www.posgrado.unam.mx/musica/lecturas/Maus/viernes/AdrienneRichCompulsoryHeterosexuality.pdf. Consultado: [14-07-2019]

Urbiola Solís, Alejandra Elizabeth; Vázquez García, Angel Wilhelm; Cázares Garrido, Ilia Violeta (2017) Expresión y trabajo de los Muxe' del Istmo de Tehuantepec, en Juchitán de Zaragoza, Nova Scientia, Volumen 9, Número 19, México: Universidad De La Salle Bajío León, Guanajuato, México. Disponible en: http://www.redalyc.org/pdf/2033/203353519027.pdf. Consultado: [17-07-2019]

Witting, Monique, El pensamiento heterosexual y otros ensayos, traducción de Javier Sáez y Paco Vidarte, Editorial EGALES, Madrid. Disponible en: http://www.caladona.org/grups/uploads/2014/02/monique-wittig-el-pensamiento-heterosexual.pdf. Consultado: [14-07-2019]

i-Latina 1 (2019): 1-33
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.06

La Filosofía del Derecho frente a los desafíos del Constitucionalismo (inter) nacional

TECLA MAZZARESE
Universidad de Brescia
tecla.mazzarese@unibs.it

RESUMEN

Esta contribución se propone llamar la atención sobre la urgencia de una filosofía del derecho que confronte con los cambios en el derecho que en los últimos setenta años han sido condicionados por el constitucionalismo (inter)nacional y las respuestas a sus desafíos; cambios heterogéneos con los cuales hace mucho tiempo se confrontan los juristas y sobretodo los jueces que, incluso en sus transformaciones no siempre unívocas, deben justificar sus decisiones en el derecho. En particular, después de haber recordado sus rasgos distintivos y especificado las razones de su denominación, del constitucionalismo (inter)nacional se distinguirán dos órdenes de desafíos que en su conjunción permiten delinear un marco unitario de la configuración actual de la diversas formas de derecho que están afectadas por una proliferación desordenada y confusa de nuevas formas de producción jurídica.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo (inter)nacional, Derechos fundamentales, Desorden de las fuentes del derecho

ABSTRACT

This contribution has as purpose drawing attention on the urgency of a Philosophy of Law that confront with the changes in law which in the last seventy years have been conditioned by (inter) national constitutionalism and its challenges answers; heterogeneous changes which many time ago jurists and especially judges have confronted with, even in its not always univocal transformations, must justify their decisions in Law. Particularly, after remembering its distinctive features and specifying reasons of its denomination, from (inter) national constitutionalism will be distinguish two challenge orders that in conjunction allows to delineate a unitary frame of actual configuration of diverse ways of law that are affected by a disordered and unclear proliferation of new ways of legal production.

KEYWORDS: (inter) national constitutionalism, fundamental rights, Disorder in the sources of Law

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

En memoria de Ettina,
amiga, madre, abuela
de la cual será difícil
aprender a prescindir

1. *Filosofía del derecho y transformaciones del derecho (inter)nacional en la segunda mitad del siglo XX*

Los temas principales de la filosofía del derecho continúan presentándose siempre iguales en las preguntas fundamentales de la cuales son expresión. Siempre iguales, pero al mismo tiempo siempre diferentes para las numerosas transformaciones de las formas en que el derecho, diacrónicamente en diferentes momentos y sincrónicamente en contextos geopolíticos heterogéneos, encuentra expresión.

Transformaciones continuas, aquellas que condicionan y connotan las diferentes configuraciones del derecho, que alteran y modifican el contexto de referencia de la filosofía del derecho, urgiéndola a repensar, actualizar y, si es necesario, redefinir su aparato teórico-conceptual tanto en relación con los términos con los cuales rendir cuenta de los criterios mutados para la identificación del derecho y su gramática, como en relación con las categorías con las cuales dibujar un análisis (de los posibles aspectos críticos) de las formas en las que, en su nueva configuración, se da su aplicación y/o se puede intentar la elaboración de su modelo explicativo.

De aquí, de estas primeras notaciones casi obvias, el asombro por una filosofía del derecho que en las últimas décadas se ha mostrado indecisa, vacilante y reacia a tomar en serio las transformaciones radicales que gradualmente se han ido determinando en el derecho, por un lado, desde cuando en los años cuarenta del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, comenzaron a delinearse y, aunque fatigosamente, afirmarse los principios fundantes del proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional, y, por otro lado, desde cuando, a finales de los

años ochenta del siglo XX, después de la Guerra Fría, del constitucionalismo (inter)nacional y sus principios fundantes comienzan a multiplicarse los síntomas de una crisis cada vez más seria.

De aquí, en particular, el asombro por una filosofía del derecho que frente a un proceso inédito de positivización, internacionalización y generalización de un catálogo de derechos fundamentales así como, simétricamente, frente a la multiplicación de críticas y políticas que cuestionan este proceso, no presta atención a las transformaciones (estructurales y funcionales[1]) que, tanto las unas como las otras, pueden condicionar la configuración del derecho estatal, del derecho internacional y la redefinición de los términos de sus interacciones, pero se deja distraer e involucrar en una diatriba animada sobre la cuestión de si este fenómeno (denominado de diversas maneras por diferentes investigadores) es una expresión del iusnaturalismo, del juspositivsmo, o más bien, como entre otros sugirió Mauro Barberis[2], de una nueva "tercera filosofía".

De aquí, en otras palabras, el asombro por la atención que gran parte de la filosofía del derecho presta más al contraste entre diferentes concepciones según las cuales leer las transformaciones del derecho en las últimas décadas, que a la tematización de un nuevo modelo explicativo capaz de tener adecuadamente en cuenta el alcance y las repercusiones teórico-conceptuales que estas transformaciones han tenido en el condicionamiento de una nueva configuración del derecho y su gramática.

Volviendo luego a la distinción propuesta por Norberto Bobbio entre "filosofía del derecho de los juristas" y "filosofía del derecho de los filósofos" [3] –puesto que

[1] Entre los trabajos pioneros que han reconocido importancia a la apertura de la filosofía del derecho al análisis no solo de la estructura del derecho sino también de la variedad de las posibles funciones de sus normas y sus institutos, véase, por un lado, Bobbio (1977) y, por el otro, Rodotà (1981).
[2] Barberis (2012). No la expresión, pero la idea de que el neoconstitucionalismo identifica una "tercera filosofía del derecho" ya se encuentra en las obras de otros autores y, quizás por primera vez, en Bobbio (1993, p. vii).
[3] N. Bobbio (1962, reed. 1977, pp. 43-46).

esta distinción estuvo propuesta para contraponer la atención que connota la primera y, de otro lado, el desinterés que caracteriza a la segunda hacia la variedad de formas en las que de vez en cuando el derecho y su gramática encuentran expresión[4]– se podría decir que la de las últimas décadas se ha caracterizada predominantemente como una filosofía del derecho de los filósofos.

Ahora, en contraste con esta tendencia, la intención de esta contribución es llamar la atención sobre la urgencia de lo que, siempre en la terminología de Bobbio, puede llamarse una filosofía del derecho de los juristas. Es decir, de una filosofía del derecho que se confronte con los cambios en el derecho que en los últimos setenta años han sido condicionados por el constitucionalismo (inter)nacional y por las respuestas, encontradas o solo intentadas, a sus desafíos de ayer y de hoy. En otras palabras, de una filosofía del derecho que tenga el coraje de cuestionar su propio aparato teórico-conceptual consolidado desde finales del siglo XVIII y que se pregunte acerca de los términos en los que desarrollar nuevas herramientas conceptuales para permitir, sino una reconstrucción cumplida y orgánica, al menos una visión general y unitaria de la multiplicidad y heterogeneidad de los cambios –ya señalados varias veces por historiadores y sociólogos del derecho[5]– con los cuales desde mucho tiempo se confrontan no solo los juristas de las más diversas áreas del derecho[6] –interno, regional e internacional, público y privado, procesal y sustantivo– sino también, y sobre todo, los jueces que, incluso en sus transformaciones que no siempre son unívocas ni consolidadas, deben basar y justificar sus decisiones en el derecho.

Así, después de haber recordado brevemente sus rasgos distintivos (§ 3) e, incluso antes, especificado las razones para la elección de una denominación

[4] En el marco de la filosofía analítica del derecho, la distinción de Bobbio se ha repetido varia veces sobre todo en la literatura de los años setenta y ochenta del siglo pasado. Recientemente, testifican de un renovado interés en esta distinción tanto Chiassoni (2018) como la discusión entre Guastini (2018) y Pattaro (2018).
[5] En la literatura italiana, en particular, son numerosos los trabajos del historiador Paolo Grossi y de la socióloga Maria Rosaria Ferrarese.
[6] Para algunas referencias bibliográficas, véase, por ejemplo Mazzarese (2017, p. 112, n. 3).

alternativa a "neoconstitucionalismo" (§ 2), en las páginas que siguen, se distinguirán y examinarán dos órdenes de desafíos del constitucionalismo (inter)nacional que, en su conjunción y conjugación, permiten delinear un marco unitario de la configuración actual del derecho nacional, internacional, transnacional, supra e infra-nacional que, en la interferencia de factores de difícil conciliación, condiciona y está condicionado al mismo tiempo por una proliferación desordenada y confusa de nuevas formas de producción jurídica (§ 4). Proliferación, desordenada y confusa, que si no se interviene para frenarla y/o reglamentarla (aunque en su dimensión polimórfica) no solo se corre el riesgo de comprometer la posibilidad misma de tutelar e implementar los derechos fundamentales cuya afirmación se ha ido desarrollando con la positivización e internacionalización de su repetidas formulaciones y especificación progresiva, sino también de interferir, frustrándola, con la función última del derecho a (im)poner y hacer cumplir los criterios de comportamiento compartidos entre sus destinatarios.

2. Razones para una denominación alternativa a "neoconstitucionalismo"

A partir de los últimos años del siglo XX, "neoconstitucionalismo" es el término más utilizado en literatura acerca no tanto de las consecuencias (políticas y jurídicas) de la positivización e internacionalización de un catálogo de derechos fundamentales sino más bien de los términos en los que a estos procesos comenzaron a prestar atención estudiosos como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino y, en Italia, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky.

Este término ha adquirido rápidamente una gran fortuna tanto que a veces ha sido adoptado por los mismos autores cuyas obras constituyen el principal objeto de interés de aquellos que, cada vez más numerosos, comenzaran a escribir acerca de su(s) concepto(s).

Es más, se trata de un término que, en los casi veinte años de literatura que siguieron a su introducción[7], ha sido tan abusado y maltratado que se ha llegado a la confrontación entre quienes dudan radicalmente de que designe algo más que "un revoltijo (con márgenes indeterminados) de actitudes axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales es difícil identificar cualquier tesis teórica reconocible y susceptible de discusión"[8] y, de otro lado, quienes (en el ímpetu de la réplica, en términos analíticamente censurables) nos aseguran que sí, que el neoconstitucionalismo "existe" [9].

Pero no solo. Aun si no se quiere enfatizar demasiado el efecto Babel o los descuidos de matriz filosófico-analítica, el resultado más censurable de un debate centrado casi exclusivamente en la confrontación entre posturas doctrinales antagónicas, como se ya mencionado en las páginas introductorias, es la persistencia de la falta de atención a los cambios continuos que, desde finales de los años cuarenta del siglo XX, han arrollado el derecho, sus formas de producción y sus modos de aplicación judicial, no solo a nivel nacional e internacional sino también en una proliferación descontrolada de dimensiones transnacionales y supranacionales nuevas (aunque no siempre inéditas) [10]. Y así, distraídos por cuestiones onomásticas y una multiplicación de idiolectos que se ignoran el uno al otro, todavía hoy, no muy diferente de lo que escribió Sheyla Benhabib en 2004, seguimos siendo "como viajeros que exploran un territorio desconocido con la ayuda de mapas antiguos,

[7] Los primeros usos del término son señalados, también pero no solo, en Mazzarese (2002 a, p. 2, n. 2).
[8] Guastini (2011, p. 147).
[9] Barberis (2011). Ya antes de este trabajo en el que replica las perplejidades planteadas por Guastini (2011), Barberis, que se encuentra entre los primeros, con otros miembros de la Escuela Genovesa, en sugerir y utilizar el término, ha tratado el neoconstitucionalismo, a veces, bajo un perfil meta-teórico más atento a las teorías sobre el neoconstitucionalismo que a lo que ha sido objeto de tematización de tales teorías, y otras veces, en cambio, cediendo a la tentación (cuestionable desde el punto de vista analítico) de definir unívocamente las tesis que lo identifican y connotan; es decir, cediendo a la tentación de ignorar los diferentes conceptos y las diferentes concepciones que tanto se estaban multiplicando en la literatura para justificar la duda de aquellos, como Carbonell (2003), Schiavello (2003), Núñez Leiva (2015) y, por último, Prieto Sanchís (2017), que se preguntan si ya no era correcto comenzar a discutir el "neoconstitucionalismos" en plural.
[10] Entre las excepciones de obras que en la literatura jusfilosófica prestan atención a la dimensión transnacional y supranacional del derecho, véase Maduro, Tuori, Sankari (Eds.) (2014).

diseñados en diferentes momentos y en respuesta a diferentes necesidades. Mientras que el terreno en el que estamos procediendo, la sociedad mundial de estados, ha cambiado, nuestros mapas no lo son"[11].

De aquí, a partir de estas consideraciones, la decisión de abandonar el uso del término "neoconstitucionalismo"[12] y optar por la expresión (aún no comprometida) de "constitucionalismo (inter)nacional" para aclarar que el foco está en las formas y los modos en que el derecho, su producción y su aplicación judicial han cambiado progresivamente en sus múltiples expresiones nacionales e infraestatales, supranacionales y transnacionales, no menos que internacionales; para comprender, es decir, en qué términos estos cambios alteran el alcance explicativo de las categorías conceptuales tradicionales de los siglos XIX y XX que todavía hoy se siguen utilizando en la literatura de la teoría del derecho.

Así, en estas páginas (y no solo), con "constitucionalismo (inter)nacional" me refiero a las transformaciones que, a partir de la segunda mitad de los años cuarenta del siglo XX, a nivel legislativo y jurisprudencial –como cuestión de hecho y no tanto de (subjetiva) evaluación jusfilosófica– condicionan una nueva configuración del derecho todavía no consolidada en sus características distintivas: una configuración caótica, asistemática y quizás incluso censurable, pero, *de hecho*, una configuración diferente de la que en los siglos XIX y XX encontró expresión en el modelo explicativo del derecho entendido como un orden –completo, coherente y bien ordenado en la jerarquía de sus fuentes- caracterizado por su unidad e identidad específica.

[11] Benhabib (2004, trad. it. 2006, p. 5).
[12] Antes de rendirme a los prejuicios que lo acompañan, también yo he utilizado este término, por ejemplo, en Mazzarese (2002a) y (2002b). Por otra parte, en literatura, son numerosos los casos de opciones terminológicas alternativas a "neoconstitucionalismo" para liberar sus propios análisis de connotaciones no deseadas que ahora se asocian automáticamente con su uso. Así, por ejemplo, "constitucionalismo democrático", "constitucionalismo por principios", "jusconstitucionalismo" o también "constitucionalismo garantista".

En particular, con "constitucionalismo (inter)nacional" me refiero a las innovaciones legislativas y judiciales que, en su conjunto, pueden considerarse la expresión de un único proyecto unitario, tanto político como jurídico, que resume sus características distintivas y principios fundacionales.

3. *Un proyecto político y jurídico radicalmente innovador*

Fracasada la Sociedad de las Naciones, instituida en el 1919 para garantizar la paz en el mundo luego de los horrores del primer conflicto mundial, aquello que se proyecta y se quiere afirmar después de los nuevos y todavía más devastadores horrores del segundo conflicto mundial y de los regímenes totalitarios que lo habían provocado, es un orden internacional que no se limite más a un genérico auspicio pacifista, sino que efectivamente se dedique a la realización de las condiciones que consientan la "construcción" de una paz que tenga como propio fundamento la defensa de las instituciones democráticas *de los* estados y *entre los* estados y, en particular, la afirmación de la igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales[13].

Esto, en extrema síntesis, es el núcleo último del proyecto, político y jurídico, del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda mitad del siglo XX: la *construcción* de la paz en un orden internacional entre democracias constitucionales de estados constitucionales de derecho.

Simple y perentorio en su enunciación, el imprescindible relieve asignado al principio de igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales, por sí mismo no es, no obstante, suficiente para resolver de manera compartida los

[13] Sobre el carácter "cualificado" de la paz, de la cual la ONU se propone la construcción, llama la atención por ejemplo, Villani (2002, pp. 209-210, mi cursiva y traducción) cuando subraya que "por un lado, el respeto de los derechos humanos constituye, además de un valor por sí mismo, una condición indispensable para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional" y que por otro lado, "la *paz que la ONU quiere garantizar no se resuelve en la mera ausencia de violencia en la relaciones internacionales, sino que es una paz, por así decirlo, cualificada por ser fundada, entre otras cosas, sobre el respeto de los derechos humanos*".

diferentes aspectos problemáticos que vuelven controvertida la noción de derechos fundamentales[14], ni mucho menos, para allanar los desacuerdos (inter)nacionales, políticos y económicos todavía antes y más significativamente que culturales, de género o ideológicos, que han condicionado los éxitos y fracasos de los últimos setenta años. La barbarie del segundo conflicto mundial y las infamias de los regímenes totalitarios que lo habían provocado habían sido suficientes, en efecto, para determinar un consentimiento difundido sobre la necesidad de reivindicar la protección internacional de un catálogo de derechos fundamentales (universales, inviolables e inalienables) pero no para alcanzar un acuerdo sobre su individuación, sobre la definición e institucionalización de sus garantías jurídicas.

No es casual, por lo tanto, que en 1945 la *Carta de la ONU*, aunque anunciando enfáticamente entre sus fines aquello de promover la tutela de los derechos fundamentales, no especifique su catálogo; ni es casual que en 1948 la *Declaración universal* redactada después de dos años de trabajo por una comisión específicamente instituida por la ONU, no tenga carácter jurídicamente vinculante[15].

Y más, las divergencias y las reticencias que no habían permitido especificar en la *Carta de la ONU* los derechos por los cuales se promovía la tutela y que habían impedido el acuerdo para reconocer fuerza jurídicamente vinculante a la *Declaración universal*, han sido confirmadas y re-propuestas en 1966 con la redacción de dos diferentes pactos relativos a dos listas distintas de derechos: el *Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales*: Dos *Pactos* diferentes y dos distintas listas que, en su propia separación, repiten la razones de desacuerdo y las tensiones que ya en la redacción de la *Declaración universal* habían visto la contraposición entre dos concepciones de los derechos fundamentales: aquella de

[14] Sobra este punto, véase, por ejemplo, Mazzarese (2012, 179-189).
[15] Por un atento análisis de las dificultades que han acompañado la redacción de la *Carta de la Onu* y de la *Declaracion universal*, véase Morskin (1999), Glendon (2001), A. Cassese (2005), Costa (2010, pp. 23-28).

quien, como los Estados Unidos, reivindicaban una matriz exclusivamente liberal-individualista, y aquella de quien, como la Unión Soviética, pretendían una connotación fuertemente socialista. Dos pactos diferentes y dos listas distintas, del único catálogo de derechos declinado en la *Declaración universal*, para consentir a los más valientes sostenedores de una o de otra ideología, de subscribir solamente uno de los dos documentos. Jurídicamente vinculantes para los países que han ratificado el uno, el otro (o ambos), los *Pactos* de 1966 no solo atestiguan la irreductibilidad del desacuerdo entre concepciones diferentes de los derechos fundamentales, sino que signan, al mismo tiempo, una etapa importante en la progresiva difusión de su implementación y tutela.

Así como atestiguan una progresiva atención para su implementación y tutela, la pluralidad de cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados, regionales e internacionales, que, por más que se pueda uno quejar de su complejidad y su falta de carácter sistemático, redundancias y lagunas, en su totalidad han contribuido al nacimiento, al desarrollo y a la articulación de un *(inter)national human rights law*, de un derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales.

Cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados que en su variedad y pluralidad, concurren a re-proponer, según el espíritu de la *Declaración universal*, la indivisibilidad de los derechos civiles y sociales. Pero que, al mismo tiempo, a pesar de su variedad y pluralidad, no han logrado nunca tener en cuenta definitivamente la razón de las muchas dificultades, políticas y económicas –antes y más significativamente que culturales, de género o ideológicas– que siempre han obstaculizado y contrastado su eficacia (§ 4). Lo atestiguan, en particular, los diferentes mecanismos, primero entre todos aquellos, del recurso a las reservas, que consienten de eludir sino incluso frustrar los efectos de su eventual ratificación. Y

lo atestiguan, sobre todo, las defecciones de las grandes potencias, que frecuentemente se rehúsan a ratificar estas cartas y convenciones[16].

4. Dos órdenes de desafíos para el constitucionalismo (inter)nacional y la proliferación de nuevas formas de producción jurídica

Éxitos y fracasos, innovaciones radicales y omisiones injustificables, conquistas temporáneas y derrotas que amenazan los resultados laboriosamente logrados constelan los ahora setenta años de historia del constitucionalismo (inter)nacional y atestiguan de los desafíos, de ayer y de hoy, que siempre han influido en las sus diferentes etapas.

Y más, justifican, en particular, la distinción entre dos órdenes diferentes de desafíos: de un lado, los primeros desafíos (aquellos de los comienzos) que, incluso antes del final del segundo conflicto mundial, han signado sus inicios y la progresiva (aunque lenta y contrarrestada) afirmación de sus principios últimos y fundantes (§ 4.1), y, de otro lado, los (nuevos) desafíos de hoy que, tras la conclusión de la guerra fría, en el contexto de un nuevo desorden geopolítico hasta hoy no arreglado, han comenzado a amenazar no solamente los resultados fatigosamente alcanzados sino también el mismo sistema de valores de su proyecto jurídico y político (§ 4.2).

[16] Por lo tanto, sólo por mencionar un ejemplo asombroso, el *Tratado de Roma* de 1998, que instituye la Corte Penal Internacional, no ha sido ratificado ni por los Estados Unidos, ni por China, Rusia e Israel. Y aún más, por citar no el caso de un solo tratado, pero lo que se afirma como principio cardinal de su política (inter)nacional, el "excepcionalismo" que los Estados Unidos reivindican en su abstención sistemática de la ratificación de los convenios y convenciones internacionales (ya comenzando con la falta de ratificación del *Tratado de Versalles* de 1919, instituyente de la Sociedad de Naciones) y regional (como en el caso de la *Convención Americana sobre derechos humanos* de 1969), a pesar de la centralidad de su papel en condicionar los términos de su redacción y de las (eventuales) formas de su protección. Un rico y variado examen de los diversos argumentos utilizados en la literatura para fundar o justificar el "excepcionalismo" de los Estados Unidos se ofrece en Ignatieff (Ed.) (2004); sobre la ambigüedad del papel de los Estados Unidos en las transformaciones del derecho internacional, véase, por ejemplo, Habermas (2004, trad. it. 2005, pp. 151-156 y, en particular, 180-185).

Diferentes pero entre ellos simétricamente complementarios, tanto los desafíos pasados cuanto aquellos más recientes atestiguan, los unos y los otros, no solamente los resultados alternos de los esfuerzos para realizar y/o defender la nunca definitiva afirmación de los principios últimos y fundantes del constitucionalismo (inter)nacional sino también la creciente incertidumbre *del* derecho (inter)nacional, y *en* el derecho (inter)nacional, acerca de los términos con los cuales (seguir a) garantizar la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguardia de los bienes fundamentales en el "pluralismo difuso y confundido"[17] de sus fuentes.

En particular, de un lado, éxitos y fracasos del constitucionalismo (inter)nacional con respecto a sus desafíos *pasados* han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional allá donde los numerosos textos normativos –cartas, convenciones, acuerdos, declaraciones y tratados– y las sentencias judiciales que integran, los unos y las otras, el siempre más amplio y complejo derecho internacional de los derechos fundamentales, son desprovistos de una reglamentación que permita un orden y una coordinación no solamente entre ellos sino también con las formas de derecho de los derechos fundamentales, legislativas y jurisprudenciales, que se han ido desarrollando en el derecho interno de estados diferentes y, no menos significativamente, en el derecho de sus formaciones regionales.

Y más, por otro lado, éxitos y fracasos del constitucionalismo (inter)nacional respecto a los *nuevos* desafíos han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional porque, hasta hoy, continua faltando tanto una reglamentación que ordene y coordine los diferentes materiales del derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales cuanto una regimentación de aquellas nuevas formas de derecho supranacional y transnacional, incluidas aquellas de *sofá*

[17] Con referencia a Grossi (2008, p. 45), del "pluralismo generalizado, confuso e indomable" habla Lipari (2009, p. 489).

law, en la pluralidad heterogénea de sus diferentes expresiones, que, generalmente indiferentes cuando no en abierto contraste con la tutela de los derechos y la salvaguardia de los bienes fundamentales, se han progresivamente desarrollado en relación a la globalización de la economía, de las finanzas y de los mercados; esto es: de aquellas nuevas formas de producción jurídica, es decir, que en su múltiple variedad identifican y caracterizan la nueva *lex mercatoria*[18].

4.1. *El constitucionalismo (inter)nacional y sus primeros desafíos*

Sorprendentemente ambicioso en el proyectar un nuevo orden mundial conjugando paz, democracia y tutela de los derechos, el constitucionalismo (inter)nacional no podía representar un desafío al orden jurídico y político que ya desde la primeras codificaciones de final del siglo XVIII y, todavía antes, con el nacimiento de los estados nacionales en el siglo XVI, giraba alrededor de la tesis indiscutida del carácter absoluto de la soberanía nacional: de la soberanía, es decir, entendida como *suprema potestas superiorem non recognoscens*[19].

Todavía genéricos en la inevitable indeterminación de su primera formulación en el *Preámbulo* y en el artículo 1 de la *Carta de la ONU* de 1945, los términos del vínculo (de un doble vínculo de reciproco condicionamiento) que se tenía que instaurar entre paz, democracia y tutela de los derechos fundamentales adquieren forma y contenido con la positivización de un catálogo de derechos fundamentales absolutamente innovador en su caracterización no menos que en su enumeración; positivización, a nivel internacional, con la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 y contextualmente, tanto a nivel nacional, en las constituciones de Italia y Alemania cuanto a nivel regional, en América (latina) con la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, aprobada dos meses antes de la

[18] Para una reconstrucción histórica de las diferentes fases en que se ha desarrollado la *lex mercatoria* a partir del período feudal en Europa, véase Galgano (1976) y (2005, pp. 43-76).
[19] Límpido en la reconstrucción y en la articulación de los argumentos acerca de los desafíos del constitucionalismo (inter)nacional al concepto de soberanía absoluta, Ferrajoli (1997).

misma *Declaración universal*, y en Europa, aunque en forma todavía parcial en su primera redacción de 1950[20], con la *Convención para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*.

Aquello que fue declinado en las primas positivizaciones internacionales del final de los años cuarenta del siglo XX, es un catálogo absolutamente innovador respecto a las Cartas del final del siglo XVIII[21]; es innovador en particular (i) por la individuación de quien pueda ser considerado titular de derechos (ya no específicas clases de sujetos sino cada ser humano[22]), (ii) por la enumeración de los derechos que lo componen (derechos de la persona como individuo y como componente de formaciones sociales, derechos relativos a la formación y aplicación de la ley, derechos políticos, derechos económico-sociales pero también el derecho a la paz y a un orden social e internacional), (iii) por la caracterización de los mismos derechos (universales en su pluralismo laico, inviolables e inalienables pero también indivisibles porqué complementarios los unos para los otros en su variedad y pluralidad), y no por último, (iv) por los valores y los principios que (también cuando no explícitamente formulados) connotan toda su construcción y el sentido mismo de su articulación (desde el respeto para la dignidad humana a la solidaridad, desde una igualdad en los derechos que no es extraña sino complementaria al "derecho a ser diversos", a un pluralismo laico respetuoso de sistemas de valores diferentes).

Un catálogo radicalmente innovador, aquél individuado al final de los años cuarenta del siglo XX, a partir del cual y en relación al cual, a pesar de ásperos

[20] En su primera versión adoptada en 1950, la *Convención* no incluía todos los derechos enumerados en la *Declaración Universal* de 1948; en particular, no incluía los derechos económicos y sociales que, a lo largo de los años, han sido integrado en parte en su catálogo mediante sucesivos protocolos; al respecto, para un examen claro y conciso, véase Parolari (2010).
[21] Al respecto, véase, entre otros, Mazzarese (2012, pp. 189-197).
[22] No más, como querían la cartas al finales del siglo XVII, sólo los hombres blancos que poseían una cierta renta, sino, como se indica en el *Preámbulo* de la *Declaración Universal* de 1948, "todos los miembros de la familia humana" porque, como adelante especifica en su artículo 2, "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en [la] *Declaración*, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

disensos y retardos, en setenta años de éxitos y fracasos, se ha ido desarrollando el derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales. No siempre orgánico en su articulación y de indudable complejidad en la pluralidad de interacciones y multiplicidad de reenvíos cruzados, de hecho se ha ido desarrollando un conjunto de cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados sobre la tutela de los derechos fundamentales tanto a nivel internacional cuanto, siempre más frecuentemente a nivel regional, antes en Europa y América (latina)[23], y luego también en África, Asia y en los países árabe-musulmanes[24].

Un conjunto de cartas, convenciones, acuerdos, decisiones y tratados, a nivel internacional y regional, que, según los casos, han propuesto variantes[25] y/o más nuevas o más ricas declinaciones del entero catálogo de los derechos o, en cambio, precisado en lo especifico[26] los derechos de sujetos particularmente débiles y/o especificado el significado y definido las garantías de derechos ya reconocidos o ratificado las formas y los modos de la tutela de nuevos derechos cuyo reconocimiento fue solicitado por nuevas exigencias socio-económicas, por nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos, y no menos importante, por profundas alteraciones del ambiente y de su ecosistema.

[23] Después de la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* de 1948, en 1969 se adoptó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; *Convención*, esta, ratificada por 25 de los 35 estados que hoy forman parte de la Organización de Estados Americanos; entre los estados que no la han ratificado, el Canadá y, como en el caso de muchas otras convenciones internacionales sobre derechos fundamentales, los Estados Unidos.

[24] Los textos de los principales documentos regionales sobre derechos fundamentales, cada uno precedido por una nota informativa escrita por Paola Parolari, están recopilados en la *Apéndice* a Mazzarese y Parolari (Eds.) (2010, pp. 175-302). A estos textos, tiene que agregarse la más reciente *Declaración asiática de derechos humanos* de 2013. Para un análisis y comparación entre diferentes mapas regionales, véase, por ejemplo, AA.VV. (2004) y Parolari (2013, pp. 237-245).

[25] De gran relieve las variantes de las diversas reformulación del catálogo de los derechos en las diferentes cartas regionales; variantes cuyos análisis (como aquellos, por ejemplo de las obras citadas al final de la nota precedente) puede contribuir a eliminar prejuicios sobre el (no) universalismo de los derechos fundamentales y sobre la recíproca (im) permeabilidad de los sistemas de valores de culturas diferentes.

[26] Es este aquél que Bobbio (1989, reed. 1990, p. 46), [1993, p. vii] y Peces-Barba (1991, trad. it. 1993, pp. 159-175) llaman "proceso de especificación" de los derechos fundamentales respecto a los titulares y respecto a los contenidos; proceso que, ya a partir de algunos relieves de Peces-Barba, a veces ha sido considerado más como un peligroso factor de fragmentación que como un útil momento de puntualización de derechos demasiado genéricos en sus formulaciones. Sobre este punto véase, por ejemplo, Margiotta (2005), Rodotà (2007), Pisanò (2011, pp. 161-172).

Pero no solo esto. Un conjunto de cartas, convenciones, acuerdos, decisiones y tratados, que al lado y más allá de las diversas redefiniciones del catálogo de los derechos fundamentales y/o de las progresivas declinaciones de los términos según los cuales entenderlos y garantizarlos, contempla y ratifica, no menos significativamente, la institución de una pluralidad de cortes (diferentes en sus respectivas funciones y competencias) para su tutela supranacional. Una pluralidad de cortes que se articula (i) a nivel nacional, en las cortes supremas o, según los casos, las cortes constitucionales de cada país; (ii) a nivel regional, en las cortes que, según procedimientos entre ellos diferentes, vigilan sobre la no violación de los derechos fundamentales, allá donde a nivel nacional se den casos problemáticos y controvertidos: es así, en particular, con la Corte europea de los derechos humanos, la Corte europea de justicia, la Corte interamericana de los derechos humanos, la Corte Africana para los derechos del hombre y de los pueblos; y (iii) a nivel internacional, con la Corte internacional de justicia y la Corte penal internacional. Pluralidad de cortes, esta apenas indicada, que por otra parte no agota la variedad de formas (casi) judiciales relativas a la tutela de los derechos fundamentales a nivel transnacional y supranacional[27].

Instituidas todas, en la especificidad de su propias competencias y funciones, para contribuir a una tutela multinivel de los derechos fundamentales y para consentir, a través de su diálogo, el aclarar y puntualizar la razones de disentimiento o incertidumbre acerca de los términos según los cuales entenderlos y circunscribir el ámbito de sus (in)evitables limitaciones reciprocas[28], la sentencias de esta pluralidad de cortes internacionales no siempre se han relevado pero concordes entre ellas ni acerca de las soluciones propuestas ni acerca de la individuación e

[27] En relación a la pluralidad heterogénea de "*regulatory regimes* sectoriales" que atiborra el "espacio jurídico global [...] sin, que entre ellos haya ni una definida repartición de competencias, ni una precisa escala jerárquica", véase S. Cassese (2009, p. 141).
[28] Limitaciones que necesitan ser fijadas, en general, por el legislador (inter)nacional y/o, en concreto, en su tutela judicial, porqué a menudo no es unívoca ni la lectura que acerca de cada uno de ellos puede ser dada singularmente, ni la evaluación de la pluralidad de sus interferencias recíprocas.

interpretación de los textos normativos y/o de los (recíprocos) precedentes sobre los cuales fundar sus propias decisiones. Aquello que resulta de todo eso, por lo tanto, no es un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales sino más bien un sistema poli-céntrico que, con sus disonancias[29] corre el peligro de confirmar, y no de reducir, los márgenes de disentimiento e incertidumbre sobre su tutela (judicial).

En síntesis, desde lo que aparece (y en buena sustancia es) un éxito en la afirmación de sus principios y de sus valores respecto al orden político y jurídico precedente a la segunda mitad del siglo XX, se origina uno de los nuevos desafíos (y no uno de los menos arduos) con el cual el constitucionalismo internacional es llamado hoy a confrontarse (§ 4.2.2.). El conjunto siempre más vasto de los textos normativos que integran y constituyen el derecho internacional de los derechos fundamentales (siempre más magmático en la ausencia de reglamentación que pueda ordenar y coordinar su contenidos) ha determinado en efecto la afirmación y la progresiva consolidación de dos de las nuevas formas de producción jurídica, una por un poliédrico legislador (inter)nacional, otra por la diferentes cortes (inter)nacionales, que en la pluralidad de sus respectivas expresiones, concurren a la proliferación de las fuentes del derecho y a su desorden; o sea, concurren no a asegurar y a hacer más cierto sino, no muy paradójicamente, a obstaculizar y a hacer más tortuoso su común objetivo de garantizar la tutela (judicial) de los derechos y la salvaguardia de los bienes fundamentales.

4.2. *El constitucionalismo (inter)nacional y sus nuevos desafíos* más recientes

La proliferación de fuentes de derecho transnacional y supranacional no es debida, sin embargo, solo a las formas y modos con que el constitucionalismo

[29] Sobre dificultades y aspectos problemáticos del diálogo entre las cortes, llaman la atención, por ejemplo, Ruggeri (2014a), (2014b) y Parolari (2016, 157-163), (2017).

(inter)nacional ha sido en grado (entre incertidumbres y contradicciones) de superar, con lenta difusión y afirmación de sus propios valores y principios, muchos de los desafíos que el propio proyecto ha puesto al orden jurídico y político preexistente.

Simétricamente, de hecho, la proliferación de fuentes del derecho transnacional y supranacional está condicionada también por factores que, en particular a conclusión de la guerra fría, han empezado a constituir un desafío a los valores y a los principios del constitucionalismo (inter)nacional; o sea, por factores que o vuelven a poner en discusión sus valores y sus principios, o cuanto menos, denuncian el riesgo de su implosión frente a las dificultades puestas por los nuevos escenarios sociales, políticos y económicos.

Son tres, en particular, como he afirmado otras veces[30], los principales ordenes de factores que representan los nuevos desafíos al proyecto todavía no completamente realizado del constitucionalismo (inter)nacional: un orden de factores político-ideológicos (§ 4.2.1), un orden de factores jurídico-institucionales (§ 4.2.2) y un orden de factores socio-culturales (§ 4.2.3).

4.2.1. *Factores políticos-ideológicos*

El primer orden de factores, de matriz *político-ideológica*, pero con un fuerte impacto jurídico-institucional en la redefinición del derecho (constitucional) interno y del derecho (publico) internacional, es, por un lado, aquello de una progresiva deslegitimación del proyecto mismo de un orden global fundado sobre el doble vínculo entre tutela de los derechos fundamentales, mantenimiento de la paz y salvaguarda de las instituciones democráticas, y por otro lado, aquello de una contestación siempre más recurrente de los términos en los cuales se ha ido progresivamente configurando y afirmando la tutela internacional de los derechos fundamentales.

[30] Cf., en particular, Mazzarese (2008, pp. 218-224), (2011, pp. 169-172), (2012, pp. 206-208).

En particular, por un lado, la deslegitimación del proyecto de un orden global fundado sobre el recíproco condicionamiento entre derechos fundamentales, paz y democracia ha encontrado expresión tanto (i) en el creciente consenso hacia el replantearse de formas de populismo que ponen en riesgo o al menos afectan y degradan las instituciones de la democracia (constitucional)[31], cuanto, y ciertamente no menos significativamente, (ii) en la progresiva y siempre más atrevida relegitimación de la guerra; en efecto, después de los primeros fatigosos tentativos onomásticos (desde la primera guerra del golfo del 1990 a las guerras en Kosovo en el 1999, en Afganistán en el 2001 y en Iraq en el 2003) de camuflarla como "intervención de policía internacional" o de justificarla (aunque jurídicamente ilegítima) en nombre de superiores principios morales, en los últimos años sin ya ninguna rémora, de "guerra" se habla abiertamente (y sobre todo, se propone recurrir a la guerra) en relación a las más diversas exigencias. Así, en particular, a pesar de las clamorosas (y tardías) admisiones respecto a su efecto diametralmente opuesto a aquello reivindicado[32], en relación a los países que son foco (no menos que víctimas) del enraizamiento del terrorismo internacional.

Y todavía, por otro lado, la contestación de los términos de la tutela de los derechos fundamentales ha encontrado expresión, solo para hacer algunos ejemplos más asombrosos, (i) en la contestación de su universalismo que, ignorando el principio del pluralismo laico que caracteriza su catálogo, reivindica un particularismo exasperado y exasperante de sistemas de valores que se pretende sean entre ellos alternativos[33], (ii) en la estigmatización de su proliferación y/o en la denuncia de sus costos que, indiferentes al principio de la indivisibilidad de los

[31] En la literatura italiana más reciente, el problema es tomado en consideración, por ejemplo, por Ferrajoli (2013b, pp. 125-184), Dal Lago (2017), Revelli (2017).
[32] La referencia, en particular, es a la entrevista del 25.10.2015 (que puede ser escuchada en el sitio web de CNN, http://edition.cnn.com/2015/10/25/europe/tony-blair-iraq-war/), entrevista en la que Tony Blair reconoce explícitamente que la guerra en Iraq ha favorecido la afirmación y la difusión del ISIS. De la entrevista que en realidad ha generado menos interés de lo que hubiera sido natural esperar, da noticias, por ejemplo, Mastrolilli (2016).
[33] Para una lectura crítica de esta posición, véase Ferrajoli (2007, vol. 2, § 13.11 e p. 547), Mazzarese (2013), Parolari (2013), (2014) e (2016).

diferentes derechos ratificados en sus primer catálogo de 1948, exigen para ellos una nueva definición minimalista[34] y/o la adopción de una atenta política de inversiones acerca de los derechos por (no) garantizar[35]; (iii) en la redefinición, indiferente al principio de igualdad en los derechos (de cada ser humano respecto a su entero catálogo), de cuáles sujetos puedan ser considerados titulares de cuáles derechos, como ocurre, en particular, en los casos de los migrantes[36]; y por último, cronológicamente pero no por importancia, (iv) en la progresiva limitación de la tutela de los derechos económicos-sociales –instrucción, salud y trabajo– no solo por los que son migrantes sino también por los que son ciudadanos *optimo iure*.

Contestación de los términos de la tutela de los derechos fundamentales y deslegitimación de su doble vínculo con los valores de la paz y de la democracia a veces explícita y manifiesta en su formulación, a veces, en cambio, todavía más insidiosamente, recurriendo a una reinterpretación tan radical que propone una valencia diametralmente opuesta respecto a aquella que acompañó su formulación desde finales de los años cuarenta del siglo XX tanto a nivel internacional como a nivel nacional con las constituciones de los países que en la segunda posguerra se han ido liberando de dictaduras y regímenes totalitarios.

Contestaciones, las unas y las otras, que, como es evidente, no pueden no contribuir a volver más dudosos, controvertidos y sobre todo menos incisivos los términos en los cuales (continuar a) entender y dar aplicación al derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales; y también, no pueden sino contribuir a volver más confusos y controvertidos los criterios respecto a los cuales decidir una jerarquía entre las fuentes del derecho (inter)nacional que (no) contribuyen a deslegitimar la tutela internacional de los derechos fundamentales.

[34] Para una lectura crítica de esta posición, véase T. Mazzarese [2005].
[35] Para una lectura crítica de esta posición, véase L. Ferrajoli [2007, vol. II, p. 68].
[36] Para un análisis de los derechos de los cuales a menudo es negada (la plena) titularidad a los migrantes, véase, por ejemplo, A. Dal Lago (2004) y O. Giolo (2013).

4.2.2. *Factores jurídico-institucionales*

El segundo orden de factores, de matriz *jurídico-institucional* pero con un fuerte impacto político-ideológico en su indiferencia a cualquier preocupación de legitimación democrática, es, en cambio, aquello del multiplicarse de una pluralidad, varia y heterogénea, de formas de derecho transnacional y supranacional que se sobreponen e interfieren, las unas y las otras, tanto con el derecho nacional interno cuanto con el derecho internacional: así por ejemplo la variedad de formas de derecho regional, de *soft law*, y, en particular, de *lex mercatoria*.

Particular es el relieve de la *lex mercatoria* que hasta hoy se ha revelado indiferente sino incluso antagonista al derecho internacional de los derechos fundamentales: las diferentes expresiones de la *lex mercatoria*, tanto en la definición de distintas formas contractuales cuanto en la individuación de criterios de resolución de las controversias que pueden derivar de su estipulación, hasta ahora, de hecho se han revelado más atentas a la defensa de los intereses de las partes que no a la tutela de los derechos fundamentales o la salvaguardia de los bienes fundamentales[37].

Indiferencia, si no antagonismo, que tiene no solo recurrentes ejemplificaciones en la *praxis* con la cual la *lex mercatoria* encuentra aplicación, sino también una embarazosa confirmación en los análisis de quien, enfatizando su indudable relieve en la disgregación del tradicional sistema de las fuentes del derecho, no presta excesiva atención (allá donde el tema sea mencionado) ni (i) a la (posible) tensión entre los intereses de los privados protegidos por la *lex mercatoria*, de un lado, y del otro, la tutela de derechos y bienes fundamentales, ni tampoco (ii) al rol, no menos central de aquello de la *lex mercatoria*, de la tutela de los derechos

[37] El de los bienes fundamentales y/o bienes comunes (denominaciones y caracterizaciones diferentes que no siempre coinciden) es un tema que es objeto de una literatura cada vez mayor en los últimos años.

y de la salvaguarda de los bienes fundamentales en el condicionamiento de una radical alteración del sistema tradicional de fuentes.

4.2.3. *Factores socio-culturales*

Por último, un tercer orden de factores, que puede condicionar y ser condicionado por el de matriz político-ideológica y por el de matriz jurídico-institucional, es aquél de *matriz socio-cultural*. Se trata, en particular, de una doble amenaza a la tutela de los derechos fundamentales en las (nuevas) sociedades multiculturales y multiétnicas.

La primera amenaza deriva de la posición de quien, reivindicando una lectura unilateral del universalismo de los derechos fundamentales que ignora su espíritu laicamente pluralista, rechaza el respeto y la tutela de las diferencias jurídico-culturales de gentes distintas y, en particular, de aquellos que, migrantes, en las últimas tres décadas siempre más numerosos, han venido a vivir y trabajar en los países de las democracias constitucionales. Paradigmática, en este sentido, la posición de quien, corroborando el asunto de un inevitable "choque entre civilizaciones" [38] teorizado por Samuel Huntington ya desde los inicios de los años noventa del siglo XX[39], adhiere a sus tesis y por un lado, proclama la separación, la incomunicabilidad y la competitividad entre sistemas de valores, religiones y tradiciones culturales de "civilizaciones diferentes", y, por el otro, denuncia el peligro que, desde la conclusión de la guerra fría y el final del bipolarismo y de sus ideologías, la "civilización islámica" y la "civilización sínica" han empezado a representar para el "occidente"[40], su civilización, sus valores y su identidad cultural.

[38] En la literatura, sin embargo, ni siquiera falta quien contesta el asunto del "choque entre civilizaciones". Para algunas referencias bibliográficas sobre este punto, véase, por ejemplo, Mazzarese (2017, n. 42).
[39] Huntington (1993), (1996) y (2004).
[40] Aquella de "occidente" (también pero no solo en el análisis de Huntington) es una noción problemática que, según los contextos, asume connotaciones geográficas y/o políticas y/o culturales y/o religiosas variables y diferentes. Para algunas referencias bibliográficas sobre este punto, véase, por ejemplo, Mazzarese (2017, n. 45).

Y todavía, la posición de quien en los "inmigrados provenientes de otras civilizaciones que rechazan la asimilación y continúan a practicar valores, usos y culturas de las propias sociedades de origen" individua una de los principales peligros "internos" a las sociedades occidentales y, por esta razón, exige "la actuación de políticas de control sobre número, origen, características y grado de asimilación"[41].

La segunda amenaza, en cambio, deriva de la posición, simétrica a la primera, de quien, contestando el universalismo de los derechos fundamentales, en nombre del igual respeto hacia todas las culturas, insta a que prácticas sociales, acciones individuales y comportamientos individuales que son (o pueden ser considerados) expresiones de tradiciones diferentes sean aceptadas y justificadas también cuando configuren formas de discriminación y de violación de derechos fundamentales.

Una doble amenaza –aquella de quien reivindica el universalismo de los derechos porque pretende que sean expresión de los valores del "occidente" y aquella de quien en cambio lo contesta porque (compartiendo la misma presunción sobre su matriz) teme que su afirmación lleve a una forma de neo-colonialismo ético hacia culturas diferentes de aquella "occidental"– que individualiza uno de los desafíos quizás más complejo que hoy se pone al constitucionalismo (inter)nacional y a la implementación de sus principios.

Una doble amenaza que, en la simetría de contrapuestas evaluaciones de un mismo prejuicio (aquél de la matriz "occidental" de los derechos fundamentales), revela no solamente cuán a menudo el pluralismo laico de los derechos fundamentales de la segunda mitad del siglo XX sigue siendo ignorado sino también y sobre todo cuanto pueda ser complicado intentar su plena y completa implementación garantizando a cada individuo y a cada grupo el derecho a ser

[41] Huntington (1996, ried. del 2000 de la trad. it., p. 454).

diferentes, sentirse diversos y a ser aceptados como diversos[42]; en particular, garantizando a cada individuo y a cada grupo el derecho a ser diferentes sobre todo en las sociedades siempre más multiculturales, multiétnicas y multi-religiosas de los países meta de los flujos migratorios de los últimos treinta años[43].

5. *El constitucionalismo (inter)nacional, sus desafíos y la proliferación de nuevas fuentes del derecho*

Aunque sumario como aquél apenas descrito (§ 4), un examen de los desafíos del constitucionalismo internacional – tanto de los desafíos *de* sus principios respecto al orden jurídico y político preexistente cuanto de los desafíos *a* sus principios en el desorden geopolítico todavía no recompuesto del post guerra fría– permite de individualizar, aunque en su indudable complejidad, un marco unitario donde reconducir las siempre más numerosas, y entre ellas concurrentes, formas de producción jurídica; y todavía, permite de adoptar un léxico común para afrontar un análisis orgánico: el léxico de los derechos fundamentales y de su (frustrada) tutela y actuación.

En particular, dentro del marco unitario delimitado por los principios del constitucionalismo (inter)nacional y por la adopción del léxico de los derechos fundamentales, es posible individualizar y distinguir cuatro direcciones principales según las cuales se ha ya desarrollado y/o podría ulteriormente expandirse la diferenciación de nuevas fuentes del derecho no solamente trasnacional y supranacional sino también del mismo derecho estatal haciendo recurso a nuevas formas de producción jurídica infra-estatal.

[42] La referencia, en particular, es a la *Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales*, que en el artículo 1 establece que "Todos los individuos y grupos tienen derecho a ser diferentes, a ser considerados y a ser aceptados como tales"; esta formulación es recogida y citada literalmente en el cuarto párrafo del artículo 2 de otro texto importante sobre el tema de la diversidad cultural y la protección de los derechos: el de la *Declaración de la UNESCO de principios sobre la tolerancia* 1995.
[43] Sobre el derecho a ser diferente en el constitucionalismo (inter)nacional y, en particular, sobre las dificultades de garantizarlo en sociedades cada vez más multiculturales por la presencia de inmigrantes, véase Mazzarese (2014) y (2018).

a) Las formas de producción jurídica relativas (i) a la reformulación del catálogo de los derechos y a la especificación de los derechos de algunas clases de sujetos o a la puntualización de las garantías de algunos derechos ya reconocidos (§ 4.1), no menos que (ii) a las normativas que, condicionadas por las críticas y por las reservas siempre más frecuentes a la cultura de los derechos después de la conclusión de la guerra fría, han comenzado a introducir límites y a ratificar derogaciones a la actuación y tutela de algunos de aquellos mismos derechos fundamentales afirmados en constitución y/o en tratados internacionales ya ratificados (§ 4.2).

b) La variedad de decisiones judiciales o casi-judiciales que siempre más numerosas a nivel nacional e internacional, supranacional y transnacional tienen como objeto los términos según los cuales (no) seguir garantizando la tutela de los derechos fundamentales (§ 4).

c) Las formas de producción jurídica de carácter contractual y/o judicial (prevalentemente pero no exclusivamente relativas a la *lex mercatoria*) indiferentes si no abiertamente en contraste con la tutela de los derechos fundamentales y/o con la salvaguarda de los bienes fundamentales (§ 4.2.2).

d) Y no como menos relevante, las (eventuales y hoy poco difundidas) formas de producción jurídica de carácter legislativo y/o judicial de derecho infra-estatal que, tomando en cuenta las nuevas formas de multiculturalismo de los países meta de flujos migratorios, se abren a (o se interrogan sobre) formas de un pluralismo jurídico que, no-como derogación sino con la perspectiva de una plena tutela de los derechos fundamentales, están atentas a las tradiciones culturales y jurídicas de personas diferentes (§ 4.2.3).

Cuatro direcciones, aquellas apenas indicadas, con rasgos y características entre ellas diferentes que, sin embargo, tienen que ser examinadas y profundizadas también, y sobre todo, en su condicionamiento recíproco; no solamente si, bajo una

perspectiva normativa, nos empuja la preocupación de tomar en cuenta las continuas transformaciones del derecho sin por ello renunciar a la defensa de los valores y de los principios de los cuales el proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional es y ha sido expresión sino también si, bajo una perspectiva más específicamente *teórico-explicativa*, se quiere tener en cuenta un fenómeno, aquél del creciente "desorden difundido y confundido" de las fuentes del derecho (inter)nacional, no sectorialmente sino unitariamente en su complejidad.

6. *Las trampas de una filosofía sin cualidades*

Ulrich, protagonista de la famosa novela *El hombre sin cualidades*, de Robert Musil, es un personaje que en realidad tiene muchas *cualidades*, quizás demasiadas: fascinante y cautivador, se presenta al lector como un hombre culto, inteligente, irónico, observador atento y crítico sagaz de la pluralidad caótica de impulsos de una sociedad en fermentación con respecto a la cual, sin embargo, permanece más ajeno que partícipe.

Del mismo modo, muchas cualidades se pueden reconocer también a la mayoría de los análisis de la filosofía del derecho en las últimas décadas. Muchas cualidades, tal vez demasiadas, que pero denuncian su extrañeza más que su participación al fermento de la realidad jurídico-política que habría de constituir el objeto de su reflexión.

Son varios los perfiles que se prestan para confirmar este juicio; diferentes perfiles que, a pesar de la especificidad de sus diferentes configuraciones, comparten todos una falta de atención al marco común al que reconducir los diversos temas tratados. En otras palabras, comparten la indiferencia, o incluso el olvido de la necesidad de identificar las coordenadas que permiten tener en cuenta y dar cuenta de las interacciones, por complejas y problemáticas que sean, que condicionan la comprensión de los temas analizados y la identificación de las criticidades que implican.

Así, en particular, con algunas excepciones importantes, como las ofrecidas por los escritos de Norberto Bobbio y más tarde aquellos de Luigi Ferrajoli y Stefano Rodotà, de Jürgen Habermas y Ernesto Garzón Valdés, rara vez se ha prestado atención al doble vínculo entre la consolidación de la paz, la protección y la implementación de los derechos fundamentales y la salvaguardia de las instituciones democráticas. En otras palabras, rara vez se ha considerado cuánto Bobbio, con su claridad proverbial, ya a principios de los noventa había sintetizado, escribiendo que "los derechos humanos, la democracia y la paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin los derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos"[44].

De aquí, en conclusión, a partir de esta notación de Bobbio, el deseo y la esperanza que en la filosofía del derecho del mundo latino, en particular, y en la literatura de la filosofía del derecho, más en general, se vuelva cada vez más evidente la urgencia de una filosofía del derecho de los juristas que, al lado y más allá de una filosofía de los filósofos, o si se prefiere, a lado y más allá de una "filosofía del derecho sin cualidades", esté más atenta a la transformación del derecho tanto para delinear un modelo explicativo capaz de tomar efectivamente en cuenta las formas y los modos de su producción y aplicación cuanto para delinear una reflexión que obviamente sea crítica, pero a condición de partir de los desafíos con los que se compara el derecho así come desde décadas efectivamente se configura.

[44] Bobbio (1990, p. vii.

Referencias bibliográficas

AA.VV. [2004], *Occidentalismi*. Número monográfico de *Parolechiave*, 31.

Barberis, M. (2011) "Esiste il neocostituzionalismo?", *Analisi e diritto*, p. 11-30.

Barberis, M. (2012) "Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, (1) 1, p. 153-164.

Benhabib, S. (2004) *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge: Press Sindacate of the University of Cambridge. Trad. it.: *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*. Milano: Cortina, 2006.

Bobbio, N. (1962) "Nature et fonction de la philosophie du droit", *Archives de philosophie du droit*, (7) p. 1-11; reed. en: Bobbio, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità, 1977, p. 37-51.

Bobbio, N. (1977) *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità.

Bobbio, N. (1989) *L'età dei diritti*. En: Bobbio, N. *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*. Torino: Edizioni Sonda, p. 112-125; reed. en: Bobbio, N. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990, p. 45-65.

Bobbio, N. (1990) *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.

Bobbio, N. (1993) "Prefazione". En: Peces Barba, G. *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè: Milano, p. v-viii.

Carbonell, M. (Ed.) (2003) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta.

Cassese, A. (2005) *La protezione universale dei diritti umani*. En: Cassese, A. *I diritti umani oggi*. Roma-Bari: Laterza, p. 28-53.

Chiassoni, P.L. (2018) "La filosofia del diritto di Guido Alpa", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48), 1, p. 287-296.

Costa, P. (2010) "Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della *Dichiarazione Onu* del 1948". En: Mazzarese, T. y Parolari, P. (Eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli, p. 15-33.

Dal Lago, A. (2004) *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Ed. ampliada. Feltrinelli: Milano.

Dal Lago, A. (2017) *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*. Milano: Cortina.

Ferrajoli, L. (1997) *La sovranità nel mondo moderno*. Roma-Bari: Laterza.

Ferrajoli, L. (2007) Principia Iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, tres volúmenes.

Ferrajoli, L. (2013) *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: il Mulino.

Galgano, F. (1976) Lex mercatoria. Bologna: il Mulino.

Galgano, F. (2005) *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: il Mulino.

Giolo, O. (2013) "Migranti. Diritti in bilico?". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 189-215.

Glyndon, M.A. (2001) *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House Publishing Group; trad. it. *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Uman*i. Macerata, Liberilibri, 2008.

Guastini, R. (2011) "A proposito di neo-costituzionalismo", *Teoria politica. Nuova serie, Annali*, 1, p. 147-158.

Guastini, R. (2018) "Girovagando nella filosofia giuridica del novecento", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48) 1, p. 235-245.

Grossi, P. (2008) *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Napoli: Università di Suor Orsola Benincasa.

Habermas, J. (2004) *Der gespaltene Westen. Kleine Politsche Schriften X*. Frankfurt am Main: Suhrkamp; trad. it. *L'Occidente diviso*. Roma-Bari, Laterza, 2005.

Huntington, S.P. (1993) "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, (72), 3.

Huntington, S.P. (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster; trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*. Milano: Garzanti, 1997.

Huntington, S.P. (2004) *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*. New York: Simon & Schuster; trad. it. *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*. Milano: Garzanti, 2005.

Ignatieff M. (Ed.) (2004) *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.

Lipari, N. (2009) "Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (63), 2, p. 479-496.

Maduro M., Tuori K., y Sankari S. (Eds.) (2014) *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Margiotta, C. (2005) "I diritti e l'inflazione dei soggetti". *Filosofia politica*, (19), p. 415-426.

Mastrolilli, P. (2015) "Le scuse di Blair sull'Iraq", *La Stampa Mondo*, disponible en: http://www.lastampa.it/2015/10/26/esteri/le-scuse-di-blair-sulliraq-la-guerra-ha-aiutato-lisisnHXDoOgdeFtY8fOySQ0rrN/pagina.html;jsessionid=285A48B2D430B0C9958B66FDDC6F3597 (consultado il 30.10.2015).

Mazzarese, T. (2002a) "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo. Un inventario di problemi". En: Mazzarese, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 1-69.

Mazzarese, T. (2002b) "Towards a Positivist Reading of Neo - constitutionalism". *Associations*, (6), 2, p. 233-260.

Mazzarese, T. (2005) "Minimalismo de los derechos: ¿apología razonable o deslegitimación insidiosa?", *Ideas y Derecho*, 5. Buenos Aires: Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, p. 45-72.

Mazzarese, T. (2008) "Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto". En: Casadei, Th. (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*. Reggio Emilia: Diabasis, p. 207-231.

Mazzarese, T. (2011) "Otra vez acerca de razonamiento judicial y derechos fundamentales. Apuntes para una posición "políticamente incorrecta"". En: Narváez Hernandez, J.R. (Ed.) *Interpretación jurisprudencial. Memorias del II Simposio*

Internacional de Jurisprudencia. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 155-215.

Mazzarese, T. (2012) *Diritti fondamentali*. En: Pomarici. U. (Ed.), *Atlante di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, vol. I, p. 179-217.

Mazzarese, T. (Ed.) (2013) "Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un'introduzione". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 1-15.

Mazzarese, T. (2014) "El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales". En: Douglas Price, J. y Duquelsky, D. (Eds.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 3-18.

Mazzarese, T. (2017) "La (mancata) tutela de diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Sección monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, 1, p. 109-137.

Mazzarese, T. (2018) "I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali". En: Cerrina Feroni, G. y Federico, V. (Eds.), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*. Napoli: Esi (en la impresión).

Mazzarese, T. y Parolari, P. (Eds.) (2010) *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli.

Morskin, J. (1999) *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Musil, R. (1957) *L'uomo senza qualità*. Torino Einaudi; trad. it. di *Der Mann ohne Eigenschaften*. Berlin, Rowohlt Verlg, 1930 e 1943.

Núñez Leiva, J.I. (2016) "Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho", *Opinión Jurídica*, (15), 29, p. 187-202.

Parolari, P. (2010) "Nota informativa". En: Mazzarese, T. y Parolari, P. (Eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli, p. 178.

Parolari, P. (2013) "Diritti fondamentali: prospettive transculturali e percorsi interculturali". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 217-249.

Parolari, P. (2014) "Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità", *Rivista di filosofia del diritto*, (3), 2, p. 471-494.

Parolari, P. (2016) *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*. Torino: Giappichelli.

Parolari, P. (2017) "Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Sección monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, 1, p. 31-58.

Pattaro, E. (2018) "Girovagando ... e discutendo", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48), 1, p. 235-245.

Peces-Barba, G. (1991) *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: EUDEMA; trad it. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993.

Pisanò, A. (2011) *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè.

Prieto Sanchís, L. (2017) *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*. Napoli: ESI.

Revelli, M. (2017) *Populismo 2.0*. Torino: Einaudi.

Rodotà, S. (1981) *Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata*. Bologna: il Mulino.

Rodotà, S. (2007) "Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti". En: Pizzetti, F.G. y Rosti, M. (Eds.), *Soggetti, diritti, conflitti: Percorsi di ridefinizione*. Milano: Giuffrè, p. 7-23.

Ruggeri, A. (2014a) "Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti Europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?", disponible en: http://www.giurcost.org/studi/ruggeri35.pdf (consultado il 16.2.2015).

Ruggeri, A. (2014b) "Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali", *Federalismi.it*, 18, p. 1-33.

Schiavello, A. (2003) "Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?", *Diritto & questioni pubbliche*, (3).

Villani, U. (2002) "La tutela internazionale dei diritti umani". En: Mazzarese, T. (Ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, p. 207-232.

i-Latina 1 (2019): 1-42
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.07

Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)

JOSÉ JUAN MORESO [1]
Universitat Pompeu Fabra
josejuan.moreso@upf.edu

RESUMEN

Se presentan diez tesis que pretenden describir de manera crítica el neoconstitucionalismo, y finalmente, se exponen dos razones que apoyan el positivismo jurídico.

PALABRAS CLAVE: Neoconstitucionalismo, positivismo jurídico, derecho y moral, justicia.

ABSTRACT

Ten theses that attempt to describe in a critical way Neoconstitutionalism, and finally, two reasons that support Legal Positivism.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism, Legal Positivism, Law and Morality, justice.

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

There are rule violations that count as fair, and unfair strategies that don't break the rules.
Papineau (2017:63).

1. Introducción

Hace ya más de cincuenta años, Uberto Scarpelli (1965) se preguntaba –en una monografía tan perspicua como influyente- qué era el positivismo jurídico. Scarpelli era consciente del hecho de que la expresión 'positivismo jurídico' era usada de muchos modos diversos, algunos se solapaban entre ellos, algunos eran claramente incompatibles. De hecho, el mismo año Norberto Bobbio (1965) –en otra monografía igualmente perspicua e influyente- distinguió tres sentidos de positivismo jurídico, a saber, a) como *approach* al estudio del derecho, a veces denominado positivismo *metodológico* o también *conceptual*, que distingue claramente entre el derecho tal y como es, objeto de la teoría del derecho y el derecho tal y como debe ser, b) como *teoría* acerca del derecho (la teoría voluntarista, legalista, que sostiene que los sistemas jurídicos son necesariamente consistentes y completos y que el razonamiento jurídico es una operación algorítmica de subsunción) y c) como *ideología*, que establece la obligación de obedecer al derecho (tal vez no para todos los sistemas jurídicos, sino sólo para algunos: para los que son aptos para preservar la paz, los que respetan el imperio de la ley, los que son democráticos, etc.).

El objetivo de Scarpelli consistía en averiguar cuál era el rasgo sobresaliente entre las doctrinas iuspositivistas que las hacía a la vez difundidas y atractivas. Pues

[1] Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. e-mail: josejuan.moreso@upf.edu. Una primera versión de este trabajo fue presentada en una tavola rotonda coordinada por Giorgio Pino, con la intervención de Mauro Barberis, Luigi Ferrajoli, y por el autor de este trabajo, el día 10 de abril de 2019 en la Universidad de Roma Tre; y también en una sesión del máster de Argumentación Jurídica, invitado por Manuel Atienza, en la Universidad de Alicante, el 15 de mayo de 2019. A todos ellos, así como a los asistentes a los dos eventos, quedo sinceramente agradecido. Sus intervenciones ayudaron a mejorar este texto. El trabajo forma parte del proyecto del Plan Nacional concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, 'Constitucionalismo global y aplicación del Derecho, DER2016-80471-C2-1-R y se ha beneficiado también de la ayuda del AGAUR de la Generalitat de Catalunya Projectes 2017 SGR 00823.

bien, para el profesor de Milán este rasgo consistía en aceptar que había razones *normativas* para adoptar algo como el positivismo teórico. Lo que después se ha llamado positivismo jurídico *normativo* o *ético*.[2] Sin embargo, al final de su trayectoria, decepcionado por una legislación imprecisa, falta de una adecuada técnica legislativa e ignorante de la teoría de la legislación, Scarpelli (por ejemplo, 1989, también Morales Luna 2013: 223 y ss., y la autorizada opinión de su discípulos, Pintore 2004 y Jori 2013) aprobaría una cierta, es su expresión, *aristocracia* judicial.

El objetivo de Bobbio, según creo, consistía en mostrar que el positivismo jurídico de su tiempo (el de Hans Kelsen, Alf Ross y H.L.A. Hart), no era ni el teórico ni el ideológico, sino algo como el positivismo jurídico conceptual, como *approach*. Sin embargo, sólo dos años después, en la mesa redonda de Pavía, el propio Bobbio arrojaba algunas dudas sobre la pertinencia de dicha posición. Ahora la distinción entre el derecho como es y el derecho como debe ser ya no le parece tan clara. Una de las razones que aduce, un año antes de la primera crítica de Dworkin (1967) a la teoría positivista de Hart (1961), es la de dar cuenta de los principios jurídicos (Bobbio 1966: 71):

> En cuanto el juez se vale para decidir un caso nuevo de los principios generales del derecho, que pueden ser intrasistemáticos, pero también pueden ser extrasistemáticos, contribuye, incluso sin quererlo, a modificar el sistema del derecho dado. Los principios generales del derecho ¿pertenecen al derecho que es o al derecho que debe ser?

Es decir, aunque las contribuciones sobre el positivismo jurídico de esos años[3] fueron iluminadoras, dejaron muchos flecos abiertos, como podemos comprobar. Sin embargo, a pesar de que ya hace más de veinte años que venimos oyendo y leyendo bastante acerca del *neoconstitucionalismo*, no contamos con contribuciones al respecto como las de los grandes iusfilósofos mencionados. En el

[2] Vd. Campbell (1996), Waldron (2001, 2005), Murphy (2001), Green (2008), Celano (2013). En la literatura en español, con algunos matices, Hierro (2002), Martí (2008-9), Laporta (2007) y recientemente Atria 2016.
[3] A las que podemos añadir Hart (1958) y Ross (1961).

primer epígrafe de este trabajo voy a presentar diez tesis sobre este fenómeno conocido, sobre todo en el mundo latino, como 'neoconstitucionalismo'.[4] Mi intención es poner de manifiesto porqué tenemos tantas dificultades para caracterizarlo y, a la vez, dilucidar algunas cuestiones que surgen a menudo cuando nos referimos a este fenómeno.

2. Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo

Tesis I) La expresión 'neoconstitucionalismo' es el nombre de un espantapájaros.

Tal vez porque, hasta donde se me alcanza, la expresión comenzó a usarse en los despachos y seminarios del entonces *Dipartimento Giovani Tarello*, de la Universidad de Génova. La palabra comenzó a usarla Susanna Pozzolo, en su ponencia a un workshop del Congreso mundial IVR de 1997 en Buenos Aires (Pozzolo 1998) y dedicó al estudio de la cuestión su tesis doctoral (Pozzolo 2001). El ambiente genovés era muy crítico con las tesis centrales que suelen atribuirse al neoconstitucionalismo. Por dicha razón, este enfoque presentaba una versión de esta doctrina tal vez algo distorsionada, un *espantapájaros* que no se corresponde con la doctrina de ninguno de los autores a los que suele atribuirse en el mundo latino. Tal vez por ello, Atienza (que normalmente es considerado un autor neoconstitucionalista junto con, por ejemplo, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos S. Nino y Luigi Ferrajoli) rechaza el apelativo de manera enfática y, además, considera que 'no se puede saber' que sea el neoconstitucionalismo, no solo por impreciso y ambiguo, sino también porque fue construido para derribarlo (Atienza

[4] La expresión inglesa *New Constitutionalism* (o, mejor, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism)* se refiere a otra cosa; se refiere al modelo del Common Law de *judicial review,* en el cual los jueces intervienen pero no tienen la última palabra, que queda en manos del legislador (Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido después de la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Véase, por todos, Gardbaum (2013).

2016: 29, 38).[5] Tal vez por ello, casi nadie se coloca bajo dicha adscripción (para el rechazo de Ferrajoli véase Ferrajoli 2011a).

Tesis II: El neoconstitucionalismo evoca una determinada cultura jurídica

Con todo, la expresión neoconstitucionalismo evoca una serie de rasgos que están presentes en la cultura jurídica actual. En Europa (pero no en los Estados Unidos que están presentes desde el comienzo de su andadura constitucional), los cambios institucionales surgidos por la promulgación de Constituciones escritas, con declaraciones de derechos, rígidas y con un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes,[6] primero en Alemania e Italia después de la segunda guerra mundial, en el sur de Europa en los años setenta del siglo XX –en España, Portugal y Grecia después de las caídas de sus regímenes dictatoriales, a lo que Francia se había sumado tímidamente unos años antes- y finalmente con la expansión de la democracia constitucional a los países del este de Europa, después de la caída de los regímenes comunistas al final de los ochenta del siglo pasado. A su vez en el mismo período, el regreso a la democracia de muchos países latinoamericanos hace que algunos de estos introduzcan el control concentrado y otros mantengan el tradicional difuso, pero todos conceden mayor relevancia a la conformidad de las leyes con las constituciones (aquí están Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador por ejemplo).

A ello se añaden otros rasgos que dependen ya de la práctica institucional y de cómo ella es percibida por sus actores: se trata del valor normativo, vinculante, de las provisiones constitucionales, de la aplicación directa de la Constitución, de la interpretación conforme con la Constitución.

[5] Véase también, en el mismo sentido, las argumentaciones de García-Amado (2008) y Mazzarese (2017).
[6] En los Estados Unidos, la cultura que dio lugar a la Constitución de 1787, con la declaración de derechos de 1789, había sido ampliamente discutida (véase el n. 78 de Alexander Hamilton en los *Federalist Papers*), y la revisión judicial quedó establecida en *Marbury v. Madison* 5 US 137 (1803), como es bien sabido.

Por ejemplo, yo recuerdo de joven doctorando a mitad de los ochenta del siglo pasado, como mis profesores y colegas de las diversas materias jurídicas se pasaban el día hablando y escribiendo sobre la constitucionalización del derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc. (que se convirtió entonces en una parte indispensable del primer ejercicio de los concursos para obtener una cátedra universitaria entonces vigente). En sus argumentos comenzaban a aparecer principios constitucionales a los que las leyes debían adecuarse, una forma de razonar que estaba mucho más abierta a las cláusulas valorativas, antes reservadas a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y poco más. Tal vez el libro que recoge mejor este cambio cultural es Zagrebelski (1992).[7]

Como vemos, se trata de rasgos de naturaleza diversa: unos son cambios del diseño institucional, otros son cambios de la actitud de los jueces, de la actitud de todos los operadores jurídicos, del modo de estudiar y enseñar el derecho por parte de los juristas.

Tesis III: Existe un positivismo constitucionalista y existe un anti-positivismo constitucionalista.

Aunque algunas veces la aparición de estos rasgos en nuestras teorías jurídicas lleva a plantear el problema como la confrontación entre un constitucionalismo positivista y otro anti-positivista, la verdad es que hay positivistas constitucionalistas y hay anti-positivistas constitucionalistas. Por decirlo así, estos rasgos permean todo el debate acerca de la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico, de la interpretación y de la aplicación del derecho. Hay autores que tienen muy presentes estos rasgos y que siguen reclamándose iuspositivistas. En el mundo anglosajón, Hart (1994), Schauer (1991), Waluchow

[7] Aunque los rasgos que señalo están bien recogidos, por ejemplo en Guastini (1998), Raz (1998), Ferrajoli (1999), Comanducci (2002), Carbonell (2003) y, más recientemente, y con el mismo título, Prieto Sanchís (2013: cap. I) y Pino (2017: cap. I). En España, la influencia capital procede tempranamente, sin ninguna duda, de García de Enterría (1981).

(1994), por ejemplo. En el mundo latino, Ferrajoli (2007), Celano (2013, 2016), Pino (2017), también, Ródenas (2003), Prieto Sanchís (2013), tal vez Ruiz Manero (2014, 2016) y yo mismo (Moreso 2009). Hay autores que creen que estos rasgos llevan al abandono del positivismo jurídico. Aquí están, por supuesto, Alexy (2013) y a (1996a), y en el mundo latino destaca Atienza (2011, 2016) y el único que reclama para sí el título de neoconstitucionalista, García Figueroa (2009, 2012).

La distinción ha sido usada por Ferrajoli (2011a, desarrollando una sugerencia de Prieto Sanchís 2008) para tomar distancia de la posición que él atribuye principalmente a Robert Alexy, a Ronald Dworkin, a Manuel Atienza, bajo el nombre de *constitucionalismo garantista*, en oposición a un *constitucionalismo principialista*. Según Ferrajoli, el constitucionalismo garantista no acepta ninguna de las tres tesis básicas del constitucionalismo principialista: no acepta la conexión necesaria entre el derecho y la moral (en el último epígrafe volveré sobre ello), no acepta la distinción radical entre principios y reglas y considera que el modelo de aplicación del derecho es la *subsunción* y no la *ponderación.*

En otro lugar (Moreso 2012), he intentado mostrar que la imagen que Ferrajoli ofrece del constitucionalismo de los principios es algo distorsionada, como si los jueces pudieran cerrar el libro de las reglas y resolver los casos aplicando directamente la moral. Esto no es así. O tal vez sólo uno de los neoconstitucionalistas, Alfonso García Figueroa, razona algunas veces de este modo (el único, como sabemos, que no tiene problemas en autodenominarse de este modo).

Veamos con mayor detalle cómo sería un modo extremo de principialismo, como el de García Figueroa. Comencemos con un caso del que se ha ocupado en varias ocasiones este autor precisamente (por ejemplo García Figueroa 2009: 152-153 y 2012: 126-128), el caso *Noara*. Noara era un bebé que necesitaba con urgencia un trasplante de hígado, con el riesgo de perder la vida. Entre personas compatibles, el trasplante es posible entre vivos porque sólo se precisa una pequeña parte del hígado del donante. Por fortuna, la propia madre de Noara, Rocío, era compatible, y

–como se puede comprender- deseaba ardientemente ser su donante. Ahora bien Rocío tenía sólo 16 años y el art. 4a) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos establece: 'la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) que el donante sea mayor de edad'. Y una más que plausible interpretación de esta norma implica que la donación de un órgano por parte de un menor de edad está prohibida.

Si el derecho fuese únicamente una cuestión de reglas y de su aplicación entonces estaría prohibido a Rocío donar un fragmento de su hígado para salvar la vida de Noara. Sin embargo, el derecho no es sólo una cuestión de reglas, sino también de principios, estándares o *defeaters* que cancelan o modifican la aplicación de las reglas en determinados casos. En palabras de W. Farnsworth (2007: 164): 'Hay una diferencia general entre una regla y un estándar: las consecuencias de la regla se activan una vez hemos establecido los hechos, un estándar requiere un juicio acerca de los hechos antes de operar con él'. Mientras las reglas se auto-aplican, los estándares requieren el uso de nuestro juicio prudencial antes de ponerlos en funcionamiento.

El caso Noara se resolvió felizmente con un Auto (785/07, de dieciocho de octubre) del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla n.17, en donde la jueza decidió autorizar el trasplante apelando analógicamente a que, en los supuestos de esterilización, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia, el consentimiento del menor puede suplirse por la solicitud del tutor legal (la madre de Rocío en este caso), la conformidad consciente del menor, el informe de especialistas y la intervención del Ministerio Fiscal, que finalizan en una autorización judicial que suple el consentimiento de la menor.

Este caso es usado por García Figueroa a favor de su tesis de que el derecho no es una cuestión de reglas, sino una cuestión de principios. Cuando las reglas no están de acuerdo con los principios, las reglas se ignoran y se procede a decidir

conforme a los principios. Creo que esta es una versión algo cruda de la aplicación del derecho en las democracias constitucionales. Es verdad que el auto judicial que comentamos es parco en explicarnos por qué olvida rápidamente la ley que prohíbe el trasplante en todos los casos a los menores de edad. Creo que el razonamiento judicial debería haber incorporado la idea de que el médico que atendía a Noara y la abuela de Noara se hallaban en un caso de estado de necesidad, una causa de justificación que, de acuerdo con nuestro código penal art. 20.5) declara exento de responsabilidad criminal y según la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de evitar un mal mayor, declara un comportamiento justificado, es decir, jurídicamente permitido aquel que para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona, o infrinja un deber, siempre que se den algunas circunstancias. Aquí se trata de la infracción del deber impuesto por la Ley de 1979 en su art. 4 a), que prohíbe aceptar la donación de un menor. Pero este deber puede ser infringido, establece nuestro código, cuando el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Bien, la decisión de la jueza de requerir los informes previos puede considerarse como un modo de cerciorarse de que realmente se está frente a un caso de estado de necesidad. Esta comprobación representa que la prohibición establecida por la ley de trasplantes puede cancelarse mediante un *defeater* como el estado de necesidad. Nuestra vida cotidiana está poblada de este tipo de casos, el deber de cumplir las promesas, por ejemplo, sigue siendo un deber moral aunque pueda ceder ocasionalmente porque la promesa de cenar con un amigo genera un deber que es derrotado por mi deber de cuidar de mi hija enferma.

Creo que de este modo razonaría un constitucionalista de los principios sensible, y de hecho es cómo lo hace Atienza (2015: 51-53), en contra de García Figueroa. Y este modo de razonar sugiere una comprensión del constitucionalismo que no lo convierte en *activismo moralizador*, como parecen temer sus críticos. Las reglas tienen su función y la activación de los principios viene dada por mecanismos jurídicos que permiten acudir a las razones subyacentes en algunos casos, en casos

como el de Noara. En dichos casos, podemos hallar razones en conflicto y deberemos proceder a sopesarlas, a ponderarlas, aunque es mi opinión (por ejemplo Moreso 2017) que de dicha operación surgirán reglas que podremos aplicar de modo subsuntivo al final.

Tesis IV: Una Constitución rígida con declaración de derechos y control jurisdiccional de la constitucionalidad no es ni condición necesaria ni suficiente de la protección de los derechos humanos, pero es una condición contribuyente.

Algunas veces se argumenta (Ferrajoli 2007 por todos) como si el único modo de garantizar la protección de los derechos humanos (a la alimentación, a la vivienda, a la salud, a la libre expresión de sus convicciones, a la privacidad, a la participación política, a no ser torturado, a no ser discriminado arbitrariamente, a la tutela judicial efectiva, etc.) fuese garantizar que esos derechos humanos se transformen en derechos constitucionales, jurisdiccionalmente protegidos. Como en otra ocasión argüí (Moreso 2008, usando Pogge 2002: 50-57), discutiendo con Ferrajoli precisamente, esta es una versión a la vez demasiado fuerte y demasiado débil de la relación entre derechos humanos y derechos constitucionales. Es demasiado fuerte, porque por ejemplo el derecho a recibir una alimentación adecuada puede estar protegido sin necesidad de verse reflejado en un derecho constitucional con control judicial. Por ejemplo, en la Constitución holandesa dicho derecho no está recogido, y en Holanda no hay control jurisdiccional de la constitucionalidad, pero dicho derecho parece más que razonablemente protegido. Y, por el contrario, en México dicho derecho está en la Constitución (el art. 4 de la Constitución mexicana establece que 'toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará'), sin embargo el 12,5 % de la población sufre de desnutrición crónica.[8] Por eso yo decía (en Moreso 2008) que la concepción de los derechos de Ferrajoli era excesivamente optimista, con un aire algo *panglossiano.*

[8] https://thp.org.mx/mas-informacion/datos-de-hambre-y-pobreza/

Sin embargo, hay un modo más caritativo de interpretar a Ferrajoli. Consiste en sostener que dadas determinadas circunstancias en una sociedad, fundamentalmente cultura de respeto a los derechos básicos, democracia como gobierno de la mayoría y *rule of law* (imperio de la ley), entonces la introducción de la protección constitucional de los derechos con control jurisdiccional puede constituir una condición necesaria de una condición suficiente –establecida por el resto de rasgos a los que me refiero- de una sociedad que proteja eficazmente los derechos humanos. Y una condición necesaria de una condición suficiente es lo que a veces se ha denominado una condición *contribuyente* (la noción procede de von Wright 1951: cap. 9).

Tesis V: Las garantías secundarias sin garantías primarias son impotentes.

La distinción entre garantías primarias y garantías secundarias procede también de Ferrajoli (2007: 96-197, 668-695). Las garantías primarias consisten en aquello que el legislador no debe regular para respetar la *esfera de lo indecidible* y en aquello que el legislador debe establecer para que la administración ejecutiva de un gobierno proporcione a los ciudadanos las condiciones adecuadas para disfrutar de los derechos (no sólo los derechos sociales, como ha de resultar obvio, comportan acciones positivas del gobierno, también los derechos civiles y políticos lo hacen necesario, véase por ejemplo Holmes, Sunstein 1999). Las garantías secundarias son los remedios judiciales, para tratar de enmendar los incumplimientos del legislador o del ejecutivo: anulando decisiones contrarias a los derechos constitucionalmente prohibidos, lo que constituyen las *antinomias* ferrajolianas, o bien obligando a los poderes públicos a colmar las *lagunas* que se producen. Como Ferrajoli es bien consciente, las garantías secundarias son incapaces por sí solas de resolver los problemas que la ausencia de actividad del legislador y el ejecutivo generan. Si no hay una red pública de hospitales, los jueces poco pueden hacer para proteger el derecho a la salud de los ciudadanos.

Algunas veces, el neoconstitucionalismo es acusado de fomentar el *activismo judicial* (del que algo más diré al ocuparme de la tesis VII) en estos supuestos precisamente. Ahora bien, cuando una Constitución (como la colombiana o la mexicana) reconocen claramente el derecho a la salud y lo establecen como jurisdiccionalmente protegido, entonces el problema no se halla en el activismo de los jueces, que cumplen con su deber al tratar de compeler a la administración que proteja esos derechos desprotegidos. El problema se halla en la pasividad del legislador y del ejecutivo.

En el debate en Latinoamérica acerca de la protección de los derechos sociales, siempre echo en falta la consideración que sólo con una mayor distribución de la riqueza mediante impuestos y la existencia de una administración robusta, eficiente e imparcial, *weberiana* podríamos decir, es posible proteger los derechos. Los jueces por sí solos son impotentes para ello.[9]

Tesis VI: El constitucionalismo debe dar una respuesta a la objeción contramayoritaria.

Según creo, todos los que aceptamos que la teoría de la justicia está fundada en derechos, tenemos buenas razones para defender la constitucionalización de una declaración de derechos, de un *Bill of Rights*, como un modo de expresar y honrar dicha aceptación. Ahora bien, este reconocimiento todavía no conlleva el establecimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Mientras lo primero pertenece a lo que Rawls llama la *teoría ideal* (Rawls 1999: 215-216), que supone que los principios de justicia son respetados con *estricta observancia* (*strict* compliance) por los poderes públicos y los ciudadanos, la *judicial review* pertenece a *la teoría no-ideal*, en la cual deben decidirse las instituciones más razonables en condiciones menos favorables. Mientras, podemos decir, una declaración de derechos pertenece a la teoría de la justicia, el control jurisdiccional de la constitucionalidad pertenece a

[9] He desarrollado estas ideas en Moreso 2017b y Moreso 2017c.

la teoría de la autoridad, constituye un conjunto de garantías secundarias, en el léxico de Ferrajoli.[10]

En la cultura jurídica estadounidense la tensión entre las decisiones legislativas y el poder de revisión de los jueces, en especial el de la Corte Suprema, fue rápidamente motivo de discusión. La expresión 'countermajoritarian difficulty' procede de Bickel (1962), cuando la Corte Suprema había desarrollado una poderosa doctrina de los derechos constitucionales implícitos, reconociendo por ejemplo, que la igualdad del debido proceso prohibía la segregación racial en las escuelas (en 1954)[11] o que la privacidad impedía a los Estados prohibir penalmente el uso de anticonceptivos (en 1965). [12] Pero la preocupación era muy anterior (véase Thayer 1893, comentado por de Lora 2000). En las dos últimas décadas ha sido ampliamente desarrollada por Waldron (desde Waldron 1993, pasando por Waldron 1998, hasta Waldron 2006) y replicado por muchos, (véase, por ejemplo, Dworkin 1996a).[13]

El problema, en breve, es el siguiente: si hay un desacuerdo profundo en nuestra sociedad acerca, por ejemplo, de si los derechos constitucionales incluyen

[10] La distinción entre estas dos cuestiones en Waluchow (2007) y Moreso (2009: cap. 7).
[11] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
[12] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
[13] En la literatura en español, aparte de algunas reflexiones en la obra de Carlos S. Nino (por ejemplo en Nino 1992), hasta donde se me alcanza el debate se inicia entre nosotros con la publicación, no en castellano sino en italiano puesto que se publicaba mi ponencia en un congreso en San Remo el año 1997, en la revista italiana *Ragion pratica* de Moreso (1998a, Moreso 1998b), Bayón (1998) y Gargarella (1998) (publicados después en español en *Discusiones* (Moreso 2000a, Moreso 2000b, Bayón 2000, Gargarella 2000, mis textos ahora en Moreso 2009: ensayos 5 y 6) -de hecho mi primera reflexión detenida sobre la cuestión la suscitó escuchar la conferencia de Juan Carlos Bayón, 'Derechos, democracia y constitución', presentada el 26 de agosto de 1996 en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Argentina)-. A la vez contamos con el primer análisis detallado y agudo surgido de los constitucionalistas, me refiero a Ferreres Comella (1997) y anteriormente contábamos con la valiosa contribución de Gargarella (1996) y con las reflexiones –que usaban la teoría de Ely (1980)- de Estévez Araújo (1994). Vd. también De Lora (2000, 2005); Ferreres Comella (2000); Laporta (2001); Páramo (2002); Prieto Sanchís (2003: 137-174); Ruiz Miguel (2003), Bayón (2004), Martí (2006), Linares (2007). La crítica, más o menos waldroniana, está presente sobre todo en Gargarella, Bayón, Martí y Linares, que tal vez ahora defenderían el control de constitucionalidad sin *primacía judicial*, lo que a veces se denomina *constitucionalismo débil*, cercano al *New Commonwealth Model of Constitutionalism* (Gardbaum 2013). Como bien recoge Vázquez (2010), la polémica también se desarrolló en México, con –por ejemplo- Salazar (2006) entre los waldronianos y Carbonell (2001) entre los defensores del *judicial review*. En Italia hay ecos de esta cuestión en la polémica entre Pintore (2001, 2009) y Ferrajoli (2010).

el derecho a la eutanasia, o a excluir la pena de prisión permanente revisable, y concedemos el poder final de decidir dichas cuestiones a un Tribunal Constitucional (que, a menudo, las decide por mayorías ajustadas), estamos hurtando al poder legislativo su capacidad de decidir, también por mayoría, dichas cuestiones. Y ello sacrifica la democracia, al menos la versión mayoritaria de la democracia.

La respuesta, según creo, sólo puede ser que en el ideal de la democracia constitucional anidan tres sub-ideales en tensión: la democracia mayoritaria, la *Rule of Law* (o imperio de la ley) y la protección de los derechos humanos. Combinar adecuadamente estos principios en tensión conlleva estar atento a las circunstancias contextuales de cada sociedad: algunas culturas jurídicas incorporan mejor un constitucionalismo débil, sin dar la última palabra a los jueces, otras culturas jurídicas admiten que los jueces puedan tener la última palabra.

Hay buenas razones para aceptar que el ideal de la democracia constitucional no es sólo procesal o formal, sino también sustantivo, en el modo en que ha sido defendido por Ronald Dworkin (1996a: 17) por ejemplo:

> La concepción constitucional de la democracia, en resumen, adopta la siguiente actitud hacia el gobierno mayoritario. La democracia significa un gobierno sujeto a condiciones –podemos denominarlas condiciones 'democráticas'- de estatus igual para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias abonan y respetan las condiciones democráticas, entonces los veredictos de dichas instituciones deben ser aceptados por todos por dicha razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando las abonan y respetan de manera defectuosa, no pude haber objeción, en nombre de la democracia, a otros procedimientos que las protejan y respeten mejor. Las condiciones democráticas incluyen claramente, por ejemplo, un requisito de que los cargos públicos deben en principio estar abiertos a los miembros de todas las razas y grupos en condiciones de igualdad. Si alguna ley estableciera que sólo los miembros de una raza podrían ser elegidos para los cargos públicos, entonces no habría coste moral alguno – ninguna razón en absoluto para el arrepentimiento moral- si un Tribunal que poseyera el poder para hacerlo, conforme a una constitución válida, las anulara como inconstitucionales.

Muy semejante es el argumento de Ferrajoli (Ferrajoli 2011b 357):

> El carácter formal y procesal de la regla de la mayoría, aunque ciertamente necesario, no es suficiente para definir la democracia: ni empirícamente, con referencia a la experiencia de las democracias constitucionales modernas, ni teoréticamente en relación con la verdadera definición de decmoracia política. Para que un sistema sea demcorático, la mayoría tiene que, al menos, carecer del poder de suprimir a las minorías, esto es el poder de las mayorías futuras ha de ser restringido Este es un rasgo sustantivo, que mira al contenido de las decisiones, por lo tanto contradice la tesis de que la demoracia consiste completamente en un método: las reglas procesales que garantizan la representación popular de las decisiones colectivas a través del sufragio universal y de la regla de la mayoría. Los rasgos sustantivos, que garantizan las formas y m´todos democráticos, y sus requisitos varios y complejos, son por lo tanto necesarios para una definición teórica de demcoracia con poder explicativo adecuado.

Si el ideal de la democracia constitucional no es sólo formal o procesal, sino también sustantivo, hay buenas razones para diseñar nuestras instituciones de manera que se aproximen a dicho ideal. Al menos en algunas circunstancias, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes forma parte de diño diseño.

Tesis VII: El constitucionalismo pone en cuestión la primacía de la certeza del positivismo normativo.

Algunas veces se argumenta contra la cultura del constitucionalismo en el sentido que debilita el ideal de la certeza del derecho al incorporar pautas valorativas, como sucede a menudo en las cláusulas constitucionales.[14]Así argumenta Ferrajoli (2011a: 51):

> Sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo

[14] Repito aquí la argumentación que se halla en Moreso (2011 y 2012).

> judicial, promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible. En efecto, entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del derecho.

Ferrajoli nos recuerda la importancia que algunos de los grandes juristas ilustrados (J. Bentham, G. Filangieri, G. Romagnosi, por ejemplo) concedieron a la elaboración de una *ciencia de la legislación* que velara por la precisión y el rigor del lenguaje legislativo. Se trata del ideal ilustrado de la *certeza del derecho*.[15] Es un ideal valioso y es cierto, como es obvio, que la inflación legislativa unida a cierto descuido en el proceso de elaboración legislativa conlleva imprecisiones y oscuridades que podrían haber sido evitadas.

Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las

[15] Y del que la obra de Ferrajoli (sobre todo 1989) es el más destacado representante contemporáneo.

causas de justificación en derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en derecho privado.[16]

Un derecho penal sin causas de justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. Ferrajoli (2011b: 48) reconoce con ejemplos similares el papel que representa la ponderación en estos supuestos:

> Una ponderación similar puede hallarse en todos los sectores del derecho. Piénsese, al respecto, en la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, consideradas tales por el código penal italiano si se juzgan "proporcionales a la ofensa" (o "al peligro"); o también en la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; o bien en la valoración, nuevamente sobre la base de la ponderación de los intereses contrapuestos en concreto, del daño "injusto" previsto por el artículo 2043 del código civil como presupuesto de la responsabilidad civil.

Es una observación muy pertinente la de Ferrajoli: la ponderación es un actor en la aplicación de todas las ramas del derecho. Sin embargo, Ferrajoli insiste en que dicho fenómeno no es causado por la textura de las reglas o principios sino por 'las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por lo tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las

[16] La analogía entre causas de exclusión de la responsabilidad en derecho penal y vicios del consentimiento en derecho privado procede de H.L.A. Hart, (1968: 28-53).

normas son aplicables'. Pero sólo es una forma de hablar. Ferrajoli se da cuenta de que, en todas las ramas del derecho hay, algunas veces, que la aplicación del derecho se enfrenta a pautas en conflicto. Cuando algunos autores sostienen que se ponderan las pautas para establecer cuál es aplicable a un caso concreto determinado, obviamente quieren decir que, en aquellas circunstancias de hecho, determinada pauta cede su aplicación a otra y, en este sentido, pierde su fuerza. Lo que Ferrajoli denomina, cada autor genera su léxico preferido, 'connotación equitativa' es lo que, por ejemplo, Robert Alexy (1986, 2003a, 2003b) denomina 'ponderación o balance'. Se trata exactamente de la misma actividad. Y, como Ferrajoli sostiene, es una actividad habitual en el derecho.[17]

Un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del derecho romano arcaico que, al decir unas palabras se contraía la obligación con independencia de cualquiera otra consideración)[18] cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En resumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, como encajarlos sopesándolos es nuestra tarea como agentes morales. Por lo tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el derecho disminuya, algunas veces, la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro derecho un derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

[17] Desarrollo esta idea aplicada a las causas de justificación en derecho penal y con una crítica de la concepción de los conceptos valorativos en el derecho de Ferrajoli, en Moreso (2001). :
[18] El ejemplo de la *stipulatio* romana en el cap. 6 del estimulante libro de Fernando Atria (2002).

Es lo mismo que ocurre con las reglas que usamos en nuestra vida cotidiana. Si yo quiero disfrutar de una mañana de trabajo tranquilo, sin ser molestado, para –por ejemplo- terminar la redacción de este trabajo, puedo ordenarle a mi secretaria: 'No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana'. Esta es una regla clara y precisa, ahora bien si la secretaria la sigue sin excepciones, entonces pueden producirse consecuencias indeseadas: no me pasa la llamada de mi hermana que quiere comunicarme que mi hija ha sido ingresada en el hospital, no me pasa la llamada del Rector de la Universidad que quiere comunicar conmigo urgentemente, etc. Por esta razón, no deseamos secretarias que apliquen nuestras órdenes mecánicamente. Algunas veces, incluso, formulamos explícitamente el *defeater* que hace la regla inaplicable, decimos a nuestra secretaria: 'No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana, salvo si es muy importante'. Esta segunda regla es menos cierta y precisa que la primera. Aunque algunos casos están claramente excluidos por la regla (la llamada de mi urgente de mi hermana, la llamada del Rector), otros casos plantearán dudas a la secretaria y deberá ejercer su juicio para aplicar la norma. Ahora bien, esta segunda regla respeta en mayor medida mi autonomía (dado que en este caso, la aplicación de la norma me afecta fundamentalmente), que la primera mecánicamente aplicada. Alguien podría argüir, todavía, que sería mejor una regla que incluyera claramente las excepciones. Sin embargo, esto no es posible: son tantas y tan diversas las circunstancias que aconsejan la inaplicación de la norma, que no podemos encerrarlas en una formulación canónica que no contenga conceptos valorativos.

Pues bien, mi sugerencia es que el derecho introduce conceptos morales de un modo análogo al del ejemplo de la secretaria y, con los mismos argumentos, de manera justificada. Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles, por ejemplo). Las consideraciones morales, incorporadas al derecho, funcionan como modos habilitados de acceso a las razones que subyacen a nuestras regulaciones,

reduciendo así la posibilidad de una aplicación ciega de las reglas. En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada.

Es obvio que la cultura del *constitucionalismo* ha incrementado el grado de incorporación de la moral al derecho.[19] Pero lo ha hecho como un modo de que la aplicación del derecho sea más respetuosa con los derechos básicos de todos los ciudadanos. Sin embargo, quiero aquí enfatizar que el incorporacionismo de pautas morales es un hecho del derecho de la modernidad y que este hecho está justificado normativamente. Francisco Laporta (1993: 61-62), por ejemplo, ha señalado que es en el ámbito del Derecho penal donde mayor penetración ha tenido la dinámica de la moralización, hasta el punto que, con sus propias palabras, 'las normas del derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral', aunque como el mismo autor advierte:

> Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia penetradas de contenido moral.

Desde este punto de vista, el constitucionalismo es únicamente un caso especial de la incorporación de la moralidad al derecho de la modernidad. Una incorporación, como nos recuerda Laporta, compatible con el rechazo –al menos, como veremos, en una de sus interpretaciones- de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. La justificación de la incorporación de estas consideraciones morales en el derecho es, precisamente, habilitar una aplicación del derecho respetuosa de la autonomía de las personas. Esta es la tesis que he denominado tesis *incorporacionista* (2013) y que se defiende con el nombre de positivismo jurídico

[19] Véase, por todos, para una valoración positiva de este hecho en Atienza, (2002: 112-114).

incluyente (Coleman, 1982, 2001, Waluchow 2004, Himma 2002, Moreso 2009: cap. 10).[20]

Tesis VIII: El no-objetivismo ético no forma parte de la definición del positivismo jurídico.

Es cierto que importantes autores han sostenido que el rechazo del objetivismo en ética (a menudo denominado *no-cognitivismo ético*) ha de ser considerado un rasgo definitorio del positivismo jurídico (Ross 1961, von Wright 1985, Bulygin en Caracciolo 1993, [21] Guastini 1994). Sin embargo, las caracterizaciones de escuelas de pensamiento, en mi opinión, deben ser respetuosas con el modo en que la historia de las ideas ha clasificado a los autores. Quiero decir que una definición de *empirismo* que no incluyera a David Hume sería rechazable, como lo sería una definición de *racionalismo* que no incluyera a René Descartes.

Pues bien, baste referirme a la obra de dos autores que son considerados, de modo inequívoco, como iuspositivistas y quedarían fuera si el rechazo del objetivismo ético fuese definitorio del positivismo jurídico. Me refiero a John Austin y a Joseph Raz.

John Austin al que se debe lo que a veces se ha considerado el núcleo del positivismo jurídico (1832: 278): 'The existence of a law is one thing. Its merits other thing', también sostuvo (1832: 276) que el principio de utilidad nos revela el Derecho divino que es el último test del derecho positivo y de la moralidad positiva.

Y, Joseph Raz, tal vez el más relevante de los defensores del positivismo jurídico en la actualidad, combina la defensa de la denominada tesis de las fuentes

[20] Y que se oponen a los que sostienen que la identificación del derecho nunca depende del razonamiento moral. Raz (1979, ch. 3; 1994, ch. 10 and 2004), también Marmor (2002, and 2011) y Shapiro (1998, 2011: 259-281).
[21] Aunque después Bulygin (2006: 117-119) rectificaría esta posición.

sociales del derecho (Raz 1979: cap. 3, 1994: cap. 10), conforme a la cual la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados mediante la sola referencia a hechos sociales, sin recurrir a argumento evaluativo ninguno. Pero esta tesis es compatible en Raz con una robusta defensa del objetivismo en moral (por ejemplo Raz 1986).

Esto debería bastar para aceptar la tesis VIII, rechazarla significa adoptar una noción muy idiosincrática de positivismo jurídico.

Tesis IX: Hay buenas razones para rechazar el subjetivismo ético.

No es sólo, me parece, que haya buenas razones para rechazar la negación del objetivismo ético como rasgo definitorio del positivismo jurídico, es que hay buenas razones para rechazar el subjetivismo en el ámbito de la moralidad.

Un argumento reciente de David Enoch (2011c) me parece concluyente: si los juicios morales fuesen la expresión de meras preferencias subjetivas, entonces elegiríamos entre ellas usando algo semejante a la *imparcialidad* que usamos cuando, entre dos amigos, uno prefiere ir al teatro y otro al cine, si no hay otras razones (la última oportunidad de ver actuar una gran actriz o algo semejante del contexto) tirar una moneda al aire o decidir los miércoles tú y yo los viernes, es todo lo que debemos hacer. Sin embargo, si la preferencia de uno fuese ir a ver una *snuff movie*, la resistencia del otro a someterse al requisito de imparcialidad sería hacer lo debido. Enoch presenta lo que denomina la tesis del *subjetivismo* caricaturizado del siguiente modo (2011c:25):

> Los juicios morales expresan preferencias simples, que están exactamente a la par con una preferencia por jugar al tenis o ir al cine.

Y este es el argumento para la refutación, un argumento que –como puede verse- es una instancia de *reductio ad absurdum* (Enoch 2011c, 25-26):

(1) Subjetivismo caricaturizado (para la *Reductio*)
(2) Si el subjetivismo caricaturizado es verdadero, entonces los conflictos interpersonales debidos a desacuerdos morales son realmente sólo conflictos interpersonales debidos a diferencias en meras preferencias (del contenido del subjetivismo caricaturizado).
(3) Por lo tanto, los conflictos interpersonales debidos a desacuerdos morales son sólo conflictos interpersonales debidos a meras preferencias (de 1 y 2).
(4) IMPARCIALIDAD, esto es, más o menos: cuando un conflicto interpersonal (de la clase relevante) es una cuestión meramente de preferencias, entonces una solución imparcial, igualitaria es requerida, y es incorrecto mantener la posición propia.
(5) Por lo tanto, en casos de conflicto interpersonal (de la clase relevante) debidos a desacuerdos morales, una solución imparcial, igualitaria es requerida y es erróneo mantener la propia posición (de 3 y 4).
(6) Sin embargo, en casos de conflicto interpersonal (de la clase relevante) debidos a desacuerdos morales a menudo una solución imparcial *no* es requerida, y es permisible, incluso debido, mantenerse en la propia posición (de la sección previa).
(7) Por lo tanto, el subjetivismo caricaturizado es falso (de 1, 5 y 6, por *Reductio*).

A mí me parece un argumento concluyente y, si lo es, no tenemos buenas razones para rechazar el objetivismo en el ámbito de la moralidad. [22]

Tesis X: El objetivismo ético no implica necesariamente el realismo metafísico en moral.

Algunas veces la incomodidad con el objetivismo ético parece proceder de cierta concepción naturalista del mundo, de cierta concepción austera en la que no hay lugar para entidades como las que parece presuponer el discurso moral. Si bien es cierto que en los últimos años cierto realismo anti-naturalista goza de bastante fortuna (Shafer-Landau 2003, Wedgwood 2007, Enoch 2011c), hay también intentos de reducir las propiedades morales a propiedades naturales, la más conocida, que

[22] He defendido el argumento previamente en Moreso (2015 y 2019).

sigue teniendo muchos defensores (véase por todos Lazari-Radek, Singer 2014), la del consecuencialismo utilitarista.[23]

Existen, sin embargo, otras posibilidades para vindicar la objetividad de los juicios éticos sin comprometerse con una metafísica tan exigente como la del realismo moral. Me referiré a dos de ellas.

La primera, con aroma kantiano, es la del *constructivismo ético* (que puede atribuirse a Rawls (1980) y a Habermas (1985, véase también Nino 1989) y que me resulta razonablemente convincente (Moreso 2009: cap. 4). Según dicha concepción, un juicio moral es válido si y sólo si sería el contenido de lo querido por un agente racional y razonable o el contenido que ningún agente racional y razonable rechazaría.[24]

La segunda es debida a un conjunto de autores que piensan que es posible defender una versión del realismo no-naturalista sin compromiso metafísico. Esta posición sostiene que las cuestiones ontológicas son internas a su propio ámbito y, en la medida en que no colisionan con otros ámbitos –en especial con el ámbito de las ciencias empíricas- su validez interna es suficiente para su verdad, sin que sea necesario postular externamente su existencia y comprometerse ontológicamente (Nagel 1986, Dworkin 1996b, 2011, Scanlon 2014 y Parfit 2011, 2017). Se puede consultar también la discusión de Parfit en Singer 2016). De un modo cercano al ficcionalismo, tal vez, podemos afirmar que los números existen, aunque ello sólo significa que el discurso matemático los toma como variables de su cuantificación junto con la ausencia de colisión de estas afirmaciones con las verdades de las ciencias empíricas. De un modo similar a como aceptamos la verdad de 'Sherlock Holmes vive en Londres' entendido como una verdad interna a la ficción de Conan Doyle, como 'En la ficción C. Doyle, Sherlock Holmes vive en Londres'. No hay sólo

[23] Me he ocupado de los diversos tipos de realismo moral contemporáneo en Moreso (2018).
[24] Dos buenas y recientes presentaciones del constructivismo en Street (2010) y Bagnoli (2017).

una noción de existencia, sino varias nociones de existencia. Hay modos de existir que no tienen implicaciones causales ni requieren la ocupación de un lugar espacio-temporal.

Recientemente Parfit (2011: 464-487) ha elaborado un conjunto de argumentos para distinguir entre varios tipos de existencia, donde hay lugar para las verdades matemáticas y para las verdades morales sin compromiso ontológico.

Parfit (2011: 466) comienza con una posición sumamente restrictiva:

> *Fundamentalismo*: Todo lo que existe son los últimos constituyentes de la realidad.

Según este punto de vista, sólo existen las partículas sub-atómicas, y no hay ni átomos, ni estrellas, ni sillas. Es, como Parfit sostiene, un punto de vista muy implausible. El hecho de que muchos objetos físicos sean *compuestos*, en el sentido de que están hechos de elementos más pequeños, es consistente con la existencia de estos objetos, que no existen *separadamente* de sus componentes.

Otro punto de vista, menos restrictivo que el anterior es (Parfit 2011: 467):

> *Actualismo:* Ser, o existir, es ser real –*actual*-, esto es no puede haber algo que sea meramente posible.

Pero entonces, sigue Parfit, no elegiríamos entre varios actos posibles, ni tendríamos razones para arrepentirnos de lo que no hicimos, por ejemplo. El actualismo no es tampoco plausible, debemos adoptar algo como (Parfit 2011: 467):

> *Posibilismo*: Hay algunas cosas que nunca son reales, sino que son meramente posibles. Hay algunas cosas que podrían ocurrir pero realmente nunca ocurrieron y algunas cosas que podrían existir pero nunca existen realmente.

Por dicha razón, Parfit (2011: 469) rechaza que las palabras 'hay' o 'existe' deban siempre usarse en el mismo y único sentido y adopta un punto de vista plural según el cual hay un sentido restringido de 'existir' para el que las cosas que existen son partes concretas del mundo espacio-temporal, y hay otro sentido más amplio según el cual hay actos y cosas posibles.

La existencia de los mundos posibles es una cuestión, como es obvio, altamente controvertida en filosofía y la traemos a colación solamente para mostrar que Parfit sostiene que hay otros candidatos a la existencia como los números, las proposiciones, las verdades lógicas o las razones normativas que no existen en ninguno de los sentidos anteriores.

Comencemos con los números y las verdades matemáticas. Según Parfit (2011: 479-450): 'Algunos ejemplos, sugiero, son verdades matemáticas. Nada puede ser más verdadero que las verdades que 2 es mayor que 1, que 2+2 = 4 y que hay números primos mayores que 100. Ni siquiera Dios podría hacer estos juicios falsos. Para que estos juicios sean verdaderos, ha de haber algún sentido en que haya números, o en que los números existan. Pero al decidir que juicios matemáticos son verdaderos, no necesitamos contestar a la pregunta de si los números realmente existen en un sentido ontológico, aunque no en el espacio y en el tiempo. Similares observaciones se aplican a algunas otras entidades abstractas, como las verdades lógicas y los argumentos válidos'.

Y este es también el tipo de existencia de los hechos y razones normativos que carecen de estatus ontológico (Parfit 2011: 486):

> Hay algunos juicios que son irreduciblemente normativos en el sentido de que comportan razones, y que son en el sentido más fuerte verdaderos. Pero estas verdades no tienen implicaciones ontológicas. Para que tales juicios sean verdaderos, estas propiedades que comportan razones no necesitan existir ni como propiedades naturales en el mundo espacio-temporal, ni en alguna parte de la realidad no-espacio-temporal.

Esta es una posición cognitivista y racionalista, pero que evita comprometerse metafísicamente y, en ese sentido, rechaza el naturalismo. Se trata de lo que Parfit denomina un *cognitivismo normativo no-naturalista y no-metafísico*.

Si este es un punto de vista ontológicamente plausible, entonces hay verdades normativas irreducibles sin compromiso con un realismo robusto, es decir, sin compromiso ontológico. Obviamente para mostrar que es un punto de vista ontológicamente plausible hay que mostrar que la práctica de la moralidad produce juicios objetivos en los que agentes racionales y razonables convergerían. Y para ello sería necesario un análisis detallado de la impresionante contribución de Parfit en debate con las otras grandes posiciones acerca los fundamentos de la ética. Lo que está más allá de los propósitos de esta contribución. Aquí basta con sostener que hay concepciones, como la de Parfit, en las que queda un espacio para las verdades normativas irreducibles sin hechos normativos *robustos*, que hay un espacio para la objetividad moral sin *platonismo*, como hay un espacio para la objetividad de las matemáticas sin platonismo.

3. Dos razones a favor del positivismo jurídico

Una de las discusiones centrales acerca del positivismo jurídico versa sobre la fortuna de la denominada la tesis de la *separabilidad* entre el derecho y la moral, es decir que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad. Propongo tres versiones de dicha tesis.

La primera versión (TS C) podemos denominarla la tesis *conceptual*:

TS C: La validez jurídica de una norma no conlleva necesariamente su justicia (su validez moral) y la justicia de una norma (su validez moral) no comporta necesariamente su validez jurídica.

Así fue planteada por Hart (1958: 599):

> No se sigue del mero hecho de que una regla viola los estándares de la moralidad que no es una regla jurídica; y, conversamente, no se sigue del mero hecho que una regla es moralmente deseable que sea una regla jurídica.

No veo cómo, la verdad, nadie puede rechazar esta formulación de la tesis de la separabilidad. Muchos pensamos, por ejemplo, que la imposición de la pena de muerte es inmoral, pero somos capaces de comprender que la pena de muerte es inválida en España porque fue abolida por el art. 15 de la Constitución de 1978, antes de ese momento la pena de muerte era una sanción del ordenamiento español, aunque injusta, de acuerdo con nuestros parámetros.

La segunda versión de la tesis (TS M) es la tesis metafísica:

TS M: En la medida en que el derecho proporciona razones para la acción, los hechos jurídicos están (al menos parcialmente) determinados por los hechos morales, los hechos jurídicos existen (al menos parcialmente) en virtud de hechos morales.[25]

Tampoco veo por qué esta tesis ha de ser controvertida. La fuerza normativa del derecho, su capacidad para introducir deberes, no puede surgir por sí sola, de los meros hechos sociales. A mí la concepción más razonable de las razones para la acción me parece aquella que sostiene que las razones para la acción son hechos que activan (*triggering reasons* Enoch 2011a) nuestros deberes morales. Por ejemplo, si yo voy por una carretera con visibilidad y buen clima a 80 km. por hora, no tengo razones para disminuir la velocidad; ahora bien si se cruza de pronto un niño, este hecho *activa* la razón que tengo de no dañarlo y mi deber de reducir la velocidad. Es obvio que las razones jurídicas, dotadas de autoridad, activan mis razones morales de un modo más complejo (vd. Enoch 2011b), pero de un modo fundamentalmente similar en mi opinión. Es decir, y esta es una relación metafísicamente necesaria, la

[25] Una tesis semejante a esta subyace al influyente Greenberg (2004).

dimensión normativa del derecho no puede explicarse sin la moralidad, sin estar fundada en la moral.

Ahora bien, la tesis que estos últimos años, como consecuencia de la influyente concepción de Joseph Raz,[26] ha sido más debatida es una tesis de carácter epistémico (TS E), que guarda relación con la identificación del derecho. Creo que Raz, en concreto aceptaría la separabilidad de la TS C y la conexión necesaria de la TS M. La tesis epistémica puede formularse así:

TS E: La identificación de la existencia y el contenido del derecho depende únicamente de la existencia de determinados hechos sociales.

Ya sabemos que la negación de la relación necesaria de esta tesis puede ser comprendida de dos modos, o bien sosteniendo que la relación es imposible (nunca los hechos sociales remiten a la argumentación moral), como quiere el positivismo jurídico *excluyente* o sosteniendo que es contingente, como quiere el positivismo jurídico *incluyente* (y sostiene la tesis de la incorporación, cuando las fuentes remiten a la moralidad, esta queda incorporada y es precisa para la identificación de lo que el derecho requiere). Durante mucho tiempo pensaba que mi razón para sostener el positivismo jurídico incluyente (por ejemplo Moreso 2012) era ésta precisamente: que la relación es contingente. Y lo era porque son posibles sistemas jurídicos que no incorporan la moralidad, sistemas jurídicos totalmente opacos a la moralidad subyacente, sistemas que no permitan nunca a sus aplicadores recurrir a las razones que justifican tener una determinada regulación. Ahora, sin embargo, considero que aunque dichos sistemas jurídicos son, tal vez, *concebibles*, no estoy tan seguro que sean posibles.[27]

[26] Que se origina en su concepción de las normas jurídicas como razones para la acción en Raz (1975) y sigue en muchos de los trabajos ya mencionados.
[27] Hay una relevante discusión filosófica acerca de las relaciones entre lo concebible y lo posible. Por ejemplo, Gendler, Hawtorne (2002).

Tal como es presentada la tesis de la relación no necesaria entre el derecho y la moralidad en una de las primeras argumentaciones a favor del positivismo jurídico incluyente, en Coleman (1982: 141) puede entenderse como lo que ahora se conoce en filosofía como el *argumento de la concebibilidad*,[28] que sostiene que si algo es concebible, entonces es también metafísicamente posible:

> La tesis de la separabilidad sostiene que existe al menos una concebible regla de reconocimiento (y por lo tanto un posible sistema jurídico) que no selecciona la verdad de un principio moral entre las condiciones de verdad de cualquier proposición jurídica.

Parece que Coleman acepta que si algo es concebible, entonces es metafísicamente posible. Pero esta inferencia es controvertible. Quiero decir que tal vez algunos de los rasgos necesarios de las sociedades humanas y de nuestro razonamiento, como por ejemplo lo que Hart (1961, cap. 9), llama el *contenido mínimo del derecho natural*: vulnerabilidad humana, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados, comprensión y fuerza de voluntad limitados, hagan imposible que en ningún caso un sistema jurídico licencie el uso del razonamiento moral. De un modo similar, en lo que la analogía pueda valer, a que aunque es imposible que los seres humanos tengamos más (o menos) de 46 cromosomas (en todos los mundos posibles los seres humanos tenemos 23 pares de cromosomas), es concebible un mundo en donde tengamos sólo 20 pares de cromosomas.

Si esto fuera así, cobraría sentido el argumento que usa Manuel Atienza de vez en cuando acerca de mi positivismo jurídico incluyente, conforme al cual

[28] El argumento ha hecho fortuna como una defensa del dualismo entre mente y materia. Se arguye acerca de los *zombies*, seres como nosotros que actúan como nosotros, pero que carecen de conciencia. Y, por ejemplo, Chalmers (1996, 2002) argumenta así:

1) Los zombies son concebibles
2) Todo lo concebible es posible metafísicamente

Luego, los zombies son posibles metafísicamente.

De lo que se infiere que lo mental no es reducible a lo material y que, por lo tanto, el fisicalismo es falso. Pero muchos autores rechazan la idea de que la concebibilidad (una noción epistémica al fin y al cabo) implique la posibilidad metafísica (véase esta discusión bien presentada en Kirk 2019). Y esta es la conjetura que yo recojo para nuestro caso: aunque es concebible un sistema jurídico sin referencia a la moralidad, no es posible metafísicamente su existencia.

(Atienza 2017: 438) mis razones para mantener dicha posición son de tipo personal y emocional: no querer romper con los maestros iuspositivistas con los que me formé. Con todo, la tesis conceptual quedaría en pie, y de la tesis epistémica quedaría que es concebible, aunque no posible metafísicamente, que la identificación del derecho no dependa en absoluto de la moralidad.

Sin embargo, creo tener una razón adicional para no querer desprenderme de la tradición del positivismo jurídico. Se trata de la importancia que le concedo a la dimensión institucional del derecho, algo que también es muy relevante para Atienza (Atienza-Ruiz Manero 2001). Es esta dimensión institucional precisamente la que hace posible que las decisiones jurídicas *finales*, que tienen fuerza de cosa juzgada, que ya no pueden ser revisadas, no estén ya sujetas a lo que Dworkin (1996) denominó *la lectura moral*. Pueden ser decisiones equivocadas jurídicamente, pero son jurídicamente vinculantes. En este sentido, como quería Hart (1961), la práctica jurídica está anclada en nuestras prácticas sociales con independencia de la moralidad. Soy consciente de que mucho más debería decir sobre esta conjetura para hacerla plausible (algo dije en Moreso 2010). Pero deberá quedar para otra ocasión porque no es cuestión de enredarse en este texto en las intrincadas cuestiones de metafísica social que esta cuestión conlleva.[29]

[29] Me refiero a trabajos como Searle (1995, 2010), Toumela (2007), Bratman (2014), Gilbert (2014) y, sobre todo, Epstein (2015).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert (1986) *Theorie der Grundrechte,* 2 ed. 1994 (Frankfurt: Suhrkamp).

--- (2003a) 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Iuris* 16:131-140.

--- (2003b) 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Iuris* 16: 433-449.

--- (2013) 'El No-Positivismo Incluyente', *Doxa*, 36: 15-24.

ATIENZA, Manuel (2001): *El sentido del derecho*, (Barcelona: Ariel).

--- (2011) 'Dos versiones del constitucionalismo', *Doxa*, 34: 73-88.

--- (2016) 'Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista', en L. Peña, T. Ausín (eds.), *Conceptos y valores constitucionales*, (Madrid: Plaza y Valdés), 29-58.

--- (2017) 'Epílogo (abierto)' en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Lima: Palestra):419-460.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (2001): 'La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica', *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 24: 115-130.

ATRIA, Fernando (2002) *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, 2002).

--- (2016) *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons).

AUSTIN, John (1832) *The Province of Jurisprudence Determined*, (London: John Murray).

BAGNOLI, Carla, (2017) 'Constructivism in Metaethics', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/constructivism-metaethics/>.

BAYÓN, Juan Carlos (1998) 'Diritti, democrazia, costituzione', *Ragion Pratica*, 10: 41-64.

--- (2000) 'Derechos, democracia y Constitución', *Discusiones*, 1: 53-83.

--- (2004) 'Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo' en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 67-118

BICKEL, Alexander M. (1962) *The Least Dangerous Branch,* (New Haven: Yale University Press).

BOBBIO, Norberto (1965) *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano: Ed. Comunità).

---(1967) 'Intervento', en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* (Pavia, a maggio 1966). *Quaderni de la Rivista Il Politico*, Milano: Giuffrè, 71-72.

BRATMAN, Michael E. (2014) *Shared Agency*, (Oxford: Oxford University Press).

BULYGIN, Eugenio (1996) *El positivismo jurídico*, (México: Fontamara).

CAMPBELL, Tom D. (1996) *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Darmouth).

CARACCIOLO, Ricardo (1993) 'Entrevista al Prof. Eugenio Bulygin', en *Doxa*, 14: 499-515.

CHALMERS, David J. (1996) *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory*, (Oxford: Oxford University Press).

2002) 'Does Conceivability Entail Possibility?', in Gendler and Hawthorne 2002.

CARBONELL, Miguel (2001) *La Constitución en serio*, (México: Porrúa-UNAM).

--- (ed.) (1994) *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid: Trotta).

CELANO, Bruno (2013) 'Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law', en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D. M. Papayanis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, (Dordrecht: Springer), cap. 8.

--- (2016) '*Rule of law* e particolarismo etico' en G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, (Bologna: Il Mulino): 237-285.

COLEMAN, Jules L. (1982): 'Negative and Positive Positivism', *Journal of Legal Studies*, 11: 139-162.

--- (2001) *The Practice of Principle*, (Oxford: Oxford University Press).

COMANDUCCI, Paolo (2002): 'Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico', *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* núm. 16: 90-112.

DE LORA, Pablo (2000) 'La posibilidad del constitucionalista thayeriano', *Doxa*, 23: 49-76.

--- (2005) 'Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo', en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo; Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* (Madrid: Trotta, 251-266.

DWORKIN, Ronald (1967) 'The Model of Rules', *The University of Chicago Law Review*, 35: 14-46.

--- (1996a) *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1996b) 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It', *Philosophy and Public Affairs*, 25: 97-139.

--- (2011) *Justice for Hedgehogs*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

ELY, John Hart (1980) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

ENOCH, David (2011a) 'Giving Practical Reasons', *The Philosopher's Imprint*11 (4).

--- (2011b) 'Reason-Giving and the Law', *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, 1: 1-38.

--- (2011c) *Taking Morality Seriously*. (Oxford: Oxford University Press).

EPSTEIN, Brian (2015): *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, (Oxford: Oxford University Press).

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio (1994) *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, (Madrid: Trotta).

FARNSWORTH, W. (2007) *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law,* (Chicago: Chicago University Press).

FERRAJOLI, Luigi (1989) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza, 1989)

--- (1999) *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, (Roma-Bari: Laterza).

--- (2007) *Principia Juris. Teoria del diritto e della democracia*, (Roma-Bari: Laterza).

--- (2010) 'Diritti e democracia. Risposta ad Anna Pintore', *Sociologia del Dirittto*, 37 (1):179-191.

--- (2011a) 'Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista', *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34: 15-53.

--- (2011b) 'The Normative Paradigm of Constitutional Democracy', *Res Publica*, 17: 355-367.

FERRERES COMELLA, Víctor (1997): *Justicia constitucional y democracia*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

--- (2000) 'Una defensa de la rigidez constitucional', *Doxa* 23: 29-47.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008): 'Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores', en F. Mantilla Espinosa (ed.), *Controversias constitucionales,* (Bogotá: Universidad del Rosario).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (Madrid: Civitas).

GARCÍA FIGUEROA, A. (2009) *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos* (Madrid: Trotta).

--- (2012): 'Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar', *Doxa*, 34: 117-133.

GARDBAUM, Stephen (2013) *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*: *Theory and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press).

GARGARELLA, Roberto (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, (Barcelona: Ariel).

--- (1998) 'Il ruolo dei giudici di frente al 'terreno prohibito', *Ragion Pratica*, 10 : 65-73.

--- (2000) 'El papel de los jueces frente al 'coto vedado'', *Discusiones*, 1: 84-95.

GENDLER, Tamar S., HAWTHORNE, John (eds.), *Conceivability and Possibility*. (Oxford: Oxford University Press).

GILBERT, Margaret (2014) *Joint Commitment*, (Oxford: Oxford University Press).

GUASTINI, Riccardo (1998) 'La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano' *Ragion Pratica*, 11: 85-206.

--- (1994) 'Tre domande a Francesco Viola', en M. Jori (a cura di), *Ermenutica e filosofía analítica. Due concezioni del diritto confronto*, (Torino: Giappichelli), 219-240.

GREEN, Leslie (2008) 'Positivism and the Inseparability of Law and Morals', *New York University Law* Review 83: 1035-1058.

GREENBERG, Mark (2004): 'How Facts Make Law', *Legal Theory,* 10: 157–198.

HABERMAS, Jürgen (1985) 'Ética del discurso. Notas para un programa de fundamentación', en J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo (Barcelona: Península).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (1788) *The Federalist: A Collection of Essays, written in favour of the new Constitution*, (New York: J. and A. M'Lean).

HART, H.L.A. (1958) 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, 71: 593-629.

--- (1961) *The Concept of Law*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1968) *Punishment and Responsibility,* (Oxford: Oxford University Press).

--- (1994) 'Postscript', en *The Concept of Law*, P. Bulloch and J. Raz eds. (Oxford: Oxford University Press).

HIERRO, Liborio (2002) '¿Por qué ser positivista?', *Doxa* 25: 263-302.

HIMMA, Kenneth E. (2002) 'Inclusive Legal Positivism' in J.L. Coleman, S.J.

Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law,* (Oxford, Oxford University Press), 125-165.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. (1999) *The Cost of* Rights. *Why Liberty Depends on Taxes?'* (New York; WW Norton & Co.).

JORI, Mario (2013) 'Prólogo', en F. F. Morales Luna, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli* (Madrid: Marcial Pons), 9-18.

KIRK, Robert (2019) 'Zombies', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/zombies/>.

LAPORTA, Francisco J. (1993) *Entre el derecho y la moral* (México: Fontamara).

--- (2001) 'El ámbito de la Constitución', *Doxa* 24: 459- 484

--- (2007) *El imperio de la ley. Una vision actual*, (Madrid: Trotta).

LAZARI-RADEK, Katarzyna de; SINGER, Peter (2014) *The Point of View of the Universe: Sidgwick and Contemporary Ethics*, (Oxford: Oxford University Press).

LINARES, Sebastián (2008) *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes,* (Madrid: Marcial Pons).

MARTÍ, José Luis (2006) *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons).

MAZZARESE, Tecla (2017) 'La giustizia del diritto fra princip del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto', *Rivista di filosofia del diritto* VI, numero speciale: 41-64.

MARMOR, Andrei (2002) 'Exclusive Legal Positivism', in J. Coleman, Jules and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford, Oxford University Press), 104-124.

--- (2011) *Philosophy of Law*, (Princeton, Princeton University Press). ,

MARTÍ, José Luis (2008-2009): 'Sobre la normatividad de la filosofía del derecho', *Anuario de Filosofía del Derecho*, 25: 427-454.

MORALES LUNA, Félix F. (2013) *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli* (Madrid: Marcial Pons).

MORESO, J.J. (1998a) 'Diritti e giustizia procedurale imperfetta' *Ragion Pratica*, 10: 13-40.

--- (1998b) 'Sulla portata del vincolo preventivo', *Ragion Pratica*, 10: 75-84.

--- (2000a) 'Derechos y justicia procesal imperfecta', *Discusiones* 1: 15-52.

--- (2000b) 'Sobre el alcance del precompromiso', *Discusiones* 1: 95-108.

--- (2001) 'Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)' *Doxa* 24 (2001): 525-545.

--- (2009) *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons).

--- (2010) 'La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables' en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltran, *Los desacuerdos en el Derecho...* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 49-86.

--- (2011) 'Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli'. *Doxa,* 34: 183 – 199.

--- (2012) 'Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality', Ferrer Beltran, J., Battista Rati, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, (Oxford: Oxford University Press), 225 – 237.

--- (2013) *Ethica more iuridico incorporata* (México DF: Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2012, Fontamara).

--- (2015) 'Objetividad moral sin realismo robusto. Comentarios sobre Enoch', Discusiones XVI (2015): 191-222.

--- (2017a) 'Atienza: dos lecturas de la ponderación' en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Lima: Palestra): 205-220.

--- (2017b) 'Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad', *Revista latinoamericana de filosofía política*, VI (n.2): 1-31

--- (2017c) 'Rodolfo Vázquez sobre la justicia constitucional' en J. Cerdio, P. De Larrañaga, P. Salazar (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, v. I,* (México: UNAM), 201-228.

--- (2018) 'Realismo moral', *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica* (URL: http://www.sefaweb.es/realismo-moral/).

--- (2019) 'Entre el derecho y la razón. Los derechos en la encrucijada. *Sub*

ratione boni', *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115: 425-442.

MURPHY, Liam (2001) 'The Political Question of the Concept of Law' en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscipt: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press), cap. 11.

NAGEL, Thomas (1986) *The View from Nowhere*, (Oxford: Oxford University Press).

NINO, Carlos S. (1989) *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

--- (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires: Astrea).

PAPINEAU, David (2017): *Knowing the Score. How Sports Teaches us about Philosophy (and Philosophy about Sport),* (London: Constable).

PÁRAMO, Juan Ramón (2002) 'Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos', en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel. Tomo I* (Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá), 443-454.

PARFIT, Derek (2011) *On What Matters. Volume One and Two*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (2017) *On What Matters. Volume Three,* (Oxford: Oxford University Press).

PINO, Giorgio (2017) *Il costituzionalismo dei diritti*, (Bologna: Il Mulino).

PINTORE, Anna (2001) 'Diritti insaziabili', en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, (Roma-Bari: Laterza), 179-200.

--- (2004) 'Scarpelli e l'aristocracia giuridica', *Notizie di Politeia*, 73: 125-136.

--- (2009) 'Il nome delle cose. In margine a Principia Iuris di Luigi Ferrajoli', *Sociologia del diritto*, 36(2): 27-50.

POGGE, Thomas (2002) *World Poverty and Human Rights*, (Cambridge: Poltity Press).

POZZOLO, Susanna (1998) 'Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional', Doxa. 21, vol. 2: 339-353.

--- (2001) *Costituzionalismo e positivismo giuridico* (Torino: Giappichelli).

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta).

--- (2008) 'Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli», en *Doxa*, 31: 325-353.

--- (2013) *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, (Madrid: Trotta).

RAWLS, John (1980) 'Kantian Constructivism in Moral Theory', *Journal of Philosophy*, 77: 512-572.

--- (1999) *A Theory of Justice,* revised edition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

RAZ, Joseph (1975) *Practical Reason and Norms*, (London: Hutchinson).

(1979): *The Authority of Law,* (Oxford: Oxford University Press).

--- (1986) *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1994) *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1998) 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries' en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 152-157.

--- (2004) 'Incorporation by Law', *Legal Theory*, 10: 1-17.

RÓDENAS, Ángeles (2003): '¿Qué queda del positivismo jurídico?', *Doxa*, 26: 417-448.

ROSS, Alf (1961) 'Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law', *Revista Jurídica de Buenos Aires,* 4: 46-93.

RUIZ MANERO, Juan (2014) 'Nota preliminar' en J. Ruiz Manero, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*', (Lima: Temis). 7-32.

--- (2016) 'Nota preliminar', en F. Schauer, *Positivismo constitucionalista*, trad. de M. Chuquillanqui Gonzéles, (Lima: Palestra), 7-34.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2003) 'Costituzionalismo e democrazia', *Teoria Politica* 1: 73-108.

SALAZAR, Pedro (2006) *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, (México: FCE-UNAM).

SCANLON, T.M. (2014) *Being Realistic About Reasons*, (Oxford: Oxford University Press).

SCARPELLI, Uberto: *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Ed. Comunità).

--- (1989) 'Il positivismo giuridico rivisitato»' , *Rivista di Filosofia. Omaggio a Norberto Bobbio*, 80: 461-475.

SCHAUER, Fred (1991) *Playing by the Rules*, (Oxford: Oxford University Press).

SEARLE, John (1995) *The Construction of Social Reality*, (London: Penguin Books).

--- (2010) *Making the Social World*, (Oxford: Oxford University Press).

SHAFER-LANDAU, Russ (2003) *Moral Realism: A Defence,* (Oxford: Oxford University Press).

SHAPIRO, Scott (1998) 'On Hart"s Way Out', *Legal Theory*, 4: 469-508.

--- (2011) *Legality*, (Cambridge, Mass., Harvard University Press).

SINGER, Peter (ed.) (2016) *Does Anything Really Matter? Essays on Parfit and Objectivity*, (Oxford: Oxford University Press).

STREET, Sharon (2010) 'What is Constructivism in Ethics and Metaethics?' *Philosophy Compass* 5/5: 363–384.

THAYER, James Bradley (1893) 'The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law', *Harvard Law Review*, 7:129-156.

TUOMELA, Raimo (2007) *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*, Oxford: Oxford University Press).

VÁZQUEZ, Rodolfo (2010) 'Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 44: 249-264.

WALDRON, Jeremy (1993) 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', *Oxford Journal of Legal Studies*, 13: 18- 51.

--- (1998) *Law and Disagreement*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (2001) 'Normative (or Ethical) Positivism' en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscipt: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford

University Press), cap. 12.

--- (2005) 'Law' en F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy* (Oxford: Oxford University Press): 181-207.

--- (2006) 'The Core of the Case against Judicial Review', *The Yale Law Journal*, 115: 1346-1406.

WALUCHOW, Wilfred J. (1994) *Inclusive Legal Positivism,* (Oxford, Oxford University Press).

WEDGWOOD, Ralph (2007) *The Nature of Normativity*, (Oxford: Oxford University Press).

WRIGHT, Georg Henrik von (1951) *A Treatise on Induction and Probability* (London:

Routledge & Kegan Paul).

--- (1985) 'Is and ought', en Eugenio Bulygin, J.-L. Gardies, and Ilkka Niiniluoto (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*. (Dordrecht: Reidel), 263-281.

ZAGREBELSKI, Gustavo (1992) *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, (Torino: Einaudi, 1992).

i-Latina 1 (2019): 1-17
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.08

Sobre la práctica de juzgar y su racionalidad *

JESÚS VEGA
Universidad de Alicante
jesus.vega@ua.es

RESUMEN

En este texto se presentan cuatro concepciones de la jurisdicción entendida como una práctica —la actividad de juzgar— y se analizan los rasgos dominantes de sus respectivas maneras de entender la racionalidad de esa práctica en el conjunto del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción, juicio, juez, práctica de juzgar, racionalidad, concepciones, Derecho.

ABSTRACT

In this text are presented four definitions of adjudication understood as a practice –judging activity- and are analyzed dominant features of their respective ways of understanding rationality of that practice in Law's body.

KEYWORDS: Jurisdiction, judgment, judge, practice of judging, rationality, conceptions, law.

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

0.

Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento hacia la Pontificia Universidad Católica del Perú y particularmente hacia las profesoras Rocío Villanueva y Betzabé Marciani de la Facultad de Derecho, no sólo por la organización de este seminario sino también por haber acogido tan amigablemente la reunión del Comité Ejecutivo de nuestra *Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (i-latina)*.

Mi contribución, como su título señala, pretende reflexionar sobre la jurisdicción, sobre la función judicial, considerándola efectivamente como un tipo de práctica, como una actividad: el juzgar. Esta consideración puede parecer, de entrada, una obviedad. ¿Qué otra cosa podría ser la jurisdicción sino una "actividad"? Hablamos de un "poder" (del "poder judicial") y el poder es algo que no puede ejercerse más que prácticamente; hablamos de la "administración de justicia" (y ese "administrar", sin entrar ahora en su contenido o pretensión de "justicia", es un verbo activo, como pasivo de sus efectos es el "justiciable"); hablamos también del "proceso" judicial, que es eminentemente un protocolo práctico, una secuencia ordenada de acciones —incluyendo el sentido técnico de la *actio*— en vista de ciertos propósitos; hablamos, en fin, del "juicio" mismo, que sería el *resultado* de ese proceso: una *decisión* práctica que pone en marcha su ejecución subsiguiente.

Ahora bien, dar cuenta de manera cabal de la naturaleza de esa práctica, de la práctica de juzgar y del tipo de racionalidad que envuelve, difícilmente puede considerarse un asunto trivial. Por el contrario, se nos presenta como un problema verdaderamente difícil: un problema filosófico de primera magnitud. Y, por ello, es también un asunto controvertido en torno al que conviven múltiples concepciones filosóficas encontradas. Pero se trata además de un asunto que desborda el ámbito puramente teórico o conceptual, para convertirse él mismo en un problema *práctico*.

*Texto de la intervención del autor en el Seminario Internacional "Ética, razonamiento jurídico y función jurisdiccional", celebrado el 3 de julio de 2019 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con ocasión de la reunión en Lima del Comité Ejecutivo de la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (i-Latina).

Pues esas diversas concepciones, además de ser rivales y antitéticas entre sí, presentan la peculiaridad de que pretenden incidir, y de hecho inciden, en los estilos de ejercer la jurisdicción, en el propio desempeño efectivo de la práctica de juzgar. En la medida en que, en su mutua competencia, puedan llegar a generalizarse y alcanzar suficiente difusión e influencia dentro de la cultura jurídica, se convierten en concepciones que potencialmente nos afectan, pues, a todos nosotros en cuanto ciudadanos. Lo que está en juego no es sólo su eventual adecuación o inadecuación teórica, su verdad o falsedad, sino si son promotoras de una "buena práctica" o una "mala práctica" judicial, de si patrocinan "buenos" o "malos" jueces (o, si se quiere, los mejores jueces posibles o los menos malos posibles).

Me referiré aquí a cuatro concepciones de la práctica de juzgar. Como dispongo de un tiempo limitado, voy a ser sumamente esquemático en la descripción de cada una de ellas. Aunque la exposición no es neutral —no puede serlo— sino que está hecha desde una de esas cuatro concepciones, trataré de evitar cualquier tentación de caricaturización, para atenerme con fidelidad a los rasgos nucleares de sus respectivas visiones sobre la naturaleza de la labor judicial. A fin de procurar la mayor objetividad posible, no voy a mencionarlas por sus rótulos académicos convencionales, aunque todo el mundo podrá reconocerlos enseguida. La razón es que estos rótulos inducen inevitablemente un "anclaje" cuyos sesgos o falsas inducciones apriorísticas precisamente pretendo eludir. Pues se trata de *idola theatri* que arrastran no pocas deformaciones y sectarismos filosóficos. Como se verá, forma parte del argumento que aquí quiero desarrollar que no todos los rasgos que identifican a las concepciones que vamos a reconstruir a continuación se superponen de manera exacta con las consabidas clasificaciones "de escuela" que habitualmente manejamos. Y la conclusión de ese argumento desearía ser una incitación a apartarse de dichas etiquetas escolares tópicas, como en buena medida ya arcaicas, dejando que, clarificadas sus tesis principales, quien decida mantenerlas —en vez de ponerlas en suspenso o, tal vez, desecharlas definitivamente— sepa lo que cada una de ellas comporta.

1.

La primera concepción entiende la práctica de juzgar como una práctica de naturaleza esencialmente *moral*.

La misión primordial del juez es realizar, mediante sus decisiones como tal juez, ciertos valores e ideales de carácter universal e invariable. Estos valores poseen una validez intrínseca que los coloca por encima de las normas contingentes de cualquier Derecho, ya que responden a los bienes o aspiraciones más fundamentales del ser humano en cuanto individuo y en cuanto miembro del grupo social. Bienes y aspiraciones tales como la vida, la libertad individual, la igualdad, la seguridad, la propiedad, la familia, la paz, el orden de la comunidad política, la felicidad personal, el bienestar colectivo, etc. Todos ellos constituyen exigencias de carácter último que se justifican por sí solas: son principios autoevidentes de la razón moral o "razón práctica" misma. El Derecho no es más que un aparato artificial diseñado para satisfacer esos principios morales universales. Un ordenamiento jurídico trata de particularizarlos en el contexto de cada concreta sociedad mediante un conjunto de leyes que se deducen de ellos o los especifican. Ello sucede porque son principios abstractos e indeterminados que no contienen en sí respuesta para todos los conflictos que pueden emerger en la vida social. Encontramos moralmente indudable que matar es un daño grave que merece castigo, pero la modalidad y cuantía de la pena concreta que deba imponerse al homicida o las condiciones de su régimen penitenciario son ya cuestiones inciertas, abiertas a múltiples decisiones posibles igualmente justificadas *a priori*. Además, dichos principios morales deben imponerse, como una especie de mal necesario o mal menor, mediante la coacción institucionalizada, pues la naturaleza humana es *non sancta,* lo que hace necesaria la existencia de la autoridad. Tal necesidad se impondría no ya para "un pueblo de demonios", con sólo que fueran racionales, sino hasta para una "comunidad de ángeles". En el caso de los hombres, el mal como hecho notorio del mundo y la organización de la convivencia con arreglo a estándares mínimos de corrección comunes para todos hacen moralmente necesario al Derecho. El Derecho es, pues, una "rama de la moralidad", una regulación concreta e histórica que representa un

"punto de vista sobre la justicia", una determinación o particularización en cada comunidad de los principios morales universales, y, al mismo tiempo una particularización en sí misma necesariamente falible. Los valores morales constituyen criterios ideales de orientación racional para el Derecho, que tratan de ser plasmados aun imperfectamente en sus leyes por las autoridades en vista de la coordinación social y el bien común, pero estas leyes son normas mudables y contingentes, que dependen del juicio contextual de la autoridad y de la oportunidad política y que, en todo caso, pueden fracasar en su aprehensión o concreción de aquellos valores morales. Las leyes se desarrollan a su vez mediante otras muchas normas de rango inferior, gran parte de las cuales llegan a tener un carácter meramente técnico o convencional, incluso moralmente indiferente (obligando muchas veces no en "conciencia" sino por mera evitación de la pena). Y aunque desde luego pretenden formar un sistema ordenado y coherente, capaz de dar solución a todos los problemas relevantes, las leyes inevitablemente adolecen de imprevisiones, ambigüedades, inconsistencias, etc. Ninguna proposición general decide por sí misma ningún caso particular. De todo ello nace precisamente la razón de ser de la jurisdicción.

El juez es, de largo, el operador jurídico más importante. En él recae la función de hacer justicia en los casos concretos aplicando las leyes y remediando todas esas insuficiencias e imperfecciones que presentan. "Decir el Derecho" no es meramente "aplicar las leyes". Más bien el deber de aplicarlas es manifestación de un deber moral más alto: el de hacer justicia. Un deber de lealtad que (como sucede con el juramento hipocrático de los médicos) compromete al juez con aquellos valores superiores que justifican al Derecho en su conjunto, con aquellos contenidos morales mínimos o absolutos que representan lo universal y necesario en el Derecho y al margen de los cuales éste quedaría reducido a la condición de un sistema de dominación puramente depredatorio o semisalvaje, una norma desviada o degenerada, así como el Estado se volvería indistinguible de una gran banda de ladrones. Puesto que la práctica del juez es la correa de transmisión entre la ley y las prácticas sociales, su función es transportar y materializar en ella los valores

morales. De ahí que la práctica de juzgar sea necesariamente creadora y constructiva cuando interpreta las leyes. El juez *hace* justicia en el sentido más estricto. Y sin el juez no podría hablarse de "justicia" en absoluto, incluso si se dispusiera de las mejores leyes posibles. Decir el Derecho es determinar lo justo en el caso. Consiste por ello en una deliberación "virtuosa", "prudencial" (y por eso es "jurisprudencia", o sea, un "arte de lo bueno y de lo equitativo"). Se trata de una concretización material de los valores de justicia concernientes al caso, tomando a la ley como criterio o indicio para llegar a ellos, y valorando las circunstancias concretas que conforman ese caso. La tarea es comparable a la de construir una casa partiendo de los planos previamente diseñados por el arquitecto: es una actividad que requiere múltiples decisiones a cargo del juez, ya que un mismo conjunto de disposiciones normativas —de materiales jurídicos— puede auspiciar muy distintas maneras igualmente razonables de decidir, de ejecutar el diseño preestablecido. Y si el plano está mal diseñado o resulta defectuoso desde el punto de vista de su practicabilidad, el juez debe suplirlo o rehacerlo. Para lo cual debe ejercer su propio juicio moral, tal y como célebremente consagró el art. 1º del CC suizo de 1907: "Si ni la ley ni la costumbre suministran precepto alguno, el juez debe decidir según la regla que él mismo establecería como legislador" (recuérdese que el inspirador del Código, Eugen Huber, pretendía dar expresión con este artículo al imperativo categórico kantiano). De manera que la justicia de la equidad, la ejercitada por el juez, es naturalmente superior a la justicia legal, la ejercitada por el legislador. Las adaptaciones y correcciones que por vía interpretativa el juez pueda imponer sobre la ley constituyen adaptaciones y correcciones cuya necesidad el propio legislador reconocería si hubiera tenido conocimiento de los casos en cuestión. De ahí que hasta el Derecho más legalista deba autorizar como criterios de interpretación de las leyes no sólo el "literal", sino también otros (teleológico, sistemático, histórico...) conducentes a hacer lecturas correctoras del primero. Por supuesto, si nos situamos en el marco contemporáneo del Derecho del Estado constitucional, que es aquel que ha incorporado los valores y principios morales en forma de cartas de "derechos fundamentales", y ha venido a erigirlos consiguientemente en parámetros últimos de validez del bloque de la legalidad, de todo el conjunto de normas y decisiones del

ordenamiento, resulta mucho más visible la centralidad de la práctica judicial. Pues los jueces son precisamente los guardianes de esos derechos. No sólo eso: son incluso los verdaderos "activistas de los derechos", en la medida en que del papel creativo y constructivo de la jurisprudencia depende estrictamente, no ya la "irradiación" vertical y horizontal de los derechos fundamentales (a través del control de constitucionalidad, la interpretación conforme, etc.), sino el desarrollo y multiplicación indefinida de esos mismos derechos más allá del texto constitucional (a través de la ponderación de conflictos entre ellos, la determinación de nuevos principios y derechos "implícitos", etc.). Los jueces son, en suma, los genuinos "señores del Derecho".

2.

La segunda concepción entiende la práctica de juzgar como una práctica de naturaleza esencialmente *técnica*.

El Derecho es una especie de "tecnología", sólo que no de tipo naturalista (como las tecnologías científicas: la biomedicina, la arquitectura, la navegación aérea o marítima, etc.) sino de tipo sociocultural: una "ingeniería social". Es de hecho la técnica de control social más importante, aquella que tiene por objeto el ajuste de las relaciones y comportamientos colectivos dentro de las sociedades políticamente organizadas. El enfoque aquí apropiado es, por tanto, básicamente instrumentalista: esta técnica, como toda otra técnica, consiste en un medio para conseguir fines. Pero estos fines son de naturaleza social: los fines empíricos particulares y contingentes que cada concreta comunidad política instaura en cada concreto momento histórico como relevantes, fines inmanentes y variables, y no valores trascendentes supuestamente universales y eternos. Los ideales que el Derecho consagra como fines no tienen más valor que el que les otorga el hecho de ser instituidos y perseguidos como tales fines por una cierta sociedad, la cual en otro momento puede muy bien decidir sustituirlos y hasta contradecirlos (baste pensar en la historia de la esclavitud, de la discriminación femenina o de los derechos sociales). No existe "la" justicia más allá de tal dinámica pragmática de conquista instrumental y eficiente de

fines sociales. ¿Y cuáles son los "instrumentos" en cuestión? La respuesta es simple: las normas jurídicas mismas (es decir, las reglas y otras cláusulas normativas, como los principios, las presunciones, los estándares, etc.), así como los procedimientos, las doctrinas jurídicas, los conceptos, etc. Todos estos dispositivos deben verse como la "caja de herramientas" del jurista, como una "maquinaria" cuya producción y manejo —exactamente igual que sucede en cualquier otra técnica— está integrada en un proceso en marcha: pues el Derecho es una actividad, algo que se hace (no un "objeto" acabado y estático), un movimiento o flujo continuo y esencialmente mudable. Y esto se percibe con toda claridad cuando miramos precisamente a los jueces.

La posición que ocupa la práctica de los jueces dentro de este proceso en marcha es, en efecto, determinante. Pues sus decisiones, al poseer un carácter no sólo protagonista sino en gran medida resolutivo o final en relación con la aplicación de esos instrumentos del cambio social que son las normas jurídicas, resultan ser *definitorias* del Derecho mismo en cuanto actividad o práctica. El Derecho se identifica con lo que *realmente* hacen los jueces cuando resuelven las controversias sociales. Si es una técnica social, entonces ha de consistir fundamentalmente en decisiones y no en normas: o sea, no tanto en sus instrumentos cuanto en la puesta en aplicación real y efectiva, *in fieri*, de los mismos. Tampoco la medicina puede hacerse consistir en los libros de medicina que se estudian en la facultad, sino en la práctica de curar enfermos. Como reza el dicho: "Los enfermos se curan en los libros de medicina y se mueren en los hospitales". Lo que busca una técnica es resolver problemas y si el problema del médico es curar efectivamente a cada enfermo, a *este* enfermo, el problema del juez es resolver *cada* conflicto, *este* caso. De modo que la práctica de juzgar es coextensiva con el Derecho mismo como Derecho socialmente eficaz, y no sólo un conjunto de reglas y procedimientos "sobre el papel". No se trata de lo que las reglas dicen que los jueces deben hacer, ni siquiera de lo que ellos mismos dicen en sus sentencias que hacen, sino de lo que efectivamente hacen con ellas. Cada vez que un juez decide un caso está, por lo tanto, "creando" Derecho (expresión que en rigor sólo tiene sentido desde una visión formalista del Derecho

como "teoría" o Derecho "en los libros"). Esta "creación" es en realidad el proceso ininterrumpido de producción de todas y cada una de las decisiones judiciales, las cuales simplemente no están "dadas" antes de esa producción, como no lo está tampoco la casa en el plano del arquitecto. La producción del Derecho es un proceso esencialmente *abierto*, indeterminado, cambiante, nunca idéntico a sí mismo. Algo así como el río de Heráclito en el cual nadie puede sumergirse dos veces porque el río ya no es el mismo ni uno tampoco es el mismo. Todo lo que puede decirse de la práctica judicial es que sus decisiones representan una cadena de operaciones que inciden en dirección descendente sobre las prácticas sociales y se traducen en consecuencias materiales cuya manifestación más ostensible (no la única) es la "coacción" o "fuerza pública" del Estado. Pero resulta muy problemático encontrar certeza o certidumbre en esa corriente de operaciones y determinar por anticipado qué contenidos concretos van a revestir las decisiones que la componen. Tal es, por descontado, el interés principal de los ciudadanos, y también la tarea profesional de abogados y litigantes: tratar de predecir y calcular los cursos de acción que seguirán los jueces en sus decisiones futuras. Sin embargo, el juez no es un prudente o virtuoso que esté moralmente comprometido con las reglas, sino un estratega. Como buen técnico, lo que busca es resolver de un modo u otro los problemas que le son planteados. Lo suyo es un "saber hacer", un dominio o destreza en el manejo de los instrumentos de su técnica —básicamente las reglas— enderezado a salvar airosamente de un modo u otro cada uno de esos problemas. Y este empeño puede llevarle en muchos casos a manipular estratégicamente las reglas o a hacer suyos fines distintos de los expresamente contemplados en ellas. Y desde luego conlleva también tomar distancia frente a la "cobertura moral" con que las propias reglas tienden a recubrirse y autoadornarse. El juez sabe bien que no todo lo que las normas y las doctrinas jurídicas prometen debe tomarse en su valor facial. Como le pasa al médico, la práctica del oficio apremia al juez a someterlas a un conveniente lavado con "ácido cínico", a aplicarles importantes dosis de "anestesia moral". El Derecho en cuanto "teoría" o "doctrina" es cosa de profesores y hasta de filósofos: algo que puede estar bien para impresionar a los estudiantes en la facultad. Pero lo verdaderamente importante son sus consecuencias prácticas, su ejercicio: ahí se ve

lo que realmente es el Derecho. Y en efecto para el juez *primero* están las consecuencias y *después* vienen las justificaciones. Así es —"hacia atrás"— la manera en la que los jueces toman realmente sus decisiones al "aplicar el Derecho": llegan tentativamente a una conclusión o resolución del caso —del problema— y *a posteriori* la "justifican" buscando las premisas que mejor le cuadren como "razones" o motivaciones. Justificar es así en buena medida "racionalizar" decisiones que se obtienen no como consecuencia de un razonamiento silogístico o deductivo que parta de las normas jurídicas sino por otras vías. Vías que a su vez pueden ser de la más diversa y prosaica naturaleza: desde condicionantes puramente psicológicos y biográficos (la llamada *breakfast jurisprudence*, la intuición no racional o "pálpito" del juez, los prejuicios irracionales que obran en él...) hasta las inercias internas de la profesión (la carga de trabajo, las presiones burocráticas y políticas, los intereses acomodaticios del juez dentro del escalafón o carrera judicial...) pasando por sus propias posiciones ideológicas individuales o corporativas (políticas, morales, religiosas) sean éstas conscientes o inconscientes. Y esto para mencionar solamente variables "legales" (es decir, lo que podrían considerarse falsas justificaciones o justificaciones "hipócritas") sin entrar en las prácticas corruptas o prevaricadoras. La decisión judicial, aunque sea presentada como si se dedujera del Derecho, es en realidad el resultado de complejos procesos en los que tanto la premisa mayor como la menor van siendo conjeturadas y reajustadas retrospectivamente de mil maneras imposibles de pronosticar excepto por vía de nueva conjetura. Se trata más bien de *explicarlas* desde el punto de vista de un observador él mismo estratégico, un "hombre malo". La enorme variedad de recursos que ofrecen las técnicas de interpretación de las reglas jurídicas —con un amplísimo repertorio de esquemas argumentativos disponibles para apuntalar una u otra lectura, a favor o en contra de la solución propugnada— permiten al juez convertir los textos y disposiciones normativas en perfectamente "maleables" (y podemos dar un doble sentido a esta palabra), dirigiéndolos desde la conclusión "dominante", hasta casi transformarlas en significantes vacíos a los que se puede hacer decir prácticamente cualquier cosa en función del interés del momento. Un juez no sólo no necesita ser "buena persona", sino que incluso siendo "mala persona" podrá ser un buen juez y desplegar una

práctica judicial correcta: basta con que posea la competencia y la habilidad técnica apropiadas.

3.

La tercera concepción entiende la práctica de juzgar como una práctica de naturaleza esencialmente *lógico-doctrinal.*

Esto significa que la función judicial se concibe institucionalmente integrada dentro del "Derecho objetivo" entendido como un cuerpo cerrado de normas y doctrinas. El Derecho es ahora una *estructura*, un *producto* acabado (no una *energeia sino un ergon*). Con las leyes pasa como con las salchichas: lo mejor es no saber cómo se hacen y partir de ellas una vez fabricadas sin indagar mayor cosa sobre su proceso de fabricación. Vistas así, las leyes no son ya residuos del tráfago de la negociación política sino productos de la *autoridad*, ante todo de la autoridad política democrática que refleja la voluntad popular. Deben tomarse, pues, como el resultado de intenciones autoritativas, fijadas y estabilizadas, que se objetivan y toman cuerpo en textos canónicos centrales, públicamente promulgados en un "libro maestro" de normas dotadas de validez generalizada. Esos textos remiten, claro está, a finalidades y propósitos ulteriores de carácter colectivo que tienen que ver con la coordinación social y la resolución de los conflictos, finalidades que aparecen reflejadas de forma directa o indirecta en sus contenidos proposicionales. Pero la primera y primordial intención que anima la producción y fijación de esos textos es que sean aplicados continuadamente, que sean utilizados como criterios directivos o guías para la toma de decisiones: esta "intención aplicativa", en la que se cifra su misma "validez" normativa, es la que involucra especialmente a los jueces. La función judicial se define, así, en términos *normativos*: en términos del *deber* de aplicar la ley —de volver eficaz esa "validez" proyectada, de dar desarrollo y continuidad a esas intenciones investidas de pretensión de autoridad— y el deber de hacerlo motivadamente, esto es, convirtiendo a las normas legislativas en premisas explícitas (y únicas) de todas sus decisiones. De manera que la práctica de juzgar no es abierta sino cerrada, recluida en el recinto delimitado por el Derecho *establecido*: se hace

girar en torno a un *razonamiento* (de ahí que se trate de un "saber-poder", de un poder "reflexivo") que acontece *dentro* del Derecho y *según* el Derecho. Este "cierre" autoritativo (de intenciones) y normativo (de textos y proposiciones normativas) demarca el ámbito relevante de la racionalidad específica que rige la practica judicial, de lo que se suele llamar el "método jurídico", aquel conjunto de procedimientos racionales que conducen de las disposiciones y textos normativos —de los materiales legislativos— a las decisiones concretas mediante las cuales resultan aplicables en cada caso. Se trata de una racionalidad esencialmente lógica, sistemática o doctrinal.

Porque juzgar, efectivamente, no es en el fondo más que extraer las consecuencias lógicas de las proposiciones normativas mediante un "silogismo" (sea éste "simple" o complejo) consistente finalmente en una "subsunción" o *modus ponens*: en un razonamiento clasificatorio de los hechos del caso, en virtud del cual éstos quedan calificados bajo los tipos de acciones y circunstancias previstas en las proposiciones normativas legislativas —en sus "supuestos de hecho" o predicados fácticos antecedentes— a fin de anudarles las consecuencias o efectos jurídicos subsiguientes. Por eso las normas legisladas consisten en "reglas" (normas generales o *erga omnes* formuladas a base de clases de acciones y consecuencias claramente deslindadas). En la mayoría de los casos será posible identificar una regla jurídica que establezca una solución jurídica predeterminada. La práctica rutinaria del juez consiste en dirimir este tipo de casos: casos "fáciles", que lo son porque caen de un modo u otro dentro del "núcleo" de significado de las reglas jurídicas preestablecidas. No todo es indeterminación y penumbra, por lo tanto, ni todo resulta estratégicamente manipulable o maleable por el juez: hay franjas objetivas de claridad o determinación de las reglas. Si no fuera así, la propia empresa legislativa carecería de sentido. El escepticismo radical deviene autodestructivo, pues socava la posibilidad de aquellos consensos mínimos capaces de fundar la comunicación misma y la existencia de un "sentido literal", un significado "determinado", en el uso de cualesquiera reglas. Al margen de tal posibilidad ni siquiera tendrían sentido las "racionalizaciones", las "falsas justificaciones" o las "motivaciones hipócritas" (esta

es la "paradoja del escéptico"). Lo que no significa, obviamente, que todas las reglas tengan un significado claro en relación con todos los casos que los jueces deben resolver. Pero en los casos en los que ello sí sucede, que serían la gran mayor parte, la aplicación del Derecho por parte del juez no constituye sino un razonamiento de tipo lógico-deductivo: el deber de aplicar y el deber de motivar se reducen a una justificación puramente *interna*. El *juicio* resultante es una proposición particular o singular que identifica el caso y la consecuencia jurídica como instancias de la regla. Constituye un juicio *objetivo*, independiente *per se* de cualquier género de valoración por parte del juez, quien adopta una perspectiva de "tercera persona" o *neuter*. En eso se basa la *imparcialidad* de la función judicial (correlativa políticamente al sistema de legalidad o imperio de la ley, que presupone la división y separación de poderes). El juez no toma partido en primera persona, su posición es efectivamente *neutral*, quedando su propio punto de vista moral puesto entre paréntesis. Más aún: la metodología de la legalidad arranca de una sospecha de principio acerca de la "equidad" del juez, que no puede ser sino fuente de su "funesto arbitrio" —elitista, corporativo y no democrático—, cuando no una artimaña orientada a enmascarar la más cruda arbitrariedad. Las valoraciones judiciales deben restringirse y sujetarse en la máxima medida posible por las leyes, incluso disciplinariamente: sólo así puede evitarse la arbitrariedad. Esa es la razón última que justifica la vinculación formal al gobierno de las reglas (frente al decisionismo de los hombres). A lo sumo, los juicios de valor del juez deben limitarse a la apreciación de las circunstancias del caso individual, pero sin afectar nunca al contenido de las reglas jurídicas. De otro modo desaparecería la lealtad del juez al Derecho. Todo lo que este debe hacer mediante su práctica institucional como tal juez es dar curso a los valores categorizados y plasmados en las propias reglas (que él no establece), volviéndolos socialmente operativos mediante un razonamiento de carácter objetivo y formal —el esquema lógico-subsuntivo— que se limita a transferir los contenidos proposicionales de aquellas reglas a los casos y situaciones particulares. En este mecanismo se basa la prioridad metódica de la interpretación literal, núcleo de la racionalidad de las reglas. No es preciso ningún compromiso por parte de los jueces con esos valores subyacentes ni, por tanto, existe tampoco responsabilidad moral alguna a su cargo

con respecto a la corrección o incorrección de las reglas que están aplicando (ni en general, ni —en la mayoría de ocasiones— respecto del caso). Ambas cosas vienen imputadas al legislador: *dura lex sed lex*. Tanto si comparte y aprueba los valores encarnados en las normas jurídicas como si no, el juez debe limitarse a actuar dentro del Derecho establecido, del Derecho como es y no como, en su opinión, debería ser. El modelo óptimo es el juez deferente y "autocontenido". Desde esta perspectiva, el Derecho es en el fondo una cuestión de "hechos sociales", de convenciones estatuidas por autoridades *de facto*, que el juez no necesita reconocer como moralmente justificadas: basta con que las utilice de hecho como criterios uniformes de valoración de la conducta social. Su práctica no está animada por valores prácticos (como la justicia o corrección moral) sino por valores "teóricos": como la predecibilidad y seguridad jurídica, la igualdad formal, la eficiencia, la distribución de poder y deferencia entre autoridades, etc. Ideales de justicia sustantiva muy divergentes entre sí, e incluso incompatibles, pueden ser llevados a la práctica con arreglo a estos valores institucionales que caracterizan al diseño de la legalidad, lo que demuestra que el Derecho —en cuanto justicia formal, procedimental, "imperfecta"— está esencialmente separado o disociado de la moralidad, o sea, que su validez se rige por cánones diferentes y autónomos. Solamente en situaciones *excepcionales* (o bien cuando las propias reglas del Derecho establecido le atribuyan tal función) resultará necesario para el juez recurrir a valoraciones materiales. Ello se visibilizará, no en el grueso de su práctica, sino en casos marginales o "difíciles" en los que la aplicación de las reglas se torna problemática bien porque el caso no está claramente previsto por ninguna regla (es penumbroso o indeterminado) o porque hay varias reglas aplicables que arrojan soluciones contradictorias o extremadamente contraproducentes. En estos casos el juez tiene que realizar juicios de valor en primera persona, ejerciendo su propia discreción moral para construir interpretaciones "creadoras" que modifiquen el Derecho establecido (formulando nuevas reglas o excepciones). Pero incluso entonces se tratará de valoraciones "intersticiales" o "intercalares", ya que las nuevas premisas normativas recabadas por el juez siguen debiendo ser inmanentes al Derecho como "sistema". Es decir, premisas constructivamente obtenidas a partir del conjunto de reglas y materiales

jurídicos establecidos, internamente al "sistema maestro" completo y consistente que el Derecho es. Sólo se considerarán justificadas, por ello, si pueden presentarse como consecuencia lógica de la "base axiomática" del sistema de partida, es decir, a base de razonamientos que en última instancia han de contener una inferencia deductiva. No cualquier interpretación o modificación del sistema es, pues, jurídicamente válida: el Derecho impone "desde dentro", como sistema "cerrado", autorreferente y autofundamentado, sus propias convenciones interpretativas, que pueden ser identificadas y han de ser manejadas con plena autonomía respecto de la moralidad. Todo lo que vaya más allá de esta lógica de funcionamiento —incluso en los Derechos constitucionalizados que consagran ciertos criterios materiales de justicia como derechos fundamentales— no constituye más que una extralimitación (política) del poder de juzgar y, por tanto, una potencial amenaza o desviación del ideal del Estado de Derecho.

4.

Bien, había dicho al principio que iba a hablar de *cuatro concepciones*. Pero, llegados a este punto, y dado que ya he sobrepasado con creces el tiempo asignado, no me queda otro remedio que recurrir a una pequeña trampa retórica para concluir rápidamente mi intervención. La trampa consiste en una suerte de entimema, que como saben es aquella argumentación en la que se suprime alguna premisa o la conclusión. Lo que querría hacer es incumplir la promesa de presentar esa cuarta concepción —que es obviamente aquella desde cuyas coordenadas yo hablo— para dejar a cambio que ustedes mismos lo hagan, es decir, que pongan la conclusión. ¿Y cómo hacer tal cosa?

Estoy seguro de que a lo largo de mi exposición todos han llegado a reconocer en las tres concepciones anteriores ciertas ideas salientes con las que cada uno de ustedes simpatiza, e incluso se siente fuertemente identificado. Ideas que, sin embargo, y esto es lo relevante, no tienen por qué pertenecer en exclusiva a una sola de esas concepciones en particular, sino que las desbordan y son transversales a todas ellas. Creo más probable que se adhieran a una combinación de elementos o

notas de varias de esas concepciones —que no son, por lo tanto, notas excluyentes— a que se hayan sentido completamente reconocidos en una única concepción. Y tampoco tengo dudas de que hay otras tantas ideas salientes que han podido resultarles, con pareja intensidad, errores, exageraciones o distorsiones de lo que a su entender es o debería ser la práctica de juzgar o un modelo adecuado de juez.

Pues bien: creo no equivocarme demasiado al decir que si reuniéramos ambas cosas —los puntos de adhesión y los puntos de rechazo— tendríamos ya casi perfilados los rudimentos básicos de esa cuarta concepción no explicitada, que pretende ser, claro está, una alternativa a todas las anteriores por cuanto supone una crítica de sus respectivas unilateralidades —o sea, de aquellos errores o defectos que conducen a desfigurar la naturaleza de la práctica de juzgar— al tiempo que pretende también incorporar sus aciertos cuando iluminan aspectos indiscutiblemente esenciales de la misma.

Si hubiera que hacer explícitos algunos de esos rudimentos, cabría empezar enunciando ciertos lemas generales o premisas básicas, cuyo sentido específico cualquiera podrá desarrollar a partir de lo dicho hasta aquí. Serían, por ejemplo, los siguientes.

La práctica judicial (y su racionalidad) es:

i) valorativa, pero no moral;
ii) constructiva, pero no decisionista;
iii) sistemática, pero no cerrada;
iv) deferente, pero no formalista;
v) autoritativa, pero no burocrática;
vi) interpretativa, pero no escéptica;
vii) finalista, pero no estratégica;
viii) política, pero no ajena a la justicia;
ix) activa, pero no activista;

x) imparcial, pero no neutral;

xi) objetivista, pero no absolutista, y

xii) sujeta a criterios lógicos de corrección, pero no independiente de criterios de justificabilidad institucionales y sustantivos (es decir, a una argumentación material y pragmática).

i-Latina 1 (2019): 1-20
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.09

Democracia, desigualdades y justicia global*

RODOLFO VÁZQUEZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México
rvazquez@itam.mx

RESUMEN

Se presenta la relación entre democracia y derechos humanos, desde la postura de otros autores así como, la protección no sólo a nivel nacional, sino internacional de los derechos humanos. Se pone en debate si la universalización de los derechos humanos busca o logra obtener en verdad una justicia global, que permita cerrar una brecha de desigualdad, misma que produce privilegios para pocos e invisibilización para muchos.

PALABRAS CLAVE: Justicia global, derechos humanos, democracia, igualdad, Estado constitucional, Estado de derecho.

ABSTRACT

Relationship between democracy and human rights is presented from other authors view, as well as human rights protection not only from a national, but international level. It is proposed into debate if human rights universalization searches or truly achieves global justice, that allows to close a inequality gap, which produces privileges for a few and invisibility for many.

KEYWORDS: Global Justice, human rights, democracy, equality, Constitutional State, Rule of Law

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

A lo largo de la década de los noventa, en el marco de los Estados democráticos, asistimos con gran optimismo a una expansión robusta de los derechos a escala mundial. La protección judicial de los mismos se hizo manifiesta a través de Cortes o Tribunales especiales como, por ejemplo, en la creación de los Tribunales internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia, el caso Pinochet o la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional. Este ánimo, de alguna forma complaciente con las bondades de la democracia liberal, era compartido, y justificado, por ilustres filósofos, entre ellos, Norberto Bobbio, John Rawls y Jürgen Habermas. Al optimismo de los noventa siguió lo que he llamado la "desilusión cosmopolita" y el debate con los defensores del particularismo y del pluralismo global. A la luz de tal debate, y en el marco del problema de la "brecha de desigualdad" y sus propias patologías, creo que es posible defender aún una justicia global, o una "sociedad de iguales"[1], si aceptamos cuatro exigencias impostergables.

Los "felices noventa"

En su introducción al libro *El tercero ausente*, Bobbio sostiene enfáticamente que: "el porvenir de la paz se encuentra estrechamente vinculado al de la democracia" y ésta se fundamenta, entre otras condiciones, en el reconocimiento de algunas libertades cívicas y políticas "que impidan la instalación de un poder despótico"[2]. En este mismo libro, en el que se recogen textos como "Los derechos humanos y la paz" y "La era de los derechos", Bobbio amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos más allá de los derechos de primera generación, hasta incluir los derechos de segunda y tercera generación. Estos dos últimos entendidos como una prolongación natural de las exigencias de los individuos. De esta manera, no solamente debe reconocerse el derecho a la vida y a la libertad sino *el derecho a*

*Agradezco a Manuel Atienza sus comentarios críticos a una primera versión de este ensayo
[1] Véase Pierre Rosanvallon, *La société des égaux*, Éditions du Seuil, France, 2011.
[2] Norberto Bobbio, *El tercero ausente* (trad. Pepa Linares), Cátedra, Madrid, 1997, pp. 12ss. Primera edición en italiano, 1989.

tener el mínimo indispensable para vivir, es decir, el derecho a "no morir de hambre", así como el *derecho a un medio ambiente no degradado*. Para los primeros se requiere un deber negativo por parte del Estado; para los segundos, un deber positivo: una "política económica inspirada en principios de justicia distributiva"[3].
La cuestión social ya no la visualiza Bobbio como un problema hacia el interior de cada Estado, sino como una cuestión de "dimensiones planetarias", por lo tanto, un problema de justicia distributiva en un ámbito global. Todavía Bobbio da un paso más, en términos de una justicia diferenciada; vale decir, al proceso de positivización, generalización e internacionalización de los derechos humanos debe añadirse una nueva tendencia hacia la *especificación*: un reconocimiento, por ejemplo, de las diferencias concretas de la mujer respecto al hombre, de las distintas fases de la vida y de la situación especial de muchos seres humanos en razón de su enfermedad o incapacidad. A la luz de tal reconocimiento de los derechos humanos Bobbio no duda, con un talante genuinamente kantiano, en apostar por un progreso moral de la humanidad. Pese a las luces y a las sombras de ese progreso, hay en Bobbio una voluntad irrenunciablemente ilustrada que me parece clara en el pasaje que paso a citar:

> [...] desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual sobre los derechos humanos, cada vez más amplio y más intenso, tan amplio que ya abarca a todos los pueblos de la tierra, y tan intenso que se encuentra en el orden del día de las reuniones internacionales más autorizadas, puede interpretarse como un 'signo premonitorio' (*signum prognosticum*) del progreso moral de la humanidad.[4]

Y tal progreso alcanzará un punto culminante cuando se hayan creado los instrumentos adecuados para la protección internacional de los derechos humanos "no ya dentro del Estado, sino también contra el Estado al que pertenece el individuo"; en otros términos, "sólo cuando se reconozca a cada individuo el derecho a recurrir a instancias superiores a las del Estado, precisamente a organismos

[3] *Ibid*. p. 132.
[4] *Ibid*., p. 158

internacionales dotados del poder suficiente para hacer respetar sus decisiones".[5] No se trata sólo de una justicia internacional o intranacional, sino de lo que hoy día se ha denominado "justicia global" o "cosmopolita": una justicia centrada no sólo en las relaciones entre Estados sino *en* los individuos como objeto de protección internacional[6].

En un ensayo de 1993, "Democracia y sistema internacional" -texto que servirá de prólogo a la segunda edición de *El futuro de la democracia*- Bobbio responde a una pregunta crucial después de la caída del muro y de la descomposición de la Unión Soviética: ¿es posible ser democráticos en un universo que no lo es? Bobbio cierra su ensayo respondiendo kantianamente que la paz perpetua es posible sólo entre Estados que tengan la misma forma de gobierno, es decir, la forma republicana o democrática, en la que las decisiones colectivas le corresponden al pueblo. Y es precisamente en el ámbito de este tipo de Estados donde es factible que se institucionalicen los derechos humanos. La paz en los derechos, y la conciencia progresiva de los mismos en el horizonte de una justicia global o cosmopolita, sólo es posible en y entre los Estados democráticos. A fin de cuentas, es un hecho, piensa Bobbio, que "el número de Estados democráticos ha aumentado y ya se ha iniciado el proceso para la democratización de la sociedad internacional".[7]

También, a principios de los noventa, John Rawls publicaba *Liberalismo político* y Jürgen Habermas *Entre facticidad y validez*. Como sostiene Cristina Lafont: "Ambos autores articulaban interesantes soluciones al problema de cómo compatibilizar las demandas de justicia y el respeto al pluralismo en las sociedades democráticas modernas: la idea de un consenso por solapamiento, en el caso de Rawls y el ideal de una democracia deliberativa en el caso de Habermas".[8] En

[5] *Ibid*., p. 131
[6] Véase Thomas Pogge, "¿Qué es la justicia global?", en *Hacer justicia a la humanidad*, FCE, México, 2009, p. 51ss
[7] Norberto Bobbio, "Democracia y sistema internacional", en José Fernández Santillán (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE, 1996, p. 360.
[8] Cristina Lafont, "Justicia global en una sociedad pluralista", en *Isonomía*, No. 31, ITAM-Fontamara, México, octubre, 2009, p. 108

concreto, para Rawls, el consenso constitucional debe concebirse en un marco de mayor robustez con respecto a las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de los derechos de libertades:

> Debe haber, decía Rawls, una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de expresión del pensamiento en términos generales, y no sólo en cuanto al discurso político. También deben incluirse en la Constitución leyes que aseguren la libertad de asociación y la libertad de desplazamiento; además se necesitan medidas que aseguren la satisfacción de todas las necesidades básicas de los ciudadanos de manera que puedan participar en la vida política y social. [...] por debajo de cierto nivel de bienestar material y social, y de adiestramiento y educación, las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos en pie de igualdad.[9]

Otro tanto vale decir de Habermas. De la interpretación del principio de soberanía popular "conforme al que todo poder del Estado procede del pueblo", y en términos de una teoría del discurso, se siguen varios principios: una protección *comprehensiva* de los derechos individuales, que venga garantizada por una justicia independiente; los principios de legalidad y de control tanto judicial como parlamentario de la Administración; así como el principio de separación entre Estado y sociedad.[10] El imperio de la ley, para Habermas, está relacionado necesariamente con el diálogo deliberativo democrático y la justicia, que forma parte de las condiciones de validez de la democracia.

A fin de cuentas, la misma Carta de la Naciones Unidas ¿no era acaso un claro ejemplo de la factibilidad del consenso sobrepuesto rawlsiano a nivel internacional? Y, de igual manera, ¿qué podría impedir extender el deliberacionismo habermasiano a escala mundial y ofrecer justificaciones sólidas a la ya irreversible expansión democrática? Cierro este primer apartado con el testimonio optimista de uno de nuestros grandes poetas, Octavio Paz, tomado de una de sus obras tardías:

---

[9] John Rawls, *Liberalismo político* (trad. Sergio René Madero Báez), FCE, 2005, p. 165. Primera edición en inglés, 1993.
[10] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, p. 238. Primera edición en alemán, 1992.

> Aunque se asiste hoy [1993] en muchas partes a la resurrección de los particularismos nacionales y aun tribales, es claro que, por primera vez en la historia de nuestra especie, vivimos los comienzos de una sociedad mundial. La civilización de Occidente se ha extendido al planeta entero. En América arrasó a las culturas nativas, nosotros, los americanos, somos una dimensión excéntrica de Occidente. Somos su prolongación y su réplica. Lo mismo puede decirse de otros pueblos de Oceanía y África. Esto que digo no implica ignorancia o menosprecio de las sociedades nativas y sus creaciones; no enuncio un juicio de valor; doy constancia de un hecho histórico. Predicar la vuelta a las culturas africanas o el regreso a Tenochtitlán o al Inca es una aberración sentimental –respetable pero errónea- o un acto de cínica demagogia.[11]

La desilusión cosmopolita

El entusiasmo de los noventa no duró mucho. Desde fines de los noventa, el proceso de globalización comienza a presentar sus fisuras inherentes. Tuvimos que ser testigos del desplome de las torres gemelas en 2001 y del colapso del sistema financiero a partir de 2008 para caer en la cuenta de la crisis de un sistema global que pretendió erigirse sobre la unilateralidad de una potencia mundial hegemónica y de una democracia y un sistema de mercado sin límites, ni controles institucionales. Todo ello dio al traste con la tan anunciada justicia cosmopolita y la democracia a nivel planetario.

Después de 2001, y emblemáticamente con al Acta patriótica de Estados Unidos, asistimos a un reposicionamiento de actitudes y decisiones ultraconservadoras. Ronald Dworkin ha puesto en evidencia cómo el miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar "autoeliminarse"; es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas: "De esta manera, dice Dworkin, nuestro país, hoy día, encarcela a un amplio número de personas, secretamente, no por lo que han hecho, ni por una evidencia caso por caso que permita suponer que es peligroso dejarlos en

[11] Octavio Paz, *La llama doble. Amor y erotismo*, Seix Barral, 1993, p. 134.

libertad, sino porque caen en una vaga definición de clase...". El caso de los tribunales militares establecidos para procesar a los acusados de terrorismo es un claro ejemplo de abuso de poder. Los tribunales son secretos, se rigen por las reglas que establece el sectarismo de la Defensa y pueden condenar a la pena de muerte a un inculpado por simple mayoría de los jueces que lo procesan. Y con una amonestación genuina a sus conciudadanos, continúa Dworkin:

> Este es el tipo de proceso que asociamos con la ilegalidad de las dictaduras totalitarias. Si cualquier norteamericano fuera juzgado por un gobierno extranjero de esa manera, aun por una falta menor, no digamos un crimen capital, denunciaríamos a ese gobierno como un gobierno criminal[12].

Pienso que la crítica de Dworkin está más que justificada, pero lo cierto, como decía, es que a partir de 2001 asistimos a un paulatino reposicionamiento del particularismo a nivel global: el cosmopolitismo cede al pluralismo global. Ya desde los años ochenta autores como Michael Walzer habían argumentado en favor del estado-nación. Para Walzer no se debe olvidar que la comunidad global es ante todo:

> [...] una comunidad de naciones, no una comunidad de humanidad, y que los derechos que se reconocen en su seno han sido mínimos y fundamentalmente negativos, y diseñados para proteger la integridad de las naciones, así como para regular su comercio y transacciones militares[13].

La posición de Walzer resulta del todo coherente con su concepción particularista de la justicia, histórica y cultural, desarrollada en su *Las esferas de la justicia*: a bienes sociales distintos corresponden modos de distribución diferentes. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales.[14] El pluralismo adquiere carta de ciudadanía también en el entorno mundial, algo que por lo demás no resulta sorprendente. Pero

[12] Véase Ronald Dworkin, "The Threat to Patriotism", en *The New York Review of Books*, 16 de febrero de 2002.
[13] Michael Walzer, "'The Moral Standing of States", A Response to Four Critics", en Thomas Pogge y Keith Horton (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsabilities* Vol. II, Paragon House, St. Paul MN, 2008, p. 67.
[14] Véase Michael Walzer, *Las esferas de la justicia* (trad. Heriberto Rubio), FCE, México, 1993, Cap. I. Primera edición en inglés, 1983.

precisamente ahí donde hubiéramos esperado una respuesta positiva y fundamentada sobre la prioridad de la justicia sobre el pluralismo de las concepciones del bien en dos de sus defensores más destacados, la respuesta de Rawls en su *Derecho de gentes* y de Habermas en sucesivos ensayos, desde el seminal "La constitución posnacional y el futuro de la democracia" de 1998 han sido francamente decepcionantes.

La concepción de Rawls sobre el consenso sobrepuesto en el contexto internacional limita severamente las aspiraciones de justicia. Según Rawls, los derechos constitucionales de las democracias liberales expresan 'aspiraciones liberales' que, en cuanto tales, sería ilegítimo imponer en otras sociedades una vez reconocido el hecho del pluralismo global: los estándares de derechos humanos internacionales deben ser distintos y mucho menos exigentes que los estándares de derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos liberales. No se trata de defender ahora, solamente, un minimalismo de la justificación, lo que permitió, como dije, un consenso sobre los derechos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, sino también un minimalismo sustantivo, es decir, un adelgazamiento en los contenidos y en el alcance de los derechos reconocidos en la misma Carta. Rawls excluye por ejemplo, el derecho a la igualdad plena y a la no discriminación por razones de sexo, raza o religión (a. 1 y 2), pero también, y para colmo, rebaja la densidad sustantiva a derechos de primera generación: libertad de expresión y asociación (a. 19 y 20), así como derechos políticos de participación democrática (a.21). Todo ello con el propósito de hacer viable el diálogo entre las sociedades que él llama, *decentes liberales,* y las sociedades, *decentes jerarquizadas*[15]. La propuesta de Rawls, deflacionaria de los derechos humanos, se inscribe así en un contexto político, no en un contexto ideal o normativo. Esta conclusión rawlsiana es acompañada y justificada, desde cierto escepticismo hobbesiano a nivel mundial, por otro paladín del liberalismo, Thomas Nagel: "Si Hobbes tiene razón, el ideal de una

[15] Véase John Rawls, *El derecho de gentes* (trad. Hernando Valencia Villa), Paidós, Barcelona, 2001, segunda parte. Primera edición en inglés, 1999.

justicia global sin un gobierno mundial es una quimera. [...] el camino de la anarquía a la justicia debe pasar por la injusticia".[16]

Por lo que hace a Habermas, las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que, en cuanto tales, reflejan diferentes orientaciones valorativas y, por tanto, su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales[17]. De aquí su propuesta de un "sistema multinivel" con diferentes unidades políticas en el plano *supranacional, transnacional y nacional*.[18] Dado que las cuestiones de distribución equitativa no corresponden a la organización mundial en el nivel supranacional, sino transnacional, que suponen objetivos políticos relacionados con la economía y que son objeto de "compromisos negociados", entonces la función de protección de los derechos humanos a nivel supranacional debe limitarse al mínimo necesario; vale decir, única y exclusivamente al deber negativo de prevenir violaciones masivas de derechos humanos debidas a conflictos armados, tales como la limpieza étnica o el genocidio. En el nivel de la política interior global no hay estrictamente hablando obligaciones de justicia, sino "metas políticas a las que aspirar". Así, por ejemplo, la erradicación de la pobreza extrema podría ser una de esas metas, como podría no serlo.

Tanto en Rawls como en Habermas, sea por las condiciones que harían viable un diálogo intercultural, o bien, por la mayor eficacia de las decisiones redistributivas a partir de compromisos negociados, lo cierto es que son las razones políticas y no las morales, las que deben prevalecer en el discurso de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. En ambos también, no sólo se considera a los derechos sociales como metas políticas aspiracionales, imposibles de generar obligaciones

[16] Thomas Nagel, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs* 33, no. 2, Blackwell Publishing, 2005, pp. 115 y 147.
[17] Véase Cristina Lafont, *op. cit.,* p. 111.
[18] Véase Jürgen Habermas, "¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista?" (trad. Francisco Javier Gil Martín), en *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 325ss.

correlativas, sino que aún los mismos derechos civiles y políticos deben minimizarse sustantivamente al punto de dejar en una clara indefensión a individuos, y minorías, frente a la dominación de los grupos comunitarios poderosos o simplemente mayoritarios.

En esta misma dirección, la crítica a la universalidad de los derechos humanos y al cosmopolitismo en tanto justificación ideológica de la mundialización hegemónica del neoliberalismo ha sido, en buena medida, el *leit motiv* del pensamiento de Boaventura de Souza Santos[19]. Al cosmopolitismo neoliberal debe oponerse, de manera antagónica y en conflicto, otro tipo de "cosmopolitismo", ahora subordinado y contra-hegemónico. En este último, la voz de los excluidos, humillados, sufridos, débiles –el "otro" invisibilizado por el fascismo social neoliberal, e interpelante- hace su aparición histórica reinterpretando el derecho con un sentido emancipador. Las diversas formas de fascismo neoliberal –*apartheid* social, paraestatal, de inseguridad y financiero- son cuestionadas desde la articulación de un pluralismo que demanda una mirada crítica del derecho. En su momento, para Boaventura, la propuesta del movimiento zapatista en México en su lucha contra la exclusión social representó un "nuevo horizonte civilizador": su lucha es la de los excluidos no la de los explotados; sus reivindicaciones no son rupturistas o revolucionarias sino reformadoras; la violencia no es una alternativa y su propuesta democrática no es representativa sino participativa; los derechos humanos, finalmente, deben ser entendidos de forma integral y no por generaciones, y desde el horizonte de un "nuevo mundo". Sin duda, la propuesta crítica y emancipadora del derecho desde la mirada de los "excluidos" y desde los países que sufren rezagos injustificables en términos de pobreza y desigualdad ha estado relativamente ausente de los planteamientos liberales. Llamar la atención sobre esta omisión era y es un pendiente injustificable.

[19] Véase Boaventura de Souza Santos, "El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo", en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, IVR, Granada, España, 2005.

La brecha de desigualdad

Tal desencanto con respecto al cosmopolitismo, la justicia global y la transversalidad de los derechos humanos hace crisis cuando se toma conciencia, con datos duros, de la enorme brecha de desigualdad, especialmente en sociedades desarrolladas. No se trata únicamente del problema de la pobreza, sino del tema de la desigualdad con sus propias patologías.

Desde la posguerra hasta finales de los setenta, del siglo pasado, escribía el politólogo Ralf Dahrendorf en 1979, el consenso socialdemócrata significó: "el mayor progreso que la historia ha visto hasta el momento. Nunca habían tenido tantas personas tantas oportunidades vitales". No deja de ser significativo el título del ensayo del que se toma esta cita, "The End of the Social Democratic Consensus"[20]. En efecto, las tres décadas siguientes (1980-2010) han "arrojado por la borda", en los términos de Tony Judt los logros paulatinos de un siglo (1880-1980), que al menos para las sociedades avanzadas de Occidente, significaron una reducción significativa de la desigualdad: "Gracias a la tributación progresiva, los subsidios del gobierno para los necesitados, la provisión de servicios sociales y garantías contra las situaciones de crisis, las democracias modernas se estaban desprendiendo de sus extremos de riqueza y pobreza"[21]. Judt ilustra la humillante desigualdad de los últimos decenios con el siguiente "botón" de muestra:

> En 1968 el director ejecutivo de General Motors se llevaba a casa, en sueldo y beneficios, unas sesenta y seis veces más la cantidad pagada a un trabajador típico de GM. Hoy [2010], el director ejecutivo de Wal-Mart gana un sueldo novecientas veces superior al de su empleado medio. De hecho, ese año se calculó que la fortuna de la familia fundadora de Wal-Mart era aproximadamente la misma (90,000 millones de dólares) que la del 40 por ciento de la población estadounidense con menos ingresos: 120 millones de personas[22].

[20] Ralf Dahrendorf, "The End of the Social Democratic Consensus", en *Life Chances*, University of Chicago Press, Chicago, 1979, pp. 108-109.
[21] Tony Judt, *Algo va mal* (trad. Belén Urrutia), Taurus, Madrid, 2010, p. 26.
[22] Ibid. p. 27. *New York Times*, 14 de agosto de 2011.

De acuerdo con el último Reporte de Riqueza Global, que desde hace varios años viene elaborando el banco Crédito Suizo, el 10% de la población más rica del mundo posee el 87% de la riqueza global, mientras que el 50% de la población más pobre apenas alcanza el 1% de esa riqueza. Lo más dramático es que de ese 10% más rico, el "famoso" 1%, posee casi el 50% de la riqueza global y la brecha de la desigualdad en la riqueza y en el goce de los derechos va en aumento.

Si nos atenemos a las conclusiones de Piketty[23], esa acumulación y concentración en el 1%, está muy lejos de deberse al mérito, al riesgo o a la ambición de los individuos emprendedores. Se trata más bien de la expansión de un capitalismo patrimonialista que se está reproduciendo más aceleradamente que el crecimiento económico. Los puestos de mando de la economía no están bajo el control de individuos talentosos, sino de dinastías familiares, y los injustificados salarios y privilegios de ejecutivos y funcionarios públicos, en los tres órdenes de gobierno, no responden siquiera a estrictas leyes de mercado que garanticen la capacidad y eficiencia en el desempeño, sino a razones sociales y políticas.

La situación en Latinoamérica invita a un análisis atento y cuidadoso. De acuerdo con el coeficiente de Gini del ingreso de la región -el indicador más usado para medir la desigualdad- es un 65% más elevado que el de los países de ingreso alto, un 36% más alto que el de los países del este asiático y un 18% más alto que el promedio de África subsahariana. El recurso a la violencia institucional en muchos de nuestros países mantiene postrada a nuestras sociedades en una interminable y desesperante humillación que, lamentablemente, ha erosionado también los ámbitos de la intimidad y privacidad personal, familiar y comunitaria, y que hace dudar de las posibilidades de una convivencia civilizada.

Todo indica, como bien decía el juez argentino Eugenio Zaffaroni, que lejos de que los países latinoamericanos transiten de un Estado legal de derecho a uno

[23] Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2014.

constitucional, involucionamos, de nueva cuenta, hacia un Estado "decretal" de derecho.[24] Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad, en donde lo que priva es lo que Guillermo O'Donnell ha llamado, con mucha fortuna, una "ciudadanía de baja intensidad".[25]

El sociólogo chileno Jorge Larraín ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el "síndrome de desesperanza aprendida" [26]. No se trata sólo de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Todo ello abona en favor de una creciente desconfianza de la ciudadanía en las instituciones políticas y económicas, que merma la cohesión social y destruye los cimientos del llamado "capital social". Un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el jusfilósofo brasileño Oscar Vilhena ha caracterizado con los términos de "invisibilidad de los extremadamente pobres", "demonización de los que cuestionan el sistema" e "inmunidad de los privilegiados", o de los detentadores fácticos del poder.[27] Trilogía que se corresponde con otra, no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes.

La constatación del enorme desfase entre la letra de la ley y su aplicación a la realidad, especialmente en sociedades con enormes rezagos sociales y con una amplia brecha de desigualdad, da la razón a Ernesto Garzón Valdés cuando critica a un buen número de estudiosos latinoamericanos, por ejemplo, de vivir bajo la ilusión

[24] Eugenio Raúl Zaffaroni, "Dimensión política de un poder judicial democrático", en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 120.
[25] Guillermo O'Donnell, "Democracia, desarrollo humano y derechos humanos" en Guillermo O'Donnell, Osvaldo Iazzetta, Jorge Vargas Cullell (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Homo Sapiens, Rosario, 2003, p. 91.
[26] Jorge Larraín, *Identidad chilena*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2001, citado por Ernesto Garzón Valdés, "Las élites latinoamericanas", op. cit., p. 90.
[27] Véase Oscar Vilhena, "La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, Año 4, 2007, p. 29 ss.

de un "Estado de derecho" cuando existe una distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas[28].

La propia brecha de desigualdad, en sí misma, genera sus propias patologías. Señalo cuatro de ellas:

1. *Interrupción de la movilidad intergeneracional* con pocas expectativas de mejoramiento para los niños y jóvenes en condiciones de pobreza;

2. *Incremento de la desconfianza recíproca y la falta de cooperación*. La uniformidad social sustituye a la homogeneidad y favorece núcleos comunitarios endógenos, refractarios a la convivencia plural y proclive a la generación de sociedades excluyentes con poca o nula cohesión y solidaridad;

3. *Ruptura de las redes de seguridad con la consiguiente corrosividad social*. La provisión de servicios sociales construida a base de mucho esfuerzo colectivo ha sufrido rupturas dramáticas en los últimos decenios. En las democracias occidentales avanzadas la enorme crisis laboral se ha visto amortiguada, en buena medida, por subsidios al desempleo y atención pública sanitaria, pero los países carentes de esas redes, expuestos a un mercado salvaje, sin contenciones, han sucumbido a un deterioro social sin precedentes en donde el rencor y el resentimiento generan un entorno propicio para la violencia;

4. *Corrupción de los sentimientos en términos de una adulación acrítica y frívola de la riqueza*. Como afirma Tony Judt:

> Una cosa es convivir con la desigualdad y sus patologías; otra muy distinta es regodearse en ellas. [...] Para Smith la adulación acrítica de la riqueza por sí misma no sólo era desagradable. También era un rasgo potencialmente destructivo de una economía comercial moderna, que con el tiempo podría debilitar las mismas cualidades

[28] Ernesto Garzón Valdés, "Las élites latinoamericanas", en Ernesto Garzón Valdés, Javier Muguerza y Tony R. Murphy (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria: Fundación Mapfre Guarteme, 2009, pp. 205-243.

que el capitalismo, en su opinión, necesitaba alimentar y fomentar: 'Esta disposición a admirar, y casi a idolatrar, a los ricos y poderosos, y a despreciar o, como mínimo, ignorar a las personas pobres y de condición humilde [...] [es] la principal y más extendida causa de corrupción de nuestros sentimientos morales'[29].

Ante estas patologías, no es suficiente apelar a la justicia solo en términos de igualdad de oportunidades con la mirada puesta en los menos aventajados, digamos, bajo el "principio de diferencia" de Rawls. Esto ha llevado a replantear la idea de igualdad dentro de las propias filas de los liberales igualitarios. Es verdad que igualitaristas como Dworkin, Sen, Cohen y Gargarella, por ejemplo, han puesto en evidencia las limitaciones de la teoría de Rawls desde el punto de vista de la justicia distributiva; y es verdad, también, que los críticos de la "brecha de desigualdad", Krugman, Stiglitz, Deaton y Piketty, han abonado en la misma dirección desde un estricto y riguroso análisis económico, pero lo cierto es que poco se ha dicho sobre los efectos de la "brecha" en la constitución de una sociedad democrática. Intuimos que desigualdad y democracia son irreconciliables, y la evidencia empírica muestra que no basta apelar a la justicia distributiva para cerrar la brecha. Más bien, la justicia distributiva, en línea con propuestas como las de Rosanvallon, Cheresky[30] e Innerarity[31] o debe acompañarse de una justicia relacional: una igualdad política para hacer viable una justicia social.

Cuatro exigencias impostergables

Dicho lo anterior, pienso que un enfoque integral que permita dar cuenta de la necesidad de una justicia global o cosmopolita, debe justificarse a partir de las siguientes cuatro exigencias:

1. No puede claudicarse de la idea de un constitucionalismo democrático y social como forma de organización estatal, a buena hora reforzado con la

[29] Tony Judt, *op. cit.*, pp. 35-36
[30] Isidoro Cheresky, *El nuevo rostro de la democracia,* Fondo de Cultura Económica, México, 2015
[31] Daniel Innerarity, *Política para perplejos,* Galaxia Gutenberg, Madrid. 2018

incorporación de la normatividad internacional sobre los derechos humanos en pie de igualdad con las constituciones estatales.

Para quienes aceptan esta premisa, y tal es el caso de México con la reforma constitucional de junio de 2011, y su reinterpretación de la "regla de reconocimiento" en términos de jerarquía de fuentes, la concepción de justicia que subyace a la misma es la de una justicia global a partir de una concepción robusta de los derechos humanos. Reformas como las implementadas en México y que vienen operándose en América latina desde fines de los ochenta, se alejan de la concepción particularista e instrumental de los derechos humanos enmarcada en una visión hermética de la soberanía nacional. Una vez más, en el art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, se establece el llamado *bloque de constitucionalidad* y se hacen explícitos los principios de *interpretación conforme* y *pro persona*. Asimismo, todas las autoridades deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad. Con todo, la defensa de un Estado constitucional de derecho, como bien lo han expresado Elías Díaz y Francisco Laporta, no debe restarle densidad a la participación estatal y a las leyes secundarias bajo el principio de legalidad e imperatividad del derecho. Finalmente: "son las reglas y su vigencia en la sociedad las que logran establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible".[32]

Lo que resulta necesario y urgente es repensar el Estado en un entorno global y no voltear la mirada con cierta nostalgia a los "gloriosos treinta" de la postguerra, cuando a todas luces hace tiempo que el Estado bienestarista ha sido rebasado por las demandas sociales internas, y por fenómenos mundiales como los movimientos migratorios y la crisis ambiental. La pregunta es cómo preservar las grandes conquistas del Estado de bienestar en términos de salud, educación, espacio público, seguridad social, etc. y, al mismo tiempo, no claudicar ante las exigencias de políticas

[32] Francisco Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84

neoliberales, o bien, ante la ilusión populista, maniquea y xenofóbica. Creo que éstos son los dos frentes que se le abren a un liberal igualitario o a un socialdemócrata, conscientes de que ha sido la hegemonía neoliberal la que ha permeado desde mediados de los setenta y que se ha fortalecido con la debacle del socialismo real, con el incremento del terrorismo y, paradójicamente, con la crisis financiera de 2008. La idea, entonces, no es perpetuar una tecnocracia liberal ni construir una suerte de contra liberalismo populista sino subirse al tren de la dinámica propia del mercado y aprovechar el empujón del crecimiento para reorientarlo con criterios redistributivos robustos y políticas incluyentes.

2. La justicia distributiva debe presuponer una justicia relacional para hacer viable una sociedad de iguales

Así por ejemplo, inspirado en el asociacionismo de Tocqueville (entre otros clásicos), y después de señalar los límites de la justicia distributiva en términos de igualdad de oportunidades –desestimar la justicia redistributiva, convalidar una sociedad meritocrática, y no plantear la necesidad de "mínimos" de recursos en términos de derechos sociales- Rosavallon justifica la construcción de una sociedad democrática con base en las categorías de *singularidad* (no individualidad), *reciprocidad* (cooperación contra la teoría dela elección racional) y *comunalidad,* es decir, compromiso solidario para la construcción de una sociedad de iguales. La justicia relacional no debe concebirse como un residuo de la justicia distributiva, sino que la primera debe tener precedencia lexicográfica sobre la segunda.[33] Por ello, desde la misma voluntad popular, o mejor, desde las sacudidas que se expresan a través de la voluntad popular, en términos de indignación y hartazgo, de acuerdo con Daniel Innerarity:

> [...] no debería hacernos olvidar que sin el segundo momento –el de la representación o de la mediación- no habría avances significativos y todo quedaría en la cólera improductiva del soberano negativo. De entre las diversas razones que justifica este segundo momento la más importante es garantizar la igualdad política [...] son

[33] Pierre Rosanvallon, *op. cit*., V, p. 351ss.

> necesarios procedimientos, acuerdos, transacciones y compromisos [que permitan] incluir toda la pluralidad de las perspectivas sociales en los procesos políticos de decisión, corregir la mera igualdad formal de los individuos y trascender la inmediatez de sus intereses de modo que los procesos políticos de representación y decisión , lejos de enmascarar una supuesta voluntad popular original pura, configuren una voluntad popular más reflexiva e incluyente.[34]

Si entiendo bien, por ejemplo, no se trata de sustituir la democracia representativa por una democracia participativa directa, sino al contrario fortalecer la primera para que sea más factible introducir las demandas de la segunda: consulta popular, *referéndum* o revocación de mandato.

3. La defensa no sólo de una justicia internacional, sino global, sólo es posible si se entiende que las culturas importan y valen si les importan y son valiosas para los individuos que forman parte de las mismas.

Más aún, la mejor defensa de la diversidad cultural en un entorno mundial, no es la defensa normativa del multiculturalismo sino la superación del relativismo cultural en el reconocimiento de las diferencias en el marco de un universalismo de los derechos fundamentales, y la afirmación del individuo en tanto agente moral y racional:

> La igualdad [...], afirma Ferrajoli, consiste en el igual derecho a las propias diferencias –religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y, por tanto, culturales- que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como los demás. Se entiende, de este modo, de qué manera el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de la libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturales[35].

No se trata de negar la igualdad, sino reconocer que el trato igual de cada uno de los miembros de la comunidad en el reconocimiento de su autonomía personal

[34] Daniel Innerarity, "Voluntad y representación", *El País*, 19 de junio de 2018.
[35] Luigi Ferrajoli, *Fundamento de los derechos fundamentales* (edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001, p. 370

precede al trato igual de la pluralidad de culturas en la unidad: los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Más aún, los grupos valen sólo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas o las naciones: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas. Como dijera Jonathan Glover: "Siempre debe tratarse a las naciones como medios, y nunca como fines en sí mismas"[36].

Los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías "como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco", sino que si entran en contradicción con los derechos liberales, individuales y sociales, deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible. Por ello coincido con el antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que: "...los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros"[37].

4. Finalmente, *resulta insuficiente, y hasta perversa, una justificación minimalista de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. Lo que se requiere, más bien, es una justificación maximalista, para todos y cada uno de los derechos civiles, políticos y sociales,*

Para que esto sea posible se requiere de una comprensión estructural de los derechos humanos. Los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. En otros términos, no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un

[36] Jonathan Glover, "Nations, Identity and Conflict", citado por Will Kymlicka, en *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 56
[37] Rodolfo Stavenhagen, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Isonomía*, No. 3, octubre de 1995, p. 120

valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor relacional que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa: la satisfacción de necesidades básicas en términos de un acceso igual a los recursos y el cumplimiento de los mínimos urgentes, impostergables en su cumplimiento, deben entenderse como condiciones necesarias para la realización de la autonomía y dignidad de las personas.

Es por ello que resulta cuestionable la pretensión de una defensa de los derechos humanos con un enfoque integral y como presupuesto de cualquier acción emancipadora y, al mismo tiempo, sostener la lucha antagónica entre dos cosmopolitismos en la cual difícilmente los derechos humanos se mantendrían con una pretensión de imparcialidad y universalidad. Los derechos terminarán siendo los de los unos frente a los de los "otros" en una inevitable dominación, bajo la perspectiva lejana y utópica de un "nuevo mundo".

Lo que debe comprenderse es que con respecto a esos mínimos vitales opera una consideración de necesidad y urgencia, que justifica que los jueces, con una adecuada deferencia hacia el poder legislativo, intervengan prohibiendo que se viole, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción, y así evitar un daño grave a la persona. Y por supuesto, esos mínimos, en términos de necesidades básicas o bienes primarios, son tan urgentes como la salvaguarda de cualquier derecho personalísimo, y exigibles, no sólo en un espacio cultural determinado, sino universalmente, globalmente. Tan "universal o global" como lo demanda la propia satisfacción de las necesidades básicas de cualquier ser humano.

i-Latina 1 (2019): 1-45
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.10

Lógica VIVA (Vaz Ferreira) como base de pensamiento para contraponer a la hegemonía del «geometrismo» en la actual Teoría del Derecho*

ENRIQUE P. HABA
Universidad de Costa Rica
enrique.haba@ucr.ac.cr

RESUMEN

Unas pautas metodológicas fundamentales para encaminar realísticamente la Razón práctica, destacadas en la clásica «Lógica viva» de Carlos Vaz Ferreira, se recogen aquí con el propósito de contraponerlas a la orientación general variedad de idealismos semántico-doctrinarios: fórmulas de derecho ideal, para juristas ideales que es compartida básicamente por las aproximaciones hegemónicas en la actual Teoría del Derecho.

PALABRAS CLAVE: «Celadas» discursivas, falsa precisión, geometrismo, lógica «viva», normativismo jurídico, sistemas.

ABSTRACT

Some fundamental methodological patterns to guide in a realistic way the Practical reason, that are distinguished in the classic «Live logic» of Carlos Vaz Ferreira, are gathered here with the propose of opposing them to the general orientation variety of semantic-doctrinaire idealisms: ideal law formulas, for ideal jurists that is shared basically by the hegemonic approaches in the actual Law Theory.

KEYWORDS: Discursive «ambushes», fake precision, geometrism, «live» logic, legal normativity, systems.

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

SUMARIO

1. El programa de Vaz Ferreira.
2. Cuestiones de palabras, cuestiones de hecho.
3. Cuestiones explicativas, cuestiones normativas.
4. Falsa precisión.
5. Pensar por sistemas, pensar por ideas para tener en cuenta.
6. Geometrismo.
7. Valor y uso del razonamiento.

"—En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la tierra...
— ¡Déjame en paz con tu tierra!

Jhering

Tienden también los estudios jurídicos a hacer espíritus formalistas y a sacarlos de la realidad; a formar mentalidades acostumbradas a dar una importancia inmensa a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones, a las deducciones.
... dominaban en ella, ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas algo así como una especie de escolástica extravasada de siglo .
... sus resultados, perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con estos dos adjetivos: FALSEANTES e INHIBITORIOS.

Vaz Ferreira

Estoy convencido de que una lectura atenta del clásico de Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva* (1910)[1], sigue siendo de lo más iluminador; permite advertir errores claves de planteamientos transitados por doquier para las cuestiones de la llamada Razón

* El trabajo original fue presentado en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, Alicante, 26-28 de mayo de 2016. Aquí ofrezco una versión revisada de ese texto, la cual contiene leves modificaciones en la redacción y pequeños agregados.

[1] Vaz Ferreira, 1963b. Véase también Vaz Ferreira, 1963a: esp. (especialmente) «Moral de abogados» (p. 57 y ss.), «Teóricos y prácticos» (p. 155 y ss.), «Actitud hacia los sistemas y actitud moral en general» (p. 200 y ss.) — Las cuatro citas iniciales pertenecen respectivamente a: Jhering, 1974, Parte III («En el cielo de los conceptos jurídicos»), p. 323; Vaz Ferreira, 1963a, p. 69; Vaz Ferreira, ref. *infra*, nm. 42 y .35.

Práctica. Justamente es así por cuanto hace a la amplísima mayoría de los exámenes ubicables bajo el rubro de la contemporánea (meta)Teoría del Derecho[2], en las maneras como esas cuestiones las elucidan sus autores actuales renombrados y sus maravillados comentaristas de distintos países (es lo «correcto» profesoralmente[3] en la materia).

Si bien circulan todavía los *nombres* de algunos reconocidos autores de estudios donde los razonamientos jurídicos no se presentan en formas idealizadas (Jhering, Kantorowicz, Radbruch, Kelsen, Holmes, Llewelyn, Frank, Cardoso, Ross, Engisch, Viehweg, Hart, Esser, Tarello, Carrió, Marí, etc.[4]), sus observaciones básicas son simplemente desconocidas, o en todo caso calladas, por los exámenes que están hoy de moda para la materia. Asimismo quedan prudentemente marginados, ahí, fundamentales conocimientos concomitantes (Ogden-Richards, Stevenson, Wittgenstein (II)/Waismann, Thurman Arnold, Berger-Luckmann, Polanyi, Hans Albert, Bourdieu-Chamboredon-Passeron, Eco, etc.) acerca de las maneras cómo los discursos donde tal «Razón» es puesta en *práctica* funcionan normalmente. Unos y otros de esos exámenes debieran servir de antídoto, tanto más ahora, pero...

Varias observaciones claves de Vaz Ferreira permiten apercibirse, y hasta bastante fácilmente (si se tomaran en cuenta), de que las orientaciones encomiadas actualmente en esa Teoría conforman una nutrida «fábrica de sueños» (*storytelling*) iusprofesoral. Aquí retomaré las ideas centrales planteadas en unos capítulos de

[2] Usaré el nombre *Teoría del Derecho* para señalar sobre todo esta disciplina *específica*, esto es: no la doctrina jurídica profesional en general, sino aquellos meta-estudios al respecto (como esos que se publican en, p. ej., *Doxa* y *Rechtstheorie*.

[3] Cfr. Haba, 2019b y 2019c.

[4] Véase, por todos, el capital estudio de Llewellyn, 1930 Desde luego, bien merecerían especial consideración también autores todavía más olvidados: p. ej., entre los alemanes, señaladamente Ernst Fuchs y Wilhelm Scheuerle, o la singularísima investigación empírica de Lautmann (1972). [Menos desconocido, en el medio jurídico alemán, es tal vez Bernd. Rüthers; pero, desde luego, sus trabajos son no menos silenciados –*et pour cause!*– en la clásica *Methodenlehre* de Larenz que por parte de Alexy.]

dicha obra suya, para destacar cómo ellas, aunque ahí su autor no se refiere específicamente (salvo muy de paso) al derecho, llevan a advertir confusiones básicas sobre las cuales son «construidas» tales concepciones idealistas acerca del pensamiento jurídico.

[Tal vez hasta podría decirse que teorizaciones como esas hegemónicas actualmente en dicha Teoría resultan «inconmensurables» con puntualizaciones realistas como estas de Vaz Ferreira que voy a comentar aquí[5].]

1. El programa de Vaz Ferreira

«Sería un estudio de la manera como los hombres piensan, discuten, aciertan o se equivocan sobre todo, de las maneras como se EQUIVOCAN pero *de hecho*: un análisis de las confusiones más comunes, de los paralogismos más frecuentes en la práctica, tales como SON, no tales como serían si los procesos psicológicos fueran superponibles a sus esquemas VERBALES [en nuestro caso, a discursos de la dogmática jurídica profesional, y menos que menos a los de las (meta)teorizaciones idealistas sobre esa materia]. (...) Estudio de la lógica HABITUAL de ciertos profesionales (Diderot hablaba de "idiotismos morales", en los profesionales de las diversas artes; estos otros [así los del pensamiento jurídico] serían los *idiotismos lógicos*)» [en nuestro caso: los de la dogmática jurídica corriente, pero no menos ¡cuando no más! los muy *propios* en las aproximaciones dominantes para hacer Teoría del Derecho]. [L]os que conviene analizar, aun cuando no sean tal vez tan interesantes [para unas lógicas ilusionistas], son los sofismas REALES»[6].

Tal índole de estudios no puede menos que apuntar en dirección contraria frente a cualquier visión idealizada sobre sus objetos de investigación. Aquellos se ubican en las antípodas de las orientaciones ampliamente dominadoras en la actual

[5] Cfr. Haba, 2019a.

[6] Vaz Ferreira, 1963b, págs.: 15, 17, 132; curs.(ivas) del A., las vers.(alitas) me pertenecen (E.P.H.).

Teoría del Derecho (Rawls, Habermas, Dworkin/Alexy/Aarnio/Atienza, Alchourrón-Bulygin, Nino, Ferrajoli, Ost, etc., los esquematismos de lógica deóntica y «constructivismos» en general). Las advertencias de Vaz Ferreira que pasaré a señalar, ¡capitales!, son conducentes a propiciar que, si se toma conciencia de ellas, la mirada sea dirigida, en vez de ocuparse en elucidar cómo podrían (si acaso) discurrir unos razonadores jurídicos ideales, a des-velar cuestiones decisivas de los discursos del derecho *in vivo*.

2. Cuestiones de palabras, cuestiones de hecho[7]

«... los hombres tiene tendencia... a tomar las palabras por cuestiones de hecho total o parcialmente. (...) [D]ebemos hacer lo siguiente: preguntarnos *si los que discuten admiten o no los mismos hechos*. (...) [E]ste trabajo mental: cuando se discute una cuestión cualquiera, averiguar *si hay diferencia entre los hechos que se admiten*, sea en cuanto a la existencia de los hechos, sea en cuanto a la manera como ocurran. (...) Más difícil se hace todavía la determinación, si se tiene en cuenta que un mismo planteamiento, que una misma fórmula verbal, puede ser cuestión de palabras o de hechos, según cómo, en qué sentido y con qué intención se la discuta. (...) Los unos admiten tales hechos, los otros admiten tales hechos. Esos hechos ¿son los mismos, totalmente? Entonces no hay cuestión de hecho; queda, simplemente, una cuestión sobre el significado del término. ¿No son los mismos, total o parcialmente? Entonces hay cuestión de hechos; pero veamos todavía si además no hay alguna cuestión de palabras superpuesta o confundida: aún en este segundo caso, nuestro examen nos será muy útil para *separar* lo que sea de hecho y lo que sea de palabras»[8].

[«Podemos discutir "si Pedro es bueno", porque ignoramos lo que siente Pedro y lo que hace; podemos discutir "si Pedro es bueno", sabiendo cómo siente y cómo obra, Pedro, pero no sabiendo si esa clase de actos o de sentimientos deben o no

[7] Vaz Ferreira, 1963b, p. 74 y ss.
[8] Vaz Ferreira, 1963b, págs. 74, 75, 76, 82, 85.

calificarse de buenos. La formulación verbal es la misma; la naturaleza de la o las cuestiones discutidas, es, sin embargo, diferente. Podemos discutir sobre si tal cuerpo químico es o no un metal, por ignorar sus propiedades, estando de acuerdo sobre ellas, pero dudando sobre si conviene o no, dadas esas propiedades, llamarle metal. (Como sucedió, en cierta época, con el hidrógeno.)»[9].]

No distinguir entre cuestión de palabras y cuestión de hechos, al examinar discursos concernientes a prácticas de las relaciones humanas, promueve que sea pasada por alto la fundamental diferencia entre: **[a]** Detenerse a examinar solamente, o muy poco menos, qué DICEN (*i.e.*, ciertos significados adjudicados para) esos discursos; o sea, contentarse con prestar atención a aspectos de su letra u ofrecer ciertas paráfrasis de esta o presentar unas inferencias interpretativas. **[b]** Atender a qué PASA con esos contenidos de significación [a] en las *prácticas* sociales: cómo *actúan* sus locutores habituales y sus destinatarios reales, al ser invocadas tales formulaciones (palabras); o sea, fijarse también en ciertos *hechos* de los cuales dependen decisivamente las prácticas en cuestión.

Puesto en términos de dos conocidas categorías analíticas: una cosa es preguntar por cuestiones de la *semántica* (palabras) de tales o cuales discursos teoréticos de la Razón práctica, otra cosa es preguntar por cualesquiera *pragmáticas* lingüísticas (¡hechos!) correspondientes a esos discursos. Señalado con unos matices de atención adyacentes, es indagar por las relaciones entre determinados «juegos de *lenguaje*» y unas correspondientes «formas de *vida*» (Wittgenstein).

[No creo necesario aquí introducir precisiones sobre qué se entienda por «hechos», ni cómo diferenciarlos en general de las «palabras». Desde luego, hay casos en que la existencia de unos «hechos» se presenta como dudosa, es discutida. Para

[9] Vaz Ferreira, 1963b, p. 82.

cuanto concierne a las observaciones ofrecidas en el presente texto, puede dejarse de lado tales casos: entiendo referirme a *hechos* no puestos en duda[10].]

Claro que no es imposible, hasta puede ser habitual, que ciertos grupos de contenidos semánticos (así la enunciación de unas reglas de conducta u otras conceptuaciones al respecto) se correspondan con, o que inclusive induzcan a, la producción de hechos bastante similares a los descritos en esos contenidos. Es una posibilidad, sí, pero no cosa obvia. Que esto ocurra, en cuanto a tales o cuales contenidos discursivos, no es algo que pueda darse por descontado ante la circunstancia de existir esos discursos mismos: ello es cuestión de comprobaciones verificaciones, falsaciones *empíricas*, no basta con examinar *significados* de unos conjuntos de palabras.

Las elucidaciones habituales en estudios de Teoría del Derecho suelen confinarse a considerar aspectos que se presentan, o puedan llegar a presentarse o se recomienda presentar, en ciertos sectores *semánticos* de enunciados jurídicos, ya sean estos unos preceptos oficiales o proposiciones doctrinarias. Al parecer, sus autores pre-suponen el ISOMORFISMO, ¡sin más! (o al menos como lo habitual), entre semántica y pragmática discursivo-jurídicas. Significa que por lo general alcanzaría con enterarse de cuanto se *dice* en discursos como los de esos estudios, para asimismo conocer bastante bien (al menos en lo principal) cómo *proceden* los propios operadores del derecho para decidir los asuntos y qué suertes de consecuencias efectivas ello tenga habitualmente en las *vidas* mismas de los destinatarios de esas actuaciones. Por tanto, la convicción básica de esas teorizaciones viene a ser: tales *palabras* (jurídicas) = tales *hechos* (individuales, sociales). Va de suyo que estos teóricos no enuncian de modo expreso semejante tesis, simplemente hacen a un lado el asunto.

[10] Véase los siguientes análisis al respecto: Frank, 1968 [¡imprescindible!], esp. pp. 69-71; Haba, 2015b [examen detallado sobre que significa: «realidad»]-.

Esa in-distinción en que generalmente las elucidaciones de Teoría del Derecho dejan el NO-isomorfismo entre ambos niveles de cuestiones, hace que quede fuera de foco la necesidad de examinar las condiciones propiamente *empíricas* del derecho. Conduce a tratarlo *como si* al respecto no entrasen a jugar también, y muchas veces es sobre todo, variados factores muy decisivos que *NO* son «dominados» por las *razones* jurídico-semánticas exhibidas: «celadas» discursivas, mentalidades reales de los operadores, condiciones sociales causal-efectivas, consecuencias prácticas «vitales», etcétera. Las puntualizaciones de que se ocupan los estudios encerrados en teorías normativo-idealistas sobre el pensamiento jurídico hacen abstracción de todo eso. Ellas se contentan con abocarse exclusivamente, o en todo caso muy principalmente, a desmenuzar tales o cuales meandros conceptuales de unos raciocinios *ideales*, los adecuados para juristas *ideales*.

En las maneras cómo esas teorizaciones *presentan* las cuestiones jurídicas, se desvanece la diferencia entre dichos ideales (ciertos entrelazamientos de conceptuaciones propuestas) y las realidades jurídicas pertinentes. Quedan sepultadas, tras *tales* bambalinas, preguntas como las siguientes (entre otras cosas):

— ¿Cuáles son los factores *realmente* decisivos en los pensamientos reales de los juristas reales, para resolver tales o cuales tipos de casos reales, en sus *propias* condiciones de lugar-tiempo? En este rubro entran también, ¡chica cosa!, elementos tan determinantes como el fijarse en: condiciones de designación de los operadores, habituales vicios de razonamiento provenientes de la enseñanza profesional recibida por estos[11], cantidad

[11] Así, el «Síndrome normativista»: véase Haba, 2006, p. 259 y ss. (Sec. C.II.3: «El normativismo de los juristas (platonicismo juridicista, el Síndrome normativista)») [o Haba, 2012, Sec. E.III]. En cambio, una *Plataforma anti-Síndrome* de «higienización» analítico-realista [Haba, 2012, Sec. E.II.1] pone sobre el tapete elementos de juicio («celadas» discursivas) – ¡decisivos en muchos razonamientos jurídicos corrientes!– de los cuales las teorizaciones iusidealistas apartan la mirada. Para unos apuntes elementales sobre el *normativismo* jurídico, véase: Haba, 2018a, págs.: 36 y ss. («El normativismo de los juristas»), 42 y ss. («Fundamentación normativista»), 70 y ss. («Papel de la Sala

exagerada de casos confiados a cada operador y los entrabamientos burocráticos a que él está sometido allí, etcétera.

— ¿Qué consecuencias prácticas *efectivas* tienen tales resoluciones sobre los destinatarios y, en su caso, sobre sectores sociales concernidos?

— ¿A qué «presiones» están *sometidos* esos operadores?; ya sea las internas del propio Poder Judicial o las de otras instancias estatales o unas provenientes de relaciones personales o las de la opinión pública llegado el caso, etcétera..

En efecto, los razonamientos jurídicos reales no operan como si se produjeran en una *burbuja* de «racionalidades» inmanentes. A menudo, y más que más en las cuestiones discutidas entre los propios juristas, esos razonamientos están conformados, de hecho, por variadísimas mareas de interacciones entre todo o buena parte de múltiples especies de componentes, no poco heterogéneos:

> «La interpretación jurídica es una mezcolanza *indisoluble* de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (Radbruch)[12].

Dichas teorizaciones —unas u otras modalidades de «constructivismos» discursivos— se constituyen, al fin de cuentas, en unas suertes de «cirugía estética»[13]... *pour la galérie!* Un elemento clave aunque hay otros importantísimos coadyuvantes también [cfr. la cita de Radbruch] en los despliegues de tales «cirugías», es abstenerse de plantear la diferencia entre cuestiones de *palabras* y cuestiones de *hechos*: tanto por cuanto hace a los propios razonamientos ideales producidos en

Constitucional y normativismo»), 98 y ss. («La Razón práctica "amputada": el normativista se "lava las manos" mediante unas fundamentaciones truncas»), 104 y ss. («Normativismo "puro" (iusmisticismo) y normativismo simulado (oportunista)»).

[12] No puedo cansarme de tratar de dirigir la atención hacia esa insuperable caracterización fundamental: proporcionada por Radbruch, 1970, § 15.3 (p. 211, trad. E.P.H. arriba).

[13] «En su intento por reconstruir "racionalmente" el trabajo intelectual de los juristas, lo que ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen cotidianamente. La "reconstrucción" parece más bien una cirugía estética» (Courtis, 2006, p. 14).

esas teorizaciones, como también desligando así a los discursos judiciales de sus consecuencias de «vida».

Si bien se mira, el susodicho isomorfismo como preconcepción básica no es sino una manifestación más de la singular fascinación que ejerce la *falacia intelectualista* («intellectualistic assumption» / «intellectual fallacy» / «rationalist fallacy»[14]) en las ciencias sociales[15].

* * *

Por cierto, Vaz Ferreira no dejó de efectuar la atinada salvedad siguiente: «Ahora, no se apresuren ustedes a sacar de aquí como consecuencia la de que las cuestiones de palabras sean completamente estériles, inútiles o vanas. Las cuestiones de palabras *pueden* [en ciertos tipos de situaciones] tener importancia: *no* tan grande como las de hecho, sin duda, pero una importancia positiva»[16].

Ahí él se refiere sobre todo a la «importancia» *intelectual*, el plano *específicamente* de lo que importa para un adecuado *conocimiento* de los puntos en debate. Pero inclusive en otro plano, el de la *pragmática* lingüística, es verdad que la importancia «material» (por así decir) de admitir o no determinado calificativo, a propósito de algo bastante determinado, puede ser realmente enorme. Quiérase o no, la gente se deja llevar por «palabritas» para tomar actitudes y juzgar, para hacer o no hacer. Es corriente que las personas se *comporten* de unas u otras maneras en función también de la *calificación* empleada, según cuál de estas admiten (por ejemplo, consecuencias de emplear la palabra «asesino», como el autor había señalado un poco antes[17]). Más aun tales calificaciones, aquellas que de veras contribuyen a ocasionar efectos prácticos disímiles en dependencia de *cuáles* sean

[14] Wallas, 1962.
[15] Cfr. Haba, 2010b.
[16] Vaz Ferreira, 1963b, p. 85 (curs. E.P.H.).
[17] Vaz Ferreira, 1963b, p. 81.

elegidas entre las lingüísticamente posibles para la situación considerada, no se deciden en algo así como las susodichas «burbujas» de unas pautas *semántico-ideales*, sean estas cuales fueren.

En conclusión. Lo señalado por Vaz Ferreira conduce a abrir los ojos asimismo en cuanto al derecho. Esto es, no echar en saco roto tampoco ahí ¡incluso cuando se teoriza! algo tan elemental (pero no poco a menudo apartado de la vista) como tener bien presente que: *del dicho al hecho...* En los estudios de la actual Teoría del Derecho constituye antes bien la excepción tomar en cuenta semejante banalidad.

3. Cuestiones explicativas, cuestiones normativas[18]

«Podríamos llamar a los primeros *problemas de ser,* o *problemas de existencia*, o *problemas de constatación*, o *problemas de explicación*; a los segundos, podríamos llamarlos *problemas de hacer*, o *de acción*, o *problemas de conveniencia* (a los que podrían agregarse los *problemas de ideal*, relativos, no ya a cómo deben hacerse las cosas, sino a cómo sería deseable que fueran); o bien, todavía, *problemas normativos*, etc. (...) Los problemas de existencia o de constatación, los problemas de ser, los problemas sobre cómo son las cosas o sobre cómo ocurren los fenómenos, tienen, teóricamente al menos, una solución única y perfecta (suponiéndolos bien planteados y eliminadas las complicaciones sobre falta de sentido, equívocos o inadecuaciones verbales, etc.).

«El examen de una cuestión normativa comprende tres momentos. Primer momento: investigación o determinación de todo lo que podría hacerse o desearse; especificación de todas las soluciones que podrían tomarse. Segundo momento: estudio de las ventajas e inconvenientes; más comprensivamente: de los bienes y

[18] Vaz Ferreira, 1963b, p. 90 y ss.

los males, de cada una de las soluciones. Y, tercer momento: escogimiento. Ahora bien. En cada uno de esos tres momentos pueden cometerse diversos errores y paralogismos... (...) El paralogismo es, en sí mismo, tratar las cuestiones normativas como si debieran forzosamente tener alguna solución sin inconvenientes... en las [cuestiones] normativas, la palabra "solución" quiere decir otra cosa; significa o comporta *escogimiento*; y solo es dado escoger, en la mayor parte de los casos de la práctica, lo menos imperfecto»[19].

Aunque ahí Vaz Ferreira no señala expresamente al derecho como asunto de «cuestiones normativas», es obvio que también ello forma parte de esta amplia categoría. Los juristas entienden que su especialidad profesional es resolver sobre todo cuestiones de «normas»; también señalan que estas son de *otra* naturaleza que lo examinado en las ciencias de la naturaleza. Bien puede decirse, pues, que ellos reconocen en principio que sus razonamientos «técnicos» no consisten en elucidar las susodichas cuestiones «explicativas» (salvo accesoriamente: p. ej., averiguar si han tenido lugar ciertos hechos, para saber si corresponde aplicarles determinadas reglas). Mas aquí la pregunta clave es: ¿las «soluciones» a que los operadores jurídicos arriban mediante las normas consideradas, las obtienen mediante razonamientos donde aquellos distinguen los susodichos «tres momentos»?

Los juristas encaran el conocimiento del contenido intelectivo de las normas jurídicas como si se tratara de conseguir localizar ni más ni menos que *una* (sola) respuesta jurídica capaz de ser la *verdaderamente* acertada para el asunto en examen, descartando toda otra como «falsa» al respecto. No se trataría ahí de un «escogimiento» (¡opciones!: tercer «momento») basado en cierto «estudio de las ventajas e inconvenientes» *empíricos* respectivos (aquellos dos primeros «momentos»); en cambio, según el pensamiento jurídico normal, es cuestión de conocer unas firmes pautas normativas que son *en sí y por sí*. Esto no queda sujeto,

[19] Vaz Ferreira, 1963b, págs. 90, 92, 105, 107.

ni en todo ni en parte, a ningún «estudio» que tenga la índole propia de aquellos dos primeros «momentos»; ni se entiende que la resolución jurídica consista finalmente (tercer «momento») en un «escogimiento» propiamente dicho (¡opción!), sino antes bien en algo así como un mero *des-cubrimiento* de los susodichos contenidos semánticos, aprehendidos de un mundo conceptual autosuficiente. Tales pautas vendrían fijadas meramente por la letra de determinados preceptos expresos establecidos en el derecho positivo aplicable o por unos criterios doctrinarios localizables en las obras de ciertos autores iluminados o por una combinación entre elementos de juicio provenientes de ambas fuentes indubitables.

A su vez, los estudios de Teoría del Derecho estarían ahí para coadyuvar en *tal* sentido justamente, esto es: suministrarle al operador jurídico orientaciones indispensables para saber cómo detectar con seguridad (o muy poco menos) *la* «solución» jurídica aplicable, sin necesidad de proceder él mismo a efectuar *escogimientos* (y menos que menos subordinarlos a aquellos dos primeros «momentos» como condicionantes). Y si, por acaso, se llegue a reconocer que el operador jurídico tenga algo por «escoger», se entiende que las alternativas al respecto, ellas en sí mismas, es algo que viene bien *determinado* por lo establecido en las susodichas fuentes normativas, máxime cuando para elegir se tome el cuidado de seguir las instrucciones de ciertos autores de la materia (p.ej., aplicar unos formularios de Alexy[20] o detectar argumentativamente la «única respuesta correcta» según Atienza[21]).

* * *

Si bien se mira, esos «momentos» señalados por Vaz Ferreira se corresponden con el tratamiento de las disyuntivas jurídicas como una *tecnología social*

[20] *Vid.*.. Haba, 1998; complementariamente Haba, 2015a, cap. VI.5 (p. 326 y ss.: «Sobre unos cálculos (aparentes) presentados como "ponderación"»).

[21] *Vid.* Haba, 2018b, esp. p. 8 y ss. (§ 3: «Unas fórmulas vacías en teorías idealistas sobre la Razón práctica: "universalidad, "coherencia", "pretensión de corrección", lo "razonable" y demás»); sobre eso se vuelve en Haba, 2019c, esp. § III.χ («Racionalidad jurídica»). Véase también Haba, 2014a.

propiamente (Llewellyn, A. Ross, H. Albert)[22]: racionalidad *instrumental* (ordenación práctico-real de medios empíricamente comprobados como bastante probables para realizar fines escogidos bien determinados: Max Weber)[23]. Esto es: no afanarse por *deducir* la «solución» respectiva de unos u otros «cielos» [Jhering[24]) de criterios *supra*empíricos p. ej., inferirla de unos catálogos de principios *a priori* (Alexy, Dworkin, Ferrajoli, etc.) ; sino tratar eso como cuestiones de *escoger* una respuesta, entre varias jurídicamente posibles (¡todas ellas!) al respecto, para entonces optar en atención a «ventajas e inconvenientes» prácticos *reales* su «tierra», diría Jhering.

Pero, ¿no es que plantear un asunto como *jurídico*, a diferencia de las teorías políticas y de los escogimientos personales privados, no deja que *sus* «soluciones» queden libradas a las preferencias *propias* de quienes tomen o recomienden esas decisiones? ¿No es que el derecho está conformado por conjuntos de *reglas* fijadas para decidir los asuntos planteados así? O sea, que el pensamiento jurídico consistiría justamente en *no* dejar sus respuestas libradas a *escogimientos* de sus locutores autorizados, pues las «soluciones» admisibles ahí estarían restringidas, ya sea total o al menos parcialmente en muy buen grado, por la necesidad de acatar dichas reglas, ni más ni menos.

Ahora bien, para que de veras fuese así, las reglas en cuestión preceptos oficiales y dogmática profesional, sobre todo necesitarían poseer suficiente grado de precisión para que sus operadores coincidan *intersubjetivamente* acerca de cuál sea cada «mensaje» concreto debidamente inferible en función de aquellas, ante cada una (o en todo caso la inmensa mayoría) de las controversias jurídicas presentadas ahí. Y es verdad que con respecto a innumerables asuntos jurídicos existen tales

---

22 Cfr. Haba, 2013, esp. § 5 («La alternativa jurídico-realista: encarar el derecho como una *tecnología social*»); o Haba, 2015, cap. VIII (p. 387 y ss.: «Ciencia jurídica como tecnología social»); más breve: Haba, 2012, Sec. F.II («Novela de conceptos ("storytelling") o una tecnología social?»).

23 Cfr. Haba, 2006, p. 310 y ss. (Sec. C.III.5: «Recurso a las ciencias sociales para fundamentar conclusiones normativas (juicios de valor categóricos y juicios de valor instrumentales)». [más amplio en Haba, 2012, Sec. E.III].

24 Jhering, 1974, Parte III (p. 281 y ss.: «En el cielo de los conceptos jurídicos»).

acuerdos, de hecho, en el gremio jurídico de cada país, al menos temporariamente. Por eso mismo, los puntos sobre los cuales reinan tales acuerdos *no* suelen ser controvertidos en los tribunales.

Para *esos* puntos, claro está, no hay posibilidad aceptable jurídicamente de aplicar «escogimientos» por parte de los jueces, si acaso aquellas cuestiones fueren planteados en su sede. No hay lugar ahí para que el juez *opte* entre una(s) y otra(s) respuestas jurídicas, él no puede ¡de hecho!: presión social y conformación mental gremial decidir en función de aquellos «tres momentos» de racionalidad instrumental (y lo más probable es que estos ni siquiera asomen en su conciencia). En cambio, para todo aquello que sí se *discuta* entre juristas con respecto al significado «verdadero» o «correcto» de unas disposiciones normativas, sea en la doctrina o en los propios tribunales, se abre la pregunta crucial: *¿cómo* averiguarlo? Sobre *eso* versa la radical división, orientaciones idealistas *vs.* orientaciones realistas, en cuanto a *cuáles* hayan de ser los campos de indagación donde se consiga la respuesta jurídica adecuada. Me explico:

De un lado («cielos»): tanto la dogmática jurídica profesional como la inmensa mayoría de los estudios en Teoría del Derecho se concentran sobre tales o cuales conglomerados *semántico*-doctrinarios ideales enjambres de principios, fórmulas deónticas y demás que se entienden válidos en- sí-y-por-sí («novelas de conceptos», los he llamado[25]). Asimismo suele darse por presupuesto que esas pautas encontrarán unos juristas ideales (p. ej., el «Hércules» de Dworkin[26] o el «Hermes» de Ost[27] o los estudiosos de axiomas como los propuestos por Ferrajoli[28]) para aplicar tales fórmulas. Vale decir que, supuestamente, los operadores jurídicos no sucumben (salvo por excepción, si acaso) a los tipos de «celadas» lingüísticas comunes en la

[25] Cfr. Haba, 2013.
[26] Crítica: Haba, 2009.
[27] Crítica: Haba, 2018c.
[28] Crítica (¡imprescindible!): Salas, 2012.

materia[29]; tampoco haría por lo general mayor diferencia, para determinar las resoluciones judiciales, lo extra-doctrinario ahí, su «fuera-de-texto»[30]. [Eso sí, no es que estos teóricos afirmen expresamente tales supuestos, se contentan con no hablar al respecto: o bien, en el mejor de los casos, mencionan apenas muy de paso tal posibilidad.)

Del otro lado («tierra»), aunque por lo general la Teoría del Derecho no se ocupa de ello: la cuestión jurídica discutida cabe examinarla considerando que la elección entre sus *diferentes* posibilidades semánticas invocadas (son *convenciones* lingüísticas distintas, eventualmente contradictorias entre sí[31]) debiera ser arbitrada en función de *realidades* relevantes al respecto. Entonces, junto con reconocer la inevitabilidad de optar entre esas distintas posibilidades interpretativas ahí (*i.e.*: cuando de hecho no hay una sola respuesta, intersubjetiva, sobre la cuestión planteada[32]), se advierte que ese *escogimiento* es dable efectuarlo atendiendo principalmente el objetivo de alcanzar así unos probables resultados prácticos *reales* concretos *preferidos*. Para lograr *esto*, ya no puede ser cuestión de contentarse con invocar dogmáticamente alguna pauta jurídica doctrinaria, nivel semántico. Ante las distintas posibilidades ius-semánticas presentes, la elección entre ellas pasa por atender a elementos de juicio que *no* son semánticos en sí mismos: así aquellos que sobre el tapete ponen los «momentos» señalados por Vaz Ferreira y en general aplicando ahí los respectivos conocimientos sobre *empiria* social científicamente disponibles como racionalidad *instrumental* correspondiente: ¡TECNOLOGÍA social![33].

---

[29] Cfr. Haba, 2012, Sec. B (esp. subsección II: «Celadas lingüísticas»). Complementariamente: Haba, 2013, cap. IV-Apéndice II (p. 146 y ss.: «Apuntes complementarios»).

[30] Debray, 1983, p. 105.

[31] Cfr. Haba, 2016, esp. Secs. C (p. 49 y ss.: «Variadas pautas de valor en el derecho») y D (p. 119 y ss.: «Tensiones, antinomias»)

[32] Cfr. Haba, 2006, Sec. C.I.6 (p. 212 y ss.: «Las interpretaciones legales pueden admitir interpretaciones divergentes (variadas posibilidades de movilidad dentro del "marco" jurídico)» [o Haba, 2012, Sec. D.III.1].

[33] Véase los sitios señalados *supra*: n. 23.

4. Falsa precisión[34]

«La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados, perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con estos dos adjetivos: *falseantes* e *inhibitorios*. (...) El que no tiene hábitos de profundización, hasta puede sentirse prevenido, a consecuencia de este aspecto de falsa precisión, contra las observaciones y contra las buenas interpretaciones; las cuales le resultarán, como es natural, más complicadas, más imprecisas, menos decisivas, menos "tranchantes", menos perfectas (en apariencia)»[35].

Una formulación lingüística tiene *precisión* en cuanto, para la generalidad de sus usos o específicamente en su empleo para determinado(s) contexto(s), en el círculo de locutores considerado existe por lo habitual concordancia de reconocimiento sobre: cuáles sean los objetos *concretos* de referencia para aquella *i.e.*, sus «candidatos» *positivos*: personas u objetos o acontecimientos, específicos y cómo proceder con respecto a ellos, en cada situación donde se invoque dicha formulación. Esto es, que con respecto a esos mismos objetos no suele darse que una parte de los miembros de ese círculo los vean antes bien como ajenos a dicha formulación i.e., «candidatos» *negativos* = no mentados por aquella ; tampoco, que parte de ese círculo no sepa a qué atenerse al respecto, no tenga claro (ni positiva ni negativamente) de *qué* pueda tratarse ahí en concreto. Un concepto es preciso hasta donde esto admite también cuestiones de grados su o sus sentidos son INTER-subjetivos, en las *prácticas* lingüísticas donde se recurre a él[36]. En sus modos más

[34] Vaz Ferreira, 1963b, p. 122 y ss.
[35] Vaz Ferreira, 1963b, p. 122 (curs. E.P.H.).
[36] Qué es *precisión* se examina en Haba, 2003, cap. V (t. II, p. 5 y ss.: «Precisión y claridad»). Más breve: Haba, 2012, Secs. B.I.7 (Supl. b: «Vaguedad y precisión»), C.I.5 («"Claridad" y precisión») y D.I.7

extremos, la imprecisión se presenta bajo el lenguaje persuasivo de *fórmulas vacías*[37] o hasta en el modo falacias *verbo-ideológicas*[38].

Saber cuándo hay precisión y cuándo no, o hasta qué punto la haya (el mismo término puede ser preciso en unos casos y en otros no, o puede ser preciso en cuanto a ciertos candidatos interpretativos posibles y a otros no, etc.), no es algo que pueda «vérsele» simplemente a la propia expresión considerada. Constituye una cuestión de verificación *empírica*. Solo sus *prácticas* lingüísticas están en condiciones de acreditar si la expresión es o no es empleada *intersubjetivamente*, en cierto círculo de locutores o aun de modo bastante generalizado en un país o región.

Por el contrario, una formulación lingüística es de «falsa» precisión cuando, si bien en la práctica ella es aplicable de maneras muy heterogéneas y hasta contradictorias (*i.e.*, reinan desacuerdos fundamentales sobre cuáles sean sus candidatos), empero aquella *simula*, mediante ciertos artificios de presentación, ser unívoca. A menudo artificios de ese orden se hacen valer a título de recursos señaladamente «técnicos» en la literatura de las ciencias sociales. Consisten entonces en unos esquemas de entendimiento compuestos, total o parcialmente, por figuraciones numéricas o algebraicas o esquemas visuales estructurados en torno de unos juegos de flechas u otros dibujos. El engaño principal reside ahí en lo siguiente:

(«Conclusiones generales sobre la factibilidad (grados y límites) de otorgar precisión al lenguaje del derecho»).

[37] Esta categoría retórica no la señala Vaz Ferreira. Sobre ella véase Haba, 2012, Sec. D..II.3 («Fórmulas vacías pseudonormativas»)

[38] Véase el cap. que lleva tal nombre en Vaz Ferreira, 1963b. « [E]entre la verdad y la falsedad de una proposición, hay una alternativa, hay un término medio o un tercero que no queda excluido, y es la falta de sentido; no es forzoso que una proposición sea o verdadera o falsa: la proposición puede, todavía, carecer de sentido, su atributo puede no ser aplicable al sujeto de una manera inteligible. (...) Ese *no sentido* de una proposición, no sólo puede existir en la forma absoluta diremos, *gruesa* brutal, del ejemplo de Mill, sino en una forma relativa, y en todos los grados posibles. Además de la inadecuación total, pueden haber inadecuaciones parciales, en todos los grados» (Vaz Ferreira, 1963b, p. 141 y s.). Ello se corresponde también con lo que Schopenhauer, en su listado de estratagemas erísticas, ubica como la n° 36: «Desconcertar, aturdir al adversario con un raudal de palabras sin sentido» (2005, p. 63)

dar por descontado que cada uno de esos signos y las relaciones entre estos serán «traducidos» de la misma manera a referentes *reales* (candidatos positivos) por quienes estén dispuestos a valerse de dicha fórmula para entender situaciones reales problemáticas, máxime si se trata de encontrar soluciones para estas (conflictos de intereses y en general los de interpretaciones prácticas).

Claro que *entre sí mismos* resulta netamente diferenciable la identificación de esos números o esos signos algebraicos, captar hacia qué dirección espacial apuntan respectivamente esas flechas, etc.; nadie pensará que significa *4* donde está escrito *2* o a la inversa, o que no sabría distinguir entre sí las letras *x* y *z*, o vendría a confundir una flecha que apunta hacia arriba con otra que apunta hacia abajo... En efecto, los componentes del cuadro *gráfico* así presentado pueden ser netamente intersubjetivos como *tales,* inconfundibles entre sí y también inconfundibles sus respectivas relaciones de dibujo ahí trazadas, aun por más complejo que sea el conjunto de todo ello. Solo que, nada de eso asegura por sí mismo, ni siquiera hace más probable saber de antemano, qué ocurre cuando la fórmula en cuestión sea aplicada al reconocimiento de realidades.

En materias como la química y la física, las fórmulas aceptadas por sus profesionales son aplicadas de la *misma* manera a mediciones y manipulación de los objetos del entorno físico considerado. En cambio, entre unos expertos de determinada ciencia social no suele haber semejante intersubjetividad para aplicar en la práctica sus «fórmulas» (cuando las hay) a la resolución de cuestiones disputadas sobre cómo ordenar las dinámicas de la convivencia humana (unos entenderán bajo «a b» ciertas conductas concretas, mientras otros entenderán que estas mismas corresponden antes bien a «c» o simplemente forman parte del espacio conductual generalísimo no-«a»).

En síntesis: lo *falso* de la «precisión» (supuesta) de tales fórmulas no reside en las diferenciaciones visuales entre signos gráficos (letras, números, flechas y

círculos, eventualmente ciertas denominaciones); sino en *esconder*, bajo tales mamparas etiquetales, la *no*-univocidad ¡notable IM-precisión! de las maneras cómo estas etiquetas son susceptibles de entenderse en las *prácticas* lingüísticas de sus eventuales aplicaciones. Vale decir: unas diferencias netas y relaciones netas en el orden *gráfico* precisión de apariencia , pero amplios márgenes de opciones voluntaristas ¡no-precisión! en sus posibles manejos en los órdenes *prácticos* (en buena medida inciertos, eventualmente contradictorios). Lo «falso» es presentar el primer orden de precisiones, unas formas de *exponer*, como si invocarlo conllevara alcanzar precisión asimismo en cuanto a mentar los segundos órdenes: ¡acciones *efectivas*! La «falsedad» del primero consiste en apartar la atención de cómo se procede *realmente* a decidir en los segundos.

* * *

Buena parte de los discursos jurídicos están edificados en torno de nociones que revelan ser relativamente imprecisas al aplicarlas: todas aquellas que aparecen utilizadas, *de hecho*, contradictoriamente entre los juristas. Los ejemplos al respecto son por demás abundantes, al menos tantos como las controversias que sobre interpretaciones de leyes o de doctrinas se hacen valer ante los tribunales (salvo, si acaso, unas demasiado burdas: argumentaciones en las cuales no creen de veras ni quienes las presentan ahí). La dogmática jurídica profesional y los estudios de Teoría del Derecho suelen estar consagrados, al parecer es el propósito principal de sus autores, a suministrar unas armas intelectuales para eliminar, o en todo caso reducir en la mayor medida posible, tales o cuales especies de imprecisiones fundamentales de dichos discursos.

No es extraño que el resultado de esos intentos consista, al fin de cuentas, en presentar ciertos expedientes discursivos especialmente artificiosos, mediante los cuales unas imprecisiones normales (por así decir) del lenguaje jurídico quedan «tapadas» bajo el culto de tales o cuales fetiches terminológicos de *falsa precisión*.

Los estudios de lógica deóntica no constituyen sino el ejemplo más extremo de ello[39]. *Cualquier* solución jurídica puede ser «leída» bajo alguna fórmula deóntica, como así también una misma fórmula deóntica se corresponde con soluciones jurídicas materiales contradictorias entre sí. Es imposible (o muy poco menos) que exista alguna solución jurídica efectivamente adoptada, sea la que fuere, cuya «estructura» no se corresponda con alguna — ¡o, más probablemente, con muchas! — de esas fórmulas. Pero también es frecuente que los autores no se limiten a presentarlas en estado «puro», sino en combinación con enunciaciones de principios en lenguaje no formalizado, para que también estos últimos luzcan la aparente «precisión» de aquellas.

[Entre los juristas más renombrados actualmente, casos paradigmáticos de planteamientos de falsa precisión son los esquemas de «ponderación» pergeñados por Alexy[40] y las ubérrimas colecciones de clasificaciones de principios delineadas por Ferrajoli[41]. Señaladamente en cuanto a estas últimas, calzan a las mil maravillas unas palabras (premonitorias al respecto) de Vaz Ferreira: «... dominaban en ella, ciertos libros muy abstractos, llenos de definiciones formulistas algo así como una especie de escolástica extravasada de siglo »[42]. Difícilmente sea dable señalar una realización más paradigmática que el *opus* ferrajoliano, en la literatura jurídica contemporánea, para eso que Jhering llamó: la «máquina partidora de pelos» (*Haarspaltemaschine*)...[43].]

En síntesis.– Tales formulaciones son: **a)** «falseantes», porque *esconden* la presencia de gruesos factores fuera-de-texto muy determinantes para que las

[39] Cfr. Haba, 1996.

[40] Cfr. García Amado, p. 207 y ss. («El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica»). Complementariamente: Haba, 2014b.

[41] Véase el insustituible examen de Salas, 2012. — Esas objeciones fundamentales – ¡puntualísimas!– no han obtenido respuesta.

[42] Vaz Ferreira, 1963c, p. 243.

[43] Jhering, 1974, p: 292. Y véase las ilevantables puntualizaciones de Salas, 2012.

soluciones jurídicas en cuestión, unas que es dable *presentar* (si se quiere hacerlo así) de tales maneras, sean adoptadas o rechazadas por los operadores jurídicos efectivos; **b)** «inhibitorias», pues no simplemente callan en cuanto a esas realidades-(a) que están ahí ya, sino asimismo *desorientan* (hacen apartar la vista) en cuanto a posibles caminos *prácticos* tecnología social[44] capaces de encontrar soluciones más adecuadas para las cuestiones «vitales» implicadas.

5. Pensar por sistemas, pensar por ideas para tener en cuenta[45]

Habiéndose apoderado de todos ellos el furor por los sistemas, nadie busca ya ver las cosas como son, sino como ellas concuerden con su sistema.

Rousseau[46]

« [O]tra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades... [es] la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas a tener en cuenta. Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un SISTEMA destinado a aplicarse en *todos* los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que TENER EN CUENTA [entre muchas otras cosas] cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos. (...) Lo que yo procuro enseñarles, esto es, pensar con todas las ideas que se pueda, teniéndolas en cuenta a *todas*, tomándolas como *tendencias* en cada caso, equilibrándolas, *adaptándolas*...»[47].

---

44 *Supra*: n. 23.

45 Vaz Ferreira, 1963b, p. 154 y ss.; *vid.* también Vaz Ferreira, 1963a, p. 200 y ss. («Actitud hacia los sistemas y actitud moral en general»).

46 «La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système» (*Émile*, Livre quatrième).

47 Vaz Ferreira, 1963b, págs.: 154 y 181; las vers. corresponden a énfasis del A., más curs. E.P.H.

Esto es: examinar en cada caso con ojos muy abiertos vale decir, SIN prejuicios de «sistemas»[48] *en qué medida* («cuestiones de grado»[49]) la «idea» en cuestión *i.e.*, una inducción socioempírica o reflexiones al respecto es aplicable, *¡o no!*, al caso o grupo de casos en consideración. Esas «ideas» se han de tomar, pues, a título *heurístico*[50]. Ellas reconocen toda clase de matizaciones y negaciones en la, práctica, a diferencia de lo que se presupone al «pensar por sistemas»[51]. [Claro que si la palabra «sistema» se toma en sentido tan amplísimo (extra científico) como para hacer alusión a *cualquier* suerte de relaciones o de parecidos entre dos o más aspectos de referencia, no se ve cómo podría no haber unas conexiones «sistemáticas» entre ellos, sean lo que sean. Mas aun estas pueden ser variables, habría que ver *cómo* se cumplen en las prácticas, cuándo sí y cuándo no, etc.; no basta con enunciarlas semánticamente, a no ser que fueren cosas obvias.]

Esa observación clave de Vaz Ferreira constituye, a mi juicio, la llamada de atención central para hacer la radical diferencia que hay entre los exámenes de tipo vazferreiriano sobre asuntos de la Razón práctica y todos los órdenes de *approach* idealistas en esa materia. Atenerse a tal precaución no puede menos que subvertir de cabo a rabo las maneras habituales de hacer Teoría del Derecho: teorías

---

48 « [E]l raciocinio es muy legítimo y sumamente útil en la práctica, siempre que concurran ciertas condiciones: (...) [entre ellas, el no estar] prevenido intelectual o afectivamente por *sistemas* (en este caso, puede decirse que el raciocinio es inútil, que no sirve sino tal vez para falsear más el espíritu unilateralizado)» [VF: 245].

49 Vaz Ferreira, 1963b, págs.:175 y ss., 245 y ss.

50 Véase Haba, 2006, Sec. B.III.1, esp. p. 126 y ss... («metodología negativo-heurística»); además los Supls. *c* (p. 165 y s.: « ¡... enseñar a ignorar!») y *d* (p. 166 y s.: « ¿Qué quiere decir "heurística"»?). [O Haba, 2012, Sec. C: respectivamente en sus subsecciones III y VI.].

51 Sobre el mito de «sistema»: Haba, 2010b, cap. II, §§ 4 (p. 76 y ss.: «Ilusión, en las ciencias sociales, de proceder a detectar unos "sistemas" (carácter sustancialmente heterogéneo y antinómico del comportamiento colectivo)») y 7 (p. 103 y ss.: «El mito de "sistema" en el pensamiento jurídico»). Más breve en Haba, 2006, Sec. C.II.1 (p. 231 y ss.) y Supl. (b) (p. 325 y s.: «"Sistemas" y "sistemas"... (Unos juegos de palabras con esa terminología); modelos cibernéticos como paradigma para el espejismo de "sistema" social») [o en Haba, 2012, Sec. E., subsecs. I.I y VI. (a)]. O bien, para una versión más breve de esas consideraciones, lo fundamental se encuentra ya en mi presentación inicial al respecto: Haba, 2000, parte II (p. 574 y ss.: «Un modelo heurístico antifabulador y nada sistémico. Algunas ideas para tener en cuenta»)», esp. §§ 6-8 (pp. 575-589).

«estándar» de la argumentación[52], teorías de sistemas luhmannianos, estructuras «relatistas», cualesquiera esquemas de lógica deóntica, etcétera.

La diferencia entre andar a la caza de «sistemas» de pensamiento para dicha Razón y lo de «pensar por ideas para *tener en cuenta*» guarda señalables puntos de contacto con la diferencia, crucial, entre la función del lenguaje en el primer Wittgenstein (*Tractatus*...: lenguaje ideal) y cómo las funciones lingüísticas son examinadas por el segundo Wittgenstein (*Investigaciones*...: prácticas lingüísticas reales). Yo diría que esto último constituye un complemento especialmente iluminador para aquello capital señalado por Vaz Ferreira. [Siempre y cuando, eso sí, lo de Wittgenstein (II) no se tome como «panlingüismo»[53] (lo cual, después de todo, viene a esfumar la diferencia entre «palabras» y «hechos»). Por el contrario, es crucial entenderlo sobre todo como advertencias capitales para orientar a *salir* del «mosquitero»[54] de las «celadas» lingüísticas, esto es: «salidas» que permiten reconocer cuáles son las *reales* «formas de *vida*» ¡*pragmática* lingüística! promovidas por los «juegos de lenguaje» considerados. Si bien se mira, las susodichas «celadas» se podría muy bien incluirlas como otros tantos «paralogismos» en adición a los señalados por Vaz Ferreira[55].]

---

52 Curiosamente, hay quienes han querido ubicar a Vaz Ferreira en la línea de *tales* teorizaciones. Si bien las tesis básicas de la *Lógica viva* son armonizables con, y resultan complementarias de, los estudios *realistas* acerca de los razonamientos argumentativos (señaladamente una aproximación como la de Perelman en su etapa inicial: *Traité de l'argumentation*), en cambio aquellas no se compaginan con la impronta general idealizadora —cognitivismo axiológico, esencialismos— de la susodicha presentación «estándar» acerca de las argumentaciones jurídicas. Esta última se halla más bien en la vereda opuesta (son modalidades de: «prettifying» [Frank, 1931, p. 238] / «cirugía estética» [Courtis, *supra* n. 14], «storytelling» [Salmon, 2008]) al «talante» principal —¡des-miticaciones!— de puntualizaciones como las de Vaz Ferreira. Cfr.: Haba, 2010c; Salas, 2017. [Sobre cognitivismo axiológico y esencalismo: Haba, 2010a, Sec.C.I (p. 51 y ss.: # 48-73.]

53 Véase. Gellner, 1962.

54 «¿Cuál es tu finalidad en la filosofía? Enseñarle a la mosca la salida de la botella-cazamoscas» (Wittgenstein, 1953,: # 309 (aquí trad. E.P.H. del pasaje original en alemán).

55 Y a esa lista podrían ser incorporados también, especialmente por cuanto hace referencia al derecho, los ítems del «Síndrome normativista» [*supra*: n. 12].

Tales o cuales ideas, comprobadamente juiciosas en ciertos respectos, pueden aplicarse de dos maneras, muy diferentes. Cabe recurrir a una idea para cotejarla con ciertas situaciones *empíricas* efectivas, examinar en qué medida estas mismas «calzan» con lo apuntado por aquella, con vistas a considerar así unos elementos de juicio de pertinencia práctica *real* al respecto; a ello se refiere Vaz Ferreira ahí. Mas también puede darse que, en cambio, al «tener en cuenta» (invocar) alguna de tales ideas, bastante prestigiosa, empero se proceda *sin* examinar su relevancia propiamente *práctica* para la situación específica considerada, sino antes bien concibiendo esa idea como un dogma al respecto (y tampoco es extraño que la idea sea elegida en virtud de conllevar unos efectos retórico-persuasivos con buen poder de brindar legitimaciones).

En el pensamiento jurídico habitual suele darse sobre todo esta segunda manera de «tener en cuenta»; vale decir, todo lo contrario de lo propuesto por Vaz Ferreira. Las ideas de derecho «tomadas en cuenta» principios y demás no suelen someterse a unos controles propiamente *empíricos* de «utilidad» tecnología social[56] para elegir entre unas y otras, o entre sus posibles interpretaciones.

* * *

La casi unánime inclinación hacia el pensamiento «por sistemas» cultivada en las doctrinas jurídicas, básicamente proviene de la habitual fantasía jurídico-profesional al respecto:

> «Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de Derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; *forzar* de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único "sistema" que no se le ocurría nunca, era sencillamente que el legislador se hubiera contradicho; esa hipótesis no cabía: habíase él puesto en un estado de espíritu tan especial, que partía como de la infalibilidad de los autores de las leyes [o bien, se postula unos juristas ideales para entenderlas: "Hércules", "Hermes" o «argumentadores"

[56] *Supra*: n. 23.

análogos[57]] o, más bien dicho, había olvidado que las leyes [y también sus interpretaciones, tanto las puramente doctrinales como las judiciales] tienen autores [de carne y hueso], los que pueden contradecirse o escribir confusamente o incompletamente o antigramaticalmente, lo mismo que cualquier hombre»[58].

Es verdad que, si no en dicha dogmática misma (al menos no de manera expresa allí), en estudios de Teoría del Derecho suele reconocerse que el aparato legislativo no es tan omnisciente, que sus textos presentan ambigüedades y hasta contradicciones[59], etc.; se advierte que si eso se dejara simplemente así, sin *doctrina* jurídica, el «sistema» en cuestión no está en condiciones de funcionar. Por eso la «misión» de dicha Teoría sería, justamente, destilar criterios que remedien las imperfecciones que en cuanto a «racionalidad» (o «racionabilidad») deja la obra del propio legislador, o hasta la de la dogmática profesional corriente. Han de ser los juristas-intérpretes dichos teóricos y quienes sigan sus instrucciones los llamados a «construir» (¿crear o descubrir?) el *sistema* verdadero para el pensamiento jurídico.

Ese sistema queda conformado *homogéneamente* se supone por los textos normativos oficiales en combinación con tales construcciones de ideas rectoras generales («principios», pautas básicas de «racionalidad», etc.), aunque estas últimas hayan sido detectadas con alguna independencia de aquellos textos mismos. Así los juristas ideales presupuestos cuyas formas de discurrir serían iguales, o en todo caso muy parecidas, a cómo piensan los operadores normales del derecho sabrían obtener, ciñéndose a tales sistemas, la solución jurídica «correcta» para cada caso o tipo de casos considerados. Y así resulta que, atento al *isomorfismo* [*supra* § 2] entre formulaciones jurídicas y prácticas jurídicas pre-concebido al respecto, entonces queda sobreentendido que esos enlaces sistemáticos de conceptos no tendrían por qué ser examinados a la luz de las «formas de vida» correspondientes.

---

57 Véase las observaciones al respecto que se efectúan en los sitios señalados más atrás, respectivamente nn.: 27, 29, 22.

58 Vaz Ferreira, 1963a, p.:70 (curs. E.P.H.).

59 Entre los teóricos iusnormativistas afamados, el más lúcido al respecto es Hart [cfr. Haba, 2017b].

Por lo general, cada estudio de Teoría del Derecho va dirigido, en la intención de su autor, a revelar o a proponer unas *fijaciones* de sistema, sean cuales fueren, para algún renglón del razonamiento jurídico. Tales elucidaciones procuran: ya sea destacar justamente elementos de sistematizad *inmanentes* que estarían determinando cómo funcionan discursos de dicho renglón; o bien, proponer unas enmiendas o complementos destinados a corregir eventuales déficit discursivo-formales de «racionalidad» ahí mismo, si acaso para *perfeccionar* esta última aún más (nuevos esquemitas mediante, tal vez). Las reglas que conforman el «sistema» respectivo se constituyen así en la llave maestra para efectuar según cada autor presupone para las indicadas por él mismo unos razonamientos jurídicos seguros:

> «... la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador [o de varios]» (*Basic Legal Myth*)[60].

[Los *Tratados* de Cristiano Golfo sobre Ética y sobre Derecho o una *Suma* en iusescolástica como los *Principia iuris* de Ferrajoli, no son sino presentaciones singularmente recargadas de esa orientación muy general en la materia.]

Mas he aquí que las dinámicas *reales* de cómo guían su pensamiento los propios operadores jurídicos ¡salas profesorales aparte! no funcionan así. Ellas van antes bien por el lado de que, en el seno de múltiples catálogos de *topoi* (Viehweg) jurídico-discursivos conformados de acuerdo con las clasificaciones aprendidas en las Facultades de Derecho, los operadores-intérpretes *entresacan* unos u otros de esos *topoi*, entre los de clasificaciones doctrinarias consideradas pertinentes en su gremio. Cuál sea este «entresacar» para el caso concreto o especie de casos abordados, tratándose de cuestiones discutidas entre los propios juristas, no está pre-determinado por esos catálogos mismos, como tampoco por ninguna doctrina unívoca al respecto aceptada intersubjetivamente allí. Bien puede ser que, frente a

[60] Frank, 1970, p. 260.

una misma situación por resolver, unos den exclusividad o preeminencia al *topos* jurídico A y otros al *topos* jurídico B; por lo demás, hasta cuando concuerdan todos en reconocer la misma fórmula verbal canónica para el primero, y en que es justamente este mismo el aplicable, aun así puede que unos lo interpreten de la manera A_1 y otros de la manera A_2.

Poco importa si aún para esos catálogos de *topoi*, por más opcionales que sus contenidos sean a menudo, después de todo el teorizador no se resigne a dejar de lado la deslumbrante etiqueta: «sistema» jurídico («abierto», le han llamado algunos). El hecho es que, en la práctica, los operadores del derecho *eligen* [vuelvo a subrayar: cuando *no* se trata de tipos concretos de aplicaciones intersubjetivamente consensuadas entre estos mismos] entre aquellos ítems eventuales o entre distintas interpretaciones de alguno de estos, para la situación considerada. Quiere decir que los utilizan —¡de hecho!— como ideas a *tener en cuenta*, al OPTAR ¡*no*-sistema! entre una(s) y otra(s), con respecto a las situaciones donde lo que está en discusión es justamente *cuáles* sean los criterios normativos aplicables. Solo que, tal como el asunto es «visto» por los propios juristas, *esas* ideas no tienen por qué ser aquilatadas *empíricamente*: ellas se auto-justifican por ser *tales*, ya sea doctrinario-dogmáticamente o por constituir la única interpretación «verdadera» (según los juristas que la invocan) del precepto oficial literal citado.

* * *

En síntesis. – Quiérase o no, ninguno de esos sistemas librescos (*paper rules* [Llewellyn, 1930]), por más teoréticamente «exquisita» que sea su composición[61], es capaz de resolver intersubjetivamente las *contingentes* posibilidades de opciones practico-operativas del derecho. Cuanto por esas vías idealistas de intelección se alcanza, sí, es a pergeñar en el modo pensar-por-sistemas unas reconfortantes

[61] Cfr. Haba, 2015.

«construcciones»[62] de *law in books*, inconmovibles frente a cómo *funcionan* «terrenalmente» las *law in action* [Pound, 1910; Llewellyn, 1930]. En cambio, si se hace a un lado la ficción de «sistema» al respecto, entonces la mente se abre hacia la posibilidad de tomar los *topoi* jurídicos como unas «ideas para tener en cuenta» *prácticamente*; vale decir, aceptando que los operadores del derecho pueden discrepar jurídico-legítimamente sobre cuáles de estas ideas, y sobre todo cómo, sean aplicables *in concreto*. Así queda despejada la vía del pensamiento jurídico para que, en vez de proceder de unas maneras sustancialmente *dogmático*-voluntaristas *i.e.*, en la práctica: según los pre-juicios doctrinarios de cada intérprete al elegir entre dichos *topoi* o entre sus modos contrapuestos de interpretarlos, en cambio su operador examine esas opciones como una cuestión de tecnología *empírico*-social[63]. Vale decir que la respuesta quede sujeta, en muy buena parte, a eventuales *comprobaciones* prácticas sobre «utilidad» para seres de carne y hueso. Por tanto, solución jurídica no simplemente limitada a «calzar» con unos planteamientos ideal-axiomáticos auto suficientes mera semántica, pase lo que pase[64] , sino condicionarla a acreditaciones en cuanto a la *pragmática* discursiva correspondiente.

6. Geometrismo

«Esta obsesión del criterio *fijo* es fuente de una inmensa cantidad de errores. (...) Un derivado interesante de este sofisma: a veces la gente hasta evita, se defiende, diremos, de que se le den datos que la compliquen, como si tuviera miedo a la complejidad real de las cosas, que desconcierta sus juicios, que quita a estos su simplicidad y *geometrismo*»[65].

---

62 Cfr. Haba, 1998 y 2007.

63 *Supra*: n. 23.

64 «¿A quién podrán serle útiles, entonces, si no sirven ni para la vida práctica ni para la escuela? La única respuesta que se me ocurre es: a aquel que halle deleite en ese tipo de elucubraciones» (Jhering, 1974, p. 379).

65 Vaz Ferreira, 1963b, págs.: 128 y 131 (curs. E.P.H)..

Prevenirse de caer en «geometrismo»[66] no significa impugnar *todo* criterio general, pura y simplemente por ser tal. No es confinar la inteligencia a que sus posibilidades de acertar queden encerradas en el casuismo, sin más. Evitar comulgar con la notable predominancia de aproximaciones geometristas en la Teoría del Derecho, no implica rechazar *todo* conocimiento inductivo sobre esas materias. Las ciencias sociales consisten, justamente, en sacar a luz ciertas *constancias* sobre formas de conductas de los protagonistas, señaladamente tales o cuales tipos de interacciones entre ellos; hay ahí regularidades que son bastante probables, al menos en cierto espacio y tiempo. Hasta la propia noción de ideas para *tener en cuenta* presupone que estas no son «flor de un día»; si merecen ser tenidas en cuenta es justamente por ser resultado de experiencias acumuladas, poseen cierta *generalidad*. Solo que entonces esa generalidad no se entiende ni-discriminada, ni en modo alguno imputable por encima de las experiencias humanas efectivas. No son sino estas últimas las llamadas a permitir corroborar o rectificar, en muchos o pocos casos por ver, si en *esos* casos se reitera o no la tendencia general experimentada en aquellos otros casos que dan lugar a la «idea» en cuestión.

Vale decir que «geometrismo» no significa lo mismo que criterio general *tout court*; son unas modalidades de *falsa* generalización o al menos de generalización excesiva. No llamo «geométrico» a todo criterio jurídico *general*, sino a la mentalidad metodologista de suponer que por disponer de semejantes criterios, estos mismos nos llevan de la mano a dilucidar en alguna forma relativamente segura los conflictos de interpretación reales, la «vida» del derecho. Si bien esos criterios contribuyen a suministrar un *marco* (Kelsen)[67] —que incluso puede ser contradictorio[68]— para tales conflictos, cuáles sean estos «marcos» no es dable detectarlo sino en la

[66] Véase también Haba, 2015c, esp. §§ 5-7 y 12-13.

[67] Kelsen, 1982, § 45.d (p. 351 y s.: «El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación»). Véase también Haba, 2017a.

[68] *Supra*: nn. 32 y 33.

experiencia jurídica misma. Esta ficción geometrista existe principalmente como *law in books.*

Desde luego, los grados de geometrismo jurídico-doctrinario cultivados por los autores pueden ser mayores o menores. Pero lo cierto es que en la actual Teoría del Derecho predominan ampliamente los estudios dirigidos a indicar pautas, sean unas u otras, aptas para confeccionar modelos de razonamientos jurídicos firmemente geometristas; es notoriamente el caso de autores tan admirados como Alexy (ello culmina con sus algoritmos de «ponderación»[69]) y Ferrajoli[70] (difícil imaginar un extremo de iusdogmática que consiguiera ser hasta más galáxico aún que el tomo III de su obra *Principia iuris*).

* * *

El efecto común de los ítems señalados más atrás [§§ 2-5] es justamente que los planteamientos se presentan inundados de geometrismo, desde sus precomprensiones de base y por supuesto en las consecuencias inferidas *así*. Recapitulemos:

Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos: el geometrismo se autoinmuniza por confinar la atención a unos niveles semánticos (palabras: «novelas» de conceptos[71]), de modo que las posibilidades de falsación empírica (hechos: realidades jurídicas) quedan *a limine* fuera de foco.

Cuestiones explicativas y cuestiones normativas: la ni-distinción en que se deja las posibles relaciones efectivas entre esos dos planos habilita inundar de inferencias geometristas al segundo, pues el carácter principalmente axiomático de esos razonamientos no requiere ni permite condicionarlas a posibles comprobaciones de racionalidad *instrumental* resultantes del primero.

69 *Supra*: n. 41.
70 *Supra*: n. 42.
71 *Supra*: n. 26.

Falsa precisión: como los conceptos básicos manejados son exactamente «distintos» en su presentación visual icónica, ello permite «construir» toda suerte de relaciones geometristas entre esos íconos mismos, por más disputadas que sean muchas de sus interpretaciones concretas.

Pensar por sistemas, pensar por ideas para tener en cuenta: los «sistemas» de conceptos normativos delineados así en el papel, dan por descontado, precisamente en virtud ser presentados como *tales*, que ellos permiten resolver «geométricamente» aun las controversias jurídicas concretas precomprensión: isomorfismo entre *law in books* (de recetarios debidamente dogmático-geometristas, por lo general) y *law in action* .

Desde luego que las normas, tanto las jurídicas como las de cualquier otra especie, no pueden sino ser *generales* para tales o cuales rubros en su dimensión semántico-intensional. En los estudios realistas sobre derecho no deja de tomarse en cuenta eso, mas se eluden tres tipos de interrogantes claves al respecto, de neta raigambre contra-«geometrista»: **a)** ¿en qué medida cada término de los criterios normativos en cuestión, ya sea unos tomados literalmente de textos oficiales del derecho positivo u otros que provienen de elaboraciones iusdoctrinarias, son de veras bastante *precisos* (intersubjetividad) en sus aplicaciones prácticas o si antes bien resultan ser retóricamente manipulables mediante interpretaciones *contradictorias* al respecto?; **b)** ¿las relaciones normativo-ilativas entre esos términos, o aun con respecto a otros que suelen manejarse en asociación con aquellos, son o no son *unívocas*?; **c)** de acuerdo con los dos puntos anteriores [*a*-*b*], pero también en función de circunstancias material-sociales normales el respectivo fuera-de-texto , ¿habitualmente hay de veras *isomorfismo* entre los procedimientos jurídicos concretos practicados y lo pre-visto por las fórmulas «geométricas» postuladas?

No digo que a esas tres preguntas les corresponda *necesariamente* ¡esto no sería sino otro geometrismo más! una respuesta negativa, para todos los casos. Subrayo, sí, que las interrogaciones sobre *realidad* jurídica no es dable solventarlas sujetándose a ninguna pre-suposición de unicidad (geometrismo) al respecto, aun si tal unicidad esté postulada semánticamente. Esas respuestas resultan *variables* y en buena medida pueden ser *contingentes* (¡no-«geometrismo»!), si bien no *ilimitadamente* variables («marco» jurídico[72]), según las prácticas *efectivas* de utilización de los criterios normativos en cuestión por parte de los operadores oficiales del derecho. No la *law in books*, sino la *law in action* es la piedra de toque para aquilatar toda teoría destinada (real o supuestamente) a lograr resolver mejor las cuestiones de derecho «terrenales». Esto es, examinar las funciones del derecho como *tecnología social*.

* * *

Las fundamentales tesis de Vaz Ferreira destacadas a lo largo del presente texto, por cierto indican unos rasgos generales en cuanto a las formas de pensamiento examinadas. Solo que... ¡*esa* generalidad no tiene nada de «geometrista»! Aun ella misma se ofrece ahí como «idea a tener en cuenta». Se trata, pues, de unas «pistas» que son solo *relativamente* generales, *no* pueden dar lugar a inferencias indefectibles («geométricas») en las materias a que se apliquen: todo ello es eventualmente *falsable* para unos u otros de los objetos de referencia donde se examine sometiéndolos ni más ni menos que a contrastaciones empíricas qué pasa ahí *en la práctica*.

[72] *Supra*: n. 68.

7. Valor y uso del razonamiento

«Muchos lógicos, observadores, muchos hombres de ciencia también, han notado que en la práctica el raciocinio resulta para los hombres sumamente engañoso y falaz; que todo, o casi todo, ha podido demostrarse, o parecer que se demostraba, por razonamientos. (...) El razonamiento es bueno, pero por sí solo no basta, en esta *cuestión de casos y de grados*. (...) Los partidarios excesivos del razonamiento, los que creen que todo puede y debe formularse por el razonamiento, se equivocan, y se equivocan también los que pretenden prescindir del razonamiento; lo que es necesario en la vida práctica, es completar el razonamiento con el instinto **empírico**. (...) [L]es falta ese control del sentido común hiperlógico. Muchas veces, son espíritus falsos, *no porque razonen, sino porque no hacen más que razonar*; no porque tengan una cosa, sino porque les falta otra [¡empiria!]»[73].

«Aquí entra el buen sentido hiperlógico, producto de cuanto hemos visto y de cuanto hemos sentido; esa concentración de experiencia y de sentimiento: algo ya instintivo»[74]. «Se ve claramente la *cuestión de grado*: "hasta cierto punto", "no demasiado"; pero ¿dónde esta *ese cierto punto*?, ¿cuánto es ese *demasiado*? Aquí, ya el razonamiento es impotente; lo que nos da la solución, sea en general, sea para cada caso, es la **experiencia**, cuando es posible; pero, cuando no es posible, es el instinto empírico, el instinto **experimental** que todos tenemos en mayor o menor grado, al que conviene no despreciar, y que **completa** el raciocinio»[75].

Me importa poner el acento sobre todo en la lucidez con que Vaz Ferreira subraya la radical insuficiencia que tienen los razonamientos *por sí solos*, cuán indispensable es complementarlos por tanto: eventualmente corregirlos con información dada por saberes propiamente *empíricos* sobre la materia misma

[73] Vaz Ferreira, 1963b, págs.: 243, 249, 251s.; curs. del A., negr.(itas) E.P.H. .
[74] Vaz Ferreira, 1963b, p. 255.
[75] Vaz Ferreira, 1963b, p. 249; negr. E.P.H.

realidades a que esos razonamientos entiendan referirse. Subrayar esto puede parecer trivial, mas no pocas teorizaciones en las ciencias sociales pasan por encima de tal comprobación[76].

En la Teoría del Derecho, particularmente, tal pasar-por-encima no es la excepción, constituye la tónica ampliamente dominante de las elucidaciones a que se consagran sus escritores. Ahí esto se debe sobre todo a presuponer el isomorfismo semántica = pragmática [*supra*: § 2]; o en todo caso, supuesto que tal precomprensión no les pase simplemente desapercibida a aquellos, no ven motivo de someterla a «controles» que no sean de índole discursivo-dogmáticas, al menos para las tesis sustentadas por ellos mismos. No habría necesidad, pues, de condicionar la pertinencia de esos razonamientos a unos saberes suministrados por «el instinto *empírico*», su aceptabilidad no tendría por qué depender de ningún «*control* del sentido común *hiper*lógico», mas tampoco de cuanto puedan verificar las *ciencias* sociales sobre tendencias de las conductas humanas efectivas en relación con los criterios normativos invocados.

Desde luego, no hay por qué *limitar* el control empírico sobre los enunciados normativos a reivindicar conocimientos del saber cotidiano, ese «instinto» o «sentido común» señalado por Vaz Ferreira. Tal reivindicación es recomendable sólo hasta donde ese saber vulgar no se encuentre desmentido por investigaciones de las ciencias sociales, des-velamiento con respecto a «construcciones» del imaginario social[77] (mitos ideológicos, prejuicios, etc.). Es cierto que, para darse cuenta de que yerran unos razonamientos académico-«celestiales» sobre conductas humanas comunes, puede bastar con simplemente volcar los ojos a la «tierra», y entonces alcanza con experiencias incorporadas como «instintivamente» a nuestro acervo normal de saberes cotidianos; mas también es verdad que en muchos respectos no

[76] Véase Haba, 2010b.

[77] Cfr.: Berger/Luckmann, 1968; Topitsch, 1988. Mas esas no son las «construcciones» y «constructivismos» específicamente técnico-jurídicos [*supra*, n. 63, *infra*, n. 80].

sucede así. En efecto, hay también aspectos más complejos de las dinámicas sociales, no fácilmente perceptibles por el ciudadano «de a pie». Acerca de estos otros aspectos, menos sencillos, las susodichas ciencias pueden aportar conocimientos *empíricos* decisivos, incapaces de ser provistos por el mero «*instinto* empírico». [No creo que Vaz Ferreira haya entendido contradecir estas precisiones.]

El señalado énfasis que Vaz Ferreira puso en hacer advertir que la pertinencia de todo razonamiento, para la «vida práctica», corresponde controlarla en función de su respectivo sustento *empírico,* cabe aplicarlo asimismo en cuanto a un aspecto especial que él no abordó ahí: las posibilidades del derecho como *tecnología* social[78]. A este respecto, si bien aún para ello tiene pertinencia mucho de cuanto el «instinto» en saberes cotidianos sobre lo social le hace palpable al ciudadano común (aun si ello no concuerde con unos «cielos» iusdoctrinarios), es obvio que resulta indispensable, como en toda tecnología, recurrir también a conocimientos especializados en lo pertinente de *ciencias* empíricas: Lingüística, Sociología, Economía, Politología, Psicología Social y demás, para conocer tales o cuales aspectos codeterminantes de lo jurídico. Si bien Vaz Ferreira no abordó tal advertencia específica, su *Lógica viva* lleva de la mano a que también por cuanto hace a los razonamientos jurídicos, ahí la atención debiera ser dirigida sobre todo hacia el derecho empírico. Muy a diferencia, pues, de lo «falseantes e «inhibitorios» que, justamente en cuanto a esto último (¡empiria!), son los *divertimentos* «constructivistas»[79] en la materia.

* * *

Estoy convencido de que no poco de cuanto se discute en la disciplina especializada Teoría del Derecho sería visto de muy *otro* modo, cuando no simplemente se des-envanecería («... la mosca escapando del mosquitero»[80]), si se

[78] *Supra*: n. 23.
[79] *Vid.* Haba, 2007.
[80] *Supra*: n. 55.

toma debida conciencia de esas puntualizaciones de Vaz Ferreira hacia las que he tratado de llamar la atención aquí. Pues sí, quiérase o no:

> «... el ser un buen pensador es más difícil de lo que a primera vista parece, porque no solo hay que defenderse de las soluciones: hay que defenderse *hasta de las cuestiones*, de los mismos problemas de los enunciados»[81].

[81] Vaz Ferreira, 1963b, p. 145.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Estudios del autor complementarios

Haba, E. P. (1996) «Lógica formal y Derecho». En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VII, pp. 625-632. Buenos Aires: Driskill. [Recogido, con ampliaciones, en Haba, 2012, t. III, Tema 10 («Lógica formal y derecho. Lógica deóntica como espejismo de falsa precisión para el pensamiento jurídico».). Versiones abreviadas: Haba, 2012, Sec. D.IV; Haba, 2015, cap. IV («Racionalidad mecánica: lógica deóntica (su esterilidad como conocimiento y su inocuidad para servir como guía en las prácticas jurídicas efectivas)»).]

Haba, E. P. (1998) «Teorización constructivista como "forma de vida" (Sobre "formas y reglas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*, 21-I, pp. 147-170. [Versión revisada y ampliada: Haba, 2015a, cap. VI («Ciencia jurídica imaginaria. Sobre "reglas y formas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes. Vocaciones astronáuticas –constructivismo– en la actual Teoria del Derecho, practicadas como "divertimento" académico (y desempeñadas como "forma de vida" profesoral»)».]

Haba, E. P. (2000) «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón "constructivista": ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos? (Por una semiótica realista-crítica del derecho, como alternativa a la idea de "sistema" jurídico y a la vocación celestial de la Semiótica Jurídica racionalista)», *Doxa,* 23, pp. 561-596.

Haba, E. P. (2003) *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*. San José: Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tomos I y II.

Haba, E. P. (2006) *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales.* Madrid: Dykinson. [Los contenidos de este libro pasaron después a formar parte de la obra, mucho más amplia: Haba, 2012.]

Haba, E. P. (2007) «Contra la "Santa (charla-)Familia". Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico», *Doxa,* 30, pp. 491-524.

Haba, E. P. (2009), «El *bluff* Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Criterio Jurídico*, 9-l, pp. 155-258. [Presentación previa abreviada: *Doxa,* 24 (2001), pp. 165-201.]

Haba, E. P. (2010a) *Los juicios de valor (Elementos básicos de Axiología General). Epistemología del discurso valorativo práctico. Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos*. 2ª ed. corregida. y ampliada. San José (Costa Rica): Editorial UCR.

Haba, E. P. (2010b) *Entre tecnócratas y wishful thinkers. La visión «misionera» de las ciencias sociales*. Granada: Comares. [Unos adelantos de ideas básicas de ese libro se encuentran en los estudios sobre «concepción misionera» publicados en: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, nos 64 (jun. 1994, pp. 209-119), 70 (dic. 1995, pp. 69-81), 71 (marzo 1996. pp. 73-94), 72 (jun. 1996, pp. 171-186), 73-74 (set.-dic. 1997, pp. 145-157); y *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 137 (marzo 1997), pp. 109-125, Madrid.]

Haba, E. P. (2010c) «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional

(Observaciones sobre la falaciocidad de ellas como descripción del pensamiento judicial y también acerca de su inocuidad como propuesta práctica para este mismo)», *Doxa*, 33, pp. 321-360. [Recogido en Haba, 2014a, pp. 27-102.]

Haba, E. P. (2012) *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. San José (C.R.): Editorial UCR, Tomos I y II (impresos.) + Tomo III (texto en CD). [La versión revisada de esta obra se publicará en Ediciones Olejnik, 2020.]

Haba, E. P. (2013) «La opción capital para los razonamientos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?)», *Doxa,* 36, pp. 509-550. [Una versión revisada (reorganizada, también con algunos pasajes suprimidos y otros añadidos) se encuentra en: *Empório do Direito,* 12/11/2015, https://emporiododireito.com.br/leitura/la-opcion-cardinal-para-los-discursos-juridicos-novelas-de-conceptos-o-una-tecnologia-social (también en Haba, 2018a, p. 183 y ss.).]

Haba, E. P. (2014a) (Ed.) *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica.* Lima-Bogotá: Palestra-Temis. [La mayor parte del contenido de ese libro fue publicado antes en *Doxa*, 33 (2010,) pp. 319-450.]

Haba, E. P. (2014b) «A revueltas con la *storytelling* llamada "ponderación", y también preguntando sobre "límites" del derecho», *Doxa*, 37, pp. 337-372.

Haba, E.P. (2015a) *La ciencia de los juristas: ¿**qué** «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita.* San José (C.R.): Editorial Jurídica Continental.

Haba, E. P. (2015b) «¿Qué es "realidad" jurídica? De cómo aprehenderla en cuanto a los discursos de los juristas», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 18, pp. 67-130.

Haba, E. P. (2015c) «Sobre la in-distinción propuesta entre *cómo* son posibles las interpretaciones reales y unas que son "posibles" imaginariamente. Descubriendo, gracias a J. A. García Amado, ciertas inéditas (y no poco sabrosas) peripecias del razonamiento "geométrico" acontecidas recientemente en el Reino de Absurdistán», *Doxa,* 38. pp. 537-553. [Tal vez la versión íntegra de este trabajo pueda ser publicada en 2020].

Haba, E. P. (2016) *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico. Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*. San José (Costa Rica) 3ª ed.(revisada y ampliada); Editorial UCR.

Haba, E. P. (2017a) «"Kelsenismo" *à la carte*... Sobre repercusiones del Kelsen imaginario en la doctrina jurídica (Cómo la Teoría Pura del Derecho aparece metamorfoseada en una ideología profesional)». En: Uribe Álvarez, R. y Sierra Sorockinas, D. (Eds.), *Sobre la Teoría pura del derecho. Homenaje a Hans Kelsen por los 80 años de la primera edición de Reine Rechtslehre*, pp. 17-59. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [También en: *Empório do Direito,* 28/03/1917, http://emporiododireito.com.br/leitura/kelsenismo-a-la-carte-sobre-repercusiones-del-kelsen-imaginario-en-la-doctrina-juridica-como-la-teoria-pura-del-derecho-aparece-metamorfoseada-en-una-ideologia-profesional.]

Haba, E. P. (2017b) «Glosas, en claves de criticismo realista, para aquilatar el iusnormativismo "suave" de H. L. A. Hart», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 20 (Especial XX Aniversario), pp. 29-58.

Haba, E. P. (2018a) *Invitación al razonamiento jurídico realista. Sus puntos de partida fundamentales más un modelo procedimental heurístico*. Lima: Palestra.

Haba, E. P.(2018b) «Atajos para una racionalidad jurídica ilusoria: "universalidad", "consistencia"/"coherencia", pretensión de "corrección", lo "razonable", etc. (¿Quiénes son los juristas "iluminados"?)», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 21, pp. 3-45.

Haba, E. P. (2018c) «Puntualizaciones realistas sobre la conceptuación: "redes" del derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como "paradigma" renovador del pensamiento jurídico», *Doxa*, 41, pp. 297-317.

Haba, E. P. (2019a) «Por qué, y cómo, son "inconmensurables" las teorías jurídicas (Sobre modos de "hablar" con que las doctrinas hegemónicas en la actual Teoría del Derecho se las ingenian para no afrontar el principio de realidad»), *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 22, pp. 17-78.

Haba, E. P. (2019b) «Anotaciones para no acoplarse al efecto-Vicente (ni sucumbir ante el cerco del "correctismo" profesoral)», *Empório do Direito,* 03/05/2019. Disponible en: https://emporiododireito.com.br/leitura/anotaciones-para-no-acoplarse-al-efecto-vicente-ni-sucumbir-ante-el-cerco-del-correctismo-profesoral [Consultado 20-07-2019].

Haba, E. P. (2019c) «A contravía de "lo profesoralmente correcto" en Teoría del Derecho. Una discusión adyacente con respecto a *qué* sea "racional" (Sobre ciertas falacias de inmunización académica dirigidas a sustentar, bajo ese membrete, la idealización del razonamiento jurídico)», *Revista de Ciencias Jurídicas* (Universidad de Costa Rica), programado para publicar en sus N°s 148 (mayo-agosto) y 149 (setiembre-diciembre) de 2019.

b) Trabajos mencionados de varios autores

Berger, P. y Luckmann, T. (1968) *La construcción social de la realidad* (trad. S. Zuleta, rev. técn. M. Giménez Zapiola). Buenos Aires: Amorrortu.

Courtis, C. (2006) (Ed.) *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación juridica*. Madrid: Trotta. [Comentario: Haba, 2012, p. 781 y ss. («Complemento: ¿Hay «métodos» para la investigación jurídica?»).]

Debray, R. (1983) *Crítica de la razón política* (trad. [con múltiples defectos] P. Calvo). Madrid: Cátedra.

Frank, J. (1931) «Are Judges Human?», *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 80, pp. 17-53 y 233-267.

Frank, J. (1968) *Derecho e incertidumbre* (trad. C. M. Bidegain). Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Frank, J. (1970) *Law and the Modern Mind*. Gloucester (Mass.): Peter Smith.

García Amado, J. A. (2010) *El derecho y sus cicunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gellner, E. (1962) *Palabras y cosas* (trad. M Acheroff). Madrid: Tecnos.

Jhering, R. (1974) *Broma y veras en la Jurisprudencia* (trad. T. A. Banzhaf). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Kelsen, H. (1982) *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. Vernengo). México: Universidad Nacional Autónoma de México. [Comentario: Haba, 2017a.]

Lautmann, R. (1972) *Justiz — die stille Gewalt*. Francfort: Fischer Athenäum Taschenbuch.

Llewellyn, K. N. (1930) «A Realistic Jurisprudence — The Next Step», *Columbia Law Review*, 30, pp. 431-465.

Pound, R. (1910) «Law in Books and Law in Action», *American Law Review*, 44, pp. 12-36.

Radbruch, G. (1970) *Rechtsphilosophie.* 7ª ed. (por E. Wolf). Stuttgart: E. F. Koehler.

Salas, M. E. (2012) «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa,* 35, pp. 751-789.

Salas, M. E. (2017) «Teoría de la argumentación contra el *argumentum porci*». En: Aguiló Regla, J. y Grández Castro, P. (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza,* pp. 329-346: Palestra.

Salmon, C. (2008) *Storytelling. La máquina de fabricar histoiras y formatear las mentes* (Pról. M. Roig, trad. I Bértolo). Barcelona: Península.

Schopenhauer, A. (2005). *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas. Dialéctica erística* (trad. D. Garzón). Madrid-Buenos Aires-San Juan (Puerto Rico)-Santiago (Chile): Edaf.

Topitsch, E. (1988) *Erkenntnis und Illusion. Grundstrukturen unserer Weltauffassung*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2ª ed. (reel. y ampl.).

Vaz Ferreira, C. (1963a) *Moral para intelectuales.* Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III [ed. or. 1909].

Vaz Ferreira, C. (1963b) *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica).* Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV. [ed. or. 1910].

Vaz Ferreira, C. (1963c) «Recuerdos de una clase de Filosofía del Derecho» [ed. or. 1956]. En: *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales*, 1ª serie, Montevideo: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol.. XI, pp. 243-273.

Wallas, G. (1962) *Human Nature in Politics.* Lincoln (USA): University of Nebraska Press.

Wittgenstein, L. (1953) *Philosophische Untersuchungen / Philosophical Investigations.* Oxford: Basil Blackwell.

i-Latina 1 (2019): 1-20
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.11

Reseña crítica del libro "La Deriva Reaccionaria de la Izquierda", de Félix Ovejero, Letra Indómita, Barcelona, 2018, pp. 381.

GUILLERMO LARIGUET
Conicet/Cijs/UNC-UNL
gclariguet@gmail.com

RESUMEN

La *deriva reaccionaria de la izquierda* es un ejemplo de pensamiento filosófico político profundo. Ovejero muestra su erudición describiendo la situación de la izquierda contemporánea a partir de situar sus orígenes en la Revolución Francesa. A través del análisis de eventos históricos, el autor da luz respecto de cómo entender generales pero no menos profundos aspectos sobre filosofía política y de filosofía en general, a la vez que se repasa y critica el pensamiento de izquierda.

PALABRAS CLAVE: Filosofía política, izquierda racional, liberalismo, marxismo, socialismo, Ovejero (Félix)

ABSTRACT

"*Deriva reaccionaria de la izquierda*" is an example of deep politic - philosophic thinking. Ovejero shows his erudition by describing contemporary left-wing situation from setting its origins in the French Revolution. Through the analysis of historic events, this author gives light on how to understand general but deep features about Political Philosophy and general Philosophy, at the same time that reviews and criticizes left-wing thinking.

KEYWORDS: Political Philosophy, rational left-wing, laissez-faire, socialism, Ovejero (Felix)

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

Félix Ovejero, profesor de filosofía política en la Universidad de Barcelona, es uno de los más eminentes filósofos políticos de nuestra lengua, que cuenta con una prolífica producción intelectual. Sólo a título de ejemplo, podrían mencionarse obras suyas tales como *La quimera fértil* (1994), *La libertad inhóspita* (2002), *Proceso abierto. El socialismo después del socialismo* (2005), *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo* (2008), etc.

La deriva reaccionaria de la izquierda es el mejor libro de filosofía política en habla hispana que he leído en los últimos años. Y no sólo de habla hispana. Y aunque es un libro, básicamente, de filosofía *política,* ello no obsta a asegurar que es, también, un excelente libro de *filosofía,* a secas. ¿Cuáles son las bases de mis afirmaciones? Quiero sostener que el libro de Ovejero trasunta la reflexión de un filósofo que ha transitado hondamente su oficio. Que ha masticado muchas veces las ideas filosófico-políticas, que ha llevado sus argumentos, como pide Sócrates, tan lejos como puedan llegar. Aunque hoy nos parezca un lugar común citar el lema kantiano *sapere aude*, no me parece tan común como creemos. Los filósofos solemos ser absorbidos por tareas filológicas y, eventualmente preocupados por mostrar erudición, o fidelidad a ciertos textos, nos hemos olvidado de pensar por nosotros mismos. Relegamos, no pocas veces, nuestra propia voz, nuestros argumentos y nuestro estilo. Ninguno de estos olvidos se hace presente en *La deriva reaccionaria de la izquierda.*

Otro aspecto que llama favorablemente la atención de *La deriva reaccionaria de la izquierda* es que su profunda –y muchas veces brillante- argumentación no conduce al autor a distinciones extravagantes, a abstracciones sin sentido. La obra de Ovejero, por el contrario, recorre un camino guiado por la admonición del poeta español Gil de Biedma cuando fustigaba a esos intelectuales "cultos, sensibles y elaboradamente tontos; con presbicia intelectual, que no ven jamás lo obvio, solo lo remoto y traído de los pelos; que, en definitiva, carecen de sentido común" (Ovejero, p. 16). Aunque el sentido común es un tema filosófico en sí mismo, y aunque es claro

que a veces es preciso ir contra el mismo (de hecho, eso hacen algunos experimentos mentales que elaboramos), Félix Ovejero –diría que sabiamente- sabe moldear ese sentido y ejercerlo mediante ejemplos que aclaran los problemas, y los límites de los argumentos. En lo que sigue, desplegaré dos tareas. Como corresponde, en primer lugar, haré una descripción general de la obra citada para que el lector pueda hacerse una idea somera de qué va el asunto tratado por el autor. En segundo lugar, algunas, plantearé sólo algunas reflexiones que pueden conectarse con el contenido de la obra.

Antes de seguir avanzando, es preciso señalar el talante personal de Ovejero. Reflexionar sobre una "deriva reaccionaria" de la izquierda, para quien no lo conoce, podría poner en la trampa de inferir lo incorrecto: que el propio Ovejero es reaccionario, de derechas o que está en las antípodas de la izquierda. Nada más lejos de la verdad. Ovejero es un socialista, uno de una clase que habrá que especificar más adelante. Pero, con seguridad, que no es derechas. Y, a propósito de este calificativo de "reaccionaria", para cierta tipología de izquierda, habría que señalar otro mérito –no puramente intelectual, sino más bien de orden moral-sobre su autor: Félix Ovejero, está situado a contracorriente de cierta intelectualidad complaciente, cuando no claudicante de sus propios fines. El contenido de la obra reseñada transmite la posición de un filósofo valiente. Para emplear términos de la teoría moral, desearía indicar que Ovejero expone una forma de "internalismo moral" pues, la fuerza de sus convicciones intelectuales, lo llevan, guiado por el principio ético-discursivo de la sinceridad, a arremeter contra argumentos, tesis o conceptos que requieren de crítica sesuda. Aunque suene raro decirlo, se está volviendo un lugar común encarnar formas de intelectualidad caracterizadas por la palabra fácil, la etiqueta vaga, la denominación rimbombante que halaga a algunos. Esta forma de prostitución, otras de narcisismo, a veces de cobardía, desplazan al filósofo de su terreno más propio: el de la búsqueda de la verdad o, dicho en clave existencialista, del territorio soberano en que debemos ser fieles a nosotros mismos.

Debo, por supuesto, caracterizar la índole conceptual que la deriva reaccionaria de la izquierda tiene para su autor. Sin embargo, antes de ello, por razones de método, conviene identificar cuál es la estructura y contenido principal de la obra. Al hacerlo, tendré cuidado de no adelantar –en demasía- todas las tesis y argumentos, lo cual es imposible por el género de la reseña; además, conviene que el lector que no ha leído esta obra de Ovejero, se vea racionalmente persuadido a considerar leerla. Y cuando digo racional incluyo la noción de contar con el entusiasmo para leerla que yo mismo he experimentado. No es un asunto, sin embargo, como quiero transmitir, solo de "primera persona" pues, cualquier filósofo sensible a la belleza de los buenos argumentos, pienso, debería sentirse también entusiasmado.

La obra comienza con una introducción que ubica al lector, someramente, en lo que será el nudo problemático a tratar: el de una *izquierda racional*. Contra las afirmaciones más populares sobre el mayo francés, Félix Ovejero arranca con una crítica bien elaborada a la izquierda -que él llama adolescente- del mayo francés que creía que la "edad es equivalente a tener buenos argumentos" (p. 21). Es esa clase de izquierda la que proferirá frases como "sed realistas, exigid lo imposible", "no queremos un mundo donde la garantía de no morir de hambre es el tributo del riesgo de no morir de aburrimiento", etc.

Una izquierda racional, para Ovejero (pp. 55-76), entre otras demandas, debe ser una izquierda sensible a los mejores argumentos, a la demanda de evidencia empírica para sustentar sus tesituras; una izquierda, que, a su vez, pueda identificar los principios o valores normativos que puedan guiar un buen debate, así como una izquierda comprometida con la pulcritud en el uso de los conceptos. Efectuada esta introducción, Félix Ovejero divide su obra en tres partes, bien distinguidas, aunque también bien enhebradas mutuamente.

La primera parte se subdivide en tres grandes sub-secciones. Primero, la sub-sección donde el autor (p. 79 y ss.) presenta las raíces ilustradas del socialismo;

raíces que, *pace una mirada popular,* se enraízan en la misma revolución francesa de 1789. Esto porque uno de los horizontes del socialismo fue la lucha por la democracia; especialmente, como veremos, por la igualdad, uno de cuyos correlatos análogos, en el discurso revolucionario mencionado, será el ideal de fraternidad de los hombres. Un ideal que, en la teoría socialista contemporánea, profundizaron autores como Gerald Cohen. La segunda sub-sección aborda lo que, en mi reconstrucción del pensamiento vertido por el autor (p. 111 y ss.), es un signo de decadencia peligroso en la izquierda: sus derivas posmodernas. Se trata de una izquierda que reemplaza la búsqueda del rigor conceptual, y la escrupulosidad empírica, por parte de las ciencias sociales (teoría política, sociología, economía), por el hallazgo de formas estéticas oscuras para expresar vaguedades. Con ello, Félix Ovejero alude, principalmente, al corrimiento de los estudios sociales, por estudios literarios. Una sospecha, mal elaborada, sobre el valor epistémico confiable de las ciencias sociales, hace que los filósofos se vuelvan mudadizos, se transformen en críticos literarios. Aunque Ovejero menciona a Derrida, y sus seguidores, como un ejemplo, de esto, también podría mencionarse a Richard Rorty cuando defendió en su obra *Ironía, contingencia y solidaridad,* los efectos benéficos de sustituir el discurso argumentado de la filosofía, por la expresión emocional, propia de novelas, folletines, o películas, de aparente mayor eficacia en el moldeo de los comportamientos sociales. El principal basamento para esta operación de escamoteo de las formas estándares de racionalidad (lenguaje y conceptos claros, argumentos razonables y evidencia empírica) desarrolladas por las ciencias sociales, y re-legitimación de los estudios literarios, es que estas ciencias reproducen acríticamente relaciones de asimetría de poder, esto es, de dominación. Creo que tiene razón Ovejero en cuestionar este desplazamiento por irracional.

En complemento con la posición de Ovejero, creo que el asunto no debiera tratarse en los livianos términos dicotómicos de "filosofía analítica –cultivada por el autor y este reseñador- y la mal llamada filosofía continental". Entiendo que verlo así es una forma de simplificación. El problema, según entiendo, es más general y es, primero que nada, de orden epistémico: la defensa de lenguajes oscuros,

obsesionados sólo con sus efectos presuntamente estetizantes, con la presencia de argumentos desmañados, no es un sendero despejado para exponer las asimetrías de poder. Supone, además creo, una ingenuidad: pensar que los propios estudios literarios estarían inmunizados frente a dichas asimetrías o juegos perversos de dominación social. Una vez más, no podemos permanecer tibios en este punto. Y este punto, a mi manera de ver, concierne al modo en que tenemos de ejercer el oficio filosófico. Este modo está regulado por una noble demanda ética: tras la exigencia de pulcritud conceptual, limpieza mental, y argumentación rigurosa, existe la idea de que los filósofos no podemos revestirnos de formas arcanas de autoridad que no se puedan –al menos mínimamente- compartir con otros, que no se puedan comunicar claramente y, que, por ende, ¡no se pueda discutir democráticamente! Desde luego, una objeción que alguien podría hacerle a Ovejero es que, cuando él habla de Derrida, cita estudios "sobre" el filósofo, pero no obras "del" del filósofo de procedencia argelina. La réplica de Ovejero, eso está bien claro, no podría ser que no vale la pena hacerlo ya que, precisamente, ¡Derrida es objeto de sus críticas!

En un tono más conciliador, quizás, se podría decir que el autor francés de, por ejemplo, *Los espectros de Marx,* o del seminario *La bestia y el soberano,* tiene cosas valiosas para decir sobre la política. *Ex hypothesi,* voy a concederlo. Pero, a continuación, se podría todavía reflexionar: si de lo que se trata es de presentar las cosas como son, incluso en vena *deconstructiva,* ¿no es porque queremos captar algo de la política que permite esclarecernos en algún sentido? Si la respuesta es afirmativa, y sostengo que lo es, entonces, ¿no es mejor, como preconiza Ovejero, buscar formas limpias de expresar los conceptos y defender las ideas a hacerlo en forma oscura? Es evidente que la pregunta, así formulada, es retórica, pero, en este caso, no por ello carente de valor. Y, además, no puede plantearse de otro modo.

La tercera sub-sección aborda el clásico problema de si la izquierda marxista tiene una ética. Se trata de un problema genuino por cuanto Marx, en *La ideología alemana,* y en el *Manifiesto comunista,* (Ovejero, p. 136) considera a la ética (la que hoy, sobre todo, llamaríamos "normativa") de "basura ideológica". Uno de los

problemas de compatibilidad lógica entre el marxismo y la ética tiene que ver con algo que un anti-marxista como Karl Popper (citado por Ovejero) consideraba una suerte de paradoja. El marxismo, como bien recuerda Ovejero en este apartado, enuncia unas "leyes" de la historia que, por definición, son inexorables. Pero si lo son, se da, en mi opinión, aquello que Immanuel Kant llamó el "fatum mahometanum" (o razón perezosa). O sea, el argumento paradójico sería este: si, de todas formas, llegará x, por ejemplo, el *comunismo pleno*, consistente en una *ilimitada abundancia,* ¿entonces para qué preocuparse, como hace la ética normativa, por hacer algo? Adicionalmente, la tesis de una abundancia plena, de ser *empírica* y *modalmente* posible, enrostraría una consecuencia deletérea para cualquier teoría de la justicia y, en consecuencia, para cualquier ética política. Correctamente, Ovejero recuerda, a partir de la tesis de la abundancia ilimitada o plena, al *País de Jauja*, aquél donde "todos los deseos" se pueden satisfacer, donde la envidia sobre la satisfacción de preferencia de los otros no tiene cabida, donde no hay conflicto de intereses; en fin, en una sociedad donde reina la armonía plena. En una sociedad así se evaporan las "circunstancias de la justicia" y cualquier horizonte normativo de unos principios de justicia.

Por supuesto, el problema –filosófico- del tipo de relación lógica que quepa establecer entre ética normativa y marxismo, dista de ser tan fácil como quizás podría parecer a primera vista. Aunque Marx parecía despreciar la teoría normativa, la cual presupone ciertos valores morales y políticos, es innegable que también ejercitaba la valoración cuando, por caso, condenaba las injusticias de la sociedad capitalista, la explotación del obrero y la articulación de la teoría de plusvalía (Ovejero, p. 134). Por otro lado, como se apreciará más adelante en el desarrollo de esta obra, Ovejero (p. 217 y ss.) complejiza adecuadamente su análisis de la dimensión ética del marxismo político cuando, llegado el momento, reflexione sobre las aportaciones del marxista *analítico* contemporáneo Gerald Cohen y su apuesta a que las condiciones materiales de *autorrealización* requieren no sólo un cambio social en las estructuras, sino también una "reforma en los corazones". Esta reforma es, evidentemente, una evocación de una dimensión ética del pensamiento filosófico.

La segunda parte de *La deriva reaccionaria de la izquierda* también contiene tres sub-secciones. En la primera (equivalente a la sección 4) hay un desmenuzamiento analítico de la igualdad "conservadora", propia del liberalismo "pacato", según los términos de Ovejero (p. 160) que se centra en la formalidad de la igualdad de oportunidades, sin reparo en las asimetrías materiales.

Se halla presente en ciertas formas liberales de reflexión, una obsesión por el tema de la "responsabilidad moral" por el propio destino o, para parafrasear la "lingua neoliberal" en boga en Argentina, expuesta, por ejemplo, por los discursos montaraces de Macri, la responsabilidad del "emprendedorista", del hombre que trabaja "en lo que le gusta" y que es artífice y pleno responsable de su vida: o bien, de sus riquezas llameantes esperando, o bien de las miserias sobrevinientes por su incuria. Si tuviera que traducirlo al lenguaje coloquial diría que es común oír, por ejemplo, que el "papá Estado" no se puede hacer cargo de los desaguisados de las malas elecciones de la gente. Si usted es cirrótico, porque "eligió" el camino del alcohol, o usted operario de una obra, fue "negligente" con el uso del casco y, al caerse del andamio, se fracturó el cráneo, estaría moralmente permitido "dejarlo a su suerte". La expresión "a su suerte" es muy gráfica del punto y podría enlazarse, aunque no de forma exenta de problemas, con la conocida doctrina del "igualitarismo de la suerte", también analizada por Félix Ovejero (p. 164 y ss.). Esta doctrina propugna una distinción entre la (mala) suerte no elegida, por ejemplo, nacer en villa miseria, o nacer sin un brazo, de la (mala) suerte que es consecuencia de nuestras opciones y de nuestras supuestas elecciones. Distinción que está presente, como se acaba de mostrar, con el ejemplo del cirrótico o del operario que no usa el casco. La distinción de fondo recién planteada es clara y apunta a discernir las circunstancias "elegidas" y "no elegidas". Se trataría de una diferenciación analíticamente prístina para separar la atribución, en principio correcta de responsabilidad, de la no-responsabilidad por lo arbitrario de la sociedad o la naturaleza. Con todo, como apunta Ovejero (p.164) la suerte bruta (no elegida) con la opcional (la elegida) suelen estar *mezcladas* en la realidad empírica. ¿Cuánto hay de "elección" en el ejemplo del

sujeto con propensión a alcoholizarse o el "negligente" operario que no usa el casco?[1] Resulta inquietante, diría, esta reconstrucción realizada, *comme il faut,* por Ovejero. Pues, por un lado, ha servido a algunos intérpretes de *Teoría de la justicia* de John Rawls para dar cuenta del contexto normativo del célebre "principio de diferencia" (o sea, desigualdades permitidas cuando compensan a los desaventajados sociales por la "lotería" natural o histórica). Pero, por el otro, ¿no estigmatiza, como apunta Ovejero, (p. 212) a los que "eligen" mal o a los que no tienen capacidad plena –autonomía fuerte en sentido kantiano- para elegir? Resultaría inhumano, para el segundo caso, dejar librados a su suerte a niños o ancianos (Ovejero, pp. 162; 165). Pero chirría a la moral, también, no socorrer al cirrótico o dejar al operario que no usó el casco que se desangre.

La combinación del conservadurismo de la distinción entre suerte "bruta" y suerte en las "elecciones" parece, por lo dicho, intrigante. O bien es un arma dilecta del conservador, o bien es el ariete del liberalismo igualitaria rawlsiano, o sea, del "progresismo liberal bien pensante". ¿Dónde reside la verdad conceptual? En las dos sub-secciones siguientes (en el libro la 5 y la 6), Félix Ovejero nos pone las pistas teóricas adecuadas para deshacer los malentendidos. Primero, mediante una distinción de tipos de propuestas de igualdad; término que se dice de diversas maneras. Segundo para calibrar los remedios socialistas según el tipo de socialismo que esté en el trasfondo.

Respecto de las "soluciones" al problema de la igualdad, nuestro filósofo pasa revista a teorías como las de Erik O. Wright (y su énfasis en la noción de cambio social), la idea de autorrealización del ya mentado Gerald Cohen para coronar con un examen positivo de la idea popularizada por van Parijs de una renta mínima universal individual e incondicionada (p. 182). No faltan en esta parte, a su tiempo,

[1] En los términos de la fábula atribuida a Esopo, este argumento de Ovejero vendría a decir que no todos los casos de "cigarras" y "hormigas" son tan limpios de *facto,* como lo serían analíticamente.

ponderaciones de las objeciones que se han descargado contra esta propuesta y una defensa provisional de posibles respuestas a tales objeciones.

Como un hombre de "izquierdas" (prefiero por ahora el uso vago del plural), Félix Ovejero no es un filósofo del "buenismo" o del mero "postureo", perspectivas pseudo-morales que cuestiona. No se puede hacer teoría política desde la mera buena voluntad o, *fariseicamente*, presentando una postura que suene bien, por lo menos, a los oídos que nos interesa que suene bien. Justamente, Ovejero distingue tipos diversos de empresas socialistas, una de ellas, la clásica idea del "estado de bienestar" es sometida a un fino escrutinio por parte del autor para entender sus alcances, límites y declives.

El estado de bienestar surgió de una forma de entender el socialismo que no presupuso eliminar al capitalismo. En las antípodas, un socialismo radical, como sabemos, buscó, y todavía busca si revisamos algunos discursos al uso de algunos partidos actuales de izquierda en nuestro país y en el mundo, eliminar el capitalismo. Otra forma, propia del socialismo de mercado, o del estado de bienestar, advierte que empíricamente es imposible eliminar el capitalismo si, con ello, se da a entender la desaparición coactiva del mercado. Entre otras razones, se sabe, por diversas evidencias empíricas, que el mercado es un buen "selector" de información sobre preferencias esenciales en materia de oferta y demanda de bienes de consumo. Esa tarea de selección no puede realizarla bien un estado absolutamente centralizado y planificado, ya que carece de los sensores adecuados de preferencias[2]. Así, los famosos "estudios de las cadenas de valor" realizada por Moreno, el antiguo secretario de comercio de la presidenta Cristina Kirchner, y carente de la formación científica adecuada para hacerlo, podrían ser un ejemplo de un fracaso[3].

[2] Otro problema empíricamente testeado del comunismo radical fue que la centralización absoluta, con salarios fijos, "hagan lo que hagan los trabajadores", produjo *desincentivos psicológicos* a mejorar la productividad.
[3] Dicho estudio de las cadenas de valor sería un ejemplo de intervención pública "a priori" en el mercado. Un mecanismo "a posteriori" podría ser el sistema de "precios cuidados" con los que el gobierno de Cristina Kirchner, y con modalidades no muy diferentes, Macri, intentó disminuir el

Sin embargo, hay también evidencia seria de que el mercado carece de la capacidad de producir bienes públicos y que, librado a su eje, puede generar externalidades indeseables. Más aún, se pueden usar argumentos liberales para sostener que algunas "intervenciones públicas" son necesarias para dotar de mayor eficacia al mercado. Con lo cual, la tesis de la "mano invisible" es un teorema falso, o una exageración conceptual.

Con todo, el argumento de la eficacia del mercado no (puede) agotar el mapa normativo. Una teoría socialista de la justicia está preocupada por la igualdad; concretamente, por diseñar adecuadamente principios normativos que permitan distribuir de modo equitativo bienestar. La discusión filosófica todavía sigue sobre cómo calificar el *objeto* de esa igualdad, o sea, ese bienestar, o eso que Rawls defendió a título de bienes primarios: si como capacidades, si como recursos, si como oportunidades. Además, todavía seguimos indecisos en *cómo* distribuir bienestar: ¿defendemos la tesis de las oportunidades o somos "prioritaristas" o, por caso, "suficientaristas"?

El socialismo ínsito al estado de bienestar, como explica Félix Ovejero, propendió a combinar mercado con intervención pública. Mientras la competencia política libre, al decir de Schumpeter, es el termómetro de las preferencias mayoritarias, un mercado públicamente regulado permite mayor eficiencia en la producción de bienes públicos, mitigación de externalidades y desarrollo de políticas activas en materia de igualdad (mejora en la capacitación laboral, mejora en sistemas de salud, acuerdos salariales competitivos, etc.).

El filósofo de la Universidad de Barcelona nos deja el camino sembrado de guijarros para advertirnos, si lo interpreto bien, que "su" socialismo, el sayo de la

impacto de la inflación de precios relativos vigente hoy en Argentina. El fracaso ha sido prácticamente completo o, si hubo victorias, han sido pírricas.

izquierda que le cabe, es el de una no radical (por tanto, que no busca terminar con el mercado), ni una utópica (por su reluctancia a la evidencia científica). Su socialismo, si se me permite el calificativo, es uno liberal. Entre las *grises* aguas del liberalismo igualitario rawlsiano y el marxismo analítico, Ovejero, a mi parecer, se identifica con el segundo. Porque, aunque Ovejero es sensible a las libertades (por ejemplo, a las negativas o, si se prefiere algo más fuerte, a las libertades *qua* no dominación republicanas) es, sobre todas las cosas, un defensor del *principio de igualdad en un sentido fuerte.* Ese sentido pasa por robustecer las condiciones materiales de autorrealización (de libertad, nada menos) y a destinar esfuerzos a cambios institucionales estables que produzcan "mejores ciudadanos" (p. 171 y ss.). Estos mejores ciudadanos son los que se preocupan no sólo de sí mismos sino del destino de sus compañeros. Tal concepción, explica parte de la admiración explícita de Ovejero (p. 218) por Gerald Cohen, un autor que quiere no sólo el cambio de las estructuras sino el cambio en los individuos, esos que son personas morales y ciudadanos buscando una conexión no meramente contingente entre ser ambas cosas.

Ahora bien, mi reconstrucción del socialismo que le cabe a Félix Ovejero no es incompatible con ciertas dudas que mantengo sobre el alcance de su postura. Por eso imaginé, líneas atrás, una franja gris, en la que alguien podría estar perplejo respecto de cómo ubicar a Ovejero en una línea gradual que va desde el liberalismo igualitario rawlsiano hacia el marxismo analítico de Cohen y sus corazones píos. Esto porque, en algunos pasajes, Ovejero parece mostrar la conveniencia analítica del argumento liberal de Rawls según el cual el diseño justo debe *motivar* inclusive, y debe contar con, el egoísta. El experimento mental de Rawls del pastel y de que, quien corta, escoge la porción última que queda, no es inocente. No es el experimento de seres altruistas *per se.* Ovejero parece ver la sagacidad de Rawls en este punto o, si se me permite un giro hegeliano, la "astucia de la razón". Esta admisión de Ovejero, además, cuaja con su defensa del apotegma de Kant en *La paz perpetua* de que la justicia debe hacerse incluso con un "pueblo de demonios" o de seres con "malos instintos" (Ovejero, p. 240). Esta visión está lejos de un socialismo de seres virtuosos.

O de un socialismo que, como los europeos del siglo XVIII que creían en un "buen salvaje", "naturalizan a la clase obrera" como una clase –necesariamente- angelical. La antropología no es igual, analíticamente, a un santoral.

Llegamos a la tercera parte de la obra: la de los "desvaríos" de la izquierda. Es en el examen de tales desvaríos donde sobresale una de las *principales tesis del libro:* cómo, una izquierda de raíces ilustradas, ha degenerado en una izquierda, o bien posmoderna, o bien con defensas incompatibles con el ideario izquierdista, como son, por caso, una defensa del nacionalismo (donde destaca la interpelación de Ovejero hacia los "catalanistas" actuales), o un cerrar filas en un peligroso comunitarismo mezclado con tesis confusas sobre el multiculturalismo. El nacionalismo y el tópico del multiculturalismo son estudiados en las sub-secciones 7 a 9. El espíritu de esta tercera parte es que el socialismo surgido de raíces ilustradas, comprometidas con dar los mejores argumentos en la esfera pública, así como un interés en que el discurso de la ciencia y la alta cultura permeen los debates obreros, ciudadanos, sindicales, ha recaído en formas reaccionarias. Estas, además del compromiso irresponsable con el *motto posmoderno,* patentizarían una defensa de un comunitarismo ramplón, de un lado, y una deferencia por cualquier manifestación religiosa, del otro. Temas, ambos, que, a veces, también se vinculan entre sí.

Respecto del comunitarismo, no se le escapa a Ovejero que los dispositivos de pujas distributivas y debates económicos fueron, naturalmente, los estados nacionales. Pero esto no quita del medio la tendencia internacionalista de la izquierda original; tendencia que, también hay que decirlo, tuvo sus manifestaciones dogmáticas cuando, como recuerda Hobsbawm, citado por nuestro filósofo, "descendía" a las bases mandatos que no se podían cuestionar. No es esta idea de nación la que resulta un "clavo ardiendo" (una metáfora recurrente de la obra de Ovejero). El nacionalismo que preocupa al autor, defendido de manera impune por algunos representantes de la izquierda (por ejemplo, la catalana actual), es uno donde, sin mayor discusión, la "lengua" por sí sola marca identidades políticas y

normas jurídicas que deben imponerse: no sólo para conseguir un empleo, sino para constituir, *per se,* una nación cerrada sobre sí misma y separada del resto de España.

El otro gran problema de una izquierda, diría yo que racionalmente indulgente, es la que no "tasa" (otro "giro metafórico" preferido por Ovejero) los alcances de la religión en la esfera pública. Siguiendo a la politóloga francesa Fourest (p. 303), Félix Ovejero detecta tres problemas implicados en las religiones y su peligroso avance hacia el mundo político. El primero, es que las religiones suelen presentarse, diría yo, de manera "imperial"; por ejemplo, el aborto no está solamente prohibido, en cualquier causa, para las mujeres católicas o evangélicas, sino para "todas" las mujeres de cualquier religión o de ninguna. El segundo es de orden epistémico: la fundamentación normativa de las religiones es "interna" a cada una de ellas; empero, por lo anterior, pretenden regir "urbi et orbi". La tercera cuestión es normativa, como dice Ovejero, y se conecta con la idea de que las consciencias religiosas, deben tener una protección especial, a consecuencia de la cual, no se puede ser "irrespetuoso" de ninguna manera. No se trata, simplemente, respecto de este último señalamiento, que un izquierdista de las religiones condenaría, *eo ipso*, a la revista Charlie Hebdo por las "caricaturas de Mahoma". Este caso, quizás, agrega este reseñador, tiene una complejidad conceptual especial. El respeto a las religiones conllevaría avalar, por caso, "la condena a las políticas sexistas por ser lujuriosas" (p. 304), a pedir, como en Salta, Argentina, que se enseñe religión en escuelas laicas, o a rubricar, como ha ocurrido en los últimos tiempos de Argentina, como si fuese un "buen argumento", que la educación sexual integral de los niños debe prohibirse debido a su mensaje "feminista", "ideológico", y perverso por su llamado tácito a rebelarse contra el "orden natural". No parece de orden natural negar a los niños la adquisición de herramientas cognitivas de cuidado de sí y de advertencia de cuándo, un adulto, un familiar quizás, quiere abusar de ellos.

La obra reseñada, por lo dicho al comienzo, es muchísimo más fina y aguda en detalles, ejemplos y problemas filosóficos. Sin embargo, es de buen tono en una reseña, no anticipar todos estos detalles y ahorrarle esta tarea al lector. Quisiera,

por esto, y tal como adelanté al comienzo, plantear, de *modo muy general,* dos reflexiones filosóficas que la obra me ha suscitado. Ambas están conectadas, pero, por razones de higiene conceptual, voy a separarlas.

La primera reflexión es la siguiente: creo, por todo lo comentado, que *La deriva reaccionaria de la izquierda* es una larga, laboriosa y fina argumentación en favor de la *racionalidad filosófica*. O sea, en el trasunto de la obra hay una cavilación honda sobre el papel de la razón en la esfera pública. Esto no es poca cosa en el mundo *jibarizado* de la filosofía donde cada tribu se siente habilitada a defender extravagancias, obviedades o, siendo o no el caso, a hacer tal cosa en el envase de lenguajes oscurantistas, artificiosos, difícilmente inteligibles. La filosofía podrá estar constituida en tribus, pero no me cabe duda –y eso que tengo muchas- que el trabajo filosófico –no importa la tribu- es un trabajo en el orden de los conceptos, de la claridad lingüística, hasta donde sea posible, y de la búsqueda del mejor argumento. Lo dicho, debo aclararlo, no implica que el empleo de metáforas vívidas esté proscrito, ni obliga a asumir que el lenguaje ordinario no sea complejo, que haya ambigüedades difíciles de desmantelar, o que no existan ideas filosóficas sobre la política que se encuentren en tensión. Tampoco lleva a la ingenuidad, cuando no al dogmatismo, de creer que los escepticismos filosóficos más fieros están extintos y que el mejor argumento está listo siempre como un buen *boy scout*. Porque, incluso si el escepticismo fuera una bestia acorralada por la razón, es un hecho histórico que los argumentos, en ocasiones, experimentan límites. En definitiva, una defensa de la racionalidad filosófica no es equivalente (no vale poner el bicondicional) con una teoría de una racionalidad sin límites. Tanto más en un mundo como el normativo donde, *pace* el "erizo" Ronald Dworkin, los principios políticos, como Ovejero reconoce, pueden presentar conflictos que exijan alguna forma de "ponderación".

Mi segunda reflexión a partir del libro de Félix Ovejero se proyecta en una pregunta filosófica que deseo plantear: ¿qué significa, a la luz de una teoría completa –pero limitada- de la racionalidad filosófica- estar "equivocado" en materia política? Esta es una pregunta, que así explícitamente, no suele ser indagada. Mi impresión es

que el estudio del autor permite obtener algunos indicios, inferidos de su idea de una izquierda racional y de la vindicación de una razón política. Ofrezco ahora, a grandísimos trazos, la respuesta tentativa que me gustaría explorar.

Primero, estar equivocado políticamente puede significar seguir "ideologías", entendidas como "falsa consciencia". Y esto por definición: no podemos defender, so pena de irracionalidad, ideas basadas en creencias falsas. Contando, por supuesto, con la bienhechora posibilidad de que algún día "nos caerá el veinte". La falsa consciencia, a su tiempo, puede vincularse con los llamados "pensamientos desiderativos". Tener el deseo de x puede explicar mi motivación, pero un deseo no es una creencia –ni siquiera verdadera sobre cómo es el mundo- y ese deseo, huelga decirlo, puede ser inadmisible desde el punto de vista de un deseo de segundo orden.

Segundo, uno puede defender ideas políticas en términos de "hondas convicciones" que el sujeto no puede dejar a un lado sin sentir comprometida parte de su identidad moral y política. Esto hace que algunos desacuerdos de ideas parezcan, por lo menos a primera vista, irresolubles. Que terminan, en todo caso, con las mayorías contingentes que un partido o facción logra reunir en cierto momento. Más aún, estos desacuerdos son de tal estilo que cada parte percibe no sólo que el otro está equivocado sino algo mucho más fuerte: que está *obviamente* equivocado.

Hay modos más transparentes al entendimiento de estar equivocado en ideas políticas. El ejemplo anterior es más lóbrego porque las partes asumen que el otro está obviamente equivocado. Desde el punto de vista de lo que llamo un caso más transparente, las ideas políticas pueden ser demasiado *remotas* respecto de la realidad empírica a la que pretenden aplicarse, cuando no casi imposibles (por ejemplo, la idea de abundancia infinita del *País de Jauja* ya citado). Una versión populista de esta idea podría ser, también tratada por Ovejero, aquella según la cual "podemos aspirar a que *todas las preferencias, sí, dije todas, se satisfagan siempre, y todo el tiempo*. Esto no tiene nada que ver con el precepto del Aquinate,

reversiondo luego por Rousseau, según el cual *omnia sum communia*, o sea "lo de todos, es de todos", una tautología que viene a identificar, en sede teórica, cuanta práctica, la necesidad de definir una comunidad política. Pretender guiar normativamente la acción política desde la órbita de ideas como las dadas a título de ejemplo, incurriría en el pecado lógico sindicado por Kant cuando sostuvo que "debe implica puede". Dicho en términos latinos: *ad impossibilia nemo tenetur.* No estamos obligados a lo imposible.

Las ideas pueden ser irracionales no sólo por su carácter remoto respecto de la realidad empírica. También porque pueden ofender, y lo hacen más de una vez, los más básicos principios y distinciones morales. La superioridad de la raza hitleriana sería un cabal ejemplo de lo afirmado.

Tercero, y por lo antes esbozado, solemos equivocarnos, en forma tristemente frecuente, en materia política, por no aportar fina evidencia empírica respecto de las necesidades y de las consecuencias directas o indirectas de las políticas públicas que, guiados por principios normativos o valores de justicia, queremos aplicar. En tal sentido, hay un divorcio contingente entre la filosofía política y la teoría económica, por ejemplo. Con salvedades como, por ejemplo, las del grupo de "septiembre" (los marxistas analíticos examinados con detalle por Ovejero), es muy común ver la falta de motivación de muchos filósofos (sobre todo los posmodernos) por tener en cuenta la evidencia empírica, cuando no mental, de los experimentos económicos realizados para testear ideas de distribución o redistribución. Las teorías filosóficas sobre la política no son sólo especulaciones sin fricción con el mundo; al contrario. Ya lo sabía Aristóteles, hace dos mil años, cuando, en orden a responder a la pregunta normativa por lo que consideraba el mejor régimen político, ofrecía, a la par argumentos empíricos, algunos de ellos de índole económica como, cuando evaluaba, que un buen régimen necesitaba de cierta estabilidad económica en su clase media.

Cuarto, las equivocaciones políticas usuales pueden tener que ver con lo que los neurocientíficos (y ahora hablamos incluso de *neuropolítica*) llaman "sesgos" de cognición, de percepción, de valoración, de enfoque conceptual, etc. Estos sesgos se incrustan en los primeros años de formación de las personas. Cuanto más cerrada y prejuiciosa sea dicha formación, más probabilidad de tener sesgos hay. Quisiera, por lo pronto, distinguir "sesgo" de "carga del juicio", una terminología que Rawls usó para calificar la noción de concepción comprehensiva. Las concepciones comprehensivas pueden admitirse en el mundo del pluralismo moral. Pero los sesgos, decididamente, tal como los estoy delineando a grandes rasgos ahora, son distorsiones perceptuales, cognitivas, o valorativas. Por ejemplo, la clásica asociación de cierta clase social, sobre todo cierta clase media, hacia el hecho de que los que reciben ayudas estatales son "vagos por naturaleza" forma parte de un sesgo; es un sesgo porque no admite ninguna prueba en contrario. No admitiría como contra-argumento, por ejemplo, que la vagancia no es un tema "natural" (como tampoco lo fue la esclavitud, *pace* Aristóteles). No es tan simple como eso. Sin embargo, me temo, no se puede entablar un intercambio de argumentos con estas personas. Es probable, estadísticamente hablando, que, inclusive, varias de estas personas expresen emociones fuertes como la ira desenfrenada o el atisbo del odio y, por esto, o por otros motivos, dejemos trunca la frustrada "conversación".

Hablar de sesgos remite a un problema, otra vez en boga en la filosofía actual. Es el de las emociones. Aunque Ovejero hace una crítica en la primera parte de su obra a las mismas, por su deterioro de la capacidad de razonar, se podría matizar su afirmación. Una visión de estilo aristotélica, por ejemplo, tal como el estagirita la plasmó en *Retórica,* nos devuelve a la necesidad de "educar" emociones. Se trata de un tema complejo, hoy revitalizado por una concepción neo-estoica como la de Martha Nussbaum y plasmada en obras de teoría política de su autoría tales como *Emociones políticas* o en su *La ira y el perdón.* Si, por un momento, regresamos a la idea seminal de Gerald Cohen de que es preciso reformar los corazones, o al examen de fortalecer ciudadanos esbozada por Ovejero, parece que, sin (algunas) emociones, sin más, no podemos dejar de contar.

Quinto, las equivocaciones políticas pueden devenir de un uso incompetente de los conceptos políticos, de sus raíces, y de sus desarrollos históricos. La gente, muchas veces, parece usar los conceptos tal como los ha heredado en su formación temprana. O los ha adquirido, *totum revolutum,* del lodo de la sociedad, o del barro del debate político (seguido por televisión, o llevado a cabo en un bar). Pero si el aire es a la vida, los conceptos (que expresan ideas políticas) lo son a la vida política. Un uso desmañado, inarticulado, como es frecuente ver, de los conceptos, hace que los debates políticos sean pobres, cuando no incoherentes.

Last, but not least, el desprecio por el mayor rigor posible en los argumentos, y en sus implicaturas conversacionales, cuanto lógicas, sumado al ocasional, cuando no frecuente deseo de legitimar cualquier política, o falta de ella, explica que alguna gente diga cosas carentes de asidero en buenas razones. Por ejemplo, miembros del actual gobierno del Presidente Macri en Argentina, responsabilizó (tema que trate en mi descripción del contenido de la obra de Ovejero) a un hombre de la calle de morir de frío porque no quería aceptar ayuda gubernamental. Esta frase refleja el no entendimiento, ni la empatía social, con un complejo fenómeno como la pobreza[4]. En este momento, que estoy escribiendo la reseña, Argentina experimenta una fuerte ola polar, y varios indigentes han muerto a causa del frío (supongo que, *ceteris paribus,* también el hambre puede ser otro de los factores causales). Razonar de este modo, está afectado no sólo por problemas lógicos. Obviamente también por vicios morales. Los argumentos no son buenos sólo porque satisfagan un test de validez; en este caso, una reducción al absurdo podría ser suficiente para desacreditar el mencionado argumento. Los argumentos también, como lo vio Platón en el *Gorgias, deben ser* moralmente buenos. Y el ejemplificado es un argumento canalla proferido

[4] Incluso algunos "macristas" han introducido la sospecha de que los refugios armados para los pobres por parte de actores sociales como Juan Carr, serían parte de una maniobra "kirchnerista" para desacreditar al gobierno actual. Aunque este enunciado fuese verdadero no quita del medio el acuciante problema *político* de que mucha gente muera o pueda morir de frío, dadas sus condiciones de relegamiento social.

por políticos que, incluso, no suelen emitir enunciados sintácticamente bien formados.

Mis cinco grandes argumentos sobre la equivocación política proyectan tintes sombríos. Más aún, podemos vernos inclinados al escepticismo político, y al regreso a la *epoché* pirrónica. La de quien nada afirma o niega. No obstante, esta actitud práctica no solo nos haría morir socialmente (una forma casi literal de hablar). Sino que, además, sería una posición –la escéptica- en tensión lógica con mi pregunta: de si podemos "equivocarnos políticamente". La noción de equivocación supone que hay un criterio –aunque no sea bien conocido- para identificar el error. Wittgenstein en sobre *La certeza* alguna vez señaló que dudar de todo, y, sobre todo, es como no dudar de nada, y no darle sentido a la duda. Quiso decir, con ello, que la duda debería ser compatible con algunos criterios públicos profundos para evaluar nuestras equivocaciones.

Ahora bien, el escepticismo filosófico, a lo sumo, es acorralado con esta maniobra, pero no declarado difunto. Pues, por supuesto, tales criterios públicos podrían ser ilusorios. Algo de *fiabilismo en las creencias*, por lo menos, y también *falibilidad* de nuestros juicios, hay que admitir, si no queremos (¿es cuestión de voluntad?) caer en el escepticismo.

> Es hora de cerrar esta reseña sobre *La deriva reaccionaria de la izquierda.* Como dije, es el mejor libro de filosofía política que he leído en los últimos tiempos y las dos someras reflexiones que he planteado, se han alimentado del libro mismo. Cuando digo que es el "mejor" libro que he leído en los últimos tiempos, quizás uso un predicado relativo injusto. Es un gran libro y, por definición, esto vale para todos los tiempos. La mía, que quede claro, no es la expresión de un adjetivo gratuito que, en contra de los consejos de Alejo Carpentier, lleve a un texto "con arrugas". *La deriva reaccionaria de la izquierda* es, como dije, producto de un filósofo que piensa por sí mismo y lo hace en forma nada complaciente. Sus argumentos son balas de plata y dan en el blanco. Y la pólvora de estas balas está hecha de una erudición indudable.

i-Latina 1 (2019): 1-10
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.12

Reseña del libro "Lo público y lo privado: problemas de ética jurídica" de Isabel Lifante Vidal, Buenos Aires y Montevideo: B de F, 2018, 148 pp.

LUCAS E. MISSERI
Universidad de Alicante
lucas.misseri@ua.es

RESUMEN

Este reciente libro de Isabel Lifante Vidal proporciona cuatro aristas posibles desde la que pensar el problema de la tensión entre lo público y lo privado, esto desde una perspectiva ético-jurídica enmarcada en un planteo postpositivista del Derecho, en el cual los principios y los valores juegan un rol central. La autora analiza dicha tensión en ámbitos como: las políticas de transparencia, las nociones de publicidad normativa y el desafío que supone la corrupción, hasta la violencia de género como espacio paradigmático de la imbricación entre lo privado y lo público

PALABRAS CLAVE: Ética jurídica, derecho público, derecho privado, transparencia, publicidad, corrupción, violencia de género.

ABSTRACT

This recent book of Isabel Lifante Vidal provides four possible edges of thinking the public and the private tension problem, from an ethical-juridical view framed in a postpositivist propose of Law, in which principles and values play a central role. The author analyzes this tension in topics such as: transparency policies, normative publicity notions and the challenge that corruption involves, even gender violence as a paradigmatic space of imbrication between the private and the public spaces.

KEYWORDS: Legal Ethics, public law, private law, transparency, publicity, corruption, gender violence.

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

Isabel Lifante Vidal es Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante, con una tesis dirigida por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que luego se publicó como *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea* (1999). Asimismo Lifante es Profesora titular de Filosofía del Derecho en dicha institución desde 2001 y miembro del equipo editorial de la revista *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* y forma parte de los comités ejecutivos de la Asociación de Iusfilosofía del Mundo Latino (i-Latina) y de la Asociación Internacional para la Filosofía del Derecho y Social (IVR). Ha publicado diversos artículos y libros, principalmente en torno a las temáticas de la interpretación jurídica, la discrecionalidad, la representación y la responsabilidad. El año pasado vieron la luz tres libros en los que Lifante abordó esas temáticas, estos son: *Lo público y lo privado* (2018a), *Argumentación e interpretación jurídica* (2018b) y *Representación y responsabilidad* (2018c). En el primer volumen, que es el que aquí se reseña, Lifante recoge trabajos que ponen en juego problemas de ética jurídica que, como evidencia el título, implican la tensión entre el ámbito público y el privado. Desde el inicio del texto, la iusfilósofa española remarca que dicha tensión puede ser interpretada de diversos modos. Siguiendo un trabajo de la filósofa Nora Delia Rabotnikof (2008), Lifante distingue tres posibles interpretaciones de la tensión entre lo público y lo privado: primero, como conflicto entre la dimensión colectiva y la dimensión individual. Luego, lo público como lo visible y lo privado como lo oculto. Por último, lo público como lo abierto y lo privado como lo cerrado, en el sentido de ausencia de accesibilidad para todos. Lifante es consciente de que dichas interpretaciones de esa tensión tienen sus limitaciones y controversias, pero establece esas distinciones como una especie de horizonte desde el cual orientar al lector para las distintas problemáticas específicas que abordará en los cuatro capítulos del libro. Las mismas van desde las políticas de transparencia, las nociones de publicidad normativa y el desafío que supone la corrupción, hasta la violencia de género como espacio paradigmático de la imbricación entre lo privado y lo público.

1.

En el primer capítulo, titulado "Transparencia y acceso a la información pública", la autora se enfoca en una dimensión de la noción de lo público entendido como transparencia o visibilidad. Puntualmente se refiere al derecho de los ciudadanos al acceso a la información que debe ser considerada pública, derecho que está protegido en España por la "Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno" de 2013, la cual Lifante comenta y evalúa a lo largo del capítulo. En él la transparencia es entendida como un principio caro al Estado constitucional, que tiene un valor instrumental para el sostenimiento de las instituciones democráticas, carácter que según Lifante está presupuesto en la mencionada ley 19/2013. Ésta regula tanto la publicidad activa como el derecho de acceso a la información pública, derecho reconocido a todas las personas respecto a cualquier información pública en todas las administraciones de España, ya sean estatales, autonómicas o locales.

Para analizar la noción de transparencia, se basa en la distinción del filósofo Norberto Bobbio entre la perspectiva *ex parte principis* y la perspectiva *ex parte populi*. Según la primera, la transparencia refiere a un conjunto de obligaciones de aquellos que ejercen los poderes públicos y, según la segunda, a los derechos y responsabilidades de los sometidos al poder. Ambas perspectivas explicitan el carácter dialéctico de la transparencia y la tensión que de nuevo se manifiesta dentro del mismo concepto entre sus diversas facetas. Para Lifante la razón por la que el derecho de acceso a la información no fue considerado un derecho fundamental por esta ley de 2013 tiene que ver con el hecho de que se privilegió la perspectiva *ex parte principis* y las cuestiones relativas al reparto de competencias. Esa forma de pensar la transparencia se enfoca en el diseño institucional, el cual incluye a los órganos que se encargan del control normativo de las exigencias derivadas del mismo principio de transparencia. Para hablar del organismo de control distingue dos sentidos de este concepto: por un lado, el control en su sentido de supervisión y, por el otro, con el sentido de promoción. Lifante considera que la exigencia de independencia del órgano controlador con respecto al órgano controlado tiene que

ver con el primer sentido, esto es, con el de supervisión. Precisamente, el punto que más le interesa destacar tiene que ver con las garantías para el ejercicio del derecho de acceso a la información, especialmente a la posibilidad de optar entre el acceso directo a la jurisdicción y la interpelación de una reclamación sustitutiva ante los órganos de control de la transparencia. Esto es, ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o al órgano específico dispuesto por la comunidad autónoma en cuestión. En el caso de la Comunidad Valenciana se trata del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que Lifante conoce de primera mano, dado que fue miembro del mismo entre 2015 y 2018. El Consejo a nivel estatal se compone de un presidente y una comisión, al primero le compete la supervisión y a la segunda la promoción de la transparencia.

Lifante reconoce el conflicto existente entre la perspectiva *ex parte principis* y la *ex parte populi*, dado que de acuerdo a la Disposición Adicional Cuarta de la ley en cuestión, en ella se respetan las administraciones autonómicas en desmedro del derecho general que tiene todo ciudadano al acceso a la información. Esto porque el Consejo sólo es competente para resolver las reclamaciones cuando las comunidades autónomas así los disponen expresamente. Esto se tradujo en diversas formas de implementación de la ley, entre las que se encuentran las que delegan en el Consejo, las que lo remiten a un organismo ya existente y las que crean organismos *ad hoc*. Asimismo, Lifante distingue –de acuerdo al diseño institucional— entre órganos de control unipersonales y colegiados, entre órganos técnicos y representativos, entre profesionalizados y no profesionalizados y entre más y menos especializados. Sobre esta base diferencia tres modelos. Primero, uno basado en un órgano reducido de carácter técnico y profesionalizado, con funciones de supervisión que convive con órganos más amplios. Segundo, un modelo de órgano único, amplio, representativo pero ni técnico ni profesionalizado. Tercero, un modelo híbrido, esto es, un órgano técnico y representativo, no profesionalizado. Si bien por el carácter reciente de estos organismos es difícil evaluar su desempeño, Lifante concluye que las dos funciones de control de la transparencia –supervisión y promoción— no necesariamente tienen que coincidir en un solo diseño. Por ello,

considera que el primer modelo es más adecuado para la supervisión y los otros dos para la promoción.

2.

En el segundo capítulo, titulado "Publicidad normativa", la iusfilósofa discute la concepción de su colega italiano Bruno Celano tal como éste la expusiese en su "Publicidad y *Rule of Law*" (2011), en el cual sostiene la tesis de que la publicidad está orientada a la generación de previsibilidad. Para este iusfilósofo la publicidad forma parte del *rule of law,* entendido como un conjunto de rasgos formales e institucionales del Derecho que conforman un ideal ético-político. En este marco, la publicidad cumple un rol instrumental, en tanto que es condición necesaria para la eficacia de las leyes y un requisito básico para la justicia. Celano asocia este segundo requisito al principio de dignidad, al cual la previsibilidad –fruto de la publicidad— contribuye a preservar. De aquí que la tesis principal del italiano sea que la publicidad normativa debe entenderse como conocimiento "común", es decir, no sólo que todos conozcan las leyes sino que además conozcan que los otros las conocen.

Lifante destaca las deficiencias del planteo de Celano con respecto a la publicidad normativa, las que considera son subsidiarias de su positivismo legalista: la aceptación de la irrealizabilidad del conocimiento común de las leyes y en especial la conclusión más modesta de que su visión del *rule of law* "ilustrado" lo que demanda no es ese conocimiento mutuo, sino que tanto las normas como sus procedimientos de creación estén disponibles al público. Pero Lifante considera que los presupuestos de un ideal fuerte de publicidad con los que inicia Celano pueden ser conservados si se los concibe desde una perspectiva pospositivista, como la que caracteriza por ejemplo a la escuela alicantina de la que ella forma parte. Es decir, en lugar de abandonar la pretensión del conocimiento mutuo y sustituirla por un instrumento de publicación normativa, Lifante sostiene la complementariedad entre ese ideal fuerte y el instrumento más modesto que finalmente propone Celano. Para ello, Lifante considera que debe irse más allá del positivismo jurídico y debe tenerse en cuenta el contenido de las normas desde un paradigma pospositivista o

"constitucionalista", aceptando argumentos teleológicos y valorativos en la interpretación jurídica.

3.

En el tercer capítulo, "Intereses privados versus intereses públicos. Corrupción versus responsabilidad", se aborda el concepto de responsabilidad en los cargos públicos y el de corrupción, entendido como la prevalencia de los intereses privados sobre los públicos. Para ello toma como punto de partida la perspectiva del iusfilósofo argentino-mexicano Rodolfo Vázquez, cuyas tesis Lifante intenta ampliar más allá del contexto institucional mexicano para el que fueron elaboradas. A Vázquez le interesa analizar la corrupción política y Lifante reconstruye las siguientes características de este concepto: la corrupción es "permanente" independientemente del sistema político; está vinculada a un sistema normativo; existe una autoridad que viola algunos de los deberes que le competen; participan otras personas además de la autoridad; y por último, se tiene la necesidad de ocultamiento, lo que contribuye a socavar el sistema de reglas vigente. Lifante destaca que lo que está detrás de la concepción de la corrupción de Vázquez es la idea de "falta de responsabilidad" del funcionario público. Pero para eso es necesario entender qué tipo de responsabilidad se está considerando, si bien Vázquez parece incluirla en su sentido valorativo junto a otras virtudes cívicas, en cambio, Lifante –tras emplear la tipología de H. L. A. Hart— especifica que la responsabilidad-rol juega un papel importante en esa concepción. Esta responsabilidad-rol se sigue de la característica, incluida por el mismo Vázquez, de que tiene que haber una autoridad o un sujeto decisor para hablar de corrupción política. Textualmente, la definición que Lifante propone es que cuando se habla de corrupción: "Se trata de supuestos en que el sujeto que ostenta la responsabilidad no actúa, en el ejercicio de su función, de acuerdo con los principios (fines o valores) a los que debe lealtad, sino persiguiendo objetivos distintos" (2018a, p. 112). Para construir esta definición, nuestra autora se inspira en la concepción de la ética de Ronald Dworkin, combinándola con la responsabilidad-rol hartiana. A esta ampliación de la perspectiva de Vázquez, Lifante hace dos aclaraciones, la primera es que el requisito

de que participan otras personas –además de la autoridad o el decisor— es demasiado restrictivo y la segunda es que su definición incluye conductas que, sin llegar a ser tipificadas como delito, son reprochables.

A posteriori, Lifante describe críticamente las estrategias de lucha contra la corrupción sobre la base de la "ecuación básica de la corrupción" de Vázquez, que podría ser formulada del siguiente modo: *corrupción = monopolio decisión pública + discrecionalidad – responsabilidad.* La receta de Vázquez ante cada uno de los elementos de su ecuación son las siguientes: ante el monopolio de la decisión contrapone procedimientos democráticos de decisión; ante la discrecionalidad, los criterios del imperio de la ley; y ante la falta de responsabilidad, los mecanismos de rendición de cuentas. Lifante comparte estas exigencias de Vázquez, pero considera que la segunda debe ser matizada. La discrecionalidad no se puede –ni se debe— eliminar, en tanto que en algunos casos juega un papel positivo en la sociedad: el de promover fines y valores. No se trata de eliminarla, sino de controlarla. Enlazando con el capítulo anterior, Lifante afirma que en la búsqueda de transparencia, responsabilidad y buen gobierno el elemento más importante viene dado por un diseño institucional que dificulte la corrupción y en ese diseño la publicidad cumple un rol clave.

4.

En el cuarto y último capítulo, "La violencia de género en el ámbito privado", Lifante se vale de la obra de la cineasta española Icíar Bollaín –en especial su película *Te doy mis ojos*— para abordar el problema de las limitaciones del derecho penal para afrontar los desafíos de la violencia de género. En este caso el ámbito privado está representado por las parejas –o ex parejas— que mantienen una relación que implica diversas formas de violencia. *Te doy mis ojos* es una película de 2003, que obtuvo siete estatuillas en los Premios Goya y dos Conchas de Plata. La misma está protagonizada por los actores Laia Marull y Luis Tosar. En ella se intenta dar respuesta a la pregunta de ¿por qué una mujer soporta, en promedio, una década dentro de una relación violenta?, ¿por qué no se sale antes? Básicamente, lo que

destaca la película y varios estudios en los que se apoya, tiene que ver con la importancia del entorno social en el mantenimiento de situaciones de maltrato. A partir de este último dato es que se interpreta la insuficiencia del derecho penal para disminuir estos casos, en tanto que la racionalidad estratégica parece un tanto ajena a los mismos, porque los procesos de violencia de género terminan siendo también de autodestrucción para el que ejerce la violencia.

Lifante hace un recorrido por la respuesta institucional española a la violencia de género, desde el Informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado (1989), hasta la LO 1/2004 "Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". Explica cómo se pasó de la noción de violencia doméstica física, a la inclusión de la violencia psíquica y por último a la de violencia de género, recogida en 2004. El principal giro tiene que ver con que en ese paso se dejó de concebir ese tipo de violencia como algo meramente privado. Aunque dicha ley también tiene sus deficiencias porque, como aclara Lifante, no incluye todos los supuestos de violencia de género, en tanto que se limita al contexto doméstico y deja fuera por ejemplo: el ámbito laboral o la violencia intrafamiliar hacia ascendientes o descendientes mujeres. Pero lo destacable es el aspecto "integral" de la ley, dado que además de medidas penales incluye medidas civiles, asistenciales, laborales, sanitarias, educativas, publicitarias y procesales. Si bien es difícil evaluar la eficacia de la ley debido a la llama "violencia sumergida", Lifante destaca las funciones de prevención y promoción de igualdad. Funciones que no sólo se limitan a la ley sino que pueden estimular e incluir diversas campañas de sensibilización, entre las que la película de Bollaín podría contarse como un ejemplo notorio hacia la búsqueda de la igualdad de género efectiva por medio de una forma artística de amplio alcance como es el cine.

En resumen, este reciente libro de Isabel Lifante Vidal nos proporciona cuatro aristas posibles desde la que pensar el problema de la tensión entre lo público y lo privado, esto desde una perspectiva ético-jurídica enmarcada en un planteo pospositivista del Derecho, en el cual los principios y los valores juegan un rol

central. En la actualidad, y en especial con el desarrollo de tecnologías que difuminan los límites entre lo público y lo privado, la discusión ética es clave para brindar elementos normativos adecuados a las nuevas necesidades, en especial la ética jurídica en tanto que herramienta para el diseño institucional. Quizá algo que se echa en falta en el texto sea la problematización de la protección de la privacidad en tanto que valor inherente a la persona humana, dado que los cuatro capítulos hacen hincapié en la valoración positiva de lo público (la transparencia, la publicidad, el conocimiento común y la visibilización de la violencia) frente a lo privado en su sentido ambiguo y mayormente negativo (como opacidad, ocultamiento, corrupción y violencia "sumergida"). Esa perspectiva también interesante, podría constituir una continuación de *Lo público y lo privado,* en especial incluyendo nuevos ámbitos de gran complejidad como las redes sociales creadas a partir de los avances en tecnologías de la información y la comunicación. En cualquier caso, como es evidente por lo descrito más arriba, este volumen cuenta con suficientes cuestiones relevantes, con un tratamiento preclaro y sistemático realizado por Lifante que seguramente estimulará la discusión contemporánea sobre una tensión que cada día se vuelve más urgente de abordar para encontrar soluciones normativas adecuadas para nuestras sociedades.

REFERENCIAS

Lifante Vidal, I. (1999) La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lifante Vidal, I. (2018a) Lo público y lo privado: problemas de ética jurídica. Buenos Aires y Montevideo: B de F.

Lifante Vidal, I. (2018c) Argumentación e interpretación jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lifante Vidal, I. (2018c) Representación y responsabilidad. México: Fontamara.

Rabotnikof, N. D. (2008) "Lo público hoy: lugares, lógicas y expectativas", Íconos. Revista de ciencias sociales (32), pp. 37-48. Disponible en:

https://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/rabotnikof_nora._lo_publico_hoy-_lugares_logicas_y_expectativas.pdf [Consultado 10-07-2019]

i-Latina 1 (2019): 1-11
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.13

Comentario al libro "Filosofía del Derecho y Transformación Social" de Manuel Atienza

JAVIER ORTIZ FLORES
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México
javiermiguelortiz@gmail.com

RESUMEN

Dentro de los filósofos del derecho con mayor influencia en el mundo latino se encuentra Manuel Atienza. Su pensamiento tiene considerable influencia en los juristas latinos, ya que su propuesta de concebir al derecho como práctica, implica un sano enlace entre teoría y práctica. En este comentario, se relievan aspectos de la obra de Atienza, tales como, su concepción de un objetivismo moral mínimo, presentar el derecho como práctica, y, la ética judicial

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, práctica judicial, moral y derecho, ética judicial

ABSTRACT

Among more influential Law philosophers in the Latin World, we can find Manuel Atienza. His thinking has considerable influence in Latin jurists, since his propose of conceiving Law as a practice implies a well bond between theory and practice. In this commentary is made an emphasis on features of Atienza's work, such as his conception of a moral objectivism, present Law as a practice, ad, Legal Ethics.

KEYWORDS: Legal argumentation, judicial practice, moral and Law, Legal Ethics

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

1. La aparición del libro de Manuel Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social* (2017), espléndido libro, constituye una magnífica ocasión para destacar la gran influencia del pensamiento de Atienza en la cultura y en la práctica jurídica de diversos países del *mundo latino*, entre ellos México. Por ejemplo, las ideas de Atienza no sólo se han mencionado en numerosas sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) de México, sino que, lo más importante, dicho tribunal constitucional las ha *usado* para resolver litigios de carácter constitucional, algunos de los cuales constituyen casos particularmente difíciles. Sólo a título ilustrativo, cabe señalar que en 146 sentencias del TEPJF se han citado obras de Manuel Atienza[1].

2. Parafraseando a Stendhal, la lectura de un buen libro es un acontecimiento. Es el caso de este libro de Atienza, uno de sus libros más recientes, en el que, entre otros aspectos, ofrece los principales elementos de su filosofía del Derecho y de su idea del Derecho. Es una obra que constituye una rica fuente de reflexión y, al mismo tiempo, una guía para la acción.

3. Las citas de Atienza a las que me he referido no suponen en modo alguno argumentos de autoridad (argumentos que, en muchos casos, aunque no siempre, constituyen falacias), que sustituyan el despliegue de argumentos sólidos, ya que, además de que tienen la función de darle el debido crédito al autor de una idea, son la fuente de ideas o nociones que han contribuido a fundamentar mejor las decisiones judiciales.

4. Ilustro lo anterior con un par de ejemplos. En primer lugar, el caso del abuso del derecho, un ilícito atípico, institución elaborada por Atienza y Ruiz Manero (2000). La Sala Superior del TEPJF determinó,[2] que, si bien ciertas acciones o conductas tomadas, en sí mismas, pueden ser prima facie lícitas, lo cierto es que, al realizar una evaluación integral del caso, teniendo en cuenta todos los principios y

[1] Datos disponibles en: https://www.te.gob.mx/.
[2] Al resolver la sentencia recaída en el expediente del juicio SUP-JDC-55/2002.

reglas aplicables, particularmente ciertos principios constitucionales, pueden devenir en ilícitos atípicos por contravenir principios constitucionales, configurando un abuso del derecho, tal como ocurrió en el caso concreto en el que se determinó que no era válida la afiliación múltiple a diversos partidos políticos por parte de una misma ciudadana o un mismo ciudadano. Ese criterio jurisprudencial se recogió, posteriormente, en forma expresa en el artículo 18.1 de la Ley General de Partidos Políticos.

5. Otro ejemplo: la ponderación, en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios y que supone una ponderación valores; tema que se aborda en el capítulo VI del libro que ahora comento. Como otros tribunales constitucionales, la Sala Superior del TEPJF ha conocido y resuelto numerosos casos difíciles que involucran una colisión entre derechos fundamentales, v. g., por un lado, el derecho a la libertad de expresión y, por otro, el derecho al honor o el derecho a la intimidad. En casos recientes, dicha Sala Superior, siguiendo una línea jurisprudencial definida, ha determinado que el derecho a la libertad de expresión de los afiliados o militantes a un partido político precede, en determinadas circunstancias, a los derechos de autoorganización y a la propia imagen de los partidos políticos.[3] En muchos de estos casos se ha usado un razonamiento ponderativo, a la luz de los planteamientos de Atienza, en el entendido de que –como él lo ha aclarado– no en todos los casos es necesario ni pertinente usar el juicio ponderativo, sino cuando las reglas del sistema no ofrezcan una solución adecuada a un caso (Atienza, 2018, p. 32).

6. Los comentarios que a continuación formularé no siguen un formato lineal, sino que son notas de lectura que se refieren primordialmente, así sea esquemáticamente, a tres temas que Atienza aborda con su característica profundidad de análisis en sendos capítulos del libro y que son temas que están estrechamente vinculados con las prácticas jurídicas, particularmente con la

[3] *V. g.*, en los expedientes de los juicios SUP-JDC-557/2018 y SUP-JDC-111/2019.

práctica judicial: En primer lugar, la vinculación entre la objetividad moral y el Derecho; en segundo lugar, la concepción argumentativa del Derecho, y, finalmente, en tercer lugar, la ética de las profesiones jurídicas, con especial énfasis en la ética judicial.

7. Una de las virtudes de Atienza, como iusfilósofo, es que ha sabido incorporar lo mejor de la filosofía general a la filosofía del Derecho. Es ese sentido, Atienza ha mantenido una vinculación estrecha y adecuada con la filosofía general. Así, en su discusión sobre el tema del objetivismo moral, Atienza sostiene un diálogo con filósofos, como Mackie, Habermas y Putnam. Una muestra adicional de esa actitud es que Atienza —sin ser un filósofo analítico en el sentido usual del término— emplea el análisis filosófico, practicando un estilo de filosofía en que se privilegia la claridad y la precisión. El empleo de métodos analíticos le permite, por ejemplo, despejar las ambigüedades, disipar las confusiones y desenredar la maraña conceptual en torno al denominado "neoconstitucionalismo", cuyos defensores, como dice Atienza, si bien es cierto que no forman una clase vacía, también lo es que es un conjunto que tiene muchos menos elementos de lo que se cree. Se ha construido, afirma, un "espantapájaros".

8. Atienza ha ido más allá de apropiarse de lo mejor del pensamiento filosófico, ya que, habiendo partido de lo mejor de ese corpus filosófico, ha reelaborado (y reelabora) ciertos materiales en el ámbito jurídico que regresan, más refinados y articulados, al tráfico de las ideas filosóficas, constituyendo, en mi concepto, importantes aportaciones. Me parece que es el caso de su concepción argumentativa del Derecho.

9. Objetivismo moral y Derecho. El análisis que Atienza lleva a cabo en el capítulo VIII, de su libro acerca de los vínculos entre el objetivismo moral y el Derecho constituye, en mi concepto, una aproximación bien argumentada a la cuestión.

10. La cuestión acerca del vínculo que existe entre el objetivismo moral y el Derecho no sólo es una discusión en el plano académico, sino que, para Atienza, el objetivismo moral mínimo constituye un presupuesto necesario para comprender la exigencia de que los órganos del poder público tengan que fundamentar o argumentar sus decisiones. Particularmente, sin ese presupuesto, sostiene Atienza, ciertos aspectos nucleares de nuestras prácticas jurídicas serían difícilmente inteligibles. Como dice Alexy (2016), sin ese presupuesto, la pretensión de poder desplazaría a la pretensión de corrección y las sentencias, en lugar de ser piezas de argumentación justificadas, sería una mezcla de emoción y de poder.

11. La idea general del objetivismo en materia axiológica es que no sólo es posible conocer los valores morales (a diferencia de lo que sostiene el escepticismo moral), sino que nuestros juicios morales son susceptibles de una justificación racional, mediante razones (en minúscula), no Razones (en mayúscula), para usar la terminología trazada por Blackburn (2002),[4] ya que las razones (en minúscula) siempre son revisables.

12. Una de las tesis centrales que Atienza defiende es la del objetivismo moral mínimo. A continuación, en una explicación que será necesariamente sintética, indicaré en qué consiste esa tesis y por qué, desde su perspectiva, es importante para una teoría del Derecho y para el Derecho mismo. Atienza suscribe un objetivismo moral mínimo para distinguirlo, por un lado, de un objetivismo ontológico y, por otro, del absolutismo moral. El objetivismo moral mínimo, a diferencia del objetivismo ontológico, no postula ni reconoce la existencia de un análogo moral de la realidad externa o de cualidades morales o partículas de carga moral, los "morons" de los que hablaba Dworkin (2011, p. 26). Y, opuestamente al absolutismo, no suscribe la pretensión de absolutismo (los juicios de uno no se pueden cuestionar en absoluto) ni la de inviolabilidad (los juicios de uno no admiten excepción alguna). En ese sentido, señala Atienza, su tesis es una postura falibilista y no dogmática. Entonces,

[4] Que no necesariamente coincide con la distinción que Blackburn hace, pero sí me permite sugerir, en la línea de Atienza, que el objetivismo moral mínimo y el absolutismo son antagónicos.

para Atienza, no existirían verdades absolutas, ni, mucho menos, verdades reveladas ni dogmas.

13. Partiendo de una distinción (no radical) entre razón teórica y razón práctica, el objetivismo moral mínimo sostiene que los enunciados científicos y los juicios morales tienen una pretensión general de validez, que se desdobla en una pretensión de verdad y en una pretensión de corrección, respectivamente. Los juicios morales, sostiene Atienza, "incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta" (2017, p. 66). Sin embargo, al emitir, por ejemplo, un determinado juicio moral (normativo o de valor) se formula una pretensión de corrección, pero ese juicio puede no ser necesariamente correcto o válido. De ahí que sea necesario que esa pretensión esté respaldada por razones que aceptarían todas las personas razonables. Así, de acuerdo con Atienza, el objetivismo moral mínimo es una "objetividad de razones" (p. 216) y esas buenas razones son tanto procedimentales como sustantivas. Este último punto argumentativo, en mi concepto, requeriría–si entiendo bien a Atienza– hacer más explícitas ciertas premisas de su argumento o un mayor desarrollo en cuanto a la explicación de las condiciones que harían posible que un cierto y determinado juicio moral, como aquel según el cual "la tortura es reprobable e insostenible", que tienen una aspiración de verdad o corrección, es objetivamente válido, de manera que, como dice Wiggins (1990, p. 70), "no hay otra más que pensar" que la tortura es reprobable e insostenible. ¿Cómo justificar que lo puedan suscribir "todas las personas razonables"?

14. Con todo, a juicio de Atienza, el objetivismo moral adquiere gran importancia en la práctica jurídica, ya que constantemente se plantean cuestiones jurídico-morales que reclaman para su solución efectiva llevar a cabo razonamientos morales dentro de los límites del Derecho.

15. Asimismo, Atienza sostiene la tesis que una teoría del Derecho adecuada presupone un objetivismo moral mínimo. El objetivismo moral mínimo se traduce en que, según Atienza, no consideraríamos que un juez ha argumentado correctamente

una resolución jurídica si, después de dar las razones que sustentan la solución jurídica del caso, añade a continuación que, sin embargo, su decisión no pretende ser la decisión correcta, sino que la tomó solamente por razones que a él le parecieron aceptables.

16. Considérese, para fijar ideas, un ejemplo que he adaptado de Alexy (2016, p. 28). Supóngase un juez o tribunal que emite una sentencia en la que se concluye lo siguiente:

> (1) Se declara la nulidad de la elección para la gubernatura del Estado x, y se arriba a esa conclusión mediante una interpretación equivocada de la normativa electoral aplicable.

Para los efectos del presente comentario, lo que interesa destacar, siguiendo a Alexy (2016, p. 28) es que el enunciado anterior es absurdo, ya que encierra una contradicción; es una enunciado autocontradictorio. Lo anterior es así, ya que cuando se emite una sentencia se formula la pretensión de que el Derecho se aplica correctamente. La pretensión de corrección no es una pretensión de poder, sino que tiene una dimensión de objetividad, respaldada en buenas razones que aceptarían –diría Atienza– todas las personas razonables. Esa pretensión de corrección efectuada, en el ejemplo, al dictarse la sentencia que declara la nulidad de la elección de la gubernatura en cuestión contradice la afirmación que hace la propia sentencia en el sentido de que es equivocada, por basarse en una interpretación incorrecta del Derecho aplicable. La razón es que formular una pretensión de corrección significa o implica, entre otros aspectos, que se asevera implícitamente que la resolución es correcta. Esta afirmación implícita contradice la afirmación explícita y, además, pública, de que la sentencia es incorrecta.

En suma, sin un cierto objetivismo moral, un objetivismo de razones, no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa.

17. La concepción argumentativa del Derecho. Una de las fortalezas de la concepción argumentativa del Derecho es que no es tributaria de ninguna teoría del Derecho en particular o de algún autor. Si bien se ha nutrido, como indiqué, de lo mejor de la filosofía general (por ejemplo, Aristóteles, Kant, Habermas y Toulmin) y de la filosofía del Derecho en particular (por ejemplo, el segundo Ihering, de la obra El fin en el Derecho, Alexy, Nino, Summers), no está casado con ninguna.

18. Siguiendo el texto de nuestro autor, la mayor virtualidad de la concepción argumentativa del Derecho es que vincula adecuadamente la teoría con la práctica y, a la vez, la teoría del Derecho (de la norma jurídica) con las ciencias sociales y la filosofía.

19. La concepción argumentativa del Derecho que Atienza defiende pretende cumplir sus propósitos de contribuir a guiar a las y los juristas en la resolución de los siguientes problemas: i) cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar en cualquier ámbito jurídico; ii) cómo evaluarla críticamente, y iii) cómo argumentar.

20. En el contexto de la argumentación jurídica, Atienza tiene el mérito, desde mi perspectiva, de haber señalado el papel de la sabiduría práctica o frónesis aristotélica en la fundamentación de las decisiones judiciales, particularmente aquellas que resuelven colisiones entre principios (Atienza, 1996).

21. El Derecho es una disciplina discursiva en el sentido de que los juristas están inmersos en una práctica argumentativa. Esa práctica social está orientada por valores y objetivos morales. Fuera de ese ámbito se encuentra la irracionalidad, lo que se traduce, en el plano jurídico, en la arbitrariedad.

22. En mi opinión, la concepción argumentativa del Derecho ha contribuido a hacer avanzar la práctica jurídica, cuando menos, en algunos países del mundo latino, como lo sugerí antes.

23. En efecto, el uso adecuado de las herramientas y los esquemas argumentativos que proporcionan la concepción argumentativa del Derecho permite a los juristas tanto teóricos como prácticos reconstruir y evaluar críticamente las complejas argumentaciones de sentencias de otros tribunales, así como la elaboración de buenas sentencias.

24. Solo así, mediante una (auto) crítica razonada de las resoluciones judiciales, pienso, jueces y tribunales estarán en condiciones de elevar su calidad argumentativa, en aras de los justiciables y de la ciudadanía en general.

25. Traigo a colación el análisis argumentativo que llevó a cabo Atienza sobre la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sobre la despenalización del aborto en la ahora Ciudad de México, ya que lo considero un paradigma de análisis.

26. Ética judicial. El Código Modelo Iberoamericano de la Ética Judicial, que aprobó la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006, está, de alguna forma, vigente en los países iberoamericanos. Cabe indicar que Atienza, entre otros expertos, participó en su comité redactor. Ese Código pone énfasis, además de los principios de independencia e imparcialidad, en el principio de motivación o argumentación, esto es, en el deber de los jueces de justificar adecuadamente sus decisiones.

27. Utilizando la distinción de von Wright entre prescripciones y normas o reglas ideales, Atienza (p. 241), sostiene que los códigos deontológicos como el señalado no establecen, en general, prescripciones, sino reglas ideales. Este concepto implica la noción de virtudes, en el siguiente sentido: las propiedades que

los códigos de ética exigen estén presentes en los buenos miembros de la clase de juezas y jueces pueden denominarse virtudes judiciales.

28. La lectura del libro de nuestro autor me ha suscitado la siguiente hipótesis: frente a la cuestión acerca de cómo deberían juezas y jueces resolver un caso difícil, en principio, una respuesta, pienso, ha de localizarse en las virtudes judiciales de juezas y jueces, de manera que poseer las virtudes judiciales es una condición necesaria (mas no suficiente) para emitir buenas sentencias (Amaya, 2009). Lo anterior, en el entendido de que la posesión de ciertas virtudes judiciales no desplaza ni pretende sustituir la preparación técnica que deben tener.

29. Por todo lo anterior, invito a leer este libro de Manuel Atienza, un libro escrito con claridad, precisión y rigor argumentativo, así como, sobre todo, pasión por la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

Amaya Navarro, María Amalia (2009) Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Alexy, Robert (2016) La doble naturaleza del derecho, Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel (2018) "Algunas tesis sobre el razonamiento jurídico", en Josep Aguiló Regla y Pedro P. Grández Castro (eds.) Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza, Palestra, Lima.

Atienza, Manuel (1996) "Juridificar la bioética", en Claves de razón práctica, No. 61.

Atienza, Manuel (2017) Filosofía del Derecho y transformación social, Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2000), Ilícitos atípicos, Trotta, Madrid.

Blackburn, Simon (2002) Sobre la bondad. Una breve introducción a la ética, tr. de Ramón Vilà Vernies, Paidós, Barcelona.

Dworkin Ronald (2011) Justice for Hedgehogs, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Wiggins, David (1990) "Moral Cognitivism, Moral Relativism and Motivating Moral Beliefs", Proceedings of the Aristotelian Society, Vol 91.

i-Latina 1 (2019): 1-9
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.14

Crítica del Libro "Ética para Máquinas", de José Ignacio Latorre, Ariel, Barcelona, 2019, 320 págs.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ
Universidad de Barcelona
marcph@icab.cat

RESUMEN

Actualmente predomina la acción de los seres humanos en relación con las máquinas. Latorre propone, partiendo de un recuento de la evolución de las máquinas, un escenario ficticio donde las máquinas han superado al ser humano especialmente, en su actividad neuronal y de pensamiento. El autor discurre sobre cuestiones de moral humana aplicada en máquinas, a fin de llevar a una reflexión respecto del avance de la tecnología, la inteligencia artificial y la relación de los humanos con este medio.

PALABRAS CLAVE: Ética, física, computación, moral, inteligencia artificial

ABSTRACT

Nowadays, human action prevails over their relation with machines. Latorre, from reminding machines evolution, proposes a fictional scenario where machines have overcome humans, especially in neuronal activity and thinking. This author reasons on human moral questions applied to machines, in order to bring into a consideration on technology and artificial intelligence advance, and human relationship with this environment.

KEYWORDS: Ethics, Physics, Computing, moral, artificial intelligence

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

Que un catedrático de física teórica se moleste en compartir sus reflexiones sobre cualquier aspecto con cierta relevancia para la sociedad siempre es motivo de celebración. En este caso, sobre los aspectos convenientes, y también los peligrosos, relativos a nuestra relación con las máquinas, incluso de aquellas que podemos denominar inteligentes y que tarde o temprano nos dejarán atrás. Un físico escribiendo sobre ética constituye una carta de presentación suficientemente atractiva para recomendar la lectura del libro.

Cierto es que no está escrito con el vocabulario o la incisión analítica propia del debate académico, pues es una obra sin barreras para el público, expuesta con sencilla claridad y haciendo accesibles conceptos de diversos campos, como los propios de la física, la computación o la propia filosofía. Valga decir que el acervo científico del autor se traslada a la obra con una exposición a menudo más cercana a la lógica proposicional que al derroche discursivo característico de las humanidades. Pero de ningún modo esta cuestión estilística es un impedimento para disfrutar de la obra; la intención del autor no es otra que invitar a la reflexión sobre el avance tecnológico, la relación de los humanos con las máquinas y la inteligencia artificial. Qué menos que recoger el guante y aceptar esa invitación.

Ética para máquinas está estructurado como un sendero que une una evolución histórica, a partir de la que el autor nos va introduciendo la relación del ser humano con las máquinas y la tecnología, la constante evolución de éstas y la perenne evaluación del rendimiento bueno y malo del uso al que se han destinado, con un escenario hipotético, o de ciencia ficción, si se prefiere, cuando las máquinas intelectualmente superiores a nosotros sean una realidad. A menudo, como bien queda reflejado en las líneas de la obra, la reflexión ha llegado muy tarde, una vez se han producido las consecuencias. Ese es el principal motivo que lleva al autor a compartir este trabajo: tomar una pausa y prestar atención a las posibles consecuencias derivadas de los cambios que se producirán con la irrupción de las nuevas tecnologías, especialmente con las máquinas inteligentes que superarán al ser humano en todo. Ello justifica una primera parte de observación histórica y de

evaluación del rendimiento bueno o malo y una segunda de apoyo en las lecciones previas para no cometer los mismos fallos en un futuro próximo.

Para nuestra sorpresa, la postura de LATORRE es optimista. Defiende que las consecuencias de máquinas cuya inteligencia nos relegue serán positivas, aunque no tenga que ser necesariamente a corto plazo, pues uno de los primeros problemas que deberemos hacer frente será el de la eliminación de muchos puestos de trabajo. Nos advierte acerca de que la implantación de esta nueva tecnología traerá consigo que diferentes generaciones compitan por un mismo puesto de trabajo. Por ejemplo, se pelearán abuelos, hijos y nietos por realizar la misma labor remunerada. Parece ser, según el autor, que esta lucha vertical, generacionalmente hablando, vendrá a invertir la clásica polarización izquierda-derecha, obrero-empresario, mano de obra-oferta de trabajo, que ha caracterizado el problema del desempleo durante tanto tiempo y especialmente agudizado en las crisis del siglo XX y comienzo del XXI. En mi opinión, más que invertir los polos del desempleo, ambos tipos configurarán los ejes de las coordenadas sobre las que deberemos aprehender las dificultades de un desempleo caracterizado por que las máquinas inteligentes asuman funciones cualificadas. En otras palabras, al no hacer falta ni experiencia ni especialización, que ahora asumirán las máquinas, las generaciones competirán entre sí.

Si bien podemos afirmar, por un lado, que desde la Revolución Industrial el progreso tecnológico siempre ha traído un incremento de las colas del desempleo y por ello un nuevo avance no debería suponer un cambio radical de escenario sino otra vuelta de tuerca al caso, por otro lado, las tecnologías capaces de aprender faenas intelectuales convierten en un sinsentido la constante especialización del trabajo, tan propio de nuestros días. Una máquina hará esas tareas mejor que un ser humano y, en principio, no habrá buenas razones, o mejores razones, para que los empleadores opten por esos trabajadores sin alma tan eficientes y tan poco quejicas. Pero me apunto a la filosofía optimista de nuestro autor. Tal vez la parte buena de este embrollo será que así dispondremos de más tiempo para dedicarnos a una vida contemplativa. Tal vez aumente la demanda en las carreras de humanidades. Tal vez,

eso sí, si somos capaces de apagar nuestro último Smartphone durante un rato y dedicar nuestro tiempo a este tipo de quehaceres en lugar de consumir ocio compulsivamente, lo cual vendrá personalizado por el trabajo de las nuevas tecnologías y será realmente difícil.

No hemos dejado constancia acerca de por qué sostiene el autor que las máquinas inteligentes nos superarán. El entrenamiento de redes neuronales artificiales ha progresado más allá del punto de inflexión que suponía para su aprendizaje que el ser humano fuese una pieza necesaria para continuar mejorando. Es decir, para seguir aprendiendo, las redes neuronales artificiales compiten una con otra. Redes adversarias se entrenan una a otra a partir del modelo de acierto y error. Si una máquina consigue inducir a su adversaria en el error, se descarta esa respuesta y se insiste hasta lograr perfeccionar la respuesta. De esta manera, el aprendizaje de estas redes es cada vez mayor, más rápido y refinado y con mayor número de aciertos. En otras palabras, para continuar mejorando, las máquinas inteligentes necesitan competir con máquinas igual de inteligentes una vez han superado el entrenamiento, o el aprendizaje, al que las sometían los humanos.

Es en este sentido que laboralmente jamás podremos competir con máquinas entrenadas para desempeñar un determinado trabajo. Por un lado, uno se acuerda del antipático funcionario judicial que semana tras semana pone alguna pega para la tramitación de los escritos o la notificación de providencias. Piensa que por fin una máquina inteligente será mucho más eficiente para agilizar la Administración de Justicia. Pero, por otro lado, abruma pensar que ese funcionario judicial, quien ya no podrá dedicarse a ello porque le sustituirá una máquina inteligente, ahora se verá reconvertido en un abogado o en un procurador más en la ya concurrida circunscripción de Barcelona. Ante este panorama ya no sabe tan mal esperar cinco minutos para que tramite el escrito si de esta manera no escasea el trabajo, puesto que evitaríamos que nuevos letrados tuvieran que pelearse con otros cientos de nuevos competidores que llevan a cabo el mismo trabajo. Si las máquinas inteligentes se destinaran a ayudar a que el funcionario desempeñara mejor sus funciones, a que

no se entretuviera con el farragoso papeleo y que finalmente pudiera expedir los documentos ipso facto, ya supondrían una mejora sustancial de la Justicia. Nuestro autor afirma que estamos condenados a enterrar aquellos trabajos que las máquinas inteligentes puedan realizar mejor y con mayor eficacia que un ser humano; sin embargo, no puedo más que tratar de buscar una aplicación a esas nuevas tecnologías que bien nos eviten realizar el trabajo mecánico, incluso el intelectualmente mecánico, sin tener que suprimir los actuales puestos. Puede que mi postura sea ingenua, que la suerte esté echada y que ya hayamos condenado ese tipo de oficios. Ahora bien, el uso público de las máquinas inteligentes está condicionado por políticas y por la adecuación de las mismas a las exigencias del conjunto del ordenamiento jurídico. Cabe la posibilidad de que acompañemos a la implantación de máquinas inteligentes con la supervisión del ser humano, o simplemente que la última palabra siempre dependa de la intervención de la persona. Y como esto último se eleva por convención, en mi opinión, aún no está todo dicho.

Tras el paseo histórico, el planteamiento de escenarios como la reducción de puestos de trabajo y el repaso de un buen número de pensadores, la segunda mitad del libro plantea cuestiones más difíciles de asir. Entre ellas, encontramos el planteamiento de la relación con inteligencias superiores a la nuestra, pues una vez dejaremos de ser imprescindibles para que continúe avanzando el aprendizaje las máquinas caminan hacia la singularidad (me hubiera gustado encontrar alguna referencia sobre lo bueno y lo malo de que el ser humano deje de ser el centro del mundo intelectual, pues supone un verdadero manotazo a nuestro egocentrismo en tanto que especie; mejor dicho, el egocentrismo de cómo el ser humano se ve a sí mismo como especie. No obstante, esta cuestión se sitúa más allá de lo que pretende presentar el autor), o la gran pregunta de si más allá de vernos superados intelectualmente puede llegar a imitarse el alma humana en una máquina o una inteligencia artificial.

Ciertamente, el tema más espinoso que aborda José Ignacio LATORRE no es la inteligencia artificial en los términos que la define ni el paso a especular en un

escenario propio de la ciencia ficción, sino el del alma. Creamos o no en el alma, ya de por sí difícil una temática difícil de abordar y definirla, estamos ante una nota característica del ser humano. La posibilidad de que ésta sea imitada en una máquina o una inteligencia artificial nos debería hacer reflexionar sobre si el derecho debe considerar que estamos ante un sujeto autónomo: ¿estaríamos ante un sujeto autónomo en los mismos términos en que el derecho reconoce a una persona? Según el autor, llega el momento en que se hace evidente la necesidad de repensar el legado moral que vamos a transmitir a inteligencias superiores a la humana, que serán capaces de sentir emociones y reflejar sentimientos.

Desde luego yo no puedo estar completamente seguro de la respuesta a la anterior interrogante (porque parece difícil encontrar consenso acerca del papel que juegan las emociones en el debate moral, y aunque no entraré aquí en este debate, simplemente asumiré que existe algún tipo de relación). Coincido con LATORRE en que nunca ha habido unanimidad para responder a la pegunta "qué es el alma". Realmente es una tarea ardua. Ahora bien, el autor insiste en la idea de transmitir emociones y sentimientos a una inteligencia artificial. Esta transmisión es la que dotaría a una máquina inteligente del contenido de lo que supuestamente estaría compuesta nuestra alma humana. Si realmente podemos legarles emociones, sentimientos e incluso invitarlas al debate moral, el autor se acerca mucho a la quintaesencia del asunto con la transmisión de todo lo anterior. Ahora bien, seguramente podríamos afinar un poco más.

Retrocedamos un paso hasta el instante anterior de afirmar que nuestras emociones y sentimientos residen en el alma. No pretendo discutirlo, sino tratar de coger un desvío previo hacia otro sendero de reflexión. Ciñámonos por un instante al alma como ese algo inmaterial que acompaña a nuestro cuerpo; ese impulso que nos lleva a vivir la vida con sentido. Y nada más. Todo lo que viene más allá de esta característica es realmente difícil de acotar: cuántas emociones existen, la relación entre sentimientos, la experiencia de la vida necesaria para acertar en las decisiones morales... Lo primero no sería incompatible ni con la propuesta del autor ni con

ninguna de las referencias de la historia del pensamiento que nos ofrece, pues en el impulso de vivir la vida con sentido encontramos la libertad, los sentimientos y otras muchas características humanas que nos permiten precisar, según nosotros mismos, cuál es ese sentido, y buscar las respuestas a preguntas sobre nuestra existencia, nuestro paso por la vida, que tan bien circunscribiríamos en los márgenes intangibles del alma.

Más que preguntarnos por el legado emocional, sentimental y moral que dejaríamos a las máquinas que nos superarán, deberíamos plantearnos si dichas inteligencias artificiales serían capaces de tener el impulso que les lleve a dotar de algún sentido su propia existencia. Porque lo que queda claro de la exposición del autor (y digo claro porque en todo momento nos acompaña, en tanto que lectores, planteándonos una serie de preguntas sin asumir promesas de futuras respuestas que luego no se cumplan) es que nosotros somos los que programamos un algoritmo con sentimientos, emociones, con capacidad de simularlos e incluso con algún código moral. Y si esto es así, nosotros seríamos el impulso de esas entidades y de alguna manera estableceríamos previamente el sentido de su existencia.

Si somos nosotros quienes programamos el alma de las máquinas, con cierta legitimidad podemos afirmar que el alma de dichas inteligencias también será artificial. A no ser que consideremos que el alma es propiamente algo relacionado íntimamente con el ser y que ese impulso no puede serle algo ajeno al ser humano o al ser artificial. Si consideramos esto último una condición necesaria del ser, nuestra relación con las máquinas siempre se medirá en los parámetros sujeto-objeto. Por el contrario, desde el momento en que identificamos que cualquier ser que tenga el impulso de buscar el sentido de su existencia merece nuestro reconocimiento, con independencia del origen de ese impulso, estaríamos ya hablando de máquinas e inteligencias entendidas como agentes morales autónomos.

El autor, al final de la obra, nos abre la posibilidad de pensar en ello a través de la libertad como contenido factible de ser legado a una inteligencia artificial.

Desde luego, tras haber elevado el nivel de abstracción ahora chirría un tanto pensar en una inteligencia artificial como ser autónomo, programada para que su impulso por dotar de sentido a su existencia se asemeje al de un ser humano, pues cuesta imaginar un ejemplo más humano que el propio humano. Pero en estos casos podemos ayudarnos de la ciencia ficción, como el momento final de Blade Runner en que el replicante Roy Batty, un ser inteligente creado a imagen y semejanza del ser humano pero que lo mejora en todos los aspectos, salva la vida de su perseguidor y cuando está a punto de morir (si es que podemos emplear el término morir para un ser artificial, a no ser que reconozcamos el exitus vitae de algo parecido a su espíritu y otra vez topamos de alguna manera con el alma), realiza un discurso de alto nivel moral, cuyo sentido ni siquiera llega a ser planteado, en muchos casos, por los propios seres humanos. En efecto, un ejemplo de algo más humano que el propio ser humano.

Llegados a este punto, interesa destacar los tres niveles de ética artificial que explica LATORRE. Una red neuronal artificial es capaz de aprender. En la arquitectura de la red se codifica la información necesaria para que actué, a saber, se fijan las reglas necesarias para que la inteligencia artificial ofrezca respuestas. Un de estas reglas es la función error, la que codifica el criterio que debe aprender la red. La ética práctica de una red neuronal artificial se codificaría como una función error, y como decíamos, ahí el autor identifica tres niveles. El primero, la función error elemental, que mide el éxito de una red según minimiza el margen de error en funciones objetivables, como un algoritmo para predecir el tiempo. El segundo, la función error compleja, que combina diferentes funciones error elementales, tal y como pasa en un coche autónomo al mezclar funciones de parámetros visuales, sonoros, datos de tráfico... Y el tercero, el de las funciones error automejoradas, que permite a la propia máquina inteligente modificar las funciones error iniciales. La pregunta sería si lo que hemos definido como alma artificial junto con el legado moral y emotivo que programaremos en estas máquinas puede constituir una de esas funciones error alterables por la propia inteligencia artificial o si, por el contrario, lo

que puede no y no puede alterar la máquina también está codificado por el programador.

La primera opción sería muy tentadora a efectos de investigaciones sobre los elementos que inciden en la conducta humana. Esto es, saber cómo evolucionan los sentimientos tras desarrollar ciertas emociones y qué tipo de debate moral abre la propia máquina al respecto. Este tipo de experimentos servirían para la regulación de conductas en casos difíciles en los que no está claro qué criterio debe ser el determinante para tomar una decisión.

La segunda nos situaría ante el código ético del profesional y el tipo de buenas funciones (si es que se me permite usar esta expresión) que codifica en la red neuronal. En otras palabras, siempre caería la sospecha sobre la incidencia humana en la programación, en el acotamiento de los términos en que puede desarrollarse emocional y moralmente una inteligencia artificial.

En conclusión, estamos ante un agradable libro de ética, si es que por ética entendemos el arte de vivir bien y que gracias a la experiencia podemos reflexionar para intentar acertar en nuestras decisiones, en este caso, acerca de nuestra relación con las máquinas inteligentes. Seguramente, como se dijo más arriba, el lector erudito en filosofía moral identificará la ausencia de algún parámetro formal o material. Pero no es esa la finalidad del libro, sino la de compartir una reflexión sobre asuntos que nos envuelven a todos; un intento de acertar en la decisión sobre el uso que daremos a esta tecnología. Una obra que nos ha servido para identificar cuestiones relevantes para la filosofía del derecho, de las que hemos querido compartir las relativas a la destrucción de los puestos de trabajo y a los elementos que pueden configurar la relación sujeto humano y sujeto máquina. Porque, ante un agente autónomo que nos mejore intelectualmente y asimismo perfeccione nuestra parte humana, aunque su origen fuese artificial reconoceríamos que está mejor condición que nosotros mismos para crear buenas leyes, ¿o tal vez no?

i-Latina 1 (2019): 1-12
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.15

La Corte Suprema Italiana rechaza la maternidad subrogada en el nombre del orden público internacional. Comentario a Cassazione, 12193/2019

CLAUDIO SARTEA
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
claudio.sartea@uniroma2.it

RESUMEN

Una reciente decisión de la Corte Suprema italiana en su composición más elevada ha establecido que la prohibición de la maternidad subrogada constituye en el ordenamiento jurídico italiano un principio no franqueable de orden público internacional, que impide el reconocimiento de relaciones familiares que se hayan eventualmente admitido y reconocido en el extranjero. Dicho principio se muestra incluso más relevante del mismo principio del superior interés del niño. Aunque la sentencia no aparezca tal como para poner término al debate nacional e internacional sobre el asunto, constituye de todas formas un documento que merece reflexión y la prueba de que la materia sigue siendo abierta a soluciones interpretativas distintas

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada; superior interés del menor; orden público internacional; globalización del derecho

ABSTRACT

A recent decision of the Italian Supreme Court in its higher composition has established that prohibition of surrogate maternity constitute in the Italian legal system a non-breakable principle of international legal system, that prevents familiar relationships recognitions that eventually have been admitted and recognized in other counties. That principle is shown even more relevant than the best interest of the child principle itself. Even though the judgment does not appear such as end the national and international debate on this topic, it constitutes in many ways a paper that deserves consideration and an evidence of this subject is still opened to different interpretative solutions.

KEYWORDS: surrogate maternity, best interest for the child, international legal system, globalization of Law.

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

1. Con una sentenza depositata l'otto maggio 2019, la Corte di Cassazione italiana è intervenuta in un complesso e prolungato conflitto di interpretazioni aperto dal contrasto tra due decisioni della medesima Corte, in sezione semplice, rispettivamente del 2014 (la numero 24001) e del 2016 (la numero 19599). Nel 2018, con la sentenza numero 4382 della prima sezione civile, si era auspicato l'intervento delle Sezioni Unite, l'organo che ha appunto il compito di dirimere i contrasti giurisprudenziali e garantire omogeneità interpretativa delle leggi, secondo la missione nomofilattica che caratterizza l'attività del livello di legittimità della giurisdizione in Italia. In questo contributo è mia intenzione cogliere l'occasione di tale recente sentenza per fare il punto sul tormentato concetto di ordine pubblico internazionale, senza omettere qualche considerazione relativa al lacerante problema del riconoscimento legale della maternità surrogata. Come emergerà nel corso della trattazione, la sentenza, pur avendo lo scopo di dirimere le numerose ed acute controversie, non sembra aver centrato l'obiettivo: sia per l'andamento non univoco delle sue argomentazioni, sia perché permane la sensazione di un problema apertissimo, anche a causa della crescente pressione culturale che agisce sulla mentalità di giuristi e giudici in relazione alle nuove forme di genitorialità, ed all'accettazione sempre più incondizionata della preminenza del sovranazionale o internazionale sul nazionale che si manifesta anche sul piano giuridico in epoca di globalizzazione.

2. Tutta la prima parte della sentenza in commento si presenta come una difesa della sentenza n. 19599, quella più innovativa, e sul piano dei contenuti afferma espressamente che "il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento nell'attuale momento storico non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra i genitori ed il nato, ma debba tener conto di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare con quest'ultimo, in conseguenza della consapevole assunzione da parte del primo della responsabilità di allevarlo ed accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il

genitore biologico" (p. 23[1]). È dunque molto chiaro che la Cassazione a Sezioni Unite accetta senza ulteriori discussioni l'espansione concettuale del significato giuridico di genitorialità, dal necessario riscontro biologico considerato per secoli decisivo (la stessa adozione ha assunto solo in tempi recentissimi il senso di un istituto affettivo, per effetto dell'incorporazione della tutela dei minori, avendo riguardato dai tempi del diritto romano all'epoca contemporanea solamente soggetti adulti e svolgendo di conseguenza una funzione, come noto, prettamente patrimoniale ed ereditaria), alla valenza intenzionale. In termini più semplici, secondo i giudici supremi la mera volontà di assumere la responsabilità genitoriale, pur in assenza di qualsivoglia contributo biologico e genetico alla generazione, è sufficiente oggi per vedersi attribuire dall'ordinamento il ruolo di genitore, *purché tutto ciò avvenga "nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico"* (il corsivo è mio: sottolineo questa condizione perché, come vedremo nel prosieguo, è l'elemento discriminante tra la prima e la seconda parte della sentenza, ovvero tra l'atteggiamento di apertura e quello di diniego che in essa si susseguono in relazione alla fattispecie di genitorialità sociale con ricorso alla maternità surrogata, che veniva sottoposta alla cognizione della Corte.

3. Anche se si tratta di un problema immenso che meriterebbe ben altri sviluppi, in questa sede è pur sempre importante dedicare a questo profilo contenutistico una qualche attenzione. In effetti, lo slittamento dalla centralità della biologia alla centralità dell'intenzionalità per la configurazione dei legami familiari è tipico di un ampio e generalizzato processo di trasformazione concettuale del diritto di famiglia negli ordinamenti occidentali, ed a sua volta può essere considerato una ricaduta regionale del generale processo di affermazione del soggettivismo tipico della cultura e della mentalità moderne e post-moderne. Esso ha investito da tempo la configurazione legale delle scelte genitoriali: sia in negativo, con la legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, che evidentemente in modo concavo

[1] Questa e le successive citazioni della sentenza in commento fanno riferimento al testo reperibile online all'indirizzo istituzionale della Corte di Cassazione italiana, e cioè: http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/det_civile_sezioni_unite.page;jsessionid=94F05F001110984BE409BF1A6ABF4DAE.jvm1?contentId=SZC22691

corrisponde alla medesima logica di prevalenza del volere mentale sull'essere naturale, della psicologia sulla fisiologia, che stiamo analizzando in modo convesso, sia in positivo, con la quasi universale accettazione legale delle tecniche artificiali di generazione umana, anche nelle loro forme più lontane dal modello naturalistico. Detto slittamento è però anche all'origine, ad opinione di chi scrive, di analoga trasformazione del concetto di coppia: l'argomento più utilizzato dai detrattori della legalizzazione delle unioni omosessuali (ed anche del riconoscimento legale di genitorialità solitarie), quello dell'inidoneità riproduttiva di queste relazioni, viene agevolmente superato per irrilevanza quando si sposta l'accento di senso delle unioni sessuali interpersonali dal livello biologico a quello affettivo, vale a dire, di nuovo, dalla fisiologia alla psicologia. Del resto, persino un organismo appositamente istituito dal governo francese come la Commissione Thèry, con il suo rapporto pubblicato nel 2014 e disponibile anche online[2], ha letto tale trasformazione nei termini acritici di un processo irreversibile e definitivo, almeno sul piano sociologico. Come spiegano le curatrici nel preambolo, "l'insieme costituito dai due volumi di questo rapporto connette le sfide del diritto ad una grande questione: quella dell'emergere di nuovi valori familiari che accompagnano l'attuale metamorfosi della filiazione, e più ampiamente delle relazioni con i bambini. I punti di riferimento non sono più gli stessi che esistevano ai tempi del matrimonio tradizionale, della gerarchia dei sessi, della stigmatizzazione dei figli naturali, dell'interdizione del divorzio e della patologizzazione dell'omosessualità. Tuttavia, contro quel che ripetono per invidia i nostalgici dell'ordine matrimoniale della famiglia, i valori di trasmissione, di devozione, di attenzione, di cura e di educazione non sono scomparsi a seguito della dematrimonializzazione (*démariage*)"[3]. Tali valori, che a detta degli studiosi che hanno redatto il rapporto sono sopravvissuti alla crisi del modello tradizionale, rispondono ai nomi di:

- *indissolubilità*, che però si è trasferita dal legame di coppia a quello di filiazione;

[2] http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf
[3] *Ivi*, p. 21 (questa e la successiva sono traduzioni mie del *dossier*, di cui non esiste traduzione ufficiale).

- *apertura* intergenerazionale e trasmissione del patrimonio nel tempo;
- (nuovo) *diritto all'identità narrativa* riconosciuto ai minori in ordine alla propria origine;
- natura *elettiva* dei legami parentali (che appunto prende il posto di quella biologica);
- *meticciato* delle etnie, che arricchisce gli interscambi nel mondo globalizzato.

Presentati questi "valori", il preambolo del rapporto si conclude con un'affermazione forte: "Il principio di responsabilità – nel senso forte del verbo latino *respondeo*, io rispondo di – è il cuore di questi valori che legano oggigiorno gli adulti, genitori o no, ai bambini di cui si prendono cura. Esso si rafforza per effetto di un rinnovato attaccamento alla trasmissione tra le generazioni in un mondo in cui l'assegnazione ad un presente senza passato né futuro è diventata il simbolo dell'esclusione sociale. È questo doppio profilo che noi abbiamo voluto sottolineare parlando di nuovi valori di responsabilità generazionale"[4].

A riprova del carattere almeno in parte apodittico di queste assertive affermazioni, possiamo qui ricordare che proprio in Francia da diversi anni un importante sociologo, Marcel Gauchet, ha richiamato l'attenzione sulle trasformazioni della famiglia, della genitorialità e dell'infanzia. Già nel 2004[5], e dunque dieci anni prima del rapporto Thèry, questo autore proponeva una sua analisi dell'evoluzione contemporanea della relazione adulti-bambini e genitori-figli, evidenziandone numerose criticità e collegandola a processi socioculturali molto ampli. Non è qui il luogo per illustrare questa ed altre posizioni scientifiche, in tensione con le tesi del rapporto Thèry ed idonee a testimoniare la natura problematica della metamorfosi della famiglia, irriducibile sia alle letture nostalgiche e passatiste sia, nella stessa misura, alle prospettive progressiste acritiche.

[4] *Ivi*, p. 22.
[5] M. Gauchet, *L'enfant du désir*, in "Le Débat", 132, 2004/5, pp. 98-121.

4. Tornando alle questioni di metodo giuridico, possiamo osservare che la Cassazione nella recente sentenza considera addirittura un orientamento "da tempo affermatosi nella giurisprudenza di legittimità" (ma se così fosse non sarebbe stato necessario l'intervento delle sezioni unite), quello secondo cui il concetto di ordine pubblico internazionale non ha natura difensiva dei valori interni, non operando pertanto in maniera ostativa come "limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti" con quei valori: al contrario, l'ordine pubblico svolgerebbe un ruolo di apertura e non di chiusura, "eminentemente promozionale", in relazione ai "valori tutelati dalle norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti" (p. 25). In altri termini, da guardiano dell'ortodossia nazionale l'ordine pubblico diviene secondo questo modello il *deus ex machina* della globalizzazione dei diritti[6], producendo –per via soprattutto giurisprudenziale – un prodigioso coordinamento dei sistemi nel nome di un non ben definito né giustificato nucleo assiologico universale, che si fa strada nella storia. Di questo misterioso nucleo aveva invero parlato già anche la sentenza del 2016, collegandolo ai diritti umani internazionalmente riconosciuti, come se si trattasse di un patrimonio indiscusso la cui consistenza operativa fosse pacifica: ed invero tutti sanno che la discussione sui diritti umani e sui diritti fondamentali è intensa e tutt'altro che concorde, sia per quel che attiene al loro fondamento ed alla loro giustificazione[7], sia per quel che riguarda l'elenco ed il contenuto di tali diritti (si pensi anche soltanto alla questione dei "nuovi diritti"[8], che a sua volta rimanda a

[6] Echeggia questi scenari anche uno degli ultimi studi importanti di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, che per esempio a p. 14 auspica una "globalizzazione attraverso i diritti, non attraverso i mercati". Ma l'idea non è certo solo sua; si può tra gli altri rileggere J. Habermas, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?*, in Id., *L'Occidente diviso*, (2004), Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 117: "Il nucleo innovativo di questa idea sta nella conseguenza rappresentata dalla conversione del diritto internazionale, in quanto diritto *degli Stati*, in un diritto cosmopolitico in quanto diritto *degli individui*: ora questi sono soggetti giuridici non più soltanto come cittadini dei loro rispettivi Stati, ma egualmente come membri 'di una comunità cosmopolitica sotto un unico sovrano'" (la citazione kantiana dallo scritto *Sulla pace perpetua* fa riflettere non solo sulla matrice filosofica dell'ipotesi di Habermas, ma anche sulla sua struttura utopica).
[7] Era in particolare in punto di fondazione che sorgevano le note perplessità giusfilosofiche sui diritti fondamentali di S. Cotta, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, ora anche in Id., *Il diritto come sistemi di valori*, SanPaolo, Milano, 2004.
[8] Per un'interessante discussione a più voci sulle ripercussioni bioetiche e biogiuridiche di questo dibattito, si veda M. Albert - C. Hermida - J.A. Santos (Eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2014.

quella delle "generazioni dei diritti"[9]). Facendo eco a quelle affermazioni, anche l'odierna sentenza individua i principi di ordine pubblico "in quelli fondamentali della nostra Costituzione o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale" (p. 26). Questa celebrazione dell'unità sovranazionale degli ordinamenti, imperniata sull'allusione – come si vede, piuttosto generica – ad un patrimonio giuridico mondiale più presupposto che argomentato, a parte il suo sapore kelseniano nella forma ed hegeliano nel contenuto, non risulta confermata a livello operativo né dalla Corte Europea dei Diritti Umani (mi riferisco all'istituto del "margine di apprezzamento nazionale", di creazione CEDU, riconosciuto a ciascun ordinamento sulle tematiche specialmente complesse e divisive[10]), né, cosa ancor più notevole, dalla Corte di Cassazione nel prosieguo della medesima sentenza, ove, come stiamo per vedere, viene negato riconoscimento alla maternità surrogata per contrarietà a valori essenziali protetti dall'ordinamento nazionale.

5. In effetti, a metà circa delle motivazioni, dopo le considerazioni fin qui esposte e che sembrano tendere nella direzione delle sentenza del 2016 e propendere verso il rigetto del ricorso, la sentenza che stiamo commentando vira in maniera improvvisa e si dirige verso l'accoglimento. L'origine testuale del cambio di scenario è indicata nella sentenza costituzionale n. 272 del 2017, in cui il nostro giudice delle leggi ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 263 del codice civile italiano nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del medesimo. A dire della Consulta (altro nome della Corte costituzionale italiana), pur rimanendo fermo che l'accertamento della verità

[9] N. Bobbio, *L'età dei diritti. Dodici lezioni sui diritti dell'uomo*, Einaudi, Torino, 1992.
[10] Ivi incluse quelle relative al riconoscimento legale della maternità surrogata: cfr. le sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani Mennesson v. France (application n. 65192/11) e Labassee v. France (n. 65941/11). Qualcosa del genere è avvenuto anche nelle due decisioni CEDU sul caso italiano Paradiso e Campanelli, di cui a breve dirò.

biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale *assoluta*, specie a seguito dell'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita (in cui nel nome del prevalente interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, si vietava sin dall'inizio – quando ancora le tecniche eterologhe erano proibite – al genitore legale e non genetico qualsiasi azione di disconoscimento), pure "la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto" (n. 4.1.6 della sentenza costituzionale citata, anch'essa disponibile presso il sito istituzionale della Consulta[11]). Di conseguenza, nell'opera di bilanciamento degli interessi in gioco lasciata al giudice in occasione di un'azione come quella di cui all'art. 263 del codice civile, di disconoscimento di paternità, l'interprete dovrà valutare: "Se l'interesse a far valere la verità prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (com'è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità" (4.2, miei i corsivi). Come prosegue la sentenza costituzionale, "vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata" (*ibidem*).

6. Secondo la Cassazione, che così passa all'analisi della decisione di merito impugnata allo scopo di annullarla, "nella parte in cui esclude che il divieto della surrogazione di maternità costituisca un principio di ordine pubblico, il ragionamento seguito dalla Corte territoriale si pone in evidente contrasto con l'orientamento precedentemente riportato della giurisprudenza di legittimità, che assegna a tale

[11] https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=272

disposizione una funzione essenziale di tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti, trascurando altresì le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, che vi ravvisa il risultato di un bilanciamento d'interessi attuato dallo stesso legislatore" (p. 35). Nello schema suggerito dai giudici di legittimità, è proprio quello della maternità surrogata il limite invalicabile di liceità delle tecniche di fecondazione artificiale nell'ordinamento italiano, o in altri termini "l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica" (p. 38). Limite, si badi bene, posto da una norma penale contenuta in una legge ordinaria, la n. 40 del 2004: disposizione certamente inderogabile, stante la sua natura penale, ma che non per questo basterebbe a costituire quel muro impenetrabile ed a restituire alla clausola di ordine pubblico quella funzione di chiusura che l'evoluzione giurisprudenziale aveva stravolto in una innovativa funzione di apertura alle sollecitazioni internazionali provenienti da altri ordinamenti, anche quelle contrastanti con norme imperative contenute in quello nazionale (almeno secondo le esplicite affermazioni della sentenza del 2016 della Cassazione, che peraltro, almeno su questo punto, recepiva un atteggiamento sempre più diffuso in dottrina[12]).

7. La Cassazione non si ferma qui, e menziona anche la decisione con cui la Corte Europea dei Diritti Umani ha respinto il ricorso dei due coniugi italiani Paradiso e Campanelli contro le decisioni dei giudici nazionali che avevano loro negato il riconoscimento della condizione legale di genitori di un minore concepito in Russia mediante ricorso alla maternità surrogata, e con gameti appartenenti a soggetti diversi dalla coppia (estraneo pertanto sia sul piano genetico che su quello biologico ai due coniugi). Come commenta la Cassazione, "anche nella giurisprudenza della

[12] Per un'ampia ed accurata analisi dell'evoluzione del significato giuridico della clausola di ordine pubblico in Italia e nel diritto dell'Unione Europea, rimando a F. Angelini, *Ordine pubblico ed integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padova, 2007.

Corte EDU, la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*" (p. 40). Appare chiaramente da queste espressioni il rinnegamento della precedente affermazione secondo cui esisterebbe una *koiné* giuridico-culturale (magari rappresentata da un non meglio individuato patrimonio universale di diritti umani), verso la quale tende magicamente l'evoluzione degli ordinamenti: tutt'al contrario, ora ci viene detto che i legislatori statali hanno facoltà di disciplinare il rapporto genitoriale secondo la propria discrezionale sensibilità, entro il limite del legame genetico o biologico con il minore. Che è come dire che non vi è filiazione al di fuori di una verità biologica (di seme o di parto): esattamente l'opposto di quello che avevamo appreso dalla sentenza del 2016 e dalla prima parte delle motivazioni della sentenza che oggi commentiamo. Ecco il principio ultimativamente enunciato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione italiana: "Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. *d)*, della legge n. 184 del 1983".

8. Un breve ma necessario *excursus* va qui effettuato, prima di concludere le presenti riflessioni sulla sentenza delle sezioni unite di Cassazione. Nel principio appena enunciato, infatti, si ha un riferimento all'interesse del minore, che costituisce a sua volta un principio molto rilevante in ogni discussione giuridica sugli stati familiari, ogniqualvolta siano coinvolti minori. Parte importante della dottrina lo considera in effetti *il* principio portante, e pretende che sia la legislazione che la giurisprudenza vi si conformino senza eccezioni né limitazioni di alcun genere[13]. La matrice normativa di questa pretesa è un vasto sistema di regole a protezione dei minori che ha trovato la propria espressione suprema nella Convenzione sui diritti dei fanciulli siglata in sede ONU nel 1989: ma le declinazioni regionali e nazionali del principio del cosiddetto *best interest* sono numerose e pregnanti. In realtà, e per questo il presente *excursus* appariva necessario, il principio non è affatto così pacifico come sembra, o almeno come alcuni autori lo considerano, e la sentenza che stiamo commentando ne conferma la natura incerta e, soprattutto, la non assoluta prevalenza. Ritengo vadano condivise in proposito le meditate osservazioni di un'autrice che recentemente ha scritto: "Sebbene non si possa evitare del tutto che tale principio abbia dei contorni sfumati e si presti ad un utilizzo strumentale, è possibile (e doveroso) adottare un approccio interpretativo che eviti la frammentazione di questo principio in una 'informa sommatoria di diritti individuali', asseritamente considerati come fondamentali. L'obiettivo è, quindi, evitare quello che talvolta appare come un vero e proprio 'abuso' del principio del superiore interesse del minore, cui è possibile assistere nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, concentrando invece l'attenzione sulla corretta applicazione di detto principio al fine di colmare le riscontrate lacune nella tutela dei minori"[14].

[13] Dedicato a questo principio ed alla sua effettività è lo studio di E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016.
[14] Così I. Anrò, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di 'abuso' e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. Niccolai - E. Olivito (a cura di), *Maternità Genitorialità Filiazione. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli 2017, p. 72. L'intero volume, composto da scritti quasi tutti firmati da donne, docenti di diritto costituzionale in vari atenei italiani, si raccomanda per l'intelligenza delle argomentazioni e la qualità giuridica dei contributi, e per la vastità della bibliografia di approfondimento citata.

9. Cosa concludere dopo aver percorso le altalenanti affermazioni della Corte suprema italiana? Certamente, l'attesa decisione delle sezioni unite non ha del tutto disperso le nebulosità interpretative in relazione al nuovo diritto di famiglia ed allo statuto giuridico della genitorialità e della filiazione. Abbiamo visto che si tratta di una frontiera giuridico-culturale molto mobile e complessa, e forse era illusorio aspettarsi che una sentenza, per quanto curata ed argomentata, dipanasse ogni dubbio o mettesse la parola fine ad un'evoluzione che appare tuttora imprevedibile. In cambio, la decisione commentata presenta una critica ferma ed inequivocabile della maternità surrogata, ove si valorizza l'atteggiamento assai negativo della Corte costituzionale, e si attribuisce ad una norma inderogabile nazionale un'efficacia di sbarramento che secondo la dottrina dominante l'ordine pubblico come clausola generale del diritto internazionale privato non sembrava più in grado di esercitare[15]. Per quanto si possa simpatizzare con l'orientamento internazionalistico, e di apertura globalizzatrice, che la prima parte della sentenza mostra, la seconda parte pare dirci che vi sono dei limiti invalicabili: o almeno ce n'è uno, la surrogazione di maternità. Non è possibile dire adesso se questo limite – almeno in casa italiana – rimarrà così insuperabile come l'odierna decisione ha sostenuto: quel che è certo è che la sentenza si pone come un'obiezione concreta, proveniente dall'esperienza giuridica nella sua componente giurisprudenziale, a pratiche di fecondazione artificiale ove netta è la separazione tra genitorialità fisica e genitorialità intenzionale, specie al livello gestazionale. È quanto basta per considerare ancora aperta la discussione tecnico-giuridica sul rilievo della verità biologica nell'attribuzione degli *status* familiari, con le gigantesche ripercussioni che essa ha nella odierna riflessione giusfilosofica ed antropologica.

[15] Si veda per esempio quel che scrive C. Tripodina, *C'era una vola l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di 'ordine pubblico internazionale' come varco per la realizzazione dell''incoercibile diritto' di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. Niccolai - E. Olivito (a cura di), *Maternità Genitorialità Filiazione. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 119 e ss.

i-Latina 1 (2019): 1-11
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.16

Relatoria "Gênero e Teoria do Direito"

CECILIA CABALLERO LOIS
Universidade Federal do Rio de Janeiro
cecilialois@gmail.com

RESUMEN

La relatora recoge las diez ponencias presentadas, en torno a siete ejes temáticos que abarcan cuestiones relativas a los derechos de las mujeres, personas trans, la naturaleza y el rol de los jueces en este respecto.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, derechos de las mujeres, identidad trans, activismo judicial, derechos de la naturaleza, inclusión.

ABSTRACT

The rapporteur gathers the ten presented papers, around seven main themes that include questions related to right of women, nature, trans people and judges role in this subject.

KEYWORDS: Gender violence, rights of women, trans identity, judicial activism, right of nature, inclusion.

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

Introdução

Esta relatoria se inicia com a citação de Berta Cáceres, líder indígena assassinada em Honduras e lembrada no trabalho La importancia de la perspectiva de género em la construcción de una teoria general del derecho de Cecilia del Refugio Palomo Caudillo: "El reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado."

Tanto quanto em relação a outras mulheres, o Estado falhou na proteção de Berta. Ela, que a frente do Conselho Cívico de Organizações e Povos Indígenas de Honduras (COPINH), passou os últimos anos de sua vida lutando contra as 49 hidrelétricas que desrespeitavam os direitos humanos desses povos, teve seu ativismo interrompido pelos agressores que invadiram sua casa e tiraram sua vida em 2 de março de 2016.

O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras "minorias sociais" ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?

Assim, aliando contribuições que partem de uma epistemologia feminista aplicada ao Direito, pretende-se iniciar a exposição dos trabalhos com a reflexão acerca da subversão de categorias centrais do direito, como o "sujeito universal", "neutralidade", "privacidade", etc. É preciso desprender-se da ideia clássica de um homem universal, que fundamentou a consolidação normativa dos direitos humanos. Por outro lado, não se deve incorrer no erro de tentar definir uma outra categoria universal substitutiva à vigente, mas sim ter em mente que são diversas as identidades contidas nos grupos mencionados, pelos quais perpassam complexidades como aquelas referentes à raça, classe, orientação sexual.

O que uma epistemologia feminista permite, portanto, é uma mudança de olhar que torna o direito mais efetivo e inclusivo, ainda que reconhecidos os seus limites intrínsecos. Um direito que pode ser produzido por Bertas e para Bertas, também.

1. Questões gerais abordadas:

Para este grupo de trabalho, foram recebidos 10 textos, provenientes dos seguintes países: Brasil, França, Peru, México e República Dominicana.

As diversas contribuições presentes nos trabalhos demonstram como as questões de gênero perpassam o direito, desde o momento de sua elaboração, o que reflete na necessidade de uma maior representatividade de mulheres e outras minorias sociais em cargos de poder, bem como na percepção de um esforço maior na formação de um discurso que seja suficientemente inclusivo.

Um ponto marcadamente também presente nas reflexões apresentadas diz respeito à crítica da universalidade e da neutralidade normativas. De modo complementar, questiona-se o papel da jurisprudência e dos aplicadores do direito, investigando-se os limites de sua atuação. Indaga-se, ainda, o papel dos movimentos sociais e das artes na incorporação, ao direito, de subjetividades até então não reconhecidas como sujeitos de direitos – como é o caso das prostitutas e das trans.

Também se discute a violência de gênero e o potencial transformador versus opressor do direito, colocando-se em pauta um diálogo entre representantes do pós-positivismo e de correntes diversas dos estudos sobre gênero.

2. Abordagens metodológicas

Os trabalhos apresentados, além de compartilharem de uma perspectiva que coloca em pauta a necessidade de uma epistemologia feminista, trazem a análise de

casos, a partir da jurisprudência de Cortes Superiores e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que permite visualizar os argumentos e as teorias apresentadas na prática discursiva dos referidos órgãos. Há, ainda, uma análise de produção cinematográfica, que problematiza a relação entre o direito e a construção da identidade trans. Em sentido semelhante, há também diálogos com a literatura, ampliando a análise da História das mulheres para além do olhar jurídico.

3. Principais contribuições

3.1. A violência de gênero

Como destaca Rocío Villanueva Flores, no Peru, 68.2% das mulheres alguma vez casadas ou em união estável sofreu algum tipo de violência por parte do esposo ou companheiro. Villanueva acrescenta ainda que, segundo as estatísticas oficiais do Ministério Público peruano, entre 2008 e 2017, 1.051 mulheres morreram vítimas de feminicídio, sendo que 80% destes crimes foram cometidos por seus parceiros ou ex- parceiros. Entre as principais causas dos feminicídios, o ciúme ou a decisão das mulheres de se separar foram destacados.

Perspectiva parecida é encontrada no Brasil, onde, segundo destaca o trabalho de Saada Zouhair Daou, uma mulher é vítima de violência doméstica a cada 7.2 segundos e uma mulher é estuprada a cada 11 minutos. Esses dados condizem com o relatório produzido no final de 2017 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com a ONU Mulheres, o qual afirma que a região da América Latina e do Caribe é a mais violenta do mundo para ser mulher. Segundo o relatório, dois em cada cinco feminicídios cometidos na região são resultado da violência doméstica.

3.2. A identidade trans e o Direito

O trabalho de Camila Saran Vezzani questiona se o direito a dignidade humana e à própria identidade, englobando a questão sexual e de gênero, é vivenciado em sua plenitude na vida de uma pessoa trans. Para responder a essa questão, a autora propõe uma análise da produção cinematográfica chilena intitulada "Una Mujer Fantástica". Através da história de Marina, personagem central da obra e trans, pode-se analisar como se dá a construção dessa identidade, bem como verificar como certos eventos ganham contornos jurídicos distintos quando uma das partes envolvidas mostra-se, de alguma forma, uma resistência ao padrão heteronormativo socialmente aceito e disseminado.

Vezzani aponta que o direito pode servir como um mecanismo de vetorização de normalização. Assim, o saber jurídico é articulado pelas estruturas de poder, que ditam as verdades a serem adotadas. Vezzani, ainda, retoma a teoria de Judith Butler, ao apontar que a categoria humana não é universal, mas, na verdade, um resultado de negação que pressupõe o não humano ou aquele humanamente impensável. As normas de gênero exigem, portanto, que as identidades respeitem a coerência biológica de sexo/gênero para serem socialmente inteligíveis, pois em contrário, serão obrigadas a habitar zonas de abjeção. Talvez por entender isso, a autora do trabalho sugere, a personagem principal da obra analisada e outras trans evitem instituições que poderiam fazer valer certos direitos. Pois exatamente as mesmas instituições terão sobre elas o olhar de "não humanas".

3.3. Qual é a história das mulheres que está sendo contada?

O trabalho de Saada Zouhair Daou destaca que os relatos feitos pelos livros de História do Direito costumam omitir a história das mulheres. A autora levanta alguns fatores que contribuíram para esse cenário, como o confinamento das mulheres (brancas) ao espaço privado/doméstico, o difícil acesso à escrita e a prevalência dos sobrenomes masculinos nos registros históricos.

Daou menciona a Revolução Francesa, quando as mulheres, tendo lutado ativamente ao lado dos homens, foram excluídas das conquistas. A Declaração dos direitos do homem e do cidadão eram efetivamente só do homem e do cidadão, não das mulheres. Olympe de Gouges, que ousou contestar tal injustiça, escrevendo a Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, foi guilhotinada.

Em sentido complementar, o trabalho de Natasha Pereira Silva trata de questões referentes à prostituição, recorrendo a um resgate histórico do controle dos corpos das mulheres e da prostituição no final do século XIX e início do século XX, com atenção ao contexto brasileiro escravagista. Como narra a autora, o posicionamento de muitos daqueles que eram a favor da escravidão era antagônico à exploração do serviço sexual de escravas. Um tipo de moralidade vigente na época indicava que obter lucro através da prostituição de uma escrava era algo condenável – ainda que ocorresse com frequência.

Vislumbra-se, portanto, em ambos os trabalhos, como os elementos que estigmatizam as mulheres dificultam que a elas também seja dada a oportunidade de elaborar os termos dos próprios discursos, estando sujeitas a uma história contada por terceiros, que às confinam à posição de objeto.

3.4. A atuação das Cortes Superiores e o ativismo judicial

O trabalho de Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães nos convida a refletir sobre dois pontos: a efetivação do direito ao casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo, alcançada por meio do Supremo Tribunal Federal (STF) mediante a ADPF/RJ 132 e ADI 4277/DF, e a reação negativa que a decisão gerou no Poder Legislativo, refletida no projeto de lei n. 6.583/2013 (Estatuto da Família) que tramita perante o Congresso Nacional.

Tanto no trabalho Helen Guimarães de quanto no de Cecilia Palomo, em que tópico semelhante está presente, encontramos alertas quanto ao excessivo

protagonismo das Cortes em casos como o analisado. Helen Guimarães destaca o efeito backlash que decisões progressistas da Corte podem causar no legislativo, como ocorreu no Brasil. E sugere uma abordagem mais efetiva para o tratamento desses casos, semelhante ao observado na Argentina e no Uruguai: considerando a necessidade de discussões amplas sobre questões sensíveis que carecem de legislação, esses dois países procuraram consolidar um consenso social sobre o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo. Houve uma estratégia com a intenção de ocupar espaços públicos para colocar o tema em discussão, pressionando seus parlamentos. A participação popular se fez presente e o enfrentamento do tema ocorreu no lugar onde precipuamente se abordam os assuntos de interesse social: o Congresso.

3.5. Qual é a função de um juiz?

Em seu trabalho, José Cruceta adverte que aquilo que é observado depende da teoria assumida por quem observa. No campo jurídico, portanto, a teoria do direito que se presume terá uma influência decisiva no ordenamento em geral. A partir desse pressuposto, o autor questiona qual a função de um juiz. Limita-se apenas à descoberta e aplicação da lei ou deveria ser também, pelo menos em certas situações, um participante na criação da lei, no processo de evolução e mudança de lei?

Para investigar essa questão, Cruceta relaciona os diferentes sentidos nas concepções de direito, considerando que juízes de filiação teórica diferente adotaram posturas distintas diante de um mesmo quadro fático. De todo modo, o autor aponta ser desejável que o juiz esteja ciente de sua teoria pessoal de direito. Ou seja, quanto mais você souber suas próprias inclinações e se preocupar com sua legitimidade, maior a adequação das suas falhas. E, assim, cita o aviso que Trías Monge faz quando afirma: “O juiz sonâmbulo caminha por campos minados”.

3.5.1. Alguns problemas da fundamentação jurídica em casos de violência de gênero

Rocío Flores destaca que os problemas mais comuns na argumentação de juízes em casos de violência de gênero, no Peru, incluem os seguintes: a) a valoração das provas, como a declaração da vítima que atingiu maioridade legal, b) o conteúdo dos relatórios forenses a que as vítimas são submetidas, c) a falta de conhecimento do direito e o formalismo próprio da cultura jurídica e d) a corrupção da justiça.

Em seu trabalho, Cecilia Palomo também aponta problemas com a argumentação do direito que carece de uma perspectiva de gênero. Ela aponta, a partir das três concepções argumentativas de Atienza (formal, material e pragmática) aplicadas à análise de casos selecionados, que a lógica dedutiva clássica, da maneira como é operada, tende a construir enunciados jurídicos que posicionam a mulher em um segundo plano em relação aos homens. Além disso, destaca que a avaliação das premissas para identificar a relação entre razões jurídicas e morais possibilita verificar que as últimas, levadas ao extremo, reproduzem critérios discriminatórios. Por fim, a autora destaca que a concepção pragmática de argumentação, enfocando os efeitos que se pretende alcançar quando se argumenta, permite que a teoria geral do direito seja direcionada para uma prática argumentativa mais inclusiva, que alcance a realização do direito à igualdade.

3.6. O sujeito de direito universal e a proteção à Pacha Mama

Em um momento em que se discute a efetividade do conceito de sujeito de direitos, discute-se também o reconhecimento da personalidade jurídica de entes não humanos. Em 2018, a Suprema Corte de Bogotá reconheceu "a Amazônia colombiana" como "sujeito de direito". Poucos meses antes, o "Gange" e seu principal afluente, o "Yamuna", na Índia, e o "Whanganui", na Nova Zelândia, tinham personalidade jurídica reconhecida. O Equador, já em sua Constituição de 2008 dotou a Mãe Terra "Patcha Mama" com esse mesmo status legal. Todavia, o trabalho

de Alexandre Zabalza pergunta: atribuir direitos à terra iria de encontro aos direitos humanos?

O autor argumenta que o não reconhecimento, hoje, de que a terra é uma entidade separada (ainda que sem personalidade jurídica), uma condição para a realização de todos os direitos, é, na verdade, o perigo real para a humanidade. Dessa forma, propõe um conceito novo, uma teoria do direito alternativa e complementar às teorias de direito do Estado, fundada em uma filosofia do direito da terra, a qual objetiva e renova as ligações perdidas com as comunidades não humanas. Assim, propõe entender a terra como um bem integral, que deve ser preservado. Isso ultrapassa a concepção clássica segundo a qual a terra seria, no máximo, um "objeto" sobre o qual incidem direitos.

Como discorre o autor, a abordagem do direito público, construída em torno da soberania do Estado, desdobra uma lógica de ordenamento territorial, em que se sobrepõem diferentes formas de territorialização e divisão dos respectivos poderes, o que inclui a regulação de propriedades públicas e privadas. Já a abordagem do direito privado (contida no Código Civil Napoleônico, que inspirará muitas legislações francesas e latinas), associa a terra a algo descrito como "propriedade imóvel por natureza".

Na doutrina clássica, por sua vez, a terra é o solo, o edifício não construído, uma parte limitada da crosta terrestre, uma parcela do território nacional, etc. Obscurece- se a dimensão da terra como um recurso natural e ambiental. Dessa forma, se a lei primeiro percebe a terra como um bem, então ela prossegue para uma série de reduções epistemológicas que acabam desprezando o que a terra de fato é: condição física e metafísica de nossa existência.

3.7. O Direito como instrumento de dominação e de emancipação

3.7.1. Uma nova concepção do marxismo

O trabalho de Ricardo Urzúa Traslaviña oferece uma concepção não convencional do marxismo, mais aproximada de uma filosofia humanista e analítica, segundo a qual há um problema em nosso ethos (tendemos a tratar os demais como meros instrumentos), o que podemos mudar, considerando que isso não é uma consequência necessária de nossa condição humana, mas sim algo externamente causado. Assim, o problema não estaria nas instituições, ou no Estado de Direito, o qual é, na verdade, um reflexo de nosso ethos.

Como em nosso ethos predomina a tendência de explorar os outros, o mais fácil seria conceber o direito como instrumento de dominação. Mas conceber o direito como instrumento exclusivamente de dominação (como se faz no marxismo clássico) negligencia a outra parte do nosso ethos: às vezes reconhecemos as pessoas como nossos iguais, o que nos leva a sermos solidários. Então, o Direito, como instituição humana, teria uma função tanto opressora quanto emancipatória.

Uma maneira de fortalecer o potencial emancipatório seria aumentar a representatividade das mulheres nos cargos do Judiciário. Ricardo explora essa possibilidade através da teoria de Nancy Fraser, propondo uma paridade de gênero por meio da redistribuição, através de medidas temporárias nesse sentido. Todavia, alerta que redistribuir os cargos não é suficiente para solucionar o problema, que possui raízes mais profundas.

3.7.2. A filosofia do limite de Drucilla Cornell

O trabalho de Alegnayra Campos traz contribuições acerca da teoria de Drucilla Cornell. Em sua “Filosofia do Limite”, Drucilla mobiliza sua teoria como ideal possível para a reformulação da ética social de forma a possibilitar a emancipação do outro, a expressão da diferença, deixando-o livre do polo de subordinação. Na concepção da autora, o poder jurídico-geracional do direito de criar novas concepções jurídicas o torna algo mais que mero mecanismo de controle social. A

partir de uma ótica jurídica empática, inerente ao poder jurídico-geracional do Direito, de criar e unificar entendimentos através da estabilização de patamares, não se pode negar, portanto, o importante papel dos princípios jurídicos em conciliar visões normativas divergentes e criar padrões generalizáveis. Por outro lado, tendo em vista a inescapável violência, que em desconsideração da diferença permeia o sistema jurídico, o desenvolvimento principiológico pode, ao menos, minimizar a expressão destas violências, mesmo que infiel a uma relação ética, ou pelo menos infiel a uma relação ética plena ou ideal.

4. Problematizações propostas

Diante da diversidade de temas apresentados, porém tendo em conta os pontos comuns verificados nos trabalhos, são propostas as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contem suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?

i-Latina 1 (2019): 1-25
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.17

Relatoría "Crisis de democracia y desigualdad"

JUAN ANTONIO CRUZ-PARCERO
Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México
cruzparc@unam.mx

RESUMEN

EL relator presenta de manera sistemática el contenido de las diecinueve ponencias presentadas sobre este tema, agrupándolas tres categorías temáticas.

PALABRAS CLAVE: Estado constitucional, derechos humanos, crisis de la democracia, populismo, corrupción, Brasil, desigualdad, racismo, clasismo

ABSTRACT

This rapporteur systematically presents the content of the nineteen papers on this topic, grouping them in three thematic categories.

KEYWORDS: Constitutional State, human rights, democracy crisis, populism, corruption, Brazil, inequality, racism, classism.

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

Introducción

En esta mesa han participado 19 ponencias. Los autores de ellas pertenecen a siete países: Brasil, Ecuador, Perú, México, Chile, Colombia y España.

Los textos se han presentado en portugués y en español. Pido de antemano comprensión por los resúmenes que podrían no dar cuenta de manera precisa de todo el contenido de los trabajos. He privilegiado aludir, en algunos casos, a los temas que se vinculan más con los problemas de la mesa, y he dejado de lado en ocasiones algunos aspectos de los trabajos que se ocupan de cuestiones más alejadas.

He dividido los trabajos en tres grupos para poder abordar distintas problemáticas. La separación intenta obedecer a esta cuestión temática pero es evidente que algunos trabajos cabrían también en otras secciones.

Primera parte

En esta primara parte resumo cuatro trabajos de **(1) Alfonso Henríquez Ramírez, (2) Betzabé Xenia Marciani Burgos, (3) Macario Alemany García, y (4) Víctor Carlos Hurtado Estrada.** Estos trabajos abordan cuestiones sobre teorías de la justicia, el problema de la justificación de la intervención del Estado y de problemas con la conceptualización de algunos derechos humanos.

(1) Alfonso Henríquez Ramírez (Chile) en "*Algunas concepciones sobre la justicia distributiva y sus problemas en relación al disfrute del derecho a la educación*", confronta tanto autores (Satz y Anderson) que sostienen que el suficientismo constituye el mejor criterio para distribuir la educación, como a autores (Shouten) que se inclinan por el prioritarismo. Para los suficientistas el

derecho a la educación se satisface cuando se alcanza un cierto umbral que permita el desarrollo de algunas habilidades básicas para actuar como un ciudadano igual dentro de la comunidad política; basta con que todos tengan un mínimo suficiente. Para evitar el problema de la segregación bastaría con reclutar a las élites de todos los sectores sociales para garantizar su origen diverso. Para el prioritarismo el estado sólo puede intervenir en el ámbito de la educación cuando los sujetos no pueden acceder por sus propios medios a la enseñanza que proporciona el mercado, permitiendo la optimización de los recursos públicos, estableciendo la regla de beneficiar prioritariamente a los más desaventajados. Henríquez Ramírez, el autor, sostiene que en el ámbito de la educación el igualitarismo constituye una alternativa preferible a los otros criterios y ofrece tres razones: Primera, la educación es un valor posicional, lo que significa que su valor depende en buena medida de lo que otros tengan, la educación es crucial entonces para poder competir, determina las posibilidades para obtener otros bienes como el trabajo. Segunda, el suficientismo no satisface el óptimo paretiano, pues no asigna ningún valor a los incrementos sobre el umbral mínimo. Por su parte, el prioritarismo aunque sí es sensible a dichos incrementos, no es sensible al problema de que las expectativas de los más favorecidos sean excesivas. Tercera, la educación mejora la calidad de vida de los sujetos (valor intrínseco de la educación), si aceptamos con Dworkin que la justicia sólo puede compensar la mala suerte bruta (y no la mala suerte opcional), los estudiantes tienen un reclamo moral para acceder a un nivel de educación similar al de los más aventajados, su nivel educativo no debería depender de la posición social o económica de sus padres, de forma que el estado debe buscar una educación igualitaria.

(2) Betzabé Xenia Marciani Burgos (Perú) en "*Autonomia sem virtude?: o perfeccionismo ético pode ser admitido num estado liberal que procura o bem-estar dos cidadãos?*", propone discutir sobre el tipo de intervención estatal que resulta

admisible en el Estado constitucional de derecho, sobre bases liberales pero con un compromiso con el bienestar social. El liberalismo propone la neutralidad del Estado en cuanto a promover cualquier concepción del bien. Pero a este ideal de neutralidad se le ha objetado, como lo hace Dworkin, que una ética liberal supone instituciones y convicciones que congenien con los principios políticos liberales, y éstos suponen ya una idea abstracta de vivir bien. Esto supone que el liberalismo es una doctrina moral débil (Swift). ¿Deja de ser neutral el Estado cuando promueve espectáculos artísticos y no peleas de perros? Para Raz, desde un liberalismo perfeccionista, el Estado debe promover formas de lograr mayor autonomía y que conduzcan al bienestar individual. Las medidas promocionales estarían justificadas si cumplieran con dichos fines. El problema de Raz es confiar en exceso en que el Estado es capaz de identificar esas formas de vida valiosas. Nussbaum defiende una autonomía política no perfeccionista, asume que el liberalismo no puede ser neutral ni aceptar como válidas ciertas concepciones comprehensivas que niegan principios constitucionales fundamentales, como los vinculados a la igualdad racial. Asume que existen ciertos valores y virtudes que pueden considerarse objetivamente correctos, sin embargo, el estado no puede adoptar actitudes perfeccionistas que privilegien algunas concepciones que considere superiores a otras. Esto no significa que no sean importantes formas de promoción de virtudes ciudadanas como la solidaridad que constituye un elemento esencial para lograr estabilidad en una comunidad política, o la autonomía y ciertas virtudes de los individuos en tanto ciudadanos. Debemos ser capaces entonces de poder brindar justificaciones objetivas para calificar a la promoción de ciertas actividades (el arte, la literatura, el deporte, etc.) como vinculadas al desarrollo de la autonomía y a las virtudes aludidas. Aunque en la obra de Nussbaum esto suponga una tensión entre la defensa del liberalismo meramente político y su concepción más exigente de las necesidades.

(3) Macario Alemany García (España) en "*Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual*", muestra que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el Comité de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad defienden un "cambio de paradigma" en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la "tutela". Analiza la postura expuesta por el Comité en su Observación General nº 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual. Siguiendo el análisis del concepto de representación que propone Isabel Lifante (2009 y 2018), muestra que una consideración profunda del concepto de representación pone de manifiesto que el principio de protección de los intereses del representado configura toda la institución. Y pasa a criticar la tesis de que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual en la forma tradicional de las tutelas y/o curatelas entraña necesariamente una discriminación. La ideología que ha dominado en el Comité ha sido una de corte neoliberal que se basa en una idea distorsionada de dignidad exclusivamente vista como autonomía, misma que el autor confronta con la idea kantiana de dignidad, basada en que las personas no deben ser instrumentalizadas.

(4) Víctor Carlos Hurtado Estrada (México) en "*Kant: entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil*", nos expone la posición de Kant respecto del

problema de cómo responder ante leyes injustas y malos gobiernos. El tema se relaciona con el reclamo de derechos que van desde la desobediencia civil, hasta la rebelión o el tiranicidio, pasando por la objeción de conciencia. La respuesta de Kant es que el pueblo no tiene ninguno de esos derechos, sino el deber de obedecer. Las razones que ofrece Kant se basan en su concepción general del derecho, pues éste implica un principio universal: el deber moral de vivir en una condición civil (en un estado civil). El origen del poder está en el pueblo y éste está unido a la voluntad del legislador que el estado representa (la voluntad general). El legislador es una institución civil, que se contrapone al estado natural. Vivir dentro de un estado civil es un deber moral para Kant. A este estado civil se llega, por otro lado, a través del contrato originario, que implica una coalición de la voluntad particular para construir una común o pública. La idea sirve para legitimar el ejercicio de los poderes del estado, legitima las leyes que se promulguen que se consideran emanadas de una única voluntad del pueblo. En tercer término, la obediencia a las leyes se considera una condición para la libertad de cada miembro de la sociedad. De aquí surge que la única posibilidad para cambiar la legislación o el gobierno será a través de la manifestación de esa inconformidad a través de la protesta y la crítica que conduzcan que el mismo gobierno soberano introduzca reformas.

Comentarios

1) Aquí se nos plantea el problema de qué concepción de la justicia es más adecuada para proteger derechos sociales como la educación, pero la reflexión puede extenderse a otros derechos como la salud, la seguridad social, la vivienda, la alimentación, el agua, etc. Pero habría que introducir de manera explícita en estas discusiones, el contexto en el cual estamos discutiendo, el que nuestras sociedades en América Latina (y en esto contrastan con las europeas), sean escandalosamente desiguales, deberá servir de criterio para evaluar la utilidad de estas teorías. ¿Podría

decirse entonces que las teorías igualitaristas tendrán, en principio, mayor relevancia en sociedades como latinoamericanas?

2) El Estado no puede ser neutral respecto de la protección de derechos humanos o derechos fundamentales, frente a las violaciones de derechos existen deberes de intervenir. La discusión sobre la neutralidad del Estado, en ocasiones me parece haber surgido en una época donde la concepción de los derechos y de los deberes del Estado no contemplaba a los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, etc. Y quizá también donde, relacionado con el punto anterior, no se supone que deba de prevalecer una teoría igualitarista de la justicia. No deberíamos llegar a conclusiones diferentes sobre la neutralidad estatal si partimos de que existen estos derechos sociales, y que en ocasiones la mejor manera de resolver problemas de justicia es a través de un concepción igualitarista.

3) Me llamó la atención una de las observaciones del trabajo sobre discapacitados, cuando se sostiene que el Comité de la ONU defiende una postura de la dignidad basada en la ideología neoliberal. Esto me lleva a plantear el problema de que el discurso de los derechos humanos, tanto a nivel político como institucional, ha estado estrechamente vinculado al pensamiento neoliberal, como han apuntado algunos historiadores. Quizá una terea que tenemos los teóricos y filósofos del derecho sea advertir, como lo hace Alemany, de estos sesgos neoliberales en los discursos, pero también en las teorías de los derechos humanos. Algunas críticas desde luego ya se han hecho desde corrientes críticas, desde el comunitarismo y el feminismo, pero creo queda todavía mucho trabajo conceptual como el que nos muestra el autor en esta discusión.

Segunda parte

En esta parte agrupo nueve trabajos de **(5) Daniela Carolina Chávez Cruz, Patricio Santiago León Yambay; (6) André Luis Pontarolli; (7) Eduardo Feron Santos Azevedo y Guilherme Petry Matzenbacher; (8) Juan José Janampa Almora; (9) Luciano Crotti Peixoto e Franciano Sabadim Assim; (10) Pamela Lili Fernández Reyes; (11) Aurymayerli Acevedo Suárez y Zaira Maritza Rojas Castillo; (12) Rafael Rizzi y Irineu Francisco Barreto Junior, y (13) Valentin Bartra Abensur**. En estos trabajos se reflexiona principalmente en torno a la crisis de la democracia y algunos riesgos o retos que presentan en particular las democracias latinoamericanas como el populismo y la corrupción.

(5) Daniela Carolina Chávez Cruz, Patricio Santiago León Yambay (Ecuador) en "*Crisis de la democracia constitucional y desigualdades*", nos dicen, siguiendo principalmente a Ferrajoli, que la democracia constitucional supone un modelo de Estado que intenta integrar un proceso político participativo y el ideal de un gobierno limitado en el que la mayoría no pueda afectar los derechos fundamentales. Este modelo supone una tensión entre constitucionalismo y democracia. Sin embargo, la crisis de la democracia y del constitucionalismo proviene de la crisis económica, que somete la política a la economía. Que la política se vea condicionada por la economía supone que ya no existe el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política; es el mundo del mercado financiero el que impone reglas de juego antidemocráticas y antisociales en beneficio de intereses privados. Los altos índices de corrupción que permean a la administración pública, a los partidos políticos, al mismo sector empresarial, se convierten en un factor de violación de los principios elementales del Estado de Derecho y de la democracia. Este predominio de lo privado sobre lo público, a su vez, utiliza los poderes mediáticos para la manipulación de la

información y la opinión pública, instrumento capaz de derrocar presidentes, como ha ocurrido en el caso de Ecuador. América Latina ha observado un retroceso en el plano social y económico que han generado una vulneración de derechos como la educación, el trabajo, la seguridad social, entre otros. Esta crisis que ha generado la disminución de la esfera pública tanto a nivel nacional como internacional, trae como consecuencia el desarrollo de la ilegalidad que viola las garantías jurídicas existentes de los derechos fundamentales, contribuye a su ineficacia e inobservancia y al menoscabo del principio de legalidad, a nivel formal. Y a nivel sustancial, la crisis repercute en la violación del principio de estricta legalidad por parte del legislador; quien ahora obedece a dos procesos: uno de deslegificación y desregulación de los mercados, y el otro de inflación legislativa, especialmente en el ámbito penal, que va acompañado de defectos legislativos que compromete la capacidad regulativa de las normas, dejando intencionalmente amplios márgenes para la interpretación del derecho.

(6) André Luis Pontarolli (Brasil) en *"Corrupção e crise democrática: uma crise de qualidade"*, analiza la afectación de la calidad democrática por la corrupción. La hipótesis es que la corrupción rompe la idea de igualdad y ello afecta la calidad democrática. Siguiendo a Dahl la democracia exige: a) representantes electos, b) elecciones libres, justas y frecuentes, c) libertad de expresión, d) fuentes alternativas e independientes de información, y e) ciudadanía inclusiva. Estos criterios son cualitativos, y a través de ellos lo importante es cuestionarse qué tan democrático es un Estado. La igualdad, siguiendo a Ferrajoli, es un ideal de proceso democrático y constituye su verdadera sustancia; la democracia constitucional es un pacto de convivencia basado en la igualdad de derechos, lo que supone la limitación de los intereses particulares a favor de los intereses públicos. La participación igualitaria es un ideal difícil de conseguir en economías capitalistas, donde algunos ciudadanos adquieren más influencia política que otros. En la concepción de Dahl la unión entre

capitalismo de mercado y democracia acaba revelando una estructura aporética, pues en un país de instituciones democráticas se afecta significativamente el funcionamiento del mercado, y la existencia del mercado capitalista afecta a las instituciones democráticas. La corrupción es un factor que afecta la democracia de maneras variadas: a) financia las elecciones con recursos ilícitos, b) se dictan leyes para promover fines particulares por medio de propinas o "mesadas", c) licitaciones dirigidas a favorecer ciertas empresas, y d) decisiones judiciales "comercializadas" para garantizar privilegios o evitar sanciones.

La corrupción afecta el sistema de frenos y contrapesos esencial en un sistema democrático. La corrupción no sólo afecta la percepción y genera desconfianza de los ciudadanos, sino que afecta la esencia de la democracia desequilibrando la igualdad. Casos como el *Operação Lava Jato,* el caso "*mensalão*", el caso *Odebrech*, parecen mostrar la capacidad de la corrupción para afectar la igualdad y el principio democrático. Estos casos muestran el poder corruptor de una empresa que corrompía gobiernos y financiaba campañas políticas de partidos oficialistas y opositores. Sin importar entonces qué tan competidas sean las elecciones, ciertos intereses particulares terminan imponiéndose sobre los intereses públicos.

(7) Eduardo Feron Santos Azevedo y Guilherme Petry Matzenbacher (Brasil) en "*Repensando a crise da democracia*", nos dicen que hablar de crisis de la democracia se ha vuelto común, pero en el contexto latinoamericano vivimos ante el temor de que las incipientes democracias sean sustituidas por regímenes autoritarios. La crisis de la democracia se suele pensar en este contexto como una incapacidad de ofrecer respuestas satisfactorias y eficaces a los problemas de exclusión, desigualdad y pobreza. Esto supone que la idea que predomina de democracia es una idea sustancial, no una formal. Somos al mismo tiempo una región

democrática (formalmente) y la más inequitativa del planeta (PNUD). Los autores parten de las ideas de Dahl sobre la democracia, este autor defiende una posición procedimental de democracia, que consiste en cinco criterios: 1) participación efectiva de los ciudadanos, 2) igualdad de voto, 3) igualdad de oportunidades, 4) control del planeamiento, y 5) ciudadanía inclusiva. Los criterios esenciales del proceso democrático sirven para evitar el surgimiento de gobiernos despóticos, para lo cual se requiere dejar a salvo algunos derechos esenciales de las personas, como la libertad de expresión, la libertad de prensa, de asociación, de voto, de ser elegible para cargos públicos, fuentes alternativas de información, derecho a elecciones libres, idóneas, periódicas. Desde este punto de vista el respeto a la democracia es meramente procedimental. Su función es ofrecer un método adecuado para que todos participen en la toma de decisiones. La democracia no puede asegurar que habrá buenos resultados, no puede porque ello depende de las visiones que se encuentran en conflicto en una sociedad. Así, la incorporación de criterios sustantivos a la definición de democracia se torna antidemocrática, pues los resultados del proceso se podrían tachar de antidemocráticos por no satisfacer criterios sustanciales. Si entiendo bien el argumento, los autores nos advierten de los riesgos que una concepción sustancial de la democracia puede tener en países latinoamericanos, pues hablar de la crisis por no satisfacer esos criterios sustanciales, lleva a discursos populistas y al riesgo de volver a dictaduras y gobiernos autoritarios.

(8) Juan José Janampa Almora (España) en "*A restruturação do constitucionalismo latino- americano das implicações de constitucionalismo deliberativo: uma respota a crise da democracia e sua desigualdade*", señala que las características del modelo constitucional, en particular, la de incorporar derechos fundamentales, la rigidez y su garantía, suponen una tensión necesaria entre constitucionalismo y democracia, que suele ajustarse en las reglas de juego. La tesis

del autor es que el constitucionalismo de principios o argumentativo no sirven para resolver la crisis de la democracia y el problema de desigualdad que caracteriza a los países de América Latina. En cambio el constitucionalismo deliberativo si ofrece una mejor respuesta a estos retos. El autor desarrolla las características que suponen el modelo constitucional enfatizando que la rigidez constitucional y el control constitucional se encuentran entonces en el centro de este modelo. Pero estas presentan un problema de legitimidad desde el punto de vista democrático, pues imponen límites materiales a la deliberación democrática, y las mismas instituciones judiciales tienen problemas de legitimidad. El constitucionalismo latinoamericano, observa el autor, ha sido influenciado en mayor o menor grado por el constitucionalismo principialista de Robert Alexy, desde países como Brasil, Argentina y Colombia que se han caracterizado por un significativo y dinámico control judicial y la incorporación de estrategias dialógicas, y un segundo grupo que se apoyan en el activismo judicial que va en detrimento de los presupuestos democráticos, es decir, que refuerza el carácter contramayoritario, como serían México, Perú, Chile y Paraguay. En estos últimos se ha incrementado la lista de derechos sociales, políticos y culturales como en los casos de Ecuador, Bolivia, Colombia y Argentina, pero que se trata de normas sin impacto en la realidad. El constitucionalismo deliberativo plantea una salida a la tensión entre constitucionalismo y democracia a través del valor de la igualdad que preserve la voluntad ciudadana. Se acepta un tipo de control judicial más restringido, que atienda cuestiones procedimentales y no sustanciales.

(9) Luciano Crotti Peixoto e Franciano Sabadim Assim (Brasil) en "…. *al como meio de concretização da cidadania e combate à brasileira*", parte de señalar que para Montesquieu la corrupción de cada gobierno comienza casi siempre con la corrupción de sus principios, el principio de democracia se corrompe cuando se pierde el espíritu de igualdad. A partir de esta idea los autores analizan la crisis

democrática brasileña, donde los gobernantes actúan de forma ilegal e inmoral, fracturando el ideal de reglas que han de valer para todos. La corrupción difícilmente se propagará en sociedades marcadas por la protección de principios orientados por la dignidad de la persona humana que se centran en la igualdad de sus ciudadanos. Hecho es que la crisis de la democracia no es más que una crisis de igualdad social. En la actualidad se presenta una inversión de los valores morales, éticos y de solidaridad que afectan a toda sociedad. Hay una pseudo-efectividad de los valores que orientan la conducta de los representantes, y esta confunde la visión del pueblo en cuanto participante del gobierno. A estos conflictos de interese y de valores se agregan conflictos de derechos entre individuos y entre grupos, el pueblo no tolera el poder que consiguió y guiado por un interés individualista abandona los principios comunes y la solidaridad. Los valores cívicos, como un desdoblamiento de la ciudadanía participativa son necesarios para ejercer una ciudanía responsable. La falla de la efectividad de la ciudadanía genera una desestructuración de la propia democracia, de modo que el ciudadano, al tener sus derechos básicos suprimidos, pasa a aceptar conductas inmorales e ilegales que generan la crisis. Por tanto es de suma importancia reavivar los intereses de los ciudadanos por la cosa pública a través de mediadas que afirmen sus derechos humanos y la dignidad de la persona. En la última parte del trabajo se vincula el ejercicio de la ciudadanía con la institución del registro civil y la documentación legal de la que dependerá el acceso a múltiples derechos y servicios públicos.

(10) Pamela Lili Fernández Reyes (México) en "*La contraposición de lo ético social y la corrupción como fenómeno de la crisis actual en las democracias latinoamericanas*", aborda, entre otros temas, el de la corrupción como problema social. La autora echa mano del estudio del antropólogo Akhil Gupta sobre el discurso de la corrupción, la cultura, la política y el Estado marginado. La corrupción para este autor se vuelve parte del entramado de la vida cotidiana de forma que

entiende la corrupción como la forma a través de la cual el estado se constituye discursivamente. Este discurse es mediado por burócratas locales, donde la etnografía de un Estado tiene relación con el discurso de la corrupción. Las representaciones del Estado se transforman en cultura pública, una zona donde las discusiones se llevan a cabo a través de medios de comunicación principalmente. En la obra de Gupta el discurso de la corrupción funciona como un diagnóstico del Estado. La autora considera que en países latinoamericanos debemos luchar por entender el carácter social de la corrupción que nos está desgastando, buscando los mecanismos para disminuir las graves consecuencias que causa.

(11) Aurymayerli Acevedo Suárez y Zaira Maritza Rojas Castillo (Colombia) en "*Crisis de la democracia en américa latina: una reflexión sobre el populismo en Latinoamérica*", sostienen que reflexionar sobre las democracias en Latinoamérica implica tener que pensar en el populismo, pues la debilidad de las instituciones democráticas hace que surja el populismo como alternativa con una característica nueva de la ambivalente "democracia digital", que por un lado empodera ciudadanos y, por otro, se convierte en un riesgo. El populismo ha atravesado tres etapas históricas: el primero en los años 1930 con el surgimiento de estados bienestar y la movilización de masas; el segundo en los años 1960 que generó desempleo y crisis económicas, y tercero en los años 1980 con la transición al modelo neoliberal y la caída de la Unión Soviética, generando una amplia brecha entre clases sociales. Las figuras de Fujimori y Menem pertenecen a este tercer tipo de populismo neoliberal o neopopulismo. Las ideologías populistas son estrategias dialécticas que en muchas ocasiones se confunden con la demagogia, y a través del discurso se llega al pueblo resaltando la idea de la soberanía popular con el fin de representar sus verdaderos intereses. El uso de este sentimiento nacionalista más el descontento por las crisis, y ahora el uso de redes sociales para manipular, desinformar y crear expectativas de cambio, hace surgir un riesgo para las débiles democracias en Latinoamérica.

(12) Rafael Rizzi y Irineu Francisco Barreto Junior (Brasil), "*... internet e a promoção da inclusão digital no democracia na américa latina*". En este trabajo se discute el tema de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC's) y su relación con el fortalecimiento de la participación ciudadana en una democracia. Los autores parten de recordar que nuestros sistemas democráticos en América Latina son recientes y la democracia siempre ha sido un bien escaso en nuestra región, caracterizada por gobiernos autoritarios, populistas y dictaduras. Los cambios constitucionales ocurridos a partir de la Constitución de Brasil de 1988 han incluido el deber de promover formas democráticas de participación que hagan más transparente el diseño e implementación de políticas públicas y se incremente la *accountability*. Dentro de los mecanismos de participación política, Perna distingue tres tipos: mecanismos bilaterales, multilaterales y múltiples herramientas. Dentro de cada uno de estos tipos de mecanismos los autores resaltan aquellos que conllevan la utilización de TIC's. Así, desde el uso de e- mails, blogs, chats, foros de discusión, hasta el diseño de plataformas más ambiciosas como el "Poder Legislativo Abierto" en Paraguay, el "Parlamento Virtual Peruano", o el programa "e-Democracia" en Brasil, ofrecen casos que buscan mayor participación y educación de la ciudadanía. De este modo se resalta el enorme potencial que tienen las TICs para educar y fortalecer la participación ciudadana. Sin embargo, el gran reto que advierten los autores está en que los excluidos socialmente, se vuelvan también excluidos digitalmente.

(13) Valentín Bartra Abensur (Perú) en "*La democracia en la era digital,* sostiene que la democracia está en crisis y que lo ha estado en otras ocasiones. En Perú, por ejemplo en 1968, 1990s, la incapacidad del gobierno y de los órganos representativos por hacer frente a problemas sociales, de seguridad y de crisis económica, generaron o bien golpes de estado o la imposición de gobiernos

autoritarios que disolvieron el parlamento. Hoy día se vuelve a hablar de la incapacidad del gobierno y de la democracia para responder a los retos socio-económicos. Las elecciones están comprometidas por intereses económicos y empresariales que influyen en las mismas para avanzar sus intereses y que a través de empresas de mercadotecnia política han secuestrado a la democracia. Se percibe que las decisiones importantes se toman fuera del poder legislativo. El autor parte de que gran parte de la humanidad tiene acceso a teléfonos celulares y Smartphone, que la irrupción de la tecnología digital ha empoderado a pequeños colectivos y grupos ciudadanos, al ciudadano de a pie. Las redes sociales digitales y plataformas virtuales han creado una suerte de auditorio universal a la Perelman. Estas tecnologías se podrían utilizar también para mejorar los servicios del estado, desde la agilización de los procesos judiciales, la realización de comicios, el financiamiento de partidos (por medio del crowdfunding), hasta la mejora de los servicios públicos. La salida a la crisis de la democracia estaría, para el autor, en la tecnología digital, por un lado, y por dejar atrás la democracia liberal occidental, quizá sugiriendo – si lo interpreto bien- mirar hacia el modelo político-económico chino que afirma ha sido más exitoso que el norteamericano el europeo.

Comentarios

1) En estos trabajos se habla de crisis de la democracia, que es el tema de esta mesa. Pero al parecer de estos trabajos el prime problema que surge es determinar la naturaleza de la crisis, sus causas, esto es, primero definir qué es lo que está en crisis, cuál es el problema. Aunque desde luego hay algunas coincidencias, lo que quiero mostrar es distintas ideas. Para (5 y 6) quienes siguen a Ferrajoli, la crisis de la democracia proviene de la crisis del modelo económico, del predominio del mercado sobre la política. Otros (como 7) la ven como un problema que genera la misma idea de democracia sustantiva, de forma que la idea de crisis de la democracia

es aparente pues parte de querer resolver algo que no puede hacer la democracia, pues esta es solamente una forma de participar en la toma de decisiones. Algo similar pasaría con quien piensa (como 8) que la crisis proviene del aumento de derechos que son ineficaces. Desde luego, que lo que se entiende por crisis estos trabajos no es lo mismo, el primero supone la crisis de un régimen político, social económico, donde el mismo estado constitucional y la democracias se ven afectados; mientras los otros hablan al parecer de la crisis de un modelo constitucional que falla al generar demasiadas expectativas en relación a los derechos. Incluso para alguno (9) la crisis puede entenderse como una crisis de valores y principios y una crisis de ciudadanía, generada esta por el individualismo y el abandono de la solidaridad y el bien común (lo público). Poder tener más claridad sobre cómo estamos hablando de la crisis de la democracia y de dónde proviene esta, será necesario para poder evaluar las propuesta de solución, pues problemas sociales de desigualdad, pobreza, corrupción, etc., que a muchos preocupa, difícilmente se resolverán si se piensa que el problema está en el constitucionalismo y el aumento de derechos.

2) Otra reflexión que me surge está en tono al peligro que se ve en el populismo, varios trabajos advierten de este riesgo y de la debilidad de los sistemas democráticos en Latino América. Sin embargo, creo que este tema queda sin la suficiente reflexión, sin tomarse demasiado en serio (desde luego esto no es un problema que las ponencias hayan tenido que abordar), y se echan en falta sugerencias para que desde la filosofía jurídica podamos entender las implicaciones del populismo o los populismos en nuestros sistemas jurídicos. En algunos trabajos se advierte por ejemplo de la facilidad con la que se pueden reformas nuestras las constituciones en Latinoamérica, y cómo este reformismo constitucional es la antesala de la consolidación de gobiernos autoritarios o populistas.

3) Finalmente, en estos trabajos surge otra inquietud por la “democracia digital”, el uso de tecnología de la información en procesos democráticos y en la

administración pública y el poder judicial. No hay duda del impacto que ha tenido esto y del enorme potencial que existe, pero el problema que veo y que apenas es advertido en alguno de los trabajos es el riesgo de que el acceso a éstos recursos se vuelva un factor más de diferenciación y desigualdad.

Tercera parte

Aquí agrupo seis trabajos de **(14) Fernando Pereira Da Silva y Rafael Bitencourt Carvalhaes; (15) Péricles Stenhmann Nunes, José Francisco Días Da Costa Lyra y Charlise Paula Colet Gimenez; (16) Rosilene Dos Santos; (17) Augusto Sergio Dos Santos de São Bernardo; (18) Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza, y (19) Lusmarina Campos García.** En estos trabajos los problemas se enfocan en la situación de Brasil, problemas como la desigualdad, la reproducción del derecho en el contexto brasileño, la visualización y problematización del racismo y el clasismo.

(14) Fernando Pereira Da Silva y Rafael Bitencourt Carvalhaes (Brasil), "*Desigualdade no Brasil".* En este trabajo se parte de evidenciar el problema de la desigualdad de la riqueza tanto a nivel global como, específicamente, en Brasil. Según estudios recientes (*World Wealth and Income Database*, ligado al economista Thomas Piketty), se muestra que entre 2001 y el 2015 el 10% de los más ricos incrementaron su riqueza del 54,3% al 55,3%; mientras que el 50% de los más pobres pasaron de 11,3 al 12,3%, con un incremento de sólo un punto porcentual de su parte de la riqueza total. El incremento tanto para los más ricos como para los más pobres fue a causa de la disminución de la riqueza del 40% de la población intermedia que vio reducida su participación del 34,4% al 32,4% en ese periodo. La Constitución Federal de 1988 establece en su artículo 3º que los objetivos fundamentales de la República son construir una sociedad libre, justa y solidaria, erradicar la pobreza y

marginalización y reducir la desigualdad social y regional, y erradicar formas de discriminación. En esta ponencia se precisa que estos objetivos pasan por una tributación más justa que se enfoque sobre la renta y no sobre el consumo, los movimientos financieros de capital, la herencia que son los mayores indicadores de riqueza. Pasa también por lograr una educación pública igualitaria y de calidad que rompa con algunas prácticas inequitativas y de discriminación. Se necesita de políticas públicas continuas que mejoren las condiciones sociales de los sectores más desfavorecidos. En este sentido, se debe lograr la integración de la Favela a la idea de ciudad, de sus habitantes a la condición de verdaderos ciudadanos.

(15) Péricles Stenhmann Nunes, José Francisco Días Da Costa Lyra y Charlise Paula Colet Gimenez (Brasil), *"...de direito na experiência brasileira: a generalização de ... ração e sobreintegração".* A partir de un marco teórico-conceptual vinculado a la teoría de sistemas de Luhmann y de la obra de Marcelo Neves, los autores analizan el problema de los sistemas jurídicos que viven en la modernidad periférica provocada por la globalización. Luhmann define Constitución como acoplamiento estructural entre política y derecho. La Constitución asume la forma de acoplamiento estructural, en la medida en que posibilita influencias recíprocas permanentes entre derecho y política, filtrándolas. Para Neves, la política es provocadora de irritaciones, perturbaciones y sorpresas jurídicas, para el derecho, y lo mismo ocurre al contrario. Es por tanto, posible que se desenvuelvan de manera separada el sentido político y el sentido jurídico de la Constitución, y así, en muchos países en desarrollo las constituciones sirven casi como un instrumento de política simbólica. La modernización periférica puede ser comprendida como integración subordinada de un país en la sociedad mundial, bajo la protección del respectivo sistema político-jurídico regional. Aquí surgirá el problema de la subintegración. Los subintegrados, se generalizan en situaciones en que no tienen acceso a los beneficios del ordenamiento jurídico estatal, pero dependen de sus

prescripciones impositivas. Por lo tanto, los "subsidiados" no están excluidos como un todo. En el campo constitucional el problema de la subintegración gana evidencia, en la medida en que, relacionando a los miembros de las capas sociales "subalternas", los daños a los derechos fundamentales se practican principalmente en los "cuadros de la actividad represiva del 'aparato estatal', es decir, de las acciones violentas ilegales policía". La subintegración es inseparable de la sobreintegración, que se refiere a las prácticas de grupos privilegiados que bloquen la reproducción del derecho, esto es, que no quedan sometidos a las normas del Estado (impunidad). En Brasil una vez que se definen en la Constitución los acoplamientos estructurales, tienen lugar bloqueos sociales que impiden su verificación. Un ejemplo es la intervención militar en Rio de Janeiro, la excepcionalidad de las leyes y la suspensión de las garantías constitucionales.

(16) Rosilene Dos Santos (Brasil) en "*30 anos da constituição federal de 1988: os desafios da constituição e a crise da democracia*", refiere que el proceso de construcción del estado democrático de derecho ha pasado por grandes transformaciones históricas. La idea del constitucionalismo clásico no se corresponde con la idea que hoy se tiene, aunque la comprensión actual no deja de ser un desdoblamiento conceptual que sigue esta tradición desde Bodin, Hobbes, Montesquieu y Rousseau. El trabajo pretende comprender la realidad constitucional brasileña, pasando por una referencia breve a las constituciones que se han tenido desde la primera en 1824, hasta llegar a la Constitución Federal de 1988. Respecto de la constitución vigente, la forma en que ésta se ha interpretado deriva de la inconformidad de algunos juristas con el positivismo lógico- formal, que busca entonces un sentido más profundo de la Constitución como instrumento para lograr la adecuación entre derecho y sociedad. Con Benavides, la autora advierte de los problemas de esta concepción que termina fácilmente en manipulación de los fines o del sentido, donde lo jurídico cede a lo político. Como ejemplo de estos excesos

pone la interpretación hecha del artículo 52 de la Constitución Federal en el caso del *impeachment* contra Dilma Rousseff. La joven democracia brasileña necesita de un sistema jurídico que no sea utilizado para legitimar la acción de poderes que operan desde la sombra y que se alimentan desde la crisis. Por ello, la interpretación de la constitución debe darse desde parámetros claros no casuísticos, de modo que no se abandone el sentido literal, pues las crisis constituyentes se manifiestan a través de la ruptura del texto. Esto supone también advertir del peligro de las enmiendas que van transformando el texto constitucional, que suelen usarse en tiempos de crisis para cambiar la Constitución para legitimar intereses de poderes oscuros.

(17) Augusto Sergio Dos Santos de São Bernardo (Brasil), en "*O direito e o não ser negro: uma história do direito brasileiro e a produção de conhecimento no campo do direito*", propone una forma de estudiar la historia del derecho y del pensamiento jurídico brasileño a través de nuevos instrumentos metodológicos, para arribar a lo que Wolkmer ha denominado un derecho histórico- crítico. La historia de Brasil es una historia de colonización y esclavismo, centrado en el cultivo de tierras, de empresas extractivistas al servicio de los europeos, es una historia de latifundios. El autor hace un recorrido por leyes y ordenanzas desde las primeras épocas de la conquista que establecen una discriminación institucionalizada que consideraron a los esclavos como cosas. Leyes que reprimían con severidad y crueldad la rebelión, hasta que a mediados del siglo XIX aparecieron las primeras leyes y decretos abolicionistas, pero que consolidarían un racismo institucionalizado. Uno de los desafíos del pluralismo jurídico en un país como Brasil, nos dice el autor, consiste en entender las diversas formas de lidiar con las costumbres originadas por el proceso civilizatorio africano. Los valores que van acompañados de nociones de integración, comunión con la naturaleza, uso comunitario de la propiedad, familias extensas, suelen poner en jaque el discurso jurídico basado hegemónico. La ratificación (en 2002) del Convenio 169 de la OIT (1989) sobre derechos de los pueblos indígenas y

tribales, permite el uso de criterios hermenéuticos más complejos. Existe ahora la necesidad de pensar lo jurídico a partir de la experiencia africana e indígena en países como Brasil, que a su vez oriente una cultura política más amplia en nombre de la afirmación de derechos humanos.

(18) Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza (Brasil), "*Violência policial, papéis sociais e memória coletiva: a criminalização da favela nas fotografias de capa do jornal meia-hora*". En este texto reflexiona sobre los estereotipos raciales y sociales, a partir de una fotografía aparecida en el periódico local *Meia Hora*. La foto muestra a unos niños y niñas bañándose en unas piscinas en medio de las calles de la Favela Nova Holanda. El autor repasa una serie de imágenes que los medios suelen asociar con las Favelas, violencia, delincuencia, sufrimiento y conflicto. Cuando estas imágenes se vuelven habituales enmascaran la realidad de la vida cotidiana y sirven para justificar la militarización y la represión policiacas. A fuerza de repetir e insistir en imágenes de estas Favelas nada bueno puede esperar la otra parte de la sociedad que normaliza y naturaliza los mensajes. La construcción simbólica de la vida en las favelas se torna en miedo a lo desconocido, en miedo a la muerte violenta, que es un ingrediente necesario para la legitimación hobbesiana del Estado. Sin ese miedo colectivo, la policía y el Estado encontrarían dificultades para justificarse discursivamente. Esta versión que se construye hace que se justifique la violencia estatal como una *guerra de autodefensa*. La manipulación de los medios, cuidadosamente construida, termina como en el caso de la imagen de las piscinas falsificando los hechos, como nada bueno puede decirse, como no se puede hablar de un día feliz en las favelas donde los niños se bañan en piscinas, se termina por inventar, y eso es lo único que se dice, que esas piscinas son donaciones de traficantes. Esta narrativa anula al morador, quien se vuelve víctima o bandido, y por ende esta narrativa presenta a la policía como salvadora y pacificadora.

(19) Lusmarina Campos García (Brasil), "*O direito como mercadoria: o golpe de 2016 precisa de formato jurídico*". Compartiendo la idea de que en Brasil persiste un sistema de racismo y clasismo en la élite y que tanto la clase media como los pobres las suelen tomar como referencia, la autora propone una lectura marxista del derecho inspirada en Pachukanis, quien analiza el derecho (las formas jurídicas), como parte de una ideología que oculta las relaciones de dominación y la lucha de clases. Se enfoca en el caso del *impeachment* contra Dilma Rousseff en 2016, el cual, después de exponer una serie de hechos relacionados con el caso, califica de golpe parlamentario y judicial, de un golpe contra la Constitución. Este golpe refleja que las instituciones trabajan para proteger los intereses de las élites en contra de un proyecto nacional de bienestar social. Un golpe que ha intentado parecer como legal, para intentar legitimarse, pero que se basa en decisiones eminentemente políticas, violentando el marco constitucional.

Comentarios

Las dimensiones de la desigualdad y la pobreza en países como los latinoamericanos son enormes. América Latina es sin duda una de las regiones con mayor desigualdad, no es una de las regiones más pobres, sino que nuestra pobreza está estrechamente vinculada a la mala distribución de riqueza. No hemos podido implementar los mecanismos para combatir la pobreza, quizá porque desde ciertas concepciones liberales y neoliberales, el combate a la pobreza se ha desligado del problema de lograr sociedades más igualitarias. Sobre las ponencias que se agrupan en esta parte, me surgen muchas cuestiones pero no podré abordarlas todas.

1) En Brasil parece que se cruzan y agudizan muchos de los problemas que tenemos en América Latina. El problema de la exclusión parece estar en el centro de

la cuestión. Parecería que la exclusión implica dejar de lado la igualdad jurídica, la situación de las Favelas, parece tornarse un problema de excepcionalidad tanto jurídica como socio- cultural. La discriminación, la pobreza y la desigualdad, parecen ir de la mano. Si esto es así parece que nuestras nociones de defensa de derechos han de ser integrales.

2) Pero el punto anterior y algunos de los trabajos nos llevan a pensar en las reivindicaciones de las diferencias culturales, y en el rescate y comprensión del pluralismo cultural y del pluralismo jurídico. Si esto es así, ¿cómo podemos compatibilizar la búsqueda de políticas igualitarias, con esta reivindicación por las diferencias?

3) ¿Cómo han de jugar en esta labor los modelos jurídicos y las teorías? Parece que muchos autores asumen que hay bastante relación entre mejorar las condiciones sociales y el modelo jurídico o constitucional que se desarrolle. Pero si así es, quizá deberíamos pensar en nuestros modelos teóricos a partir de nuestros contextos particulares, de nuestra cultura jurídica y de mecanismos específicos que ayuden a combatir los problemas señalados, partiendo de que están interconectados. La corrupción, no es un fenómeno aislado que podamos esperar combatir con buenas leyes solamente, mientras subsistan situaciones estructurales donde los mercados dominen el ámbito político y jurídico, poco podrá hacerse. Lo mismo ocurriría con el racismo, que como hemos visto es algo culturalmente arraigado, pero ligado a formas socioeconómicas y jurídicas en que se reproduce.

4) En América Latina, y en el caso de Brasil, apostar por la Constitución y los cambios constitucionales perece ser un problema de nuestro apego a cierto realismo mágico, pero mientras subsistan los bloqueos sociales, a los que algún autor aludía, el reformismo parece ser un instrumento del autoritarismo y del populismo, más que de proyectos emancipadores. Quizás tendríamos que empezar a pensar más en las

vinculaciones de nuestras teorías con el problema del cambio social. Manuel Atienza, así lo ha sugerido en uno de sus últimos libros. Uno de los elementos claves de esta reflexión en torno a la relación de la filosofía del derecho con otros saberes tanto jurídicos como sociales (Atienza, 2017).

i-Latina 1 (2019): 1-10
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.18

Relatoría "Justicia de transición"

MANUEL GÁNDARA CARBALLIDO
Universidade Federal do Rio de Janeiro
manuelgandarac@yahoo.com

RESUMEN

El relator sintetiza las seis ponencias presentadas, analizando los núcleos temáticos, aportes significativos y, finalmente, expone varias propuestas para el debate en la asamblea.

PALABRAS CLAVE: proceso de paz, Colombia, comisión de la verdad, justicia de transición, justicia restaurativa, democracia.

ABSTRACT

The rapporteur synthesizes the six presented papers, analyzing thematic nucleus, meaningful contributions and, finally, exposes many proposals for the assembly debate.

KEYWORDS: peace process, Colombia, truth commission, transitional justice, restorative justice, democracy.

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

Presentación general de los trabajos presentados

(Universo de textos a los que la relatoría está haciendo referencia: número total, países de origen, temas generales)

- 6 trabajos presentados: 3 de Colombia[1], 2 de Brasil[2], 1 de México[3];
- 5 mujeres y 2 hombres (1 trabajo tuvo autoría conjunta de dos mujeres).
- Temáticas planteadas:
    - Proceso de paz en Colombia: necesidad de atención a las causas estructurales del conflicto, tensiones en la construcción de gobernabilidad y reconciliación, tensiones con el derecho internacional. El delito de desaparición forzada, en el marco de la implementación de los acuerdos de Paz.
    - Comisiones de la verdad: estudio comparativo entre Ecuador y Brasil.
    - La justicia restaurativa en los procesos de justicia de transición.
    - Transformaciones institucionales en períodos post- dictatoriales yconsolidación de la democracia.

Presentación de los núcleos temáticos

(Problemáticas abordadas, principales categorías teóricas, abordajes metodológicos)

Problemáticas:

[1] "De los procesos de transición a la producción de territorialidad capitalista", Marycruz Ortega Hernández; "Gobernabilidad, justicia transicional y acuerdos de paz en Colombia", Simón Martínez Ubárnez; "El delito de desaparición forzada, en el marco de los acuerdos de paz en Colombia. estudio de caso vereda la esperanza vs. Colombia. fallo de la CIDH", Alejandra Marcela Arenas Moreno.
[2] "Uma análise da (necessária) reforma institucional do poder judiciário à luz da justiça de transição no Brasil", Eneá de Stutz e Almeida y Lahis da Silva Rosa; "Análise comparativa da Comissão Nacional da Verdade (Brasil) e da Comisión de la Verdad (Equador) ", Antônio Colaço Martins Filho.
[3] "Justicia transnacional, un Nuevo enfoque de los derechos"

- Justicia de transición y su relación con el sistema capitalista: los procesos de violencia sociopolítica y los procesos de transición hacia la paz y la democracia como dos caras de una misma moneda. Evidenciar cómo en los proceso de transición los daños colectivos, no solo no son reparados sino que son consolidados en un nuevo sistema de relacionamiento, produciendo territorialidades afines al proyecto del capital. El contexto de desarrollo de la justicia de transición ha implicado que los procesos de transición sean un instrumento de poder para la expansión de la hegemonía liberal a nivel planetario. (Ortega)

- Conflictos entre los mecanismos implementados en los procesos de transición y las obligaciones establecidas en el derecho internacional: evidenciar cuáles son las herramientas jurídicas y administrativas actuales con que cuenta Colombia, para cumplir con el precitado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encaminados a la búsqueda de personas desaparecidas, en el contexto de la implementación del más reciente proceso de justicia transicional. (Arenas)

- La justicia restaurativa como forma de garantizar la vigencia de los derechos humanos de las víctimas: Necesidad de ir más allá de los instrumentos jurídicos, atendiendo a los aspectos sociales, económicos, políticos y culturales. (Cruz)

- ¿Qué justicia?: tensión entre la sanción a los responsables y la construcción del tejido social: se contextualiza el caso colombiano desde dos perspectivas políticas. Por un lado la de quienes la asumen como un proceso de rápida transición hacia nuevos escenarios de paz, olvidando el pasado con altas posibilidades de impunidad, perdón y olvido; y de otro lado quienes creen que la Justicia transicional debe servir para que se haga justicia retaliativa con ejemplares sanciones a los perpetradores de actos violentos. Frente a ambas posturas se asume una posición crítica y analítica, como alternativa de equilibrio político en el marco del conflicto colombiano. (Martínez)

- Ausencia del desarrollo institucional necesario para un proceso de consolidación democrática. En el caso de la Constitución brasileña de 1988, algunas lagunas no fueron atendidas para desarrollar nuevas instituciones y reformular aquellas que tuvieron brutales intromisiones de los dictadores. (Rosa y Almeida)

Categorías teóricas

- Territorialidad (su producción en el sistema capitalista). Territorialidad capitalista
- Transición / liberalización/ democratización.
- Justicia:

"El elemento justicia en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es "una idea de responsabilidad y equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos". De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva —se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada—y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia "creativa"). En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto "de un peor a un mejor estado" (JUSTICIA DE TRANSICIÓN Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores) Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V)

- Justicia restaurativa

Abordajes metodológicos:

- Investigación, análisis bibliográfico y documental
- Estudio de caso
- Análisis comparativo

Aportes significativos

(Principales conclusiones, novedades y aportes.)

- El concepto de daño colectivo que se ha venido trabajado de modo marginal en las teorías de las transiciones hacia la paz y la democracia, al estar directamente vinculado a la territorialidad debe ser el concepto central en todo proceso de transición. Los daños colectivos, al referirse a nociones como la identidad colectiva, el desarrollo cultural, social y político de una comunidad, nos remiten inmediatamente al concepto de territorialidad, debido a que dichas nociones solo son posibles si están geohistóricamente situadas. El daño colectivo se presenta como el hilo conductor entre los procesos de violencia política que los producen y los procesos de transición que los consolidan en la construcción de nuevas territorialidades necesarias para el desarrollo del modelo económico capitalista como sistema mundial. Los mecanismos del proceso de transición no tocan el modelo económico ya instaurado ni las nuevas relaciones del territorio, sino que por el contario buscan consolidar jurídica y políticamente la nueva situación territorial. Los procesos de violencia sociopolítica y la denominada transición hacia la paz y la democracia son elementos de construcción de territorialidad capitalista, en tanto que generadores de daño colectivo. El proceso de violencia sociopolítica es el instrumento para la instauración de las condiciones necesarias para el desarrollo del modelo económico capitalista en un territorio determinado, situación frente a la cual los procesos de transición establecen los mecanismos para su legitimación, en tanto que buscan precisamente la consolidación del modelo liberal a escala global. (Ortega)

- Entre los retos que afrontan los países que se aprestan a salir de sus contiendas, está el de lograr un equilibrio entre los acuerdos para establecer la paz y la restauración del orden institucional y la justicia, para lograr la reconciliación entre los ciudadanos, de tal modo que haya un transcurso proporcionado en el cual se impongan en equilibrio los principios de verdad, justicia y reparación; esto implica replantear y ajustar las condiciones de desarrollo de la gobernabilidad, para sustentar los procesos que cimienten la paz duradera y sostenible. No hay una fórmula única, o receta eficaz que permita lograr ese equilibrio; ya que los procesos de justicia y reconciliación entre agresores y agredidos, victimarios y víctimas o perpetradores y afectados por las acciones violentas de un conflicto, obedecen diversas circunstancias estratégicas que en cada país varían sustancialmente, según los factores causales o generadores del conflicto, densidad, intensidad en espacio, tiempo y acciones; términos o condiciones de resolución, recursos disponibles; voluntad política para llegar al consenso; capacidad de convocatoria de las instituciones que contribuyen; actitud de los actores implicados; procederes, actitudes políticas y culturales individuales y colectivos y la actitud de la sociedad civil. (Martínez)

- La justicia transicional implica un cambio en la concepción y el diseño de políticas públicas, bajo el enfoque del goce efectivo de derechos, para contribuir de manera coherente en la transformación de la realidad, a través de la restauración de las relaciones interpersonales que impactan en tejido social.(Martínez)

- En el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las FARC – EP, se puede deducir que además de buscar dotar las garantías mínimas tanto para las víctimas, como para el grupo armado, se encuentra encausado a que se cumpla con los estándares internacionales existentes y aplicables a los procesos de justicia transicional. (Arenas)

- La naturaleza humanitaria de la UBPD como una medida efectiva para avanzar en la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas, y como una respuesta pertinente a la experiencia deficiente, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, de la circunscripción de la búsqueda en el ámbito del proceso penal. La necesidad de fundar las bases legales para la realización de las labores humanitarias de la UBPD requiere un cambio en el paradigma de la forma como hasta ahora las instituciones del Estado han desarrollado sus funciones para afrontar el fenómeno de la desaparición forzada de personas en Colombia.(Arenas)

- En los procesos de transición, y particularmente en el proceso colombiano, hay que incluir reglas para avanzar en justicia retributiva y justicia restaurativa, que contribuyan no solo a resarcir a las víctimas sino también a crear condiciones estructurales de superación de los factores que llevaron a determinados grupos sociales a actuar irregularmente. (Martínez)

- El puente que conecta los mecanismos de solución de conflictos con la justicia restaurativa, es la propuesta de la justicia transicional como una nueva forma de abordar la justicia restaurativa y hacer vigente la justicia no sólo desde la norma jurídica, sino en el quehacer cotidiano de las sociedades contemporáneas. (Cruz)

- Pero lograr el imperativo de la paz y la reconciliación, no solo puede tener alcances jurídicos, pues las medidas de este orden no son suficientes para alcanzar la reconciliación entre los colombianos, ya que en ellas se deben contemplar medidas políticas y compromisos morales para enfrentar las grandes desigualdades e inequidades que de alguna manera han sido el germen histórico generador del conflicto que actualmente se negocia. los acuerdos, además de los asuntos legales y judiciales, deben contemplar el rediseño de una gobernabilidad que canalice la democracia real, propicie la formulación de políticas públicas encaminadas a enfrentar los grandes problemas de pobreza y las profundas desigualdades económicas que caracterizan a la sociedad colombiana como la 3ª más inequitativas del mundo, y de acuerdo con el Coeficiente Gini ubica a Colombia como el país con

la mayor concentración del ingreso en América Latina –después de Brasil-, y niveles superiores a los de hace 20 años. (Martínez)

- El modelo de justicia transicional que se adopte en Colombia, debe articular una política seria de justicia que incluya sanciones a perpetradores de delitos crueles, crímenes de guerra y de lesa humanidad, con una política de perdón y reconciliación, en la que se establezcan condiciones para los perdones y responsabilidades de determinados crímenes. Pero esto no tendrá asidero si dichas medidas no se articulan con políticas dirigidas a la erradicación de la pobreza y las inequidades culturales, económicas y sociales, como raíces del conflicto. Un proceso de paz enfocado de esta manera, parte de la convicción de que de nada sirve terminar la guerra, si no se afectan las causas que la originaron y se obliga a los perpetradores, en el compromiso de no repetición. (Martínez)

- Pero sería ilusorio pensar que las negociaciones con las fuerzas insurgentes son punto definitivo en el empeño de alcanzar la paz en el país. Hay muchos factores que no hacen parte de la justicia transicional y los acuerdos de paz, en los cuales es necesario avanzar, si se quiere lograr una estabilidad institucional. Algunos factores tienen que ver con una gobernabilidad realmente democrática y la arquitectura del tejido social y político que desde ella se pueda lograr. (Martínez)

- La comparación entre los trabajos de la Comisión de la Verdad de Ecuador y de Brasil demuestra similitudes y diferencias importantes. Los regímenes militares legitimaron las violaciones de los derechos humanos en grados semejantes. En ambos países las comisiones de la verdad denotan una finalidad similar: apurar los hechos (derecho a la memoria y a la verdad), pero no se garantiza el derecho a una amplia compensación con punición de los responsables (derecho a la justicia). Entre estos dos procesos hay diferencias en cuanto al período estudiado (entendido como no democrático): en el caso brasileño se abarca tanto el Estado Novo como la Dictadura Militar; en el caso ecuatoriano se incluye el período "democrático" reciente. La CV brasileña fue fuertemente influenciada pela Ley de Amnistía. (Filho)

- Análisis del Poder Judiciario como institución. Se analiza la actuación del Supremo Tribunal Federal en la dictadura militar, identificando actuación omisa en una primera fase. A partir del análisis institucional se señala la necesaria reforma institucional del Poder Judiciario, no solo en las estructuras, sino también en las acciones de los agentes públicos. El debate refiere a la necesidad de analizar los procesos de reformas institucionales en los procesos de democratización. (Rosa y Alemida)

Problematización. Propuestas para el debate en asamblea

(Planteamientos orientados a la discusión entre los presentes en la asamblea: identificar vacíos y ausencias, resaltar desafíos para la práctica académica, preguntas, cuestiones o nudos problemáticos a ser debatidos)

- Desplazamiento geográfico en relación con los países en los que la problemática es abordada: del cono sur a Colombia (y México).
- Llama la atención la falta de atención a los temas de memoria, a los déficits existentes en materia de justicia.
- Nuevos desafíos y contextos tensionan las construcciones ya consagradas y exigen nuevos desarrollos en la Justicia de transición. De procesos abiertamente dictatoriales a formas de terrorismo de estado bajo formalidad democrática.
- Un análisis crítico de la justicia de transición va identificando en qué medida su desarrollo resulta funcional al sistema capitalista, siendo esta incapaz de atender y actuar sobre las causas estructurales de los conflictos, resultando incluso funcional a su manutención.
- ¿La justicia transicional es una nueva expresión de la justicia restaurativa, o viceversa?

- ¿Cómo se enmarca la justicia de transición en el sistema capitalista: se reparan apenas los daños causados por su implementación violenta, pero se deja instalado el sistema?
- ¿En qué medida la espectacularización de la justicia que algunas autoras señalan está afectando la viabilidad de la justicia de transición?
- ¿Dado el contexto regional de regresión en materia de memoria, verdad y justicia, proceso en el que incluso participa el poder judicial, cabe plantearse que está en marcha un cierto tipo de justicia de transición a la inversa?
- ¿Cómo entender el bajo número de trabajos que este seminario ha recibido en materia de justicia de transición? ¿Es un tema que ha salido de las agendas nacionales, incluso de las líneas de investigación académica?

i-Latina 1 (2019): 1-28
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.19

Relatoría "Estado de excepción y Estado Constitucional de Derecho"

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA
Universidad de Los Hemisferios
juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

RESUMEN

El relator sintetiza el contenido de las once ponencias presentadas respecto de este amplio tema agrupándolos en cuatro ejes temáticos interrelacionados.

PALABRAS CLAVE: Estado de excepción, estado constitucional, derecho de emergencia, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The rapporteur synthetizes the contents of the eleven papers presented on this extensive topic, grouping them in four interconnected main themes.

KEYWORDS: Emergency powers, constitutional state, law of the exception, legal security.

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

I. Introducción

En la presente mesa se han presentado once ponentes para hablar sobre el Estado de excepción o sobre elementos relacionados con la excepcionalidad en el derecho, como los decretos ley, las intervenciones federales o las "razones de Estado" que pretenden justificar un actuar extremo del mandatario. Hilar tan diversas figuras no ha sido nada fácil. En cualquier caso, hemos previsto seguir el siguiente esquema:

- Comenzar con el análisis general de cómo funciona el derecho en "los tiempos malos".
- Luego pasaremos revista de las diversas fuentes del "derecho de excepción"
- A continuación recogeremos las consideraciones de los ponentes sobre el control del derecho previsto para situaciones de excepción
- Finalizaremos con la exposición de algunos casos concretos

Antes de dar paso a la relatoría conviene aclarar que la expresión "estado de excepción" no es usada de manera igual por todos los autores, porque con esta terminología no se entiende lo mismo en todas las legislaciones. A fin de darle mayor fluidez a la relatoría, procuraremos usarla aquí en un sentido lato o amplio.

II. El derecho en los malos tiempos

En cierto modo, en nuestra mesa se confronta dos extremos: el Estado de excepción y el Estado constitucional de Derecho. Son como dos gemelos que germinan en un mismo vientre, uno débil y otro fuerte. El débil es llamado a tomar el mando en tiempos de paz; el fuerte está destinado a gobernar como un Leviatán cuando surjan guerras o catástrofes. Ambos están en un mismo vientre, que es la Constitución. Sagües ha señalado que es como si existieran dos constituciones opuestas en un mismo código: una garantista de los derechos de las personas, y otra

totalmente inversa.

Los doctores Daniela Magalí Miranda y Jorge Augusto Barbará[1] hacen varias consideraciones en torno al denominado "derecho de la emergencia". Ellos resaltan las contradicciones que engendra la normativa de excepción. Las leyes deberían — en lo posible — generar confianza, certeza y predecibilidad de resultados. Esto es el derecho a la seguridad jurídica, constitucionalizado en muchos estados. Los autores afirman que la misma noción de "Estado de derecho" presupone el valor de la seguridad o previsibilidad en la aplicación del derecho positivo. Pero todo esto se trastoca al aplicar el "derecho de emergencia", que a priori resulta incompatible con el logro de este valor.

Señalan que a grandes rasgos el "derecho de la emergencia" es un sistema de normas dictado para resolver una coyuntura, cuyas disposiciones se apartan de las de aquel sistema de normas que está previsto para funcionar en la normalidad y cuya aplicación (es decir, la aplicación del sistema emergencial). Supone la generación de consecuencias desfavorables para parte de sus destinatarios, que no se encontraban previstas en tiempos de normalidad. Así, el "derecho de emergencia" supone la violación de ciertos derechos concedidos para los buenos tiempos.

Pero para Miranda y Barbará tal incompatibilidad sólo se da prima facie, porque entienden que la inseguridad jurídica no se produce por el mero hecho de violación de una norma o de un principio jurídico determinado; sino que se genera sólo cuando — sopesados los diversos objetivos a que aspiran normas y principios de un ordenamiento jurídico — prevalece una ley o sentencia que no resultaba esperable en base a ese material legal que fue o debió ser ponderado. En consecuencia, la normativa emergencial en realidad sería resultado de ese juicio ponderativo ordinario.

[1] Ponencia *Argumentación judicial en materia de emergencia con particular referencia al caso argentino.*

Es sin duda complejo el cálculo de previsibilidad, máxime ante las expectativas sociales de que el Estado respete el derecho, los derechos adquiridos y las funciones básicas del sistema. Estas expectativas deberían estar justificadas en algún principio o norma del ordenamiento jurídico. Esto no solo es complejo, sino que — según los autores — el incumplimiento de las normas estatales se muestra como una vía "extremadamente difícil de desandar", a tal punto que Miranda y Barbará se proponen replantearse la noción de seguridad jurídica. Es por ello que el funcionamiento del "Estado de derecho" exige una fina argumentación que legitime el "derecho de la emergencia". Este requisito de la "optimización argumental" no parece satisfecho en países como Argentina donde sistemáticamente se va de emergencia en emergencia.

En este orden de ideas, me parece que lo más plausible es considerar el "derecho de emergencia" como una excepción a la norma general, con todo lo que esto conlleva: el deber de extremar la justificación, la interpretación estricta o restrictiva, la temporalidad, entre otras cosas.

En Brasil Plinio Regis Baima tiene quejas semejantes, por considerar que se está gobernando ordinariamente con decisiones excepcionales. Dice que este es el modo de proceder de los estados absolutistas, ya señalado por Carl Schmitt en su Teoría Política (1922), donde afirma de forma pragmática que «soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Paradójicamente, se puede decir que «la excepción es un medio que desprecia los medios, teniendo en mira solamente cómo conseguir el fin» (Matos). Y aunque luego cita a Agamben que dice que «el estado de excepción no es un derecho especial (como lo es el derecho de guerra)», en realidad nos parece grotesco y defectuoso que se tenga por normal la excepción.

Ahora bien, si se parte de una concepción pesimista del hombre donde lo normal es la calamidad, la casa terminará patas arriba. La doctora Zhenia Djanira

Aparicio Aldana[2] justamente destaca cómo para Hobbes el hombre es un ser egoísta, que por naturaleza está envuelto en un estado de odio, inseguridad y guerra permanente con los demás. El instinto natural de autoconservación desemboca en un profundo egoísmo ajeno a todo criterio racional o valorativo, que le lleva a proteger la vida y la propiedad. Según el inglés, «la inclinación general de toda la humanidad es el deseo perpetuo y sin tregua de adquirir cada vez más poder, deseo que sólo cesa con la muerte». Para el hombre en estado de naturaleza sus "derechos" son ilimitados ("derechos" entendidos como ejercicio del poder físico), sus pasiones incontrolables lo llevan a buscar cosas, a arrebatárselas a los demás y a terminar haciendo "la guerra de todos contra todos". En ese ámbito surge la inseguridad, el miedo, el odio y la desconfianza. «El que no consigue lo que apetece, desconfía del otro, y, para precaverse, lo ataca» (Marías). Por eso, homo homini lupus dic. Lo normal aquí no son los tiempos de paz y seguridad. ¡Dramática es la situación del hombre en estado de naturaleza!

Para lograr esa excepcional y anhelada paz las personas recurren por necesidad a un gran pacto: en él renuncian a sus derechos y ceden su voluntad a un nuevo ser que nace: al Leviatán, al Soberano, al Estado. Se pasa del temeroso status naturae al status civilis. Como se sabe, "Leviathán" es el nombre de un monstruo bíblico que simboliza el "dios mortal" que asegura la paz. Solo un monstruo de esa dimensión podrá contener los deseos más íntimos de los hombres. Este dios expresará la voluntad de todos a través de las leyes, leyes que obligan por el mero hecho de dictarlas el Estado. Así la teoría hobbesiana justifica el poder hegemónico o supremo en la comunidad social. Hobbes logra revestir a este Estado de todas las obligaciones y limitaciones contractuales, otorgándole una autoridad casi ilimitada. El Estado así constituido es absoluto, manda sin limitación; es una máquina poderosa, un monstruo que devora a los individuos y ante el cual no hay ninguna otra instancia.

Pero el estado civil solo provee una quimera de paz, porque en realidad el

[2] Ponencia *El homo homini lupus dic en la filosofía social de Hobbes y la justificación del Estado absoluto como reflejo en la crisis de la modernidad.*

ciudadano termina desprovisto de garantías frente al monstruo que ha creado. El individuo solo puede obtener su protección sólo a través de la fortaleza del soberano que liberado de sus ataduras; solo estará protegido cuando el Estado despliegue su poder para sosegar los intereses particulares.

Esa visión pesimista, materialista, voluntarista, nominalista e individualista de Hobbes sigue siendo gozando de tremenda actualidad. Como dice Polo (2012), «hoy en día, muchos hombres viven aterrados ante lo incontrolable, que es lo más vulnerante. Hobbes se sintió siempre sobrecogido por la presencia del terror en su alma, asustado ante todo y siempre. Pero lógicamente, quien percibe en el hombre una voluntad agresiva sin freno, si él no es el lobo mayor de todos — Hobbes no lo era —, sólo puede temer. De ahí que lo especifico del hombre sea la previsión de la amenaza. El aspecto hostil de la vida, se extiende hasta el miedo cósmico. El hombre se encuentra perdido en el mundo. Las estrellas, la inmensidad del Universo con su inexplicabilidad mecánica, es decir, en su puro energetismo espontáneo, produce espanto. El único refugio es el Leviatán, Dios suscitado por la entrega de nuestra propia sustancia dinámica». Por eso en el último siglo, en nombre de la paz y de una seguridad legal, se ha terminado justificando un sinnúmero de regímenes totalitarios. A pesar de las múltiples declaraciones de derechos, el poder del Estado se ha ido incrementando cada vez más, en la medida en que quita espacios a la autonomía individual. El Estado totalitario hoy se encubre bajo la figura de un "paternalismo estatal", de un poder omnímodo que ofrece la paz y la liberación de todos los miedos humanos. Hemos llegado así a una verdadera crisis social, a una crisis de libertad de las personas.

Obsérvese que en el curioso sistema hobbesiano la justificación del poder absoluto se dio por considerar que lo natural era la guerra, el caos, la autodestrucción. La excepción pasó a ser la norma general. Y es la misma técnica argumentativa que hoy usan los nuevos dictadores: se declara que todo es calamidad como justificativo para arranchar todo el poder posible en aras del nacimiento de un nuevo dios liberador: el dictador.

En esta lógica de guerra y autodestrucción hobbesiana parece haber entrado los Estados Unidos, luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2011. Vinícius Sado Rodrigues[3] observa que en ese momento la geopolítica norteamericana dio un giro, y ello a su vez ha repercutido en la política mundial de las demás naciones. Esta nueva política de "guerra contra el terror", que instaura la guerra preventiva — una guerra eterna —, Gallardo la ve como una renovación de las estrategias colonialistas de las grandes potencias. A la vez, dentro del país se instituye un gobierno basado en la excepción, donde se comienzan a dictar normas como el *Military Order*, la *Patriot Act* y otras que no observan el debido proceso y que recortan los derechos de las personas como si fueran tiempos de guerra, so pretexto de afianzar la seguridad nacional.

Agamben procura distinguir entre Estado de excepción y Estado de sitio, en un ámbito donde la terminología muchas veces resulta ambivalente. En la doctrina alemana se suele hablar de "Estado de necesidad", en la inglesa de "poder de emergencia", mientras que en Italia y Francia se usan los "decretos de urgencia" y "estados de sitio". Según Agamben, en el Estado de sitio se suspende la constitución y se instaura otro jurídico para la regulación de los conflictos locales y las situaciones de emergencia. Por eso en la guerra se dicta el Estado de sitio, a fin de suspender el orden legal de manera temporal para regular *ex novo* la situación bélica. En cambio, el Estado de excepción no presenta límites jurídicos claros: está en una zona de indefinición entre el derecho público y el hecho político. Ahí las situaciones de necesidad y excepcionalidad serán solamente aquellas que el gobierno o un grupo de personas las escojan como tales. Y a fin de cuentas, la excepción se toma como regla general para gobernar.

El ponente sigue luego la doctrina de Michel Agier, y observa que con el nuevo régimen de excepción se termina transformando a ciudades enteras en "campos de

[3] Ponencia *Campos de Refugiados e o paradigma contemporâneo do governo da Exceção.*

refugiados", que son no lugares para los sin-derechos, donde por lo mismo se suspende el estatuto ontológico de los sujetos de derecho.

III. La producción del derecho excepcional

Contra lo que pudiera parecer a una mirada superficial, la producción del "derecho de excepción" no es prerrogativa exclusiva del Ejecutivo, ni de ninguna autoridad estatal. Al contrario, cada poder del Estado ha encontrado cómo producir normas de excepción, según lo veremos.

a) El derecho excepcional en manos del Ejecutivo

Haya tenido o no razón Hobbes acerca de si lo normal es la guerra o la paz, lo cierto es que muchas autoridades gobiernan sus estados como si continuamente se viviera en tiempos calamitosos y desesperados. La doctora Ana Catalina Arango Restrepo[4] ha sido muy enfática al señalar cómo el Ejecutivo colombiano se ha saltado los procedimientos ordinarios de aprobación de leyes, dictando con una frecuencia inusitada decretos de ley en múltiples temáticas. Por eso, algunos autores se cuestionan si no se trata esto de una usurpación de las funciones legislativas, cuando el uso de estos decretos no obedece a las preferencias políticas o a otros factores excepcionales.

Según Arango, un estudio detenido del ejercicio de la función legislativa por parte del ejecutivo pone en evidencia que la temida figura de los estados de excepción podría llegar a resultar menos invasiva que la propia delegación expresa que el congreso ha hecho de sus funciones. Para dilucidar esto, la autora estudia la historia política colombiana comprendida entre los años 1974 y 2014, atendiendo a las delegaciones de facultades legislativas que la Constitución o el Congreso han hecho al presidente para dictar decretos con fuerza de ley. Divide el estudio en tres

[4] Ponencia *¿Los estados de excepción son el único problema? Un ejercicio de la función legislativa de delegación expresa del Congreso: el caso colombiano.*

secciones:

(i) Años 1974-1990, durante los cuales el presidente se arroga tanto los poderes legislativos a través de los decretos extraordinarios y de los decretos legislativos, que se lo llega a considerar «el primer legislador del país» (Archer y Chernick). En efecto, mientras el Congreso expidió 1158 leyes, el presidente expidió 1297 decretos con fuerza de ley (984 por delegación del Congreso y 313 en el marco de un estado de excepción).

El Congreso se dedicó principalmente a otorgar facultades extraordinarias al presidente (a lo que dedicó 75 leyes), a aprobar tratados y actos internacionales, a aprobar el presupuesto de la Nación, a rendir homenajes y honores, y en un 38.42% a reformas en materia penal, civil, procesal, etc. Por su parte, el presidente ha absorbido una buena parte de la función legislativa en "tiempos de paz y normalidad", con el auspicio y consentimiento del Congreso.

Se destaca el mandato de Alfonso López Michelsen, que expidió 219 decretos ley, frente a las 211 leyes del Congreso (15 para revestir al ejecutivo de facultades extraordinarias); y el mandato de Virgilio Barco, quien expidió 349 decretos, frente a las 129 leyes del Congreso, todas estas normas de ambos poderes versan prácticamente sobre los mismos temas. Las razones posibles de esta inactividad que se han dado son la falta de institucionalización del legislativo, la renuencia de los diputados a asumir la responsabilidad ante las decisiones difíciles que pueden costarle el respaldo del electorado, y la dificultad para conformar mayorías legislativas.

Arango analiza también la cantidad de decretos expedidos en virtud de un estado de excepción y las declaratorias de estado de excepción, cuyo número a veces confunde, porque hay presidentes que gobiernas bajo la declaratoria de estado de excepción dictada por sus predecesores. A la vez, no siempre hay relación entre el número y la calidad. Por ejemplo, Julio César Turbay expidió un solo decreto, el

Estatuto de Seguridad, que bastó para convertir su gobierno en el más represivo de los últimos tiempos (a criterio de la ponente). Otros presidentes recurrieron más a los estados de excepción, pero ellos duraron mucho menos tiempo.

(ii) Años 1990-2002, en donde imperó la Constitución de 1991 que especificó aún más los supuestos en que el ejecutivo podía declarar el estado de excepción y que estableció fuertes controles de este tipo de medidas. Además, la Constitución limitó las materias y el tiempo en el cual las dos cámaras de consuno podían revestir de facultades extraordinarias al presidente; y se concedió al parlamento la facultad de modificar «en todo tiempo y por iniciativa propia» los decretos ejecutivos (art. 150.10). Ello generó un declive en el uso presidencial de estas dos figuras.

En concreto, César Gaviria expidió 293 decretos, Ernesto Samper 87 y Andrés Pastranta 91. Gaviria pudo hacerlo porque el primer año de su mandato (1990) no lo ejerció bajo la Constitución de 1991, sino bajo el estado de sitio declarado por su predecesor en 1984. El Congreso recupera su papel protagónico de expedir leyes: dicta 815 leyes (37 de las cuales revisten de facultades extraordinarias al presidente), frente a 471 decretos ejecutivos (319 por delegación del Congreso).

Tanto Cesar Gaviria como Samper intentaron seguir ejerciendo sus facultades legislativas a través del estado de excepción, pero encontraron una fuerte resistencia en el control ejercido por la Corte Constitucional. Para esquivarlo, ambos utilizaron sus poderes partidistas para conseguir del congreso la delegación de facultades extraordinarias.

(iii) Años 2002-2014, donde se acentúa la tendencia anterior. Mientras el Congreso aprueba 947 leyes, el presidente expide solo 206 decretos (110 por delegación del Congreso y 85 bajo el estado de excepción, al que se recurre cada vez más). El Congreso ya no confiere fácilmente las facultades extraordinarias al ejecutivo (solo lo hace en 21 oportunidades); a partir del año 2004 esta delegación de facultades será mínima. Sin embargo, en aquellos pocos decretos el presidente

pudo realizar una reforma de la rama ejecutiva sin precedentes.

Arango concluye que en Colombia el presidente ha utilizado los estados de excepción para aprobar su agenda sin necesidad de conseguir el apoyo del congreso, cuando éste se ha enfrentado a un congreso que le hace oposición o que no coopera. Pero generalmente prefiere evitar este mecanismo excepcional, y solicita al congreso la delegación expresa de la función legislativa, si considera que cuenta con un congreso "más cooperativo". Ello nos hace plantearnos si, además de moderar y controlar los estados de excepción, acaso deberíamos hacer lo mismo con la delegación de facultades legislativas.

b) El monarca, el jefe político y las razones de Estado

También observamos un cierto recorte en los derechos y libertades de las personas en atención a las denominadas "razones de Estado", invocadas sobre todo durante la era moderna que se vio llena de guerras entre príncipes por motivos políticos, económicos y religiosos. La teoría del Estado de excepción no resultaba necesaria al príncipe que gobernaba en aquellos días, pues él no necesitaba pedir permiso a nadie para hacer la guerra o la paz. Sin embargo, fue en la academia donde se cuestionó cuáles deberían de ser las razones que han de mover al príncipe a actuar.

El doctor Eusebio Fernández García[5] recuerda que las razones de Estado han sido definidas como una «máxima del obrar político» que «dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto» (Meinecke). Como se sabe, bajo aquellas "razones" que buscan la seguridad del Estado, algunos gobernantes han violado normas éticas y jurídicas; estas razones justificaron el uso de todo tipo de medios, a los que se recurrió de manera sigilosa. Muchas veces el secreto fue previsto no solo por cuestiones de eficacia, sino también para ocultar actuaciones

[5] Ponencia *La razón de Estado (razones y excesos de una institución imprescindible).*

que pueden ser moralmente discutibles.

Según Fernández, la invocación de la "razón de Estado" conoció sus mejores momentos con el Estado absoluto y su fortaleza se fue debilitando con los primeros pasos del Estado liberal de Derecho. En el siglo XVI obtuvo esta definición:

> «El Estado es un dominio establecido sobre los pueblos y razón de Estado es el conocimiento de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio. Es verdad que si bien, absolutamente hablando, la razón de Estado se extiende a las tres partes susodichas, parece comprender con mayor rigor la conservación que las otras (...). Y si bien todo aquello que se hace por los motivos antes dichos, se dice hacerse por razón de Estado, mayormente se dice de aquellas cosas que no pueden reducirse a la razón ordinaria y común» (G. Botero, Della ragion di Stato, 1589).

Si la principal razón de Estado es "conservar" al Estado, conviene preguntarnos sobre aquello que deseamos mantener. ¿Por qué vale la pena mantener el Estado? Según Fernández, el Estado halla su máximo justificativo en el adecuado desarrollo de la sociedad, en la pervivencia del interés general o público, y en la defensa de los derechos de las personas fundamentales. Es decir, la mayor razón de ser del Estado es el hacer compatible el desarrollo individual humano con el bien común y en un marco general de paz, estabilidad y seguridad. Ello le confiere legitimidad ética, política y jurídica. Este es el cometido por el cual se ha instaurado el Estado y el que constituye su razón de ser y de obrar. Si la actuación estatal no cumpliera con esta misión, si el Estado pasara de protector de los derechos fundamentales a verdugo, quedaría deslegitimado en sí mismo.

Poco después de publicada la anterior obra, el padre Pedro de Rivadeneira escribe un texto arremete contra la doctrina de Maquiavelo, distinguiendo las buenas y malas razones de Estado:

> «(...) estos que llaman políticos (...) aconsejan a los príncipes tales cosas y ponen tales como primeros principios para el gobierno della, que siguiéndoles, necesariamente se han de perder, y con nombre de conservación del Estado arruinan sus estados y señoríos; porque tomando una máscara y dulce nombre de razón de estado (cuya

> conservación y acrecentamiento es el blanco en que los príncipes comúnmente tienen puesta la mira), todo lo que consultan, tratan y determinan, miden con esta medida y nivelan con este nivel. Y como si la religión cristiana y el Estado fueran contrarios, ó pudiese haber otra razón para conservar el Estado, mejor que la que el Señor de todos los estados nos ha enseñado para la conservación della, así éstos hombres políticos e impíos apartan la razón de estado de la ley de Dios» (Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus Estados, 1595).

Para Rivadeneira la buena razón de Estado equivale a gobernar y conservar los estados según las leyes de Dios. Tanto la ley divina, como la razón de ser del Estado, buscaban el bien común para todos los ciudadanos. Es comprensible que en los estados confesionales de aquella época la religión formara parte de ese bien común a proteger.

La "razón de Estado" evolucionó con el advenimiento del Estado liberal y, más tarde, con la del Estado democrático de Derecho. Fernández considera válida «la tesis de que a más Estado de Derecho le corresponde menos razón de Estado». Aun así, actualmente persisten actuaciones extremas del Estado (v.gr. en la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, en la carrera de armamentos o en el espionaje informático) que invocan la "razón de Estado" (es decir, la conservación y mantenimiento del Estado, la seguridad, el interés general o el bien común).

Francisco Tomás y Valiente (1996) y Elías Díaz (1966), han procurado actualizar la noción de "buena" y "mala" razón de Estado. Sería buena razón si persigue conservar el Estado democrático de Derecho y proteger los derechos fundamentales. Sería mala razón si pretendiera justificar una dictadura, un Estado totalitario, un Estado contrario al Derecho, así como cualquier actuación inmoral o ilegal.

Otra nueva formulación de la "buena razón de Estado" la ha hecho Rafael del Águila, quien entiende que la seguridad constituye un valor necesario para el funcionamiento del Estado (entendido como un marco que permite la vida política

correcta, la autonomía y el bien común). El ponente considera que esta noción se complementa con la expuesta por Díaz y por Tomás y Valiente, porque la seguridad es una condición previa del ejercicio de los derechos y una exigencia inexcusable que afecta a los Estados en su ámbito interno como externo.

La conclusión de Fernández es que la mala razón de Estado sigue siendo deudora de los planteamientos maquiavélicos, que no temen transgredir los principios legales y éticos para garantizar la conservación y mantenimiento del Estado y la seguridad de los ciudadanos que habitan en él. La buena razón de Estado, en cambio, está constituida por los valores inspiradores y los fines a conseguir por el Estado democrático de Derecho.

Otro punto de vista sobre el tema lo aporta el doctor Edgardo Rodríguez Gómez[6], quien entiende que la noción de "razón de Estado" cobró importancia en los estados modernos, cuando surgió el afán de emancipación gubernamental frente a la doctrina moral religiosa. El mejor ejemplo puede encontrarse en las recomendaciones de Maquiavelo:

> «Además, en las acciones de todos los hombres especialmente de los príncipes, donde no hay tribunal al que recurrir, se atiende al fin. Trate, pues, un príncipe de vencer y conservar su estado, y los medios siempre serán juzgado honrosos y ensalzados por todos» (El príncipe).

Desde esta óptica, cualquier medio por inmoral o cruel que parezca resultará legítimo si se revela eficaz. Maquiavelo nunca usó la expresión "razón de Estado", aunque la dejó bosquejada. Fue Guicciardini quien al hablar del arte de gobernar el Estado habló de la "razón de los estados". Desencantado del discurso moralista religioso de la época, propuso olvidar los imperativos morales, dejar de pensar y hablar como cristianos para reflexionar en términos estrictos de la razón y las costumbres que imperan en los Estados.

[6] Ponencia *La buena y mala razón de estado atravesada por la reflexión sobre la razón de guerra: Las aportaciones de Scipione Ammiratto y Giarolamo Frachetta.*

A mediados del siglo XVI, tras un despojo perpetrado por la Corona española a la Iglesia, el cardenal Giovanni della Casa, secretario de estado del papa Paulo IV, hace uso de la frase en la Oración a Carlos V para la restitución de Piacenza, al justificar su demanda advirtiendo que, si la ragione degli stati no permite tal devolución hay que cuestionarla porque no se trataría de una opinión ni humana ni cristiana. Pero será Giovanni Botero el primero en hacer circular ampliamente la expresión "razón de estado" al ponerla como título de una de sus obras "Della Ragion di Stato" (1589), que definió como "el conocimiento de los medios adecuados para fundar, mantener y aumentar un Estado". A partir de este momento, la expresión se afianzará y servirá para explicar diversas cuestiones estatales, como el tratamiento de la guerra.

Tres años más tarde, Girolamo Frachetta escribió L'Idea del libro dei governi di stato et di guerra con due discorsi, l'uno intorno la ragion di stato, et l'altro intorno la ragione di guerra (1592). Más tarde desarrollaría el tema en otras obras citadas en la ponencia de Rodríguez. Frachetta entiende la "razón de estado" como un conjunto de dispositivos de gobierno con los que el príncipe disciplina el pueblo. En contra del amoralismo maquiavélico que sólo se maneja con criterios de efectividad, él también acepta la tradicional subordinación a la moral y a los principios religiosos. Así, la buona ragione di stato sería la que permanezca enmarcada en los límites morales, mientras la cattiva ragione di stato sobrepasaría tales límites. Frachetta hace de la disciplina un elemento central de su teoría: las relaciones príncipe - súbditos deben asegurar el orden y la obediencia, para lo que quien manda debe aspirar a ganarse el consenso del pueblo, mientras el pueblo debe asumir un compromiso con el príncipe, a fin de conservar el estado y sus bienes. La prudencia política hará que el príncipe actúe sobre las inclinaciones naturales de sus súbditos conquistando el ánimo de la plebe con la ampliación de beneficios materiales. Una vez lograda la disciplina, convendrá afianzar la función favorable de las leyes con normas que concreten premios y castigos.

Lo interesante de Frachetta es que relaciona tres conceptos distintos: la

razón de Estado, los intereses de Estado y las razones de guerra. Las razones de estado, como se dijo, buscan asegurar la disciplina de los súbditos mediante la prudencia política. Los intereses de estado miran al bien común; así, por ejemplo, resulta de interés estatal evitar las revueltas aristocráticas ocasionadas por el despojo de sus riquezas. No atender a estos intereses implicaría el desmoronamiento del poder soberano. Finalmente, la razón de guerra utiliza los medios extremos para la conservación del poder político; ante la imposibilidad de solucionar los conflictos emergentes, será la guerra la que los resuelva y, por ello, será la prudencia militar y la disciplina de los soldados los criterios que dirijan estas razones.

Frachetta procura distinguir la prudencia política de la prudencia militar, aunque las concibe como due prudenze congiunte, che paiono quasi una stessa cossa. La última busca vencer con justicia, aunque no siempre resulta sencillo definir qué es "loable" en el ámbito militar. El italiano, que vivió los altercados otomanos, señala que vencer «es siempre loable, y si es loable, conviene también que sea lícito, y en consecuencia conforme a la prudencia de la guerra». Pero luego reprueba el fraude y el engaño para superar a los enemigos, señalando que «vencer con fraude detrae mucha de la gloria al que vence: lo cual es signo de no estar esto aceptado por los hombres» (Prudenza, et imprudenza del Prencipe, nel maneggio della guerra, 1624), por lo que el fraude no es nunca glorioso, a diferencia del recurso a la ventaja, la estratagema y los artificios que resultan lícitos en la guerra. Al hablar de la ratio belli integra algunas categorías elaboradas por la doctrina de la guerra justa, lo que le ayudará a definir la verdadera y la aparente razón de guerra.

Otro desarrollo de esta noción la encontramos en el florentino Scipione Ammirato, que en su Discorsi sopra Cornelio Tacito (1594) señala que «la razón de estado no es sino la contravención de la razón ordinaria en garantía del beneficio público, o en garantía de razones más grandes y universales». El autor intenta relacionar diversos criterios de actuación: la razón natural, la ley moral y la ley divina, la razón civil que regula los derechos de las personas, la razón de guerra dada por la ruptura del equilibrio establecido por las anteriores normas, así como la razón

de las gentes, que interviene para moderar la agilidad de la razón de guerra. Hoy diríamos que es un "conflictivista" de razones. Ante el conflicto, cada razón procura ser un correctivo a los daños causados por la razón precedente. A la final le corresponde a la razón de estado intervenir para intentar favorecer la razón universal que procura asegurar el beneficio público. Así, la razón de estado podría transgredir las razones ordinarias, aunque siempre estará subordinada a la razón divina.

Cuando Ammirato escribe esto tiene en mente la amenaza turca, la unidad religiosa y el futuro del mundo cristiano, así como la lucha contra el hambre que vivieron sus contemporáneos. «La amenaza turca ronda y nosotros la dejamos crecer», diría. Se trata de hechos extraordinarios que había que "prevenir", un prevenir entendido como «reunir todas las fuerzas en vista de una nueva cruzada por tierra y mar» (según las palabras de Sénellart). Su obra exige presupone el desarrollo de una ética disciplinaria en tiempos de paz, para poder afrontar luego la guerra. La visión de Ammirato es menos teórica y más fáctica, más histórica: no define a priori las condiciones, reglas y fines de la guerra, sino que primero atiende al drama de la guerra para luego entender las razones de estado.

También en España hubo autores que desde finales del siglo XVI teorizaron sobre las razones de estado, aunque allá el peso de la Segunda Escolástica hizo que muchos se decantaran preferentemente sobre el análisis del ius belli. En todo caso, vale destacar que las razones de fondo que movían a todos estos autores a justificar ciertos excesos en el ejercicio del poder (por razones de Estado o de guerra) generalmente eran cuestiones de gran calado: la guerra otomana, la invasión turca, hambrunas, la conservación de la paz, entre otras cosas. No eran cosas triviales, ni pequeñas. Eran razones, que consideraban poderosas, para limitar los derechos de las personas.

c) El derecho excepcional en manos de los jueces

Muchas veces nos quejamos del excesivo poder que figuras como el Estado de excepción y otras figuras análogas conceden al Ejecutivo. El doctor Eduardo Javier Jourdan Markiewicz[7] se plantea si no estamos haciendo lo mismo con el Sistema Judicial, al que hoy le confiamos el alma, la vida y el corazón del derecho. Jourdan recuerda el célebre cuento de La rebelión de la granja de George Orwel, donde después de expulsar al granjero, el cerdo Napoleón termina convirtiéndose en un dictador más funesto que el antiguo dueño de la granja. Queda la pregunta de si no hemos expulsado a los antiguos dueños, para quedarnos con los jueces, que no necesariamente son mejores.

Hemos visto cómo a lo largo de los siglos hemos pasado del juez-boca de la ley, al juez que debe aplicar la ley, en armonía con los derechos y garantías constitucionales, hasta llegar en Marbury vs. Madison al juez que puede reformar la ley, derogarla o darle un diverso alcance. Sin más, terminó dándosele el poder de la última palabra a los jueces, lo que no siempre ha representado la mejor solución. Podríamos citar Dred Scott v. Sandford, donde la Corte Suprema de Estados Unidos decidió en 1857 privar a todo habitante de ascendencia africana, fueran esclavos o no, el derecho a la ciudadanía y se le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales del país. La sentencia llegó a señalar que «el derecho de propiedad sobre un esclavo se encuentra afirmado en la Constitución. De manera que una ley que prohíba a un ciudadano ser dueño de su propiedad en el territorio de los Estados Unidos no se encuentra garantizada por la Constitución, por ello esa ley debía quedar sin efecto». La conmoción producida por este fallo entre los abolicionistas fue un factor decisivo que dinamitó la guerra de Secesión.

Desde entonces, los jueces son los nuevos dueños de la constitución. Esto también quedó en evidencia cuando se declaró la inconstitucionalidad de la ley de Pennsylvania de 1826, que promovía la abolición territorial de la esclavitud, disponiendo que ningún esclavo puede ser removido de este Estado. Fue un cazador

[7] Ponencia *La constitución y los jueces. Entre el poder y la arrogancia.*

de esclavos, Edward Prigg, condenado en Pennsylvania por secuestrar a los esclavos y sus familias que habían logrado radicarse ahí, quien demandó la inconstitucionalidad de la ley. En Prigg vs. Pennsylvania (1842) la Corte Suprema revocó la condena impuesta contra Prigg y declaró ley inconstitucional por contrariar la Ley Federal de Esclavos Fugitivos de 1793. Con esta interpretación el esclavo se convirtió en una cosa mueble.

No es posible confiar tanto en los jueces, después de haber visto como el sistema judicial norteamericano tuvo una participación activa en la promoción de las esterilizaciones quirúrgicas involuntarias. Es el caso de Buck vs. Bell fue sentenciado por el mítico juez Oliver Wendell Holmes, quien dictaminó que la leyes que prevean la esterilización obligatoria de los no aptos, incluidos los débiles mentales, «para la protección y la salud del estado» no violan la Constitución. En concreto, el fallo señaló que «es mejor para todos si en lugar de esperar a ejecutar a la descendencia degenerada por el crimen, o dejar que mueran de hambre por su imbecilidad, que la sociedad pueda impedir que aquellos que son manifiestamente impropios se reproduzcan». Concluyendo que «tres generaciones de imbéciles son suficientes». La Corte Suprema nunca ha revocado expresamente este fallo.

Jourdan concluye que la única solución para evitar que alguien se haga el amo de la granja, o del país en que vivimos, es el sistema democrático, con la solidez de una Constitución que se sostenga. El ponente boga en favor del Legislativo. Afirma que si el Congreso comete un error, el mismo órgano puede corregirlo mediante una sesión legislativa posterior; incluso, el cambio podría sustentarse en la presión pública, o bien a consecuencia de resultados electorales adversos. Sea como fuere, termina cuestionándose si no es tiempo de analizar nuevas alternativas para acercarnos al anhelado deseo de justicia. Una queja semejante se oye en Brasil. Plinio Regis Baima de Almeida[8] observa que hoy la producción de normativa que restringe los derechos fundamentales no la hacen sólo el legislativo, ni el ejecutivo a través del

[8] Ponencia *Decisão judicial exceptiva, ou como o Poder Judiciário pode atuar em favor do estado de exceção.*

estado de excepción, sino también el poder judiciario. El autor señala que son los jueces, con su activismo judicial, amparado en la «libertad creativa del intérprete», los que terminan saltándose el Estado de derecho para sentenciar según les parezca.

El ponente destaca que ciertas decisiones judiciales brasileñas violatorias de los derechos fundamentales han generado una gran inestabilidad política y una crisis de gobernabilidad. Observa en estas sentencias siguen tres patrones comunes: 1) tener la potencialidad de influir en la consolidación del golpe de 2016 y en la implementación de la política neoliberal; 2) apartarse del normal procedimiento y/o entendimiento adoptado por la magistratura local; 3) relativizar o desconocer algún derecho fundamental.

Ejemplo es la decisión del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, donde se levantó el sigilo judicial y se divulgó ilícitamente la conversación de Sérgio Moro protegida con el secreto de las comunicaciones, que provocó un ambiente político desfavorable para la presidenta Dilma Rousseff. Esto se hizo fundándose en las razones de un derecho excepcional; en las mismas investigaciones de la Operación Lava-Jato, se manifestó que se trataba de un «caso inédito (único, excepcional) en el derecho brasilero», que merecía también un tratamiento excepcional. Es decir, una "anormalidad" pasó a considerarse una "situación excepcional" (un "estado de excepción") que facultaba saltarse las reglas generales del Estado de derecho.

d) El derecho excepcional en manos del legislador

José Francisco Días da Costa Lyra y Péricles Stehmann Nunes[9] consideran que en las últimas décadas se ha creado una legislación "excepcional y temporal" para crímenes como el terrorismo, que luego ha perdido su razón de ser. Pese a ello, esta "legislación de emergencia" continúa en vigor bajo la égida de la eficacia y ha terminado por invadir otras esferas de la vida ordinaria. Se ha pasado, en palabras

[9] Ponencia *O controle penal em tempos excepcionais: O direito se pondo a "correr".*

de Wacquant, del Estado de bienestar a un Estado penitenciario, que solo busca de manera obsesiva la seguridad.

La lógica usada ha pasado de la dimensión serena de las garantías de los derechos, al combate de la criminalidad, absorbiendo aquí las funciones de política y policía. Se entiende que se vive en un contexto de guerra global permanente, en una dramática sociedad hobbesiana. Así el Estado de derecho se aproxima cada vez más al Estado de excepción beligerante, donde entran en crisis principios como: el principio de legalidad, el de prueba lícita, el de declaraciones espontáneas y libres, el de excepcionalidad de las prisiones cautelares y de los poderes discrecionales de los jueces. Este "emergencialismo" termina flexibilizando las garantías constitucionales en aras de un estado represivo, suspendiendo la misma Constitución a pesar de permanecer en vigor, y dejando un espacio anómico donde subsiste la «pura fuerza de ley sin ley» (Agamben). Aquí el derecho puede ser violado, contradicho, suspenso por una "razón de Estado".

Esta nueva visión incide particularmente en el derecho penal ordinario, que en principio debería respetar los derechos humanos y priorizar la protección y rehabilitación de los sentenciados. En estos tiempos, el infractor de una norma se convierte en enemigo poderoso contra el que se debe luchar con todas las fuerzas. Dentro del estado emergencial el derecho penal se transforma en "derecho penal del enemigo".

Los autores responsabilizan de esta transformación del derecho penal tanto a los jueces, como a otras autoridades. Así, por ejemplo, junto a Pavarini concluyen que la penalidad excesiva (el sistema penal de excepción) se debe a la crisis de la democracia representativa y a la irrupción de la "democracia de opinión" que exalta lo emotivo.

IV. Control del derecho de emergencia

Todos los ponentes han mostrado sus quejas contra el abuso de estas figuras de excepción que confieren poderes excepcionales a las autoridades. Sin embargo, ninguno ha recomendado eliminar por completo el Estado de excepción. En realidad, a lo que parece que todos aspiran es a un uso excepcional del derecho excepcional, bien controlado por los demás poderes del Estado.

En Argentina Miranda y Barbará justamente tratan de ese control debido. Para ellos, sólo será legítima la aplicación del "derecho de emergencia" si cumple con una serie de "condiciones agravadas". En Argentina la dogmática constitucional y la jurisprudencia[10] han fijado las siguientes condiciones de la normativa de emergencia:

a) La declaración formal de la emergencia hecha por el órgano competente. La emergencia debe estar reconocida por medio de una norma aprobada por el Legislativo, salvando el caso de ciertas facultades excepcionales del Ejecutivo en situaciones de emergencia.
b) Existencia de una real y auténtica circunstancia de emergencia, que imponga al Estado el deber de salvaguardar intereses vitales de la comunidad y que suponga la necesidad real del dictado de normativa específica de manera inmediata.
c) La medida debe ser transitoria, tener un plazo de duración relacionado con la emergencia.
d) La medida debe ser razonable. Por ello, debe: 1) encaminarse al bien común y no al bien de ciertos individuos; 2) ser apta para el fin buscado, idónea y oportunidad para superar la emergencia; y, 3) que las limitaciones al ejercicio de los derechos que impliquen mayores perjuicios que los que se pretende solucionar.

En general, el Poder Judicial puede controlar si se cumplen cada uno de estos

[10] La ponencia escrita hace un buen análisis de varios casos argentinos: Peralta de 1990, Video Club Dreams de 1995, Verrocchi de 1999, Cena de 2000, Tobar de 2002, San Luis de 2003, Bustos de 2004, Consumidores argentinos de 2010, Asociación Argentina de Seguros de 2015.

elementos. Si no se cumplieran todos, la medida de emergencia no sería válida. Pero la jurisprudencia resulta zigzagueante acerca de si la decisión judicial puede argumentar válidamente en relación a la elección de los medios empleados por el legislador para solucionar la contingencia (requisito d.2), pues se quiere mantener incólume la doctrina de que las cuestiones políticas no justiciables. Los jueces no están llamados a decidir acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas por los poderes políticos; y la idoneidad y oportunidad de las medidas emergenciales parece ser más un tema político, que jurídico. Aun así, Miranda y Barbará reflexionan sobre la posibilidad de controlar judicialmente algunos aspectos de los medios empleados, como la imparcialidad de las cuestiones políticas o la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

En Brasil Daniel Carreiro Miranda y Ricardo Henrique Carvalho Salgado señalan que la excepcional figura de la "intervención federal" por Constitución debe estar sujeta al control:

- Del Consejo de la República y del Consejo de Defensa Nacional, que deben ser oídos con precedencia (salvo caso de urgencia), aunque su pronunciamiento no vincula al presidente. Según Colher, se trata de un requisito de validez del decreto de intervención. Este requisito no parece haberse cumplido en la intervención de Río de Janeiro.
- Del Supremo Tribunal Federal, que ejerce el control jurisdiccional.
- Del Congreso Nacional (art. 49.IV), que ejerce el control político. Este que debe "apreciar" el decreto en 24 horas en las dos cámaras. El decreto precisa ser aprobado (no ser "autorizado") por el parlamento, a través de una mayoría simple. Aun así, se dispensa al Legislativo de apreciar el decreto en los casos previstos en el art. 34.VI-VII de la Constitución Federal.

V. Algunos casos concretos

Vale confrontar la teoría descrita con algunos casos concretos, para evaluar

cómo se usa en la práctica el derecho excepcional.

En Brasil Daniel Carreiro Miranda y Ricardo Henrique Carvalho Salgado[11] analizan la intervención presidencial en el Estado de Río de Janeiro con el objetivo de «poner término a la grave puesta en compromiso del orden público» (decreto 9.288 de 16-II-2018) y lograr la seguridad pública. La intervención al Estado — clásica en el sistema federal — se hace en base al art. 34.III de la Constitución de la República (de 1988), que concede al presidente un gran margen de apreciación discrecional. Según los ponentes, la intervención no ha tenido la eficacia esperada.

Ellos consideran que esta intervención es una especie de estado de excepción, porque la Constitución Federal considera como objetivo de la República de Brasil la "no intervención" (que sería la norma general prevista para tiempos normales). Además, no existe jerarquía entre los entes federativos que se consideran autónomos. Por eso, la intervención siempre es excepcional, aplicable taxativamente en los casos previstos en el art. 34 de la Constitución Federal[12]. Se acude a ella como medida extrema para estabilizar el complejo ordenamiento federativo y para remediar las manifestaciones patológicas, los casos extremos de tumores malignos en el organismo federal (Baracho).

La intervención federal se diferencia de las siguientes figuras:

- No es una intervención militar, realizada por militares, con la respectiva toma del gobierno por el comando de las Fuerzas Armadas, lo que implicaría una violación del Estado de derecho. Las Fuerzas Armadas deberán siempre estar subordinadas al Presidente de la República.
- Tampoco es un Estado de defensa (cfr. art. 136) que busca amparar el orden público y la paz social cuando hay inestabilidad institucional o grandes calamidades.

[11] Ponencia *A intervenção federal na área de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro: reflexão jusfilosófica acerca dos direitos e garantias fundamentais.*
[12] En concreto, la medida está prevista para garantizar cuatro cosas: el orden constitucional, la defensa del Estado, la defensa de las finanzas estatales y la defensa del principio federativo.

- Ni se identifica con un Estado de sitio (cfr. art. 137), que requiere de la autorización de la mayoría absoluta del Congreso Nacional, porque esta medida excepcionalísima es capaz de restringir los derechos fundamentales. El Estado de sitio puede darse por grave conmoción nacional o hechos que comprueben la ineficacia del Estado de defensa (aquí el decreto máximo podrá señalar 30 días de plazo, admitiéndose las prórrogas que fueran necesarias); o por declaración de Estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera.

Se critica al decreto de intervención de Río de Janeiro de poco preciso, porque aunque la Constitución exige que este tipo de decretos especifique «la amplitud, el plazo y las condiciones de ejecución», el decreto no cumple con ello, pues solo señala de manera genérica que el interventor tendrá las atribuciones necesarias para la seguridad pública previstas en el art. 145 de la Constitución del Estado de Río de Janeiro (esto incluye la requisa de los recursos financieros, tecnológicos, estructurales y humanos de Río de Janeiro). Como se sabe, las medidas en materia de seguridad pública tienen grandes posibilidades de afectar derechos fundamentales y ello requiere de un control riguroso. Además, no todas las 16 atribuciones señaladas por el art. 145 están relacionadas con el objetivo de la seguridad pública (como promulgar leyes o vetar proyectos de ley).

Tampoco la intervención hecha se muestra indispensable, porque existen otros medios ordinarios adecuados para enfrentar la crisis de la seguridad pública (como las maniobras usuales de las Fuerzas Armadas dentro del Estado) y porque no ha habido un episodio específico que justificase la urgencia. Por ello, la medida se muestra desproporcionada. Más parece esta una jugada política encaminada a ganar votos en un año de elecciones.

En Perú el doctor Gilmer Alarcón Requejo[13] nos cuenta habla de las anomalías sucedidas en el caso "Diarios Chicha". En este se acusó al Presidente haber ordenado

[13] Ponencia Estado de excepción y prensa escrita. El caso "Diarios Chicha".

entre los años 1998 y 2000 el desvío de fondos militares por un monto de 122 millones de nuevos soles bajo la denominación de "gastos reservados", los mismos que fueron utilizados en la compra de líneas editoriales y titulares de los denominados "Diarios Chicha", para calumniar a sus opositores políticos y favorecer su campaña de reelección presidencial del año 2000. Todo esto fue negado por Alberto Fujimori. Aun así, la Sala Penal Liquidadora lo condenó a ocho años de prisión por delito de peculado doloso, con inhabilitación de tres años y al pago de indemnizaciones.

Como era de esperarse, esta decisión tuvo eco en la opinión pública, la cual revela una inquietante disonancia entre el porcentaje de los que aprueban la justicia de dicha sentencia (48%) y quienes consideran que Fujimori estaba al tanto de todo lo que se hacía para lograr su tercer mandato (60%). Queda entonces en evidencia cómo la sociedad valora la democracia y cómo persiste la idea de que en medio de una crisis es válido anular las garantías del proceso democrático y conculcar derechos fundamentales.

Después de detallar la argumentación de la Sala Penal Liquidadora, Alarcón considera que los argumentos de "Estado autoritario" estuvieron implícitos en esa sentencia que lo halló culpable, si bien no se hizo explícita la expresión. Esta expresión fue usada por Linz en los años 1960, a propósito de las reformas del régimen franquista[14], que se diferenciaba del "Estado totalitario" y del "Estado democrático".

Como se sabe, el régimen de Fujimori surge en un marco de grave crisis en el país, colapso económico y violencia política interna. Las características de su régimen encajarían en el concepto de "Estado autoritario competitivo" (de Levitsky): un régimen que transitó entre las reglas formales básicas de las instituciones democráticas y las acciones estratégicas abiertas y veladas del autoritarismo

[14] Ejemplo de estas reformas fue la derogación de la Ley de Prensa de 1938 que incluía la censura previa, y la instauración de una nueva ley de prensa en 1966 que sustituía el control preventivo, por la responsabilidad ulterior.

absoluto. En estos regímenes se violan derechos y el proceso democrático con frecuencia y muchas veces están tentados al fraude. Este régimen, que no es "autoritarismo absoluto" ni "democracia pura", permite la operación de medios independientes opositores. «En Perú, por ejemplo, periódicos independientes como La República y El Comercio, y revistas de publicación semanal Sí y Caretas, operaron libremente durante toda la década del noventa» (Levitsky y Way). Para ser más precisos habría que decir que hubo medios de prensa que resistieron legal y éticamente el acoso gubernamental.

Otra señal de que el régimen de Fujimori era un "Estado autoritario" fue su constante recurso al Estado de excepción. Bien señala Agamben (2003) que aquellos Estados sometidos a un Estado de excepción permanente se configuran como "Estados autoritarios". Mientras que en la época del franquismo se combinó democracia orgánica con Estado de excepción, con el Fujimorismo, se habló abiertamente de democracia protegida por el Estado de excepción, una especie de necesidad natural e histórica que se imponía sobre la libertad y el autogobierno de los ciudadanos. Los defensores del régimen de Fujimori, para restarle fuelle a la condena, han pretendido justificar la conducta del condenado en las circunstancias de necesidad histórica y en las razones de supervivencia del Estado. Los detractores en cambio señalan que los gobiernos autoritarios suelen recurrir a la "razón de Estado"[15]para perpetuarse en el poder, que fue justamente lo que pasó con Fujimori.

Sin embargo, lo decidido por la Sala Penal Permanente, desarticuló totalmente lo que la Sala Penal Liquidadora dejó implícito sobre el "Estado autoritario". En el plano probatorio, el análisis de los hechos se centró en la valoración del video N° 1792; la Sala que absuelve concluyó que las declaraciones contenidas en dicho medio de prueba no fueron debidamente valoradas por la sala que condenó al expresidente,

[15] Según Arendt —en cita hecha por el ponente—, «justa o injustamente, la raison d´Etat se basa en una necesidad, y los delitos estatales cometidos en nombre de aquella... son considerados como medidas de emergencia, como concesiones hechas a los imperativos de la Realpolitik, a fin de conservar el poder y, de este modo asegurar la continuidad del ordenamiento legal existente, globalmente considerado».

por lo que anula la sentencia. Es decir, como no hay certeza del conocimiento de Alberto Fujimori sobre las actividades realizadas en el SIN para lograr su tercer mandato presidencial y perpetuarse en el poder, la Sala aplicó el principio del in dubio pro reo a su favor, y dictó su absolución.

VI. Consideración final

Los ponentes de esta jornada han dejado claro cómo se ha abusado de la figura del Estado de excepción, del derecho emergencial y de las situaciones excepcionales bajo las que se expide normativa excepcional. Sin embargo, nadie ha tachado de plano que puedan existir situaciones o casos tan excepcionales (como una guerra o una portentosa calamidad) que verdaderamente ameriten la intervención de una autoridad con sumos poderes para afrontar el mal.

Según entendemos, la cuestión de fondo a resolver no es si estas figuras excepcionales deben desaparecer, sino cómo hacer para controlar los abusos verificados en el pasado. Ya se ha dado un paso adelante identificando el problema. Nos resta ahora analizar cómo solucionarlo.

i-Latina 1 (2019): 1-27
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.20

Relatoría "Activismo judicial y judicialización de la política"

ISABEL LIFANTE-VIDAL
Universidad de Alicante
isabel.lifante@ua.es

RESUMEN

La relatora sintetiza las veinte ponencias presentadas respecto del tema, agrupándolas en cinco ejes temáticos: delimitación conceptual del activismo judicial, explicación del fenómeno, valoración de la judicialización política, análisis de nuevos fenómenos vinculados, y ejemplos propuestos; finalmente, se proponen problemas para el debate en la asamblea

PALABRAS CLAVE: activismo judicial, judicialización política, constitucionalismo, democracia, tribunales constitucionales, Latinoamérica.

ABSTRACT

The rapporteur synthetizes the twenty presented papers on the topic, grouping them in five main themes: conceptual delimitation of judicial activism, explanation of the phenomenon, politic judicialization assessment, analysis about new related phenomena, and some proposed examples; finally, presents some problems for the debate in the assembly.

KEYWORDS: judicial activism, politic judicialization, constitutionalism, democracy, constitutional courts, Latin America.

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

1. PRESENTACIÓN GENERAL DE LAS PONENCIAS

A esta relatoría dedicada al activismo judicial y a la judicialización de la política se presentaron inicialmente un total de 24 ponencias, aunque de ellas finalmente solo 20 fueron aceptadas e inscritas[1] (6 de ellas con dos firmantes). Por lo que respecta al sexo de los autores, nos encontramos con una paridad casi absoluta: 14 mujeres y 12 hombres. Merece la pena remarcar que todas las ponencias provienen de países americanos (aunque una de ellas puede verse al menos en parte como "europea", pues su autor –ecuatoriano instalado en Chile- ha trabajado en España hasta hace solo unos meses). A partir de este dato podríamos derivar una primera hipótesis: el mayor interés que despierta este tema en el ámbito latinoamericano frente al europeo. De estas 20 ponencias, 12 son brasileñas, 4 argentinas, 1 colombiana, 1 peruana, 1 mexicana y 1 chilena (o chilena-ecuatoriana-española).

La abrumadora mayoría de ponencias brasileñas podría considerarse como un dato significativo de la mayor preocupación por este tema en este país, si no fuera porque el porcentaje de ponencias brasileñas en esta relatoría (el 60%) es sólo ligeramente superior al porcentaje de presencia brasileña en todo el congreso (que, si no me equivoco, ronda el 56%). Ahora bien, si el mero dato numérico no resulta aquí significativo, creo que sí puede serlo el hecho de que la práctica totalidad de las ponencias de origen brasileño (a diferencia de la gran mayoría del resto de ponencias) abordan el tema no desde una perspectiva general (en qué consiste el activismo o la judicialización; qué problemas plantean; cuándo puede justificarse...), sino que se centran en una descripción de la situación actual del país que –con valoraciones muy distintas- es considerada por todos como de enorme judicialización política.

[1] El listado completo de las ponencias se recoge como Anexo al final de esta relatoría. Sus textos completos están accesibles tanto en la página web del congreso (https://www.conpedi.org.br/eventos/ilatina/), como en la publicación *on line* disponible en: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/kshuec3y

2. TEMAS ABORDADOS

2.1. Algunas observaciones previas sobre el ámbito de la relatoría

El tema de este grupo de trabajo era –al menos aparentemente- doble: "activismo judicial" y "judicialización de la política". Por lo que, a la hora de presentar los núcleos temáticos tratados por las ponencias, debemos comenzar planteándonos si ambas expresiones son sinónimas y, si no lo son, cuáles son las diferencias entre ambos fenómenos.

Pues bien, aunque algunas ponencias tratan a estas dos expresiones –al menos implícitamente- como sinónimas, la mayoría presupone que nos encontramos ante dos fenómenos distintos, aunque estrechamente conectados entre sí. Ahora bien, los usos lingüísticos adoptados están en gran medida condicionados por la cultura jurídica de la que parten los autores, de modo que no todas las ponencias que distinguen ambos conceptos trazan la distinción de manera homogénea. En mi opinión, el modo más claro –y neutral- de abordar la diferencia entre el significado de estas dos expresiones lo encontramos en el objeto del que se predica cada una de ellas: De un lado, la "**judicialización política**" sería una característica (graduable) de nuestras prácticas jurídicas en su conjunto consistente en que en ellas los jueces tienen que decidir cuestiones que, en principio, deberían ser tratadas en el ámbito político (sería una manifestación del fenómeno más amplio de judicialización general que afecta a nuestros Estados de Derecho constitucionalizados). De otro lado, el "**activismo**" sería una característica que predicamos del comportamiento de algunos jueces o de algunas de sus decisiones y que hacemos depender del grado de vinculación que reconocen a los materiales autoritativos del Derecho, de los criterios interpretativos que adoptan o del respeto que muestran a la distribución competencial establecida en el Derecho. Se trata de una calificación de la conducta judicial que normalmente incorpora una valoración (como veremos, en algunos casos positiva y en otros, negativa) de la corrección de la misma.

Esta manera de entender la diferencia en el significado de estas dos expresiones no prejuzgaría las relaciones que puedan existir entre los fenómenos a los que las mismas aluden, ni tampoco la valoración que se realiza sobre ellos. En principio, podría considerarse o bien que se trata de fenómenos independientes (una decisión judicial activista podría darse tanto en el seno de un sistema poco o muy judicializado); o bien que se trata de fenómenos interdependientes, ya sea que la judicialización política se considere el caldo de cultivo apropiado para que prosperen comportamientos activistas por parte de los jueces; ya sea que se considere que es el activismo judicial el que genera la judicialización de la política. Sin embargo, hemos de ser conscientes de que "**el tema**" a discutir en este bloque temático (y sobre el que directa o indirectamente versan todas las ponencias presentadas) es en realidad único. Se trata (más allá de los rótulos que decidamos usar) de la reflexión sobre cuál sería el rol legítimo que ha de desempeñar el juez en el contexto de los sistemas jurídicos constitucionalizados, caracterizados por un creciente protagonismo de los jueces a los que se les encarga no solo la aplicación de las leyes, sino también el control de constitucionalidad de las mismas, y la tutela de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones.

Como hemos señalado, la expresión "activismo judicial" suele llevar implícita una valoración de la actuación judicial en términos de adecuación o no al correcto desempeño de sus deberes. El problema que nos encontramos es que esta carga emotiva no es siempre del mismo signo, generándose una ambigüedad en el uso del término. Para algunos autores (casi exclusivamente del ámbito latinoamericano), el activismo sería la superación de los defectos del formalismo y, por tanto, el término conllevaría una valoración positiva: la conducta activista sería la exigida a los jueces en el nuevo paradigma jurídico vinculado a la constitucionalización de nuestros Derechos. Sin embargo, creo que el uso más extendido de la expresión "activismo judicial" (al menos, el uso que en el ámbito de la cultura jurídica europea resulta prácticamente unánime) haría referencia a una conducta inadecuada (ilegítima) por parte de los jueces. Desde este punto de vista, formalismo y activismo serían los dos extremos a evitar, dos patologías que pueden afectar a la actividad judicial. Así, por

ejemplo, Atienza[2] señala que el juez formalista sería el que atiende únicamente al texto de la ley y no toma en cuenta las razones subyacentes a las normas, de manera que se olvida de los fines y valores que caracterizan la práctica jurídica. En el otro extremo, el juez activista sería el que no tiene en cuenta los límites del Derecho, actuando como si no se tratara de una práctica autoritativa y como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, de modo que también pone en riesgo valores esenciales del Estado de Derecho constitucional que no son puramente formales, dado que son condición para que puedan darse los valores materiales. Para Atienza[3] ambas conductas serían condenables y ambas implicarían una vulneración de las disposiciones del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial aprobado en Lisboa en 2006: el activismo porque atentaría contra la independencia judicial, que supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas en sus decisiones: "El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo" (artículo 2); y el formalismo porque atentaría contra la idea de que el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan (artículo 40).

De modo que hay que ser conscientes de que la expresión "activismo judicial" es ambigua, y conlleva (en sus dos significados) una enorme carga emotiva, lo que en ocasiones hace especialmente difícil delimitar con precisión los términos de los desacuerdos a los que nos enfrentamos.

2.2. Los núcleos temáticos de las ponencias presentadas

Pues bien, hechas estas aclaraciones sobre los significados de las expresiones que dan título a nuestra sesión, podemos pasar ahora a presentar los principales núcleos temáticos abordados por las diversas ponencias de las que esta relatoría se ocupa.

[2] ATIENZA, Manuel: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 141-142.
[3] ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 51.

En primer lugar, y como era de esperar, son numerosas las ponencias que se plantean la cuestión de la **delimitación conceptual del "activismo judicial"**, mostrando la disparidad de usos de esta expresión y la carga emotiva a ella asociada [GONZÁLEZ DE LA VEGA y PIÑA]; analizando o estipulando significados [ROLIM, DE ASSIS, SOSA SACIO, SARAVIA CABALLERO, SOBRAL]; o también planteándose los límites de la actuación judicial legítima, es decir, "no activista" en su sentido peyorativo [LOZADA, UCÍN]. Conviene hacer notar que la mayoría de las ponencias limitan sus análisis –explícita o implícitamente- a las actuaciones de los tribunales constitucionales o superiores.

El segundo núcleo temático es el de aquellas ponencias que se ocupan de **explicar el fenómeno de la judicialización política**. Algunas ponencias destacan aquí el papel que ha desempeñado en este proceso "judicializador" la constitucionalización de nuestros Derechos, la aparición de los tribunales constitucionales o la proliferación de tratados internacionales protectores de derechos humanos. Se trataría, por tanto, de explicaciones a partir de análisis fundamentalmente jurídicos; estas aproximaciones suelen ser contextuales, atentas a las peculiaridades socio-jurídicas de los diferentes países analizados [SOBRAL, DE ASSIS, PETUBA]. Otras ponencias tratan de ofrecer una explicación al fenómeno de la creciente judicialización política atendiendo, sin embargo, a factores extrajurídicos. Encontramos así explicaciones en clave económica [TRONCOSO MUÑOZ], iusfilosófica [CAVALLAZI y DE ASSIS] e incluso antropológica y psicoanalítica [AGRA]. Por último, alguna ponencia se ocupa simplemente de poner de manifiesto las relaciones de poder existentes en cualquier régimen político [POMPEU y SILVA].

El tercer gran núcleo temático sería el de la **valoración de ese proceso de creciente judicialización política** de nuestros Derechos. En este sentido, numerosas ponencias analizan los problemas que plantea este fenómeno a la democracia, a las relaciones entre los distintos poderes, a los propios ideales del Estado de Derecho o

incluso al crédito reputacional de los jueces [MOREIRA Y COLETTO, PETUBA, CAVALAZZI y DE ASSIS, DE MATTOS]. Pero también encontramos análisis de las ventajas que este fenómeno puede traer consigo en términos de garantías de los derechos fundamentales frente a las acciones y omisiones de los otros poderes públicos, de consecución de los valores consagrados en la Constitución o incluso de preservación de las propias instituciones democráticas y de su legitimación [PETUBA de nuevo, SOSA SACIO, DE ASSIS, SOBRAL, SARAVIA CABALLERO].

Un cuarto núcleo temático sería el de aquellas ponencias que se ocupan de analizar (y evaluar) el surgimiento de algunos nuevos y peculiares **fenómenos vinculados** a este escenario de ampliación de los roles del juez. Encontramos así ponencias dedicadas a las declaraciones de estados de cosas inconstitucionales en los litigios estructurales [SARAVIA CABALLERO], a los diálogos interinstitucionales [RODRÍGUES y GOULART], o a las manifestaciones judiciales extraprocesales [BUSTAMANTE].

Y, en quinto y último lugar, hay un grupo de ponencias que se ocupan de analizar **ejemplos concretos** de judicialización de determinadas políticas y/o de activismo judicial. Encontramos así análisis de la judicialización de la política de medicamentos en el caso brasileño [RODRÍGUES y GOULART]; del auto de prisión de Lula [SOBRAL, DE MATTOS]; de la política criminal en materia de aborto, también en Brasil [MOTA y MOTA]; de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales o culturales [ROBLES GARZA]; o de una decisión de la Corte Suprema de Justicia Argentina de 1992 (caso Ekmedijan c. Sofovich) en la que se otorgó primacía a los tratados internacionales sobre la ley en el orden jurídico interno [CARNOTA].

3. UNA SELECCIÓN DE APORTES

Dado que hemos tenido ocasión de discutir en los grupos de trabajo las ponencias, no pretendo aquí dar cuenta de manera exhaustiva de todas las tesis en

ellas sostenidas; lo cual sería imposible debido a la variedad de temas, la disparidad de enfoques (metodológicos, conceptuales o ideológicos) y a la riqueza de detalles expuestos. Por el contrario, me centraré en las aportaciones que considero más interesantes, por novedosas o problemáticas, y sobre las cuales me parece que merece la pena centrar la discusión en esta sesión plenaria; dejaré de lado, por tanto, los análisis de casos concretos, cuya discusión difícilmente podría llevarse a cabo en este foro. Pido disculpas de antemano por las lagunas o incomprensiones en que pueda haber incurrido respecto a las tesis sostenidas por los ponentes.

Agruparé las aportaciones siguiendo sólo hasta cierto punto los núcleos temáticos identificados en el apartado anterior.

3.1. La explicación del fenómeno histórico de judicialización de la política

El mayor protagonismo que tienen los jueces en nuestros sistemas jurídicos constitucionalizados es un hecho incontestable. Este mayor protagonismo les lleva a tener que tomar decisiones en áreas tradicionalmente reservadas a los poderes políticos. Muchas de las ponencias se ocupan de explicar este fenómeno histórico de judicialización de la política, atendiendo para ello a factores de distinto tipo.

Así, para TRONCOSO MUÑOZ la explicación se encuentra en que la discusión política en los tribunales de justicia resulta funcional para la gobernabilidad neoliberal, pues conseguiría que el Derecho (un Derecho deberíamos añadir al servicio de los poderes económicos) desplace a la política como principio ordenador de las relaciones de poder. Esto se conseguiría a través de la consolidación del Derecho Internacional Público y en particular por la expansión del nuevo paradigma de los derechos humanos (judicializados a través tanto de tribunales nacionales como internacionales). Pese a la aparente paradoja que esto pudiera sugerir, la autora explora los límites de la actividad de la CIDH para modificar las relaciones de poder en las sociedades actuales, estos límites se conectan con la forma en que se conceptualizan los derechos: “si sólo el Estado puede violar derechos, sólo a él

deberá exigírsele la realización de éstos, su reconocimiento, resguardo o reparación". En ningún caso se aceptan responsabilidades de agentes privados o empresas transnacionales, que en muchas ocasiones serían los principales conculcadores de estos derechos. Es más, TRONCOSO MUÑOZ señala que por las violaciones de estas empresas acaba respondiendo el Estado ante la CIDH; mientras que ellas –no sometidas al imperio de esta Corte- pueden demandar al Estado ante arbitrajes internacionales.

También AGRA hace referencia al abandono de la función política por parte de las instituciones democráticas en favor de los jueces, pero para esta autora la causas que explican este fenómeno se encuentran en la infantilización de la sociedad[4]: el padre estaría perdiendo la función primordial de formación del superego del sujeto (de sus identificaciones y valores), de modo que la construcción de la conciencia individual pasaría a ser ejercida por un poder despersonalizado: el poder judicial. Para llevar a cabo este análisis, la autora asume –de manera acrítica- la posibilidad de extrapolar las aportaciones del psicoanálisis a los sujetos colectivos.

En relación con la situación brasileña, DE ASSIS explica el proceso de judicialización política que se habría iniciado tras la aprobación de la Constitución Federal de 1988 a partir de tres causas fundamentales: (1) la redemocratización del país, que habría contribuido a que un mayor número de ciudadanos acudiera a buscar sus derechos ante los jueces, y que habría posibilitado una nueva generación de magistrados no comprometidos con el orden autoritario preconstitucional; (2) una constitución omnicomprensiva que incorpora materias políticas, sociales, culturales y económicas, permitiendo que puedan ser cuestionadas "*jurídicamente*"; y (3) la adopción de un sistema mixto de control de constitucionalidad, que permitiría tanto un control incidental como un control concentrado. En este periodo de redemocratización se depositaron grandes expectativas en los jueces como

[4] Siguiendo en este punto muy de cerca el análisis de MAUS, Ingeborg: "Judiciário como superego da sociedade – O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'" en *Revista Novos Estudos*, 2000, pp. 183-202.

guardianes de las promesas de implementación de las políticas públicas que el Estado social no cumpliera (especialmente en una época de reformas neoliberales que implicaron una retracción del Estado). Un planteamiento muy similar es el realizado por PETUBA, quien se muestra sin embargo algo más crítica con los aspectos negativos que sobre la gobernabilidad conlleva la combinación de los sistemas de control de constitucionalidad concentrado y difuso.

Por último, para CAVALLAZI y DE ASSIS, un factor explicativo de la creciente judicialización política de la situación brasileña se encuentra en una (mala) comprensión generalizada por el sentido común de los juristas del postulado de pureza metodológica kelseniana. La creencia en la "pureza" del poder judicial, traducida en una supuesta tecnicidad y neutralidad de sus actores, habría ampliado la confianza depositada en la judicatura para la cruzada contra la corrupción, que pasa a ser considerada como un valor absoluto a perseguir por los operadores jurídicos, convirtiéndose en una nueva panacea iusnaturalista. De modo que –para las autoras de la ponencia- estos jueces de mentalidad iusnaturalista legitimarían su actuación en el imaginario positivista cientificista, que se convertiría en un factor ideológico (mitificador).

3.2. La valoración de la judicialización política

Estas nuevas funciones asumidas por la judicatura son valoradas de muy distintas maneras por nuestros ponentes. Pocos se atreven a ofrecer un juicio global positivo o negativo de esta situación, sino que más bien se limitan a señalar algunas ventajas y/o a advertir de los riesgos o problemas que la misma plantea.

SARAVIA CABALLERO presenta, siguiendo en este punto a Uprimny[5], una clasificación de las críticas que pueden realizarse al desempeño de roles políticos por parte de los tribunales constitucionales en las siguientes tres categorías:

[5] UPRIMNY YEPES, Rodrigo: "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, 2007, pp. 53-69.

"antitécnicas" (los jueces deciden malas políticas económicas al no tener en cuenta las restricciones económicas), "antidemocráticas" (falta de representación popular de los jueces) y "perjudiciales" para los derechos sociales (desgaste de las movilizaciones sociales para el ciudadano y sobrecarga de la justicia). Pero advierte que estas críticas no deben convertirse en excusa para desconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos, que son el fundamento de la democracia sustancial y de la independencia del poder judicial. La Corte Constitucional se halla sometida al imperio de la Constitución (y no solo de la Ley). En este sentido, esta autora valora positivamente la actuación progresista de la Corte Constitucional colombiana; por ejemplo, en su actuación en protección de los derechos de los desplazados forzados utilizando para ello la figura del *estado de cosas inconstitucional*, que habría sido desarrollada al amparo de la idea de los litigios estructurales. El objeto de un litigio de reforma estructural pretendería remover del ordenamiento jurídico una práctica inconstitucional que es producto de acciones u omisiones de diversos agentes estatales y que viola múltiples derechos de forma continua. El litigio estructural se caracterizaría entonces por tener una multiplicidad de actores (que desbordan la configuración privada estricta de demandante y demandado); por el carácter "*estructural*" de la conculcación de derechos; y por la exigencia de diseñar un remedio que debe ser sometido a planificación e implementación de largo alcance, todo ello permeado por la necesidad de respeto de la división de poderes. SARAVIA CABALLERO considera finalmente que, aunque muchos grupos empresariales y el gobierno tildan esta jurisprudencia de la Corte Constitucional como populista e irresponsable (por desestabilizar la economía e intentar limitar las funciones gubernamentales), la Corte Constitucional colombiana a través de esta figura del litigio estructural habría conseguido generar optimismo y esperanza en la situación de millones de personas dentro del país, lo que es considerado como un elemento decisivo para cualquier cambio social.

Por su parte SOSA SACIO señala que la asunción de roles políticos por los tribunales constitucionales suele ser atacada, por un lado, desde posturas como la

de Waldron[6] (a la que califica como constitucionalismo débil), por la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, que serían una manifestación del elitismo judicial poco respetuosa con el principio de igual valor y respeto de las personas; y, por otro lado, desde un constitucionalismo principialista como el de Atienza[7] por el riesgo de subestimar o transgredir los componentes autoritativos del Derecho ("el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes"), incurriendo en formas de autoritarismo o arbitrariedad judicial. Ahora bien, SOSA SACIO llama la atención sobre el hecho de que estos órganos no sólo han de desempeñar una función jurisdiccional (la del control normativo de constitucionalidad), sino que son también concebidos como poderes mediadores, encargados de apaciguar las controversias más peliagudas de una comunidad política, e incluso de unir lo disperso en el marco de los valores constitucionales (en este sentido señala que no es raro oír hablar de patriotismo constitucional, de la unidad en la Constitución o de la integración constitucional). De este modo, considera que si bien el activismo judicial podría ser criticado desde las teorías de la argumentación y de la interpretación jurídica (a partir de los criterios de corrección que las mismas establecen), sin embargo, si tomamos también en consideración aspectos relacionados con la teoría de la democracia, entonces en la evaluación de su actuación deberíamos incorporar estas funciones políticas que desempeñarían las Cortes Constitucionales (que en opinión de SOSA SACIO serían a las que apuntaría Alexy con su idea de representación argumentativa[8]). Los tribunales constitucionales no son solo un freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos, sino que se encargan además de hacer cumplir la Constitución frente a las omisiones o la desidia del Estado. Dado que estas funciones pueden propiciar ciertos excesos (a los que apuntan las críticas mencionadas), este autor considera importante explorar algunos mecanismos de legitimación democrática –desde una concepción deliberativa de la misma- que pueden utilizar estos tribunales en su

[6] WALDRON, Jeremy: *Derecho y desacuerdo*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
[7] ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, op. cit.
[8] ALEXY, Robert: "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", en J.L. Fabra Zamora y L. García Jaramillo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, IIJ-UNAM, México, 2015.

actuación. En primer lugar, los tribunales constitucionales pueden cumplir un rol de *agenda setting*, en la medida en que tienen la capacidad de posicionar o fijar asuntos en la agenda pública y política y ello aunque no tengan la última palabra sobre estos temas (piénsese en la emisión de sentencias de carácter estructural en temas como por ejemplo las condiciones carcelarias). En segundo lugar, estos tribunales se hallan en posición de exigir la existencia de diálogo real o deliberación pública o institucional, tanto en el interior de los órganos deliberativos correspondientes, como en el ámbito de las consultas de las medidas a adoptar con las personas afectadas (a través, por ejemplo, del reconocimiento al derecho a la consulta previa a determinados pueblos originarios de la región). En tercer lugar, la posible inclusión en el proceso encaminado a la toma de decisiones, tanto de los actores directamente involucrados o afectados por el problema, como también de técnicos que pueden ofrecer sus consideraciones especializadas para una mejor deliberación del caso, a través por ejemplo de convocatorias de audiencias públicas participativas, *amicus curiae*, etc. Y, en cuarto y último lugar, SOSA SACIO hace referencia a la publicidad de las audiencias o deliberaciones de estos tribunales (sobre todo en países latinoamericanos) que permitirían conocer directamente los argumentos que brindan las partes en los litigios constitucionales, las preguntas o consideraciones que plantean los jueces, e incluso sus posiciones.

En un sentido muy parecido, encontramos la valoración de DE ASSIS, quien señala que en un país de democratización reciente y con un control de constitucionalidad integral como es el caso de Brasil, el fortalecimiento del poder judicial pasa a ser visto como una forma de garantizar la legitimidad democrática. Pese a ello, es consciente de que para algunos autores esta creciente judicialización también puede verse en sentido contrario como una amenaza a la democracia. Para tomar partido en este debate, considera necesario que se plantee la cuestión de cuáles serían los diseños institucionales adecuados y, sobre todo, la necesidad de una nueva comprensión de la separación de poderes, por medio de una nueva dinámica, a la que podría llamarse “colaboración de poderes” (diálogos institucionales, etc.). También SOBRAL considera que, más allá de las críticas que

podrían hacerse a los excesos judiciales, hay que darse cuenta de que "un Poder Judicial fuerte e independiente se constituye en importante instrumento de preservación de instituciones democráticas y de derechos fundamentales".

Aunque, como hemos visto, es usual considerar como uno de los problemas de la judicialización política la falta de legitimación democrática de los jueces, PETUBA señala –en sentido contrario- que el principal argumento que puede darse en defensa del protagonismo político de los jueces sería el hecho de que los mismos son reclutados mediante concurso público, y que tal procedimiento conferiría un papel democratizador mayor que el proceso de selección para los integrantes del Congreso; un proceso, este último, que depende en gran medida de la elevada inversión financiera y de la influencia de actores políticos y económicos. En este sentido, se suele señalar también como ventaja para el desarrollo de la actividad judicial el carácter vitalicio de los integrantes de la carrera judicial que haría que los mismos no estuvieran sujetos a política electoral o tentaciones populistas. Esta sería -señala la autora- la opinión de Barroso[9], para quien los jueces serían capaces de representar mejor –o con más independencia- la voluntad de la sociedad.

Por su parte, RODRIGUES y GOULART llevan a cabo una valoración circunscrita a un caso concreto, en particular, el de la judicialización de la política de medicamentos en Brasil. En su opinión, la judicialización en este ámbito (que supuso el reconocimiento individual del derecho de acceso a ciertos medicamentos, o la prohibición de distribución de otros), aunque provocó ciertos problemas de coordinación, acabó propiciando la generación de diálogos institucionales provechosos para la combinación de esfuerzos de las instituciones implicadas. Destacan en este sentido la creación del Foro Nacional de la Salud, así como el desarrollo de ciertas acciones, tales como la creación del Banco de Precios de la Salud (herramienta *on line* para licitar los medicamentos); la plataforma *e-natjus* (de

[9] BARROSO, Luís Roberto: "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasilia, n. 05, 2015, pp. 24-50.

asistencia técnica para orientar a los juzgadores) o la Cámara de Resolución de Litigios en Río de Janeiro.

La última valoración de la judicialización política a la que voy a hacer referencia en este apartado es la de MOREIRA y COLETTO, quienes defienden una concepción garantista del Derecho al estilo de la de Ferrajoli[10], una concepción que rechazaría las tesis básicas del principialismo (de Dworkin o Alexy), que condensan en las siguientes: 1) conexión Derecho/Moral; 2) distinción cualitativa entre principios y reglas; y 3) centralidad de la ponderación en la práctica jurisdiccional. Este principialismo implicaría la vuelta a la cultura jurídica premoderna, pues el desarrollo del Derecho pasaría a depender de su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, lo que acabaría conduciendo inevitablemente al activismo judicial, diluyendo la separación de poderes. Estando de acuerdo con esta tesis de Ferrajoli, los autores se proponen sin embargo mostrar que su constitucionalismo garantista no produce el efecto esperado sino todo lo contrario: incrementaría el activismo judicial. "El garantismo es parte de la enfermedad identificada por el propio Ferrajoli, es parte de la cultura que desvincula al juez (especialmente al juez del "mundo latino") de cualquier parámetro formal, procedimental y autoritativo de decisión". Los autores sostendrían entonces –siguiendo a Aguiló[11]- que el constitucionalismo de Ferrajoli se torna imposible, dado que la noción de "esfera de lo indecidible" se vuelve insostenible. Mi pregunta a los ponentes sería entonces la siguiente: si rechazan el constitucionalismo garantista ferrajoliano, pero también el "principialista" al modo de Alexy, Dworkin o Atienza, ¿cuál sería en su opinión la concepción del Derecho adecuada para dar cuenta de nuestros sistemas jurídicos constitucionalizados?, ¿habría que seguir operando con el modelo de juez legalista, con sujeción exclusiva a la ley y desterrar por tanto su sujeción a la Constitución?

3.3. La delimitación conceptual del activismo judicial

[10] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
[11] AGUILÓ REGLA, Josep: "El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 55-72.

Como ya hemos señalado el "activismo judicial" es un rótulo que se utiliza en sentidos diversos. En este sentido, GONZÁLEZ DE LA VEGA y PIÑA llaman la atención sobre la necesidad de prudencia al momento de etiquetar doctrinas, decisiones jurídicas o pensamientos, advirtiendo del peligro de encorsetar ideas. Recuerdan que en la cultura jurídica contemporánea conviven enfrentadas dos concepciones radicalmente opuestas de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho. La primera previene contra el riesgo de un gobierno de los jueces, para ella el "activismo judicial" equivaldría a invasión por parte del juez de un espacio de legitimidad que no le corresponde. Para la segunda concepción, el juez sería el garante de los derechos fundamentales del ciudadano frente a cualquier clase de actuaciones de los poderes públicos; aquí "activismo judicial" no sería una expresión necesariamente peyorativa, sino que para las autoras de la ponencia este juicio peyorativo sólo aparecería cuando se invade el espacio de la pura discreción política, donde debe operar el criterio de oportunidad[12]. Cada una de estas posturas sería el producto de concepciones diferenciadas acerca no sólo de qué debe entenderse por "Estado de Derecho" o de cómo concebir la relación entre democracia y derechos, sino también de distintas concepciones sobre la interpretación y del propio concepto de norma.

Algunas otras ponencias, aunque conscientes de la falta de univocidad de la expresión, intentan elucidar –o al menos estipular- su significado. Destacaré algunas de estas aportaciones.

SARAVIA CABALLERO, aunque no ofrece una caracterización general del activismo judicial, sí presenta dos tipos de conducta activista (en particular, como clasificación del activismo judicial ejercido por la Corte Colombiana), caracterizándolas como sigue. El primer tipo, al que denomina "activismo ideológico"

[12] En este punto las autoras de la ponencia siguen a BAYÓN, Juan Carlos: "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", en *Jueces para la democracia*, 27, 1996, pp. 41-49.

se daría cuando la existencia de un derecho es discutida y el juez busca conferir derechos específicos, ya sea innovando y reconociendo derechos nunca antes conferidos, o garantizando derechos protegidos, pero amenazados por fuerzas políticas. El segundo tipo, al que denomina "activismo remedial" se daría cuando el reconocimiento del derecho no se discute, pero su aplicación se exige por decisiones judiciales que son criticadas por considerar que invaden competencias de otros poderes.

Para SOSA SACIO los jueces activistas serían los que en términos generales tienden a: 1) dictar decisiones obligatorias-directivas; 2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso atribuirse nuevas); 3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; 4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y 5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional. El activismo se manifestaría frente a casos complejos que pueden serlo por diversos motivos: casos difíciles o trágicos (que requieran evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); casos en los que el Derecho positivo resulta insuficiente para decidir; casos que requieran una respuesta más allá del litigio individual, requiriendo sentencias de carácter estructural; o casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (políticas, económicas...) del fallo.

Por su parte, SOBRAL señala -siguiendo en este punto a Sowell[13]- que hay al menos siete factores que suelen ser asociados al activismo y a la autorrestricción judiciales, de modo que un juez sería considerado activista o no en la medida en que se aleje o aproxime: 1) a la opinión pública dominante; 2) al legislador que representa la actual mayoría popular; 3) las leyes aprobadas por el legislador actual o del pasado; 4) a los actos del ejecutivo actual o de las agencias administrativas; 5) al significado de las palabras contenidas en la Constitución; 6) a los principios o propósitos de los que escribieron la Constitución; o 7) a los precedentes establecidos por

[13] SOWELL, Thomas: *Judicial Activism Reconsidered*, Stanford University, Stanford, 1989.

interpretaciones judiciales con base en la Constitución. Para este autor, el núcleo del activismo judicial se encontraría en el modo en que el juez impone sus propias preferencias personales en sus decisiones.

Por último, LOZADA ofrece la siguiente estipulación conceptual: "el activismo judicial es un comportamiento jurisdiccional desviado que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: (i) son idóneas para *realizar* valores constitucionales sustantivos (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de (ii) interferir injustificadamente en una línea de actuación, actual o potencial, reservada *prima facie* a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales *formales* (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes)." El activismo es, por tanto, considerado injustificado por definición. LOZADA defiende esta estipulación porque considera que con ella se conjuraría el "prejuicio neoconstitucionalista" que induce a presuponer el carácter justificado de cualquier interferencia en la legislación o administración, eclipsando los valores formales.

3.4. Los límites de la actuación judicial legítima

La calificación de un comportamiento judicial como "activista" (en su sentido peyorativo: como conducta que transgrede los límites de la actuación judicial legítima) es una cuestión contextual, que depende en gran medida del tipo de juez de que se trate, de las circunstancias sociales donde opera y del tipo de sistema jurídico en el que se integra el juez (si tiene o no control difuso de constitucionalidad de las leyes, de cómo funciona el precedente en cuanto fuente de Derecho, de cómo funcionan los órganos públicos –no judiciales- en la protección de los derechos fundamentales, etc.).

Entre las ponencias encontramos algunas contribuciones que pretenden determinar precisamente cómo debería ser una actividad judicial para ser

considerada legítima, acudiendo para ello a las herramientas que ofrecen algunas teorías del Derecho y de la argumentación jurídica.

Así, por ejemplo, ROLIM analiza el papel que puede desempeñar el ideal regulativo de aplicación objetiva (desinteresada y desideologizada) del Derecho de autores como Dworkin. Aunque este autor es consciente de que dicho ideal por sí solo no puede dar una respuesta satisfactoria al problema de la correcta aplicación del Derecho, considera que tampoco se puede prescindir de él, pues el Derecho perdería su objetividad y por tanto previsibilidad. Al mismo tiempo, como representación utópica, este ideal -aunque rodeado de peligros- es capaz de abrir nuevas posibilidades a lo real. Acaba considerando que, pese a esos riesgos de dogmatismo y aislamiento jurídico, tal vez sea la mejor arma disponible contra el personalismo de los jueces (los mantiene bajo permanente vigilancia).

Para el ámbito particular de los derechos económicos, sociales y culturales, UCÍN se plantea en su ponencia la necesidad de desarrollar instrumentos adecuados para guiar y valorar la toma de decisiones judiciales respecto a las posibles vulneraciones de estos derechos. Señala que el hecho de que estos derechos (los DESC) por su contenido prestacional y su dimensión colectiva no cuadren perfectamente en los esquemas de judicialización creados para la reivindicación de los derechos individuales, no debe ser óbice para el desarrollo de los moldes procesales adecuados. En la mayoría de los casos, el contenido prestacional de los derechos sociales se encuentra indeterminado en el nivel constitucional y pendiente de la organización de los programas específicos que den contenido a las políticas públicas de tipo social. De modo que, para su efectiva vigencia, el Estado debe poner en marcha políticas públicas: planes de gobierno concretos, que respondan a una planificación específica de cómo se prevé resolver el problema social de su protección. En esto consiste, para UCÍN, el carácter *programático* de estos derechos, al que no considera equivalente a la falta de exigibilidad directa o ausencia de control jurisdiccional sobre su cumplimiento. Esta configuración de los DESC en el plano constitucional impondría una mayor prudencia a la hora de evaluar y

justificar su (in)cumplimiento. UCÍN parte aquí de la premisa de que, a mayor injerencia en cuestiones de índole política, mayor carga de la argumentación para los jueces; por ello considera de vital importancia la necesidad de desarrollar esquemas racionales que sujeten la decisión judicial.

Y es precisamente esta tarea la que se propone llevar a cabo LOZADA. Este autor pretende desarrollar un test que nos ayude a determinar cuándo nos encontramos ante una decisión judicial "activista", es decir, una decisión que viola una obligación de deferencia a favor del legislador o de las autoridades administrativas. Habrá casos fáciles: aquellos en los que se cuente con una regla autoritativa que prohíbe interferir, o bien con una que obliga a interferir; pero también casos difíciles, aquellos en los que no exista tal regla autoritativa, y en los cuales la calificación de una conducta como activista exigirá llevar a cabo una actividad argumentativa ponderativa que determine si el Derecho establece o no esta obligación de deferencia. Para desarrollar su propuesta, Lozada se apoya en las teorías de la argumentación de Mac Cormick, Alexy y Atienza. En el contexto de esta ponderación, que ha de ser sensible a las peculiaridades institucionales, LOZADA considera que los valores formales gozan de prioridad *prima facie* respecto de los sustantivos. Su análisis se centra en los casos en los que se trata de adjudicar derechos sociales. Aunque éstos suelen ser conceptualizados como aquellos cuyos correlatos consisten en derechos positivos a cargo del Estado, LOZADA recuerda que en realidad a todos los derechos les corresponde un haz de deberes tanto positivos como negativos. Lo anterior permite acotar el problema de la justiciabilidad de estos derechos: se trataría de determinar si está justificado que la jurisdicción adjudique una prestación, aunque ella no provenga de una regla explícitamente estatuida, sino de una regla argumentativamente adscripta por el hecho de estar anclada axiológica y directamente en un derecho fundamental. A partir de ahí distingue cuatro escenarios argumentativos donde se plantea el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales que son ordenados de menor a mayor grado de socavamiento de los principios formales en juego (dependiendo del tipo de normas aplicables que existan en el ordenamiento jurídico en cuestión):

(1) Adjudicación por mera subsunción: adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción. El ejemplo que nos ofrece es el siguiente: a una niña con SIDA se le prohíbe asistir a una escuela pública en un Estado que recoge en una regla autoritativa la obligación del Estado de brindar instrucción primaria gratuita.

(2) Adjudicación por ponderación: adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción que excluye de su ámbito de aplicación al caso concreto *sub judice*. Sería el caso de la denegación de una pensión de viudedad a una persona casada por el rito gitano en un sistema jurídico que establece dicha prestación para los casados por el fuero civil, pero que también reconoce el principio de igualdad.

(3) Adjudicación por adecuación restringida: adjudicar una prestación que, si bien no está dispuesta por una regla de acción ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, constituye un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin conexa con una directriz anclada en un derecho fundamental. Por ejemplo: una mujer inmigrante con un hijo discapacitado a su cargo disfruta de un subsidio social municipal durante el periodo previsto, al término del cual la regulación municipal no contempla ningún otro tipo de prestación.

(4) Adjudicación por adecuación ampliada: que se daría cuando ninguna regla prestacional aplicable al caso está dispuesta por una regla de acción, ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, ni constituye un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin. En estos casos la decisión judicial consistiría en "apremiar" el diseño de reglas de fin que conduzcan a la adopción de una regla prestacional con fundamento en una directriz anclada en un derecho fundamental. El ejemplo ofrecido es el siguiente: una persona vive en un asentamiento informal que no goza de los mínimos servicios (agua, cloacas...); ninguna autoridad tiene atribuido la competencia de alcanzar la máxima realización

posible del derecho a la vivienda en ese asentamiento, por lo que la decisión judicial debería aquí consistir en el establecimiento de órganos responsables, plazos perentorios, mecanismos obligatorios de deliberación pública, estándares mínimos de calidad prestacional, medidas de supervisión, etc.

Para terminar, haré mención al análisis que nos ofrece BUSTAMANTE de lo que considera una nueva –y en su opinión perversa- manifestación del activismo judicial, que implicaría traspasar los límites de la actuación judicial legítima (aunque el parámetro de legitimidad no estaría en el Derecho positivo, sino en las exigencias morales que deben regir la conducta profesional de los jueces). Este activismo judicial no se plasma en decisiones jurisdiccionales, sino en manifestaciones públicas de los jueces realizadas fuera de autos, y a las que BUSTAMANTE propone denominar "*obiter dicta* extraprocesales". Se trate de pronunciamientos públicos y oficiales, cuya relevancia es medida no en función de su contenido sino primordialmente de su origen. Para recibir tal calificación han de ser pronunciamientos realizados por un magistrado "en cuanto magistrado" aunque fuera de un proceso. Pero además de esta publicidad y oficialidad, han de ser relevantes y versar sobre un caso concreto, una cuestión jurídica que ha de ser decidida, capaz de producir efectos sistémicos relevantes o daños al orden jurídico. Para BUSTAMANTE estos pronunciamientos serían equiparables, desde una perspectiva pragmática, a los *obiter dicta* y los critica por ilegítimos y peligrosos. Son considerados pronunciamientos judiciales abusivos, pues van más allá de los usos legítimos de lo que puede hacer una autoridad judicial. Apela para ello a la noción de Hardimon[14] de "*role obligations*" u obligaciones derivadas de la función social de la magistratura, considerándolas como "exigencias morales" que se acoplan al papel institucional. Y esta ilegitimidad la encuentra en que estos pronunciamientos no provienen de una argumentación dialógica conducida por los principios de contradicción y debido proceso.

[14] HARDIMON, Michael: "Role obligations", en *The Journal of Philosophy*, v. 91, n. 7, 1994, pp. 333-363.

BUSTAMANTE analiza cuatro tipos de *obiter dicta* extraprocesales: (1) los "prejuzgadores", que serían aquellos que versan sobre materias que están en discusión en la sociedad y sobre las cuales la judicatura deberá pronunciarse; (2) los de "competición interna", que implicarían una forma de presión de un magistrado sobre otros con vistas a minar la autoridad de su decisión y a contribuir a su revisión; (3) los "corporativos", que serían los que buscan ofrecer, a una autoridad que se cuestiona, una especie de salvaguarda o respaldo, tratando de impedir la responsabilización de los agentes judiciales por sus actos en el ejercicio de su profesión (estos pronunciamientos no suelen realizarse de manera aislada, sino como mociones de desagravio o notas de apoyo de asociaciones profesionales de la judicatura); y, por último, (4) los "pseudo-científicos", que normalmente se producen en contextos que ordinariamente estarían cubiertos por la libertad académica y que reivindican una pretensión de verdad y no de autoridad; el peligro de estos pronunciamientos es grave pues permite que hipótesis científicas manifiestamente equivocadas sean tratadas como si fueran argumentos de autoridad, pudiendo generar efectos perversos (así, por ejemplo, Bustamante señala que la afirmación –errónea- por parte de un ministro de STF de que en Brasil se darían el 98% de todas las acciones laborales del mundo, habría sido considerada como un argumento confiable para la aprobación de una reforma laboral en 2017).

4. ALGUNOS PROBLEMAS A DISCUTIR

Los organizadores del Congreso nos pidieron que, en este último apartado, intentáramos provocar la discusión entre los asistentes al Congreso. Para ello nos proponían diversas estrategias que yo he agrupado en las siguientes: (1) destacar cuestiones problemáticas a ser debatidas, (2) identificar desafíos para la práctica académica y (3) destacar ausencias significativas.

En la selección de aportaciones que aquí he presentado he tenido en cuenta su posible contribución a la generación de debate; e incluso he ido señalando algunos

problemas que podían generar las tesis sostenidas. Los recapitularé ahora en forma de preguntas, añadiendo otras cuestiones polémicas que me parecen relevantes.

(1) ¿Es factible extrapolar los estudios provenientes del psicoanálisis al ámbito de la sociedad en su conjunto?

(2) ¿Es apropiado decir que los jueces –o incluso la argumentación judicial- *representan* a la sociedad?, ¿cuáles son los distintos sentidos de "representación" implicados en este debate?

(3) ¿Hay argumentos que hagan preferible reservar el término "activismo jurídico" para conductas que consideramos desviadas? ¿Debemos reservarlo para decisiones al servicio de valores constitucionales, o puede utilizarse también para decisiones al servicio de otros fines políticos distintos?

(4) ¿Debemos repensar la clásica división de poderes? Y, en ese caso ¿cómo podría –o debería- articularse ese nuevo sistema de relaciones entre poderes?

(5) ¿Sigue siendo el defecto fundamental de la cultura jurídica latina la propensión al formalismo, o ha sido desplazado por la propensión al activismo? ¿Tenemos datos fiables que nos permitan conocer las dimensiones de los comportamientos activistas y valorar su repercusión en el funcionamiento del sistema jurídico y en el sistema social?

(6) Dados los riesgos que sin duda conlleva la atribución de nuevas funciones a los jueces, ¿resulta preferible renunciar a las mismas y seguir operando con el paradigma de juez sometido exclusivamente al imperio de la ley?

(7) ¿Es realmente positivo para la calidad de la deliberación en el seno de los tribunales constitucionales el que se opte por la mayor publicidad de las sesiones?

(8) ¿Cómo debemos valorar, en términos de judicialización de la política, el que un sistema jurídico cuente con una jurisdicción especializada en materia electoral?

(9) Si el grado de deferencia debido por los jueces a los textos jurídicos autoritativos es "contextual", ¿cuáles serían las peculiaridades de esta deferencia debida en los países con una "institucionalidad en formación?

(10) ¿Es necesario afirmar la prevalencia –siquiera sea *prima facie*- de los valores formales sobre los sustantivos para criticar el activismo judicial? ¿No resulta paradójico afirmar esta primacía y al mismo tiempo sostener que los valores formales son instrumentos al servicio de los valores sustantivos?

ANEXO

RELACIÓN DE PONENCIAS "RELATADAS":

- **AGRA**, Ana Paula Bodin Gonçalves: "Judicialização da política e infantilização social".
- **BUSTAMANTE**, Thomas: "Pronunciamentos judiciais fora dos autos: uma nova reflexão sobre os *Obiter Dicta* exoprocessuais no Brasil".
- **CARNOTA**, Walter F.: "Cómo el activismo judicial corroe a la argumentación jurídica".
- **CAVALLAZZI**, Rosângela Lunardelli y **DE ASSIS**, Vivian Alves: "A normalização da 'pureza do poder' judiciário".
- **DE ASSIS**, Fábio José Silva: "Nos limites da democracia: o debate do ativismo judicial no Direito brasileiro".
- **DE MATTOS**, Karina Denari Gomes: "A reputação do Supremo Tribunal Federal e o hc 152.752/pr (prisão de Lula): estudo exploratório a partir da reação na mídia".
- **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, Cristina Estela y **PIÑA**, María del Carmen: "Activismo judicial, valores y posmodernidad".
- **LOZADA**, Alí: "Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista".
- **MOREIRA**, Pedro Silva y **COLETTO**, Bruno Irion: "O constitucionalismo garantista e o problema do ativismo judicial".
- **MOTA**, Maria Nazareth Vasquez y **MOTA**, Guillerme Gustavo Vasquez: "Um olhar genealógico da produção do ativismo judicial na política criminal: o *habeas corpus* n. 124 / RJ no STF".
- **PETUBA**, Claudia Aniceto Caetano: "Ativismo judicial, judicialização da política e politização do judiciário".
- **POMPEU**, Julio Cesar y **SILVA**, Rayla Mariana Figuereido: "Relações governamentais e a manifestação do fenômeno de poder como elemento comum aos regimes políticos".

- **ROBLES GARZA**, Magda Yadira: "La actividad judicial y los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales: las sentencias de la CIDH".
- **RODRIGUES**, Fabiana Gomes **y GOULART**, Nelson Luiz Mota: "Judicialização da política de medicamentos e o diálogo interinstitucional".
- **ROLIM**, Luciano Sampaio Gomes: "Aplicação objetiva do direito: ¿ideia reguladora ou utopia? "
- **SARAVIA CABALLERO**, Jackeline: "Litigio estructural dentro del estado de cosas inconstitucional, la arista colombiana".
- **SOBRAL**, Delano: "Judicialização da politica e ativismo judicial: limites e possibilidades".
- **SOSA SACIO**, Juan Manuel: "Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa".
- **TRONCOSO MUÑOZ**, Ana Katia: "Discusión crítica en torno a la judicialización de la política y la lucha política en términos de derechos".
- **UCÍN**, María Carlota: "La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad".

i-Latina 1 (2019): 1-15
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.21

Relatoría "Derecho, razones y racionalidades", primera parte

MARIANA ISERN
Universidad Nacional de Rosario
marianaisern@unr.net.ar

RESUMEN

La relatora sistematiza veintiún de las cuarenta y cuatro ponencias presentadas en esta amplia temática, en tres ejes temáticos: propuestas de un "nuevo derecho"; dignidad y buen vivir en el derecho contemporáneo; y, argumentación jurídica en la racionalidad jurídica y judicial.

PALABRAS CLAVE: nuevo derecho, dignidad, buen vivir, argumentación jurídica, racionalidad jurídica, racionalidad judicial.

ABSTRACT

The rapporteur systematizes twenty one out of forty four papers presented on this broad topic, in three main themes: some "New Law" proposals; dignity and *good living* in contemporary law; and, legal argumentation in judicial and juridical rationality.

KEYWORDS: new law, dignity, good living, legal argumentation, juridical rationality, judicial rationality.

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

1. OPCIONES EPISTEMOLÓGICAS: pensando alternativas para un Nuevo Paradigma Jurídico
Preguntas
2. La DIGNIDAD y el BUEN VIVIR en las propuestas de un Derecho Antropocéntrico y en la de un Derecho Biocéntrico
Preguntas
3. La ARGUMENTACIÓN jurídica en la Racionalidad LEGISLATIVA y JUDICIAL
Racionalidad Legislativa
Preguntas
Racionalidad judicial
Preguntas

1. OPCIONES EPISTEMOLÓGICAS: pensando alternativas para un Nuevo Paradigma Jurídico

En general, los autores, acuerdan en estar pensando un NUEVO DERECHO. Entienden que es necesario debido a la **falta de respuestas adecuadas de las "viejas" categorías para comprender y resolver los "nuevos" problemas**. Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.

*Aquí se reúnen los trabajos de **Diego Javier Duquelsky Gómez, Jesús Vega López, María Carolina Rodrigues Freitas, Claudio Pedrosa Nunes y Juan Calvillo Hernandez.***

Diego Javier Duquelsky Gómez propone una matriz de análisis basada en

diez dicotomías que sirve de base para distinguir dos grandes corrientes de **pensamiento post- positivista**: liberales y críticas. En todas ellas aparece el debate en torno al **rol de la razón en el derecho.** Pretende demostrar que un pensamiento **emancipatorio** sólo es posible a partir de una profunda **crítica** a la razón jurídica **moderna.** Para que ese rol emancipatorio sea posible, es necesario también construir un pensamiento radicalmente **alternativo** a la racionalidad jurídica dominante. El autor enfatiza que esta matriz de análisis propuesta no tiene más pretensión que la de servir de excusa para reconocernos en nuestra diversidad y, desde allí, afrontar esa ardua tarea.

Jesús Vega López valiéndose de tres conceptos — entorno, contorno, dintorno — tal como han sido usados por dos filósofos españoles, *José Ortega y Gasset y Gustavo Bueno*, hace una reconstrucción del problema de la demarcación del Derecho desde una perspectiva **post-positivista.** La idea central es que la concepción iuspositivista yerra en su intento por entender los **límites de lo jurídico**, el contorno del Derecho, aislando o segregando su dintorno respecto de su entorno. Esto supone un giro o inversión de perspectiva conducente a considerar el dintorno del Derecho como *positivamente* conectado con su entorno, sin por ello, conducir a ninguna desdiferenciación; esto es, **sin abandonar la tesis de que el Derecho posee contornos o límites definidos.**

María Carolina Rodrigues Freitas nos introduce en la idea de la **obsolescencia** jurídica. Hace una distinción entre el pensamiento moderno y el pos-moderno, para luego evaluar su captación en el derecho. La teoría del derecho moderna se ha convertido en obsoleta para una realidad postmoderna inminente. Sostiene con énfasis que si se quiere superar la falta de **eficacia** y la pérdida de sentido que el derecho ha estado experimentando, debemos abandonar los paradigmas de la modernidad. Tal vez solo la dionisíaca experiencia de subvertir todas las reglas conocidas y sacudir todos los fundamentos establecidos, nos permitirá poner las cosas en su lugar: la construcción de **nuevas bases para pensar y realizar el derecho**.

En tanto que **Claudio Pedrosa Nunes** nos plantea un sendero que va desde la doctrina de la jurisdicción de Tomás de Aquino hasta el contemporáneo *due process of law.* El autor va comparando la doctrina de la jurisdicción medieval-tomista con autores que hoy en día abordan temas de derecho procesal tales como el acceso a justicia y debido proceso, los límites de la competencia, el juez natural, la teoría de la prueba y la función social del proceso, entre otros. La relevancia de la investigación se comprueba desde su invocación como fuente histórico-filosófica de ayuda a los estudios de derecho procesal en el ámbito de la jurisdicción judicial y como medio de percepción de la **evolución** de los institutos de procedimiento desde los tiempos dorados de la Filosofía medieval-tomista, poniendo por tierra el mito despectivo e incorrecto de la repulsión a todo lo que pertenece a la edad media.

Juan Calvillo Hernandez busca demostrar que la metafísica, fuertemente criticada por *Hans Kelsen*, ha retomado paulatinamente el poder que le fue arrebatado por el positivismo jurídico, el cual nunca pudo sostener sistemáticamente sus teorías que pretendían encontrar en el derecho la "pureza"; en otras palabras, liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños, que lo pudiera hacer prescindir de la ética, la sociología, la teología o la psicología. Mas, sus propios sucesores, a través de la historia le fueron añadiendo vestigios metafísicos hasta volver a recuperar los **principios** que la teoría normativa le había arrancado al Derecho. Busca probar que **la metafísica ha sido mal interpretada por los juristas a través de la historia**, pues ha sido considerada como un fin en sí misma y no como un **método** que busca encontrar la verdad a través del correcto ejercicio de la razón humana. Considera que el problema resulta trágico al tratar de hablar de derechos universales sin sacar a la metafísica del baúl en que se había guardado. No obstante que garantistas y principialistas del **nuevo constitucionalismo** navegan por la periferia de la metafísica, esta sigue latente y amenazante en el corazón de los defensores de ambas teorías.

Preguntas:

¿Una teoría del derecho moderna se ha convertido en **obsoleta** para una realidad postmoderna inminente? ¿Es necesario construir un pensamiento radicalmente **alternativo** a la racionalidad jurídica dominante? Si así fuera, ¿qué lugar tendría la racionalidad en ese modelo? ¿Cuánto de constructivismo y cuánto de deconstrucción sería necesario? ¿Cómo serían sus límites, qué relación entablaría con sus **contornos**? ¿Sería el Derecho una categoría mediadora entre la Política y la Moral orientada a resolver los conflictos morales (en términos de derechos) y reorganizar la cooperación política (en términos de poderes)? Y, ¿cuánto de continuidad, de evolución histórica tendría con las estructuras previas? Por ejemplo, un autor señala que una vez superado el luspositivismo imperante hacia mediados de siglo XX, ¿se puede decir que los autores actuales del **Derecho Procesal** se aproximan significativamente a los temas y tratamientos que hiciera Santo Tomás?

2. La DIGNIDAD y el BUEN VIVIR en las propuestas de un Derecho Antropocéntrico y en la de un Derecho Biocéntrico

Siempre con un telón de fondo marcado por la búsqueda de opciones que permitan pensar o repensar alternativas a los paradigmas actuales del Derecho, se podría señalar a un grupo que focaliza el debate en torno a la dignidad y al buen vivir, como elementos de construcción o reconstrucción del Derecho. Entiendo que esa adecuación o inadecuación de las respuestas jurídicas giran, o bien sobre un eje Antropocéntrico, o bien sobre uno Biocéntrico.

Aquí se reúnen los trabajos de Wallace Antonio Dias Silva, Guimaraes Taborda junto con Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Zabalza Alexandre, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, Jesús Ignacio Delgado Rojas y Bruno Rabelo Coutinho Saraiva.

Wallace Antonio Dias Silva plantea una alternativa integradora, asume lo colectivo desde una mirada biocéntrica (tendiente al buen vivir, latinoamericano

descolonizador) proponiendo al **cooperativismo** como una vía superadora del problema de la precarización laboral. Adaptándolas al contexto actual, transformadas en cooperativas de plataformas, es posible organizar nuevas redes de colaboración y apoyo que tengan el propósito de proporcionar una complementariedad entre consumo, comercio, producción, servicios y finanzas, en clara resistencia y alternativa al actual sistema pos-capitalista. La vida actual de la red, si se utiliza de manera inteligente, puede promover el desempeño conjunto de los trabajadores en beneficio de todos, uniendo a ellos a través de plataformas que, si se administran mediante la aplicación de los principios y valores del **buen vivir**, tienen enormes posibilidades para convertirse en instrumento práctico de **emancipación**.

Maren Guimaraes Taborda – Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, empleando el concepto de *Stammler* de **derecho objetivamente justo** y de contenido variable, señalan que el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el caso de Raposa del Sol efectúa un viraje con respecto al derecho indígena constitucional que logra captar la **complejidad** de lo jurídico. El método de acercamiento fue **inductivo**, primero, se divulga el caso y la lucha histórica se sitúa para el reconocimiento de los pueblos indígenas, para solamente entonces interpretar las decisiones del STF como un jalón en la construcción de un derecho justo de base empírica y, por lo tanto, condicionado históricamente. Entiende que el fallo fue objetivamente justo porque la decisión puede ser incluida, sin contradicción, en todas las normas que definen el estatus de los indios, y porque una cierta concepción de Justicia ha iluminado toda la decisión, a saber, la que es el objetivo de la República Brasileña: la construcción de una sociedad fraterna y multicultural. Es la tarea de la justicia lograr determinar o resolver si un ideal se lleva a cabo concretamente y en qué grado.

Alexandre Zabalza, jugando con los términos "Derecho Doméstico" y "Derecho Domesticado", de la mano del gran Saint Exupéry, nos interpela: Domar la naturaleza no significa conquistarla, vivir la aventura de la ocupación, sino "domesticar", es decir, "crear vínculos". Tomó más de 2500 años de historia la

emancipación de los derechos humanos (de las leyes atenienses de Solón a la redacción de la carta de las Naciones Unidas) para que *cada hombre en la tierra* haya podido haber sido declarado dotado de personalidad jurídica. Se tardó menos de una década para que las entidades no- humanas de la tierra, fueran dotadas de personalidad jurídica. La tierra ha permanecido mucho tiempo fuera de cualquier forma de conocimiento filosófico. O se la asocia con el planeta o se asocia con la cosa, pero la tierra no es una cosa; y *pensar a la tierra* se convierte en un imperativo filosófico para afrontar los retos que plantea el mundo contemporáneo. Sin cuestionar las estructuras jurídicas del humanismo, considera que hay que pensar con cautela, en consonancia con la cultura local, las categorías jurídicas a emplear, a fin de que el efecto producido por tal revocación epistemológica no conduzca a una mayor distancia entre el hombre y la tierra.

Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa presenta un claro giro paradigmático que aleja el modelo antropocéntrico constitucional para fortalecer a uno biocéntrico de la **dignidad.** Considera que el neoconstitucionalismo se presenta como una política de pan y circo maximizado más que efectivamente como una política de distribución de la riqueza y acceso al mayor dilema en la historia humana: la propiedad privada. En este caso, el **nuevo constitucionalismo latinoamericano** demuestra que el constitucionalismo puede ser utilizado como una herramienta de lucha capaz de proporcionar diálogo. Esto se debe a que la epistemología del sur adoptada se originó de abajo hacia arriba, por medio de los movimientos populares, es decir, del desempeño de las capas sociales menos favorecidas que demostraron cómo utilizar la Constitución como una estrategia para combatir los ideales liberales, incluso si ese instrumento es de origen occidental.

Jesús Ignacio Delgado Rojas retoma la idea kantiana de dignidad y autonomía como planteos para repensar las estructuras volviendo al origen. La dignidad humana es un valor central para la cultura de la legalidad y, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, goza de las máximas garantías, tanto por estar ella misma protegida contra los ataques que la pudieran menoscabar, como por servir de

fundamento a otros derechos fundamentales. No obstante, el **abuso** del término en el discurso político y su fuerte carga moral y emotiva convierten a la dignidad en un concepto de imprecisos contornos. En este trabajo se recupera el tratamiento clásico kantiano de la dignidad y se ofrece una lectura contemporánea que nos ayude a afrontar problemas actuales.

Bruno Rabelo Coutinho Saraiva, de la mano de *Santo Tomás* y *Miguel Reale* recuerda que la centralidad del ser humano y sus valores significa que el individuo debe estar en el centro del derecho. Antes que cualquier otro interés o propósito, debe ser pensado el ser humano, con todas sus necesidades y naturaleza, más allá del sistema de leyes naturales. El psicólogo puede dar instrucciones para desarrollar las experiencias axiológicas, pero el filósofo es quien va a integrar y explicar el orden axiológico y su fuente. El valor es intrínseco al espíritu del hombre, está diseñado en la naturaleza e integra el proceso. El mayor defecto de las leyes naturales y de la filosofía de los valores debe ser interpretado centralizando el estado y las valuaciones subjetivas.

Preguntas:

La forma de vida social, que es el derecho, está llamada a ordenar, en su contenido, un asunto **históricamente fortuito y variable**. ¿Es el activismo multicultural el camino para fijar el **contenido de lo objetivamente justo**? ¿Cómo serían las vías de la determinación de un derecho natural objetivamente justo y de contenido variable?

¿Cómo diseñar categorías jurídicas, como pensar un derecho en el que convivan las comunidades humanas y el hábitat de acuerdo a sus modalidades singulares y de acuerdo a los usos de los lugares en los que se aplica? ¿Qué lugar o función ocuparía la **dignidad o el bien vivir** en todo ello? En este marco, ¿estaría el neoconstitucionalismo en su fase final? ¿El constitucionalismo puede ser **transformador** del *Status quo* siempre y cuando la gente esté políticamente

organizada para ello? ¿La respuesta dada por las luchas sociales demuestra que no es necesario que América Latina abdique de los instrumentos simplemente porque son de origen epistemológico occidental, siempre que se puedan usar como herramientas útiles para el diálogo y la **emancipación**?

3. La ARGUMENTACIÓN jurídica en la Racionalidad LEGISLATIVA y JUDICIAL

Racionalidad Legislativa

En este punto se analiza la importancia de la RACIONALIDAD LEGISLATIVA y las perspectivas sin precedentes que se presentarían a la Teoría del Derecho y a los sistemas normativos de los países latinos con la **comprensión del fenómeno jurídico en su totalidad, desde lo fáctico y valorativo, en la producción y aplicación de las normas**.

Como nos recuerda con un poco de humor uno de los ponentes, la acción caótica y confusa de los legisladores ha sido la causa de crítica, aquí y en otros lugares, mucho antes de Bismarck, pero se le atribuye la frase que resume el proceso de construcción de las leyes: "Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran cómo se hacen las salchichas y las leyes". Desde entonces, el sistema de producción de embutidos ha evolucionado, siendo sometido (al menos en teoría) a estrictos estándares sanitarios. La producción de leyes, por otra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados. Los autores de esta sección ponen el énfasis en la importancia de desarrollar, o aplicar, una teoría de la argumentación jurídica en la faz de producción de normas generales, y no sólo en la etapa de aplicación, en las decisiones judiciales.

En torno a la temática de la **racionalidad legislativa** se reúnen los trabajos *Mariana Barbosa Cirne* en co-autoría con *Tainá Junquilho, la ponencia de Joao*

Aurino De Melo Filho, Francesco Ferraro, José Ribas Vieira en co-autoría con Fernanda Lage y la de *José Eduardo Schuh.*

Mariana Barbosa Cirne y **Tainá Junquilho** perciben a la crisis legislativa como una oportunidad dada al jurista para aumentar la racionalidad en el proceso legislativo. A partir del modelo propuesto por Manuel *Atienza* y la dignidad de la legislación de Jeremy *Waldron*, entienden que es necesario dar **buenas razones** para justificar las decisiones; y no sólo en el contexto judicial, sino también en la legislatura. Esta es una manera de darle cabida a la participación democrática en el debate público. Es necesario desjudicializar la Teoría del Derecho, reconectando lo que nunca debió haber sido separado: la Constitución y la legislación. Este es un espacio que también debe ser ocupado por el Derecho; el jurista necesita integrarse en estos debates para permitir la mejora de la ley. El Derecho no se reduce al silencio de los tribunales; también constituye el ruido de la divergencia.

Joao Aurino De Melo Filho recuerda que la concentración del estudio del Derecho a partir de la aplicación de las normas coincidió con el paso del Jusnaturalismo al Positivismo. La Teoría del Derecho, concentrando sus análisis y estudios en la racionalidad de la decisión Judicial se convirtió en **incompleta**, incapaz de comprender el fenómeno legal en su totalidad. El jurista, limitado al proceso de aplicación de la norma, ignoró deliberadamente el proceso legislativo, que tampoco fue estudiado por otras disciplinas. Los latinoamericanos continúan gastando sus energías, sólo en ese contexto de la teoría de la argumentación, sólo en el proceso de implementación de la norma, como si todos sus problemas jurídicos concretos estuvieran en la forma de interpretación y justificación de los tribunales superiores. La racionalidad legislativa no resolverá todos los problemas jurídicos de los países latinos, pero hará que el legislador, sometido a un **modelo riguroso de actuación**, además de requerir un análisis real antes de la decisión, permitirá a la sociedad **auditar** el método de producción legislativa.

Francesco Ferraro considera la capacidad del concepto de legislador racional

para juzgar la racionalidad de los **legisladores reales** en los modelos de Nino y Nowak. Al encontrarlos inadecuados, *Nino, por ser sub-inclusivo y Nowak, supra-inclusivo, busca integrarlos con categorías de Wróblewski (*racionalidad *interna* y *externa) y Wintgens (*"racionalidad limitada"). El mito del legislador racional en la Dogmática parece inadecuado para proporcionar el paradigma normativo requerido. Si se adopta la reconstrucción ofrecida por Carlos *Nino*, los criterios que entran en juego difícilmente pueden considerarse pura racionalidad. Debido a un exceso de requisitos, o a requisitos demasiado estrictos, su modelo es **sub**-inclusivo comparado a los casos que se podrían considerar propios de la legislación racional. En cuanto a la reconstrucción ofrecida por *Nowak*, subraya algunos puntos que la hacen más inclusiva, pero también se ve que es **supra**-inclusiva, poco exigente. La racionalidad de la acción legislativa no puede reducirse a alcanzar ciertos objetivos. Por lo tanto, se podría integrar el análisis admitiendo la necesidad de asumir que el legislador es un agente racional, pero en realidad dotado de una racionalidad limitada debido a limitaciones temporales, recursos restringidos, interferencia de emociones y otros factores.

José Ribas Vieira y Fernanda Lage tomando como base la teoría de la argumentación legislativa de *Atienza* sostienen una teoría legislativa en consonancia con las ciencias sociales, especialmente la **Sociología**. Si bien la Dogmática deja por fuera de lo jurídico a la producción legislativa, ámbito de lo político, existen Teorías del Derecho que incorporan a la producción y aplicación de las leyes dentro de lo jurídico. El Derecho se conforma como un subsistema del sistema sociedad. Por lo tanto, existe un diálogo entre las Teorías Jurídicas y las Teorías sociológicas que buscan elevar el papel que los argumentos legislativos pueden desempeñar desde una concepción del derecho como **transformador** social.

José Eduardo Schuh se propone comprobar la posibilidad del empleo de técnicas derivadas de los estudios de la **Economía del comportamiento** en la elaboración de normas legales con el fin de aumentar la **efectividad** normativa y la **eficacia** social. Emplea el conocimiento de causa y efecto de las relaciones sociales

en la elaboración de los requisitos de la ley como medio para maximizar el éxito de adherencia a la orientación de la acción humana. Analiza la estrategia de efectividad regulatoria legal: aprovechando el carácter autoritario del derecho, que prescribe la conducta obligatoria, evalúa como puede ser impulsada por medio de *nudges (empujones).* Cabe señalar que la aplicación éticamente válida de *empujones* depende de la preservación de las opciones de elección libre para el individuo; por lo tanto, puede representar un elemento de **optimización** de la efectividad y efectividad de la normativa.

Preguntas:

Se sostiene reiteradamente que, al proponer una teoría de la argumentación jurídica, no se puede dejar por fuera a la producción normativa: ¿pueden los argumentos jurídicos contribuir a recuperar la legitimidad de la legislación a través de buenas razones? Más racionalidad legislativa y menos racionalidad judicial: ¿un camino adecuado y funcional para entender y resolver los problemas jurídicos concretos de los Países latinos? ¿La irracionalidad judicial es un efecto de la irracionalidad legislativa?

¿La actividad de acondicionamiento de conductas para el propósito de la ordenación comunitaria puede (debe) considerar las reglas **sociales** y económicas para **optimizar** el éxito de la prescripción normativa? ¿Se puede prescindir hoy en la comprensión del comportamiento humano en el desarrollo de sus actividades de ordenación, como fenómeno jurídico, de la **racionalidad interdisciplinaria** de los estudios de la Economía del comportamiento? ¿Es posible pensar un modelo de legislador racional que se ajuste al legislador real? ¿Hasta dónde nos podemos correr del mito o hipótesis del legislador racional?

Racionalidad judicial

La preocupación reiterada de los ponentes en relación a la **RACIONALIDAD**

JUDICIAL, en este grupo, se despliega en distintas direcciones, mayormente, con un epicentro en los desafíos que se enfrentan en la formación jurídica, especialmente de aquellos que van a cumplir la función judicial. Proponen diversas herramientas que pueden ser de utilidad en la labor de fallar.

En torno a la temática de la **racionalidad legislativa** se reúnen los trabajos *de Zoraida García Castillo, Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, Eduardo Ribeiro Moreira, Valeria López Vela y Silvia Zorzetto.*

Zoraida García Castillo plantea que el razonamiento judicial tiene hoy día, entre sus más grandes retos, discernir correctamente sobre la validez y confiabilidad de los resultados de la **prueba científica** –cada vez más es recurrente en la demostración de los hechos, en virtud de los vertiginosos avances de la ciencia y del aura de objetividad que la reviste. El problema que aquí se plantea es la responsabilidad epistémica del juzgador de realizar inferencias sobre los hechos, a partir de pruebas científicas, debiendo ponderarlas y valorarlas sin que sea un conocedor de los campos específicos de la ciencia sobre los que versan. Señala la debilidad de la **formación** – y la necesidad improrrogable- de los jueces en relación a la Metodología de la Investigación científica y la Filosofía de la Ciencia. La realidad es que no tienen ese e**ntrenamiento ni asesoría sobre metodología científica**, por lo que considera imperiosa la adquisición de un metalenguaje de análisis del lenguaje científico pertinente a la probanza en el proceso judicial.

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba destaca que, a diferencia del campo del derecho, en la filosofía la **igualdad** parece haber recibido menos atención que un principio muy cercano, el principio de **identidad**. Por lo que se aboca a ello a partir de la consecución de los trabajos de Aristóteles y Santo Tomás. Va desgranando la diversa aplicación que merece la analogía, la proporcionalidad y la igualdad en tanto que sea en el Derecho Público, los derechos humanos o el derecho privado. Va detallando qué tipo de analogía se aplica en cada rama jurídica. Si bien la aplicación de la igualdad, de la proporcionalidad y de la analogía sólo puede hacerse si se

verifican tres supuestos (los cuales señala en su ponencia), lamentablemente, los tribunales muchas veces aplican el principio de igualdad o de proporcionalidad sin considerar si existe un justificativo jurídico o razón de justicia por la que resulte razonable y exigible tratar igual a otro.

Eduardo Ribeiro Moreira introduce la idea de que el derecho constitucional comparado debe actuar no sólo como metodología docente e investigadora, sino también como técnica de interpretación constitucional para ser puesta en práctica por tribunales constitucionales. Entre la teoría de la ley abstracta y el uso de principios y reglas en el plan concreto, se encuentra la metodología constitucional. Cuando se invoca, es el medio para llegar a la justificación normativa, que producirá la base de la decisión, especialmente en casos medios y difíciles. De este modo, busca escapar, por un lado, de la esquizofrenia de tratar de preparar meta-reglas para evaluar métodos y, por otro lado, de la negación absoluta de la utilidad de los métodos. Se debe discutir sobre la compatibilidad entre el **Método** Elegido -por ejemplo, la ponderación de los derechos fundamentales- y la **Teoría** Adoptada por el jurista; exigiéndose justificación argumentativa en lugar de imperatividad.

Silvia Zorzetto sostiene que la pretensión de corrección es una característica interna de la práctica jurídica y necesaria para su existencia. Busca aclarar en qué sentido la pretensión de corrección es un aspecto "interno" y "necesario". Argumenta que, en diversos contextos, esa pretensión puede permanecer implícita o, al contrario, convertirse en manifiesta y que esta tiende a aparecer mucho más cuando la tasa de desacuerdos o controversias del contexto jurídico especifico es mayor. Concluye que la exigencia pragmática de corrección del discurso jurídico, por un lado, no implica una posición formalista o cognitivista a nivel de método y de teoría de la interpretación jurídica; y por el otro lado, es compatible con una teoría de la interpretación jurídica no cognitivista o formalista, moderadamente escéptica.

Valeria López Vela entiende que el concepto de **dignidad** es el principio fundante, tanto de los derechos sociales como de los derechos políticos. Sin

embargo, al ser un concepto esencialmente controvertido, la dignidad ha permitido diversidad de usos y aplicaciones en las sentencias, tanto en las que corresponden a los derechos civiles como en las de los derechos sociales, lo cual corrobora a través de un muestrario de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. El concepto de dignidad se trata de una idea evaluativa referida a bienes complejos que puede ser descrita de diferentes formas y cuya utilidad reside en la controversia competitiva que genera. Esto quiere decir que "**utilizar un concepto esencialmente controvertido significa usarlo en contra de otros usos**. Así es como reclama **justificar** el uso que uno hace de él a fin de mantenerse frente a los otros.

Preguntas:

¿Puede el juez ponderar racionalmente la prueba científica, sin ser científico? ¿Cómo puede juzgar el juez sobre la fiabilidad y alcances específicos de lo que el perito le está reportando? Contamos con construcciones teóricas que han hecho los juristas para los juristas, ¿se requieren construcciones desde los científicos para los juristas, explicándoles en cada tipo de prueba los elementos a tener en cuenta para la ponderación? La justificación del principio de igualdad, de proporcionalidad y de la analogía resulta bastante sencilla a quien acepta la racionalidad del derecho. Si el derecho es racional, habrá de aceptarse que donde hay la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

¿Cabe analogar una ley irracional, o igualar a los demás con una decisión irrazonablemente adoptada contra alguno? ¿Los tribunales confunden la igualdad con la proporcionalidad y la analogía produciendo como consecuencia actos de injusticia? Por último, los Derechos Humanos fueron acuerdos carentes de teoría, fue necesario partir de un *rationis vacuo* y descargar buena parte del peso de la fundamentación en el concepto de dignidad postergando las elaboraciones fundantes para otro momento. Ese momento, ¿es hoy?

i-Latina 1 (2019): 1-28
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.22

Relatoría "Derecho, razones y racionalidades", segunda parte

DIEGO LUNA
Universidad de Buenos Aires
diegoluna@derecho.uba.ar

RESUMEN

El relator presenta una síntesis de veinte y tres de cuarenta y cuatro ponencias, agrupadas en seis ejes temáticos más o menos homogéneos, a fin de señalar los problemas específicos abordados, las principales categorías teóricas y sus marcos metodológicos, como también presentar sintéticamente las principales conclusiones y aportes.

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, retórica jurídica, racionalidad, derrotabilidad, derecho discutido, giro decolonial, neoconstitucionalismo, multiculturalismo, interculturalismo, principios, ponderación, normativismo, iusnaturalismo, impeachment, defensa pública.

ABSTRACT

The rapporteur synthesizes twenty three out of forty four papers, grouped in six main themes more or less homogeneous, in order to show specific approached problems, main theoretical categories and their methodological frameworks, as also present synthetically the main conclusions and contributions.

KEYWORDS: Legal argumentation, legal rhetoric, rationality, defeasibility, discussed law, decolonial turn, Neoconstitutionalism, Multiculturalism, Interculturalism, principles, balancing, normativismo, natural law, impeachment, public defense.

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

Dada la cantidad de ponencias recibidas en esta sección (44 en total), se decidió desdoblarla de modo que aquí se presentan 23 trabajos que reúnen aportes de autores y autoras de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México. Los temas generales abordados aluden al paradigma de la argumentación jurídica, el razonamiento mediante reglas y principios, la creación judicial del derecho, con preponderante referencia a la racionalidad judicial y las razones de fundamentación del derecho, con especial referencia a casos de tribunales superiores o constitucionales (Argentina, Brasil, Ecuador); como así también temas vinculados al denominado giro decolonial, neoconstitucionalismo, multiculturalismo e interculturalidad; y alusiones a discusiones político-jurídicas de patente actualidad en la región, como la relativa al *impeachment* en Brasil, la convivencia intercultural en Ecuador, o la despenalización/legalización del aborto en Argentina. Seguidamente se presenta una síntesis de esas ponencias agrupadas en 6 ejes temáticos más o menos homogéneos, a fin de señalar los problemas específicos abordados, las principales categorías teóricas y sus marcos metodológicos, como también presentar sintéticamente las principales conclusiones y aportes. Por lo tanto, se omite en gran medida y por obvias razones de tiempo y espacio, los desarrollos troncales de los autores que les permiten arribar a sus respectivas conclusiones e interrogantes. Por último, y solo a los fines de alentar o provocar la discusión posterior, dejaré planteadas algunas preguntas, nudos problemáticos, desafíos, etc. mayormente tomados de los propios textos de las ponencias.

A. Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elías Canal Freitas, Pedro Parini, Maria Lucia de Paula Olivera, Guillerme Gomes Vieira y João Paulo Rodrigues de Castro.

1. **Canal Freitas**, en base a las ideas de João Maurício Adeodato, propone

caracterizar al "escepticismo retórico" en su tripartición material (método), estratégico (metodología) y analítico (metódica). La retórica material, siguiendo a Adeodato, "significa considerar que todo aquello que se llama 'realidad' consistiría en un *relato vencedor*, un fenómeno lingüístico cuya aprehensión es retórica". La realidad es así muy cambiante y contingente. Basta convencer a la mayoría de nosotros acerca de algo, para cambiar la propia cosa. El criterio ya no está sólo en la cosa ni en el individuo, sino en la colectividad. El criterio de la existencia de todo sale del ser-en-sí (ontologismo) y del ser-para-mí (solipsismo), pasando al ser-para-nosotros (autismo colectivo). Según el autor, la literatura constituye un excelente campo de ilustración sobre nuestras vivencias culturales, como por ejemplo el clásico andante caballero Don Quijote de la Mancha en diálogo con su escudero, Sancho Panza. Recurriendo a la obra de Cervantes, se cuestiona al final quién es el sabio que es capaz de sacar el encantamiento de las cosas hecho por la caterva de encantadores ¿Estamos ante un cuenco de peluquería ("bacia de barbeiro") o del yelmo de Mambrino? Propone el autor que el límite al caos está en el control público del lenguaje, que no es una sola instancia, sino que está presente de manera difusa (iglesia, poder judicial, teatro, etc...), aunque se institucionaliza de manera coercitiva por medio de la dogmática jurídica estatal. De ahí la importancia atribuida al Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) en la construcción de una sociedad, a pesar del alto nivel de complejidad social frente a las demás formas de ver el mundo.

2. **Parini** sugiere que la retórica de Aristóteles sigue siendo actual para comprender los procesos de toma de decisión en el derecho y las formas de su representación. El *entimema* y el *paradigma*, como nociones retóricas, juegan un papel fundamental tanto en la producción del derecho, como en la presentación de esa producción. Los argumentos de los juristas son entimemáticos desde un punto de vista formal, porque no explicitan todas las premisas de su razonamiento, y desde un punto de vista material, porque se basan en presupuestos verosímiles y no en evidencias verdaderas. No verbalizar todas las premisas es una forma estratégica de evitar contradicciones e inconsistencias del sistema jurídico. Por medio del discurso entimemático se puede tanto modificar el sentido de la norma de acuerdo con cada

situación concreta, como también propiciar el entrelazamiento de regularidades emotivas no verbalizadas y racionalizaciones explícitamente formuladas. De hecho, no mencionar la norma es el estándar cuando se trata de decisiones judiciales. Así como las premisas implícitas del entimema, las normas parecen tan auto-evidentes en el contexto de una cultura jurídica determinada que no necesitarían siquiera ser verbalizadas. Por un lado, la deducción de decisiones a partir de las normas generales que supuestamente se encuentran en códigos, leyes y constituciones es hecha de forma entimemática. Por otro, la analogía y la inducción realizadas a partir de los precedentes judiciales se hacen de forma paradigmática. Desde un punto de vista retórico, el silogismo sería sólo un modo de presentación de la decisión, una forma retórica de expresión y no un método para decidir o de elaboración del pensamiento. Es decir, el silogismo judicial es en realidad un *entimema*.

3. **De Paula Olivera** presenta algunas ideas y autores especialmente relevantes a fin de concebir una teoría de la argumentación jurídica que dé cuenta de la dimensión retórica del proceso argumentativo y de la necesidad de establecer estrategias que nos permitan identificar en la actividad argumentativa los movimientos que reiteran prácticas discriminatorias y excluyentes. Partir del disenso se vuelve especialmente crucial para la preservación de la propia pluralidad democrática. Se pregunta la autora: ¿Qué teoría del derecho, y en particular de su aplicación, sería la más adecuada a una perspectiva crítica y emancipatoria? El gran triunfo de la teoría sería el mantenimiento de una perspectiva universalista, identificada con el parámetro puesto por los derechos humanos, indispensable para una crítica de las propias prácticas sociales y políticas, sin dejar de considerar los contextos en que los derechos -y las personas- existen. Una retórica jurídica más inclusiva requeriría de repensar la retórica y la argumentación jurídicas frente al disenso, y también la consideración de que la injusticia estructural está a menudo camuflada en la elección del auditorio para nuestros argumentos (Perelman) ¿Por qué determinados grupos no son oídos o sub-representados cuando se expresan en la esfera pública? ¿Por qué ciertas cuestiones ganan relevancia en el proceso argumentativo y otras no? Una retórica jurídica inclusiva debe asumir el papel de

develar los procesos de exclusión y de dominación implícitos en la propia actividad de la argumentación jurídica. Un discurso inclusivo supone la discusión previa sobre esas razones públicas (esos códigos), que deben ser puestas libremente en debate. Es posible imaginar que un discurso jurídico inclusivo debe también detenerse sobre la constitución "phronética" de las razones públicas, ya que es en ese nivel que muchas veces se puede tener una aplicación del derecho que no realice lo máximo posible el principio democrático.

4. **Rodrigues de Castro** analiza el potencial del silogismo como método del razonamiento jurídico, con la sustitución del término medio aristotélico por el concepto de razón suficiente de Leibniz. La deficiencia del silogismo para dar cuenta de la dinámica del fenómeno jurídico generó el avance de múltiples teorías particulares del razonamiento jurídico, sin que sea señalado razón justificada para preferir un método a otro. Como la ponente Canal Freitas, el autor también recurre a un episodio del Quijote en el que Sancho Panza es falsamente investido gobernador de una supuesta ínsula, para ejemplificar sobre el fenómeno de la decisión judicial y sus modos de razonamiento. La posibilidad de deducir la mejor razón, con el juicio objetivo de la probabilidad y derivación, determina, para el derecho, la posibilidad de unificar la inconmensurabilidad entre derecho y hecho imprevisto. Con el principio de la razón suficiente, Leibniz desplaza el silogismo a la situación probable, derivada de hechos probados, en el momento de la decisión judicial. Silogiza la verdad de las razones, no de los hechos, destacando así el potencial del silogismo como método de raciocinio jurídico. El rigor del silogismo necesario de Aristóteles, por el concepto de sustancia, implicó el avance de teorías escépticas y relativistas de interpretación, en la forma de métodos jurídicos diversos. El apego exclusivo a la metodología propia del raciocinio jurídico –dada la incompletitud del sistema jurídico– implicó el avance de teorías particulares: pragmáticas, valorativas y subjetivismos. Rodrigues Castro afirma que la razón suficiente tiene potencial para reanudar el razonamiento deductivo, lo cual vendría también a salvaguardar la posibilidad de una filosofía en el derecho. La interpretación que restablece la norma por los hechos imprevistos suele presentarse como una ficción acerca de la voluntad del legislador. En cambio, la

razón suficiente se aparta de la metafísica del legislador omnipotente y admite la contingencia como un "INPUT" del sistema jurídico. Permite cerrar así las aporías derivadas del hecho imprevisto, ampliando el espectro del supuesto normativo de la decisión judicial.

5. **Gomes Vieira** nos informa que la prescripción "inter corriente" es la que opera en el derecho brasilero durante el curso de la acción procesal tendiente a la ejecución de un título ejecutivo, por inacción prolongada de la parte. Al verificar la incidencia de la prescripción inter corriente en el derecho del trabajo, el Supremo Tribunal Federal (STF) estableció en 1963 mediante la "súmula" N° 327 (especie de norma general creada por un procedimiento de jurisdicción vinculante), que el derecho laboral admite ese tipo de prescripción. A su vez, el Tribunal Superior del Trabajo (TST) estableció en 1980, mediante la "súmula" N° 114, que dicho instituto no se aplica al derecho laboral. Ante las nítidas incompatibilidades entre ambas "súmulas", el autor aborda algunas concepciones de la Teoría de la Argumentación Judicial, a partir de la obra de Atienza. Destaca el modelo de flechas que posibilita la identificación y la validación de los argumentos, la universalidad, la coherencia y la adecuación a las consecuencias. Siguiendo a Atienza, la universalidad consistiría en la aplicación de la misma directriz a situaciones jurídicas equivalentes; la coherencia correspondería a la compatibilidad en relación a valores, principios y teorías; y por último, la adecuación a las consecuencias remitiría a los efectos resultantes de la decisión. Con estos criterios de validación, destaca cierta fragilidad en ambos pronunciamientos en lo relativo a la universalidad, como consecuencia de la divergencia de entendimiento del TST y del STF. Respecto de la coherencia, la súmula del TST guarda vínculos con el principio de la protección del empleado. En relación a la adecuación a las consecuencias, en la solución del TST destaca la efectividad de la ejecución laboral. A su vez, la súmula del STF en cuanto a la coherencia, resultar armónica con la seguridad jurídica, pero por otro lado, ignora uno de los principios fundamentales del derecho del trabajo: la protección del empleado. Por último, la solución del STF, en lo que concierne a la adecuación a las consecuencias, establece cierta previsibilidad relativa a la duración de la ejecución laboral. El autor identifica

así déficits en el ámbito de la construcción de las decisiones judiciales apreciadas, especialmente en lo que concierne a la universalidad, ya que hay una clara violación de la igualdad entre situaciones jurídicas similares, dependiendo de qué Tribunal Superior analice el reclamo laboral.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Cómo conciliar el denominado control público del lenguaje, con la evidencia de que existen determinados grupos que no son oídos o son sub-representados cuando se expresan en la esfera pública? ¿Alcanza con una teoría de la argumentación y sus reglas de validación para suprimir las contradicciones y arbitrariedades de las decisiones judiciales? Lo mismo podría cuestionarse respecto del paradigma de la razón suficiente.

B. Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gaviao Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta.

6. **Roesler y Reis** asumen que todos concuerdan en que hay creación del Derecho por el Poder Judicial, sea en el sentido de la integración de las normas hechas por el Legislativo, sea en el sentido de que la interpretación constituye una actividad creativa, aunque existen divergencias teóricas sobre los significados y los límites de tal actividad. Una cierta forma de argumentar nace y es alimentada por las prácticas institucionales, exigiendo para su comprensión una mirada histórica y sociológica que permita comprender los meandros de su formación y reproducción. Consideran como “forma de argumentar” el patrón utilizado en la formulación y presentación de las decisiones, abarcando su presentación en votos, la existencia o

no de discusiones y divergencias consignadas en las sentencias, el uso o no de referencias doctrinales y jurisprudenciales, la presencia de estrategias argumentativas institucionales, materiales y formales. Así, identifican en el modo argumentativo de los tribunales superiores en Brasil: 1) un bajo grado de control racional de la justificación de las decisiones del STF y del STJ; 2) una concepción de la función judicial que se concentra en los aspectos autoritarios del cargo. La legitimación no viene del seguimiento de las reglas del juego, de la referencia, del modo más claro y accesible, al modo en que el juez llegó a su conclusión, permitiendo el control público de la decisión. Detrás de esta práctica argumentativa, subyace la concepción que piensa las normas como disponibles al juez; que ve el Derecho como nacido de la autoridad personal, que se superpone a los procedimientos de legitimación democrática previstos en las constituciones. El Derecho es considerado sólo una forma autoritativa. El contenido del Derecho y, consecuentemente, de los derechos, son cotidianamente reinterpretados sin control social. Lo que realmente importa para definir los límites del Derecho termina siendo la autoridad, no la racionalidad del sistema. Los autores proponen, entonces, un adecuado diálogo entre la Historia del Derecho y la Teoría de la Argumentación Jurídica. Ello sería de utilidad a ambos campos del saber: al primero, porque no siempre los historiadores del Derecho parecen percibir que los discursos que realizamos acerca de las instituciones son tan constitutivos de ellas como sus estructuras operativas y los dispositivos normativos que las instituyen y organizan; al segundo, porque no siempre los estudiosos de la argumentación jurídica tienen presente que una argumentación siempre se realiza inmersa en una tradición retórica que le condiciona y le permite desarrollar ciertos patrones, condicionados, al menos en parte, por la materialidad de las instituciones en las cuales es concretamente realizada.

7. **Pires Gaviao y Prevedello** se proponen determinar la importancia para el debate actual, de la contribución de Hart como el responsable de introducir la noción de *derrotabilidad* en el ámbito del Derecho, o aunque tal vez no sea posible afirmar tanto, aseguran que fue al menos quien con sus estudios, especialmente *The*

Ascription of Responsibility and Rights, despertó el interés de la doctrina que posteriormente desarrolló el tema. La doctrina de la imprecisión y de la textura abierta del derecho de Hart y su problemática en cuanto a la acomodación de las hipótesis generales a los casos concretos no se limita a problemas de lenguaje e interpretación, pues hay referencias a casos en que tales dificultades no ocurren, pero aun así no debe aplicarse la norma jurídica. Incumbe a los tribunales reconocer en tales casos considerados difíciles, excepciones derivadas de la utilización de la cláusula "a menos que", aunque la norma jurídica excepcionada seguirá siendo una regla válida para los demás casos. Tal formulación coincide con una de las acepciones más conocidas y discutidas actualmente con el concepto de *derrotabilidad* y por lo tanto, según los autores, la que mejor se corresponde con el origen de esa expresión. Aunque su contribución fue describir el fenómeno como propio del derecho legislado o consuetudinario, Hart formuló el punto inicial de una teoría que ha recibido extraordinario desarrollo en los últimos años. Concluyen afirmando que, contrariamente a lo expuesto por algunos críticos, el concepto de derecho de Hart como un sistema jurídico basado en reglas no es cerrado y estático, sino abierto y dinámico, o sea, se amolda a los acontecimientos sociales y se desarrolla continuamente a partir de las decisiones judiciales.

8. López Sterup sostiene que la introducción de la *legitimidad* como elemento a considerar en la identificación del derecho, permite ampliar la comprensión de la praxis jurídica. Particularmente, respecto de la manera en que los valores individuales y sociales integran el proceso de identificación o construcción de la norma jurídica. Los movimientos críticos (CLS) han mostrado que existen diversos factores que alteran la eficacia del derecho, en el sentido de que la aplicación concreta de la ley no se determina exclusivamente por el marco normativo, sino a partir de diversos factores como las relaciones de poder, que se traducen en narraciones, construcciones de identidad y otras formas de opresión. La denominada “interpretación discutida de derecho” permite, según el autor, abordar análisis más complejos sobre la tesis de las fuentes sociales del derecho, el ejercicio justificatorio que le subyace y el concepto mismo de autoridad. Una

"construcción discutida" del derecho o "aplicación discutible" de una norma, siguiendo a Alviar & Jaramillo, se expresa cuando según cierta interpretación, si se dan las condiciones *a, b y c* se sigue la obligación *z*, frente a la cual los jueces y los ciudadanos incluyen una condición adicional (condición *d*), no prevista por el legislador y que es expresión de tales relaciones de poder en la sociedad. Es decir, construyen la norma *Si a, b, c y d → Oz*. La idea de "construcción discutida de derecho" permite distinguir entre los casos en los cuales existe un consenso explícito sobre ciertos valores y cómo deben afectar la interpretación jurídica, por ejemplo, la raza como criterio sospechoso de trato desigual injustificado, de aquellos en que tal consenso no se da en tales condiciones. Supone que existe un consenso tácito que no se explicita y es probable que no exista consciencia de dicho consenso. Es una construcción "de derecho", en la medida que pone de relieve que la identificación del derecho está determinada por ese elemento proveniente del "ambiente" valorativo, que se discute y es ajeno a la actividad productora del derecho.

9. **Martins Reis y Prevedello** parten del presupuesto de la tradición positivista que atribuye a la actividad judicial el fin de aplicar reglas generales surgidas de la actividad predominantemente legislativa, a los casos concretos del modo más coherente e igualitario posible. Esta función se ha mostrado cada vez más compleja, notablemente por la utilización de principios jurídicos y de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas. A partir de ahí analizan el fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas con ocasión de las técnicas de decisión en el control de constitucionalidad. El fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas se inserta en el contexto de la tensión entre la función contramayoritaria de los tribunales constitucionales ante una eventual mayoría parlamentaria, en la medida en que se remite a la idea de excepciones en el derecho aplicado. Martins Reis y Prevedello advierten que ello constituye un riesgo significativo para la seguridad jurídica, como así también genera un protagonismo excesivo del poder judicial, lo que podría traducirse en un riesgo para el sistema democrático en la medida del desequilibrio entre los poderes del Estado. Los autores examinan un caso del STF sobre la no punibilidad del aborto por anencefalia del feto, el cual ilustra

perfectamente, en su opinión, una hipótesis del fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas. Ello así por cuanto se reconoce judicialmente una excepción implícita a la regla jurídica general de ser prohibido (y criminalizado) el aborto, que se une a las otras dos excepciones expresas de la ley penal brasilera. Así, en el sistema jurídico brasileño prohíbe la interrupción del embarazo, a menos que fuera (1) para salvar la vida de la gestante, (2) en caso de violación y (3) en la hipótesis de que el feto padezca, comprobadamente, anencefalia. La decisión demuestra que, en el marco de la jurisdicción constitucional, la restricción teleológica de una regla, con la creación de una excepción, encuentra amparo en la técnica de la inconstitucionalidad parcial entendida como el producto final de un juzgamiento abstracto de constitucionalidad.

10. **Fernández Peralta** recupera el debate en los años setenta entre John Finnis y Judith Jarvis Thomson en torno de las razones morales y filosóficas que podrían o no justificar el aborto, en razón de la patente actualidad que el tema tiene, al menos, para el caso argentino. El autor asume explícitamente su punto de vista iusnaturalista de corte aristotélico tomista, desde el cual formulará finalmente sus conclusiones. Revisa los argumentos de Thomson vinculados al consentimiento y la responsabilidad, y algunas de las respuestas formuladas por Finnis. Entre algunos de ellos, dice Thomson: "la madre no ha concedido a la persona no nacida el derecho al uso de su cuerpo". A lo cual Fernández Peralta replica que si de simple consentimiento se tratara tampoco tendría derecho la madre a disponer del cuerpo del hijo, quien nunca se lo prestaría para dañarlo. Explica Finnis que todo el argumento de Thomson está basado en que no tenemos ninguna responsabilidad especial por la vida o el bienestar de los otros "si no la hemos asumido explícita o implícitamente", a lo cual replica: "el deber de la madre de no abortar no es que parte de ninguna responsabilidad especial que ella tenga hacia el niño, sino parte clarísima de un deber común que todos tenemos hacia el prójimo". La crítica de Finnis asume que el aborto no puede ser justificado jurídicamente porque va en contra de uno de los bienes básicos que en su opinión no pueden dejar de ser reconocidos y protegidos por cualquier orden jurídico que se precie de tal. El autor concluye en que el aborto

es un hecho indefendible, por tratarse de un simple acto criminal. No se trata, en su opinión, de un derecho de la madre en virtud de atentar contra uno de los bienes humanos básicos. No se trata del ejercicio de una porción de libertad, de un acto de disposición sobre el propio cuerpo porque en dicho acto se involucra el cuerpo de otro ser. No se trata de rechazar invasiones de espacios para las cuales no se ha dado permiso dado que el *nasciturus* no ha invadido voluntariamente espacio alguno. No se trata de suprimir un derecho de inferior jerarquía por otro de una superior dado que ambos seres poseen igual dignidad y por lo tanto igual derecho sobre su integridad física.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Aluden al mismo fenómeno las categorías teoréticas de la *derrotabilidad* y la de *derecho discutido*, en cuanto construcción de una norma excepcional a la regla por la incidencia de una circunstancia no mentada por la norma general? ¿Si es así, no es este un viejo problema de la teoría del derecho, que al recibir diversas denominaciones para su delimitación conceptual sigue siendo un problema abierto? En Argentina también la CSJN resolvió un caso de aborto de feto anencefálico en el mismo sentido del STF de Brasil. Respecto de la legalización del aborto: ¿todo punto de partida iusnaturalista es irremediablemente inconciliable con la legalización?

C. Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos.

11. Bacha e Silva postula que uno de los temas centrales de la actual Teoría y Filosofía del Derecho es la interpretación y argumentación jurídica. El conjunto de

las ponencias de esta relatoría, parece confirmar esa intuición al menos para este Congreso. Su objetivo apunta a formular una crítica de la hermenéutica jurídica como práctica cultural hegemónica que oculta las prácticas contra hegemónicas y se presenta como única alternativa posible para el proceso de mundialización. Propone una hermenéutica jurídica "decolonizadora" a partir de las nociones de deconstrucción y de que el lenguaje es siempre *differánce* (Derrida). Por *decolonialidad*, propone el autor, debe entenderse el proceso que tiene inicio en estudios sociales del s. XX realizados por autores periféricos. La hermenéutica jurídica decolonizadora supone una interpretación jurídica de cada término que se mantiene abierto para cada cultura, una interpretación intercultural donde por más que se pueda decir que compartimos algunos preceptos políticos comunes, cada interpretación en la norma jurídica que siempre es rígida, deberá tener en cuenta la diferencia y al otro, incluyendo su concepción de vida. Sostiene que el eurocentrismo fue posibilitado por la colonialidad como forma hegemónica de conocimiento que excluye los demás saberes y consolidó el sistema capitalista que permaneció incluso después de la colonización. Además del giro lingüístico-pragmático de la filosofía, hay un giro decolonial como oposición al giro colonizador del pensamiento occidental, que se expresa en el capitalismo, el racismo, el patriarcalismo y la naturalización de la muerte en la guerra étnica. El autor propone que la decolonialidad en la hermenéutica jurídica, como expresión escéptica y epistemológicamente crítica del giro decolonial, es realizable sólo si tomamos en cuenta la *differánce* interpretativa derridiana. No se puede pretender, entonces, aplicar la noción de propiedad como conexión del individuo con una cosa a los pueblos originarios y algunas minorías que carecen de esa noción. Bacha e Silva cita las lecciones de Wamam Poma sobre el pensamiento del Tahuantinsuyo en el que redefine el término "democracia" para proponer la noción del "buen gobierno", en términos interculturales como coexistencia de Castilla y naciones del Tahuantinsuyo.

12. **Vasques Mota y Thomas** sostienen que en el contexto jurídico brasileño actual, la filosofía del lenguaje originada en la antigua obra griega

platónico-socrática "Crátilo", guarda estrecha vinculación con la fase "Pos-Positivista Neoconstitucional" en que se busca la construcción de una justicia pautada en valores constitucionales. El lenguaje como medio de construcción de verdad y conocimiento, fue objeto de estudió filosófico platónico en la Grecia antigua y plantea dilemas y cuestiones filosóficas que se presentan desde entonces. En opinión de Vasques Mota y Thomas, en la fase contemporánea al menos en Brasil, se percibe que el Post-Positivismo adjetivado como Neoconstitucional, se caracteriza por la idea de la búsqueda de una interpretación de la norma puesta, es decir, del texto legal vigente, que se pueda aproximar a lo que se entienda por Justicia, a partir de la construcción pautada en valores constitucionalmente consagrados. Se espera encontrar en la aplicación del Derecho una justicia reconfortante, a veces olvidada en las palabras de la letra fría de la ley. Ello exige al intérprete legal, además del uso de los métodos tradicionales de interpretación jurídica (histórico, literal o gramatical –filológico-, sistemático, sociológico, teleológico) también aquellos que correspondan a la contemporánea fase "Neoconstitucional" de interpretación: interpretación conforme a la Constitución, unidad de la Constitución, máxima efectividad y concordancia práctica.

13. **Camacho Ortiz** se propone analizar, partiendo de Atienza, los vínculos entre posturas aparentemente antitéticas como el formalismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Postula la siguiente hipótesis: es probable que la concepción formalista del Derecho de los prácticos se mantenga, con un nuevo ropaje y un nuevo discurso, en sistemas constitucionalizados y que esto se vea favorecido por la debilidad metodológica y teórica de algunas tesis o propuestas neoconstitucionalistas. Cree que el neoconstitucionalismo podría provocar la pervivencia de prácticas susceptibles de ser calificadas como formalistas, en primer término, porque "identificar todo Derecho con la Constitución" podría estar vinculado con el hábito de asumir que en una disposición normativa (así sea constitucional) está "todo" lo que el Derecho tiene por decir en relación con un caso. Además, considera que negar el valor de las reglas podría ser interpretado como producto de una confianza absoluta —análoga a la del "Noble sueño" al que se refería

Hart— en la capacidad normativa de los principios. Esta actitud dogmática podría además, oscurecer o debilitar la obligación de justificación de las decisiones judiciales. Así como el empleo de términos técnicos en un lenguaje oscuro y evasivo, era un rasgo a tener en cuenta para desenmascarar a un formalista en el anterior paradigma, el uso emotivo del lenguaje de los derechos, las apelaciones estridentes a la justicia y otros valores bien podría auxiliarnos a distinguir a quien practica un "neoconstitucionalismo formalista". También destaca la importancia de la transformación de la educación jurídica y la selección de los jueces en relación con la auténtica superación del formalismo jurídico, sea cuál sea el sentido que se otorgue a esa superación. Distintos autores —críticos del neoconstitucionalismo, defensores del pospositivismo o positivistas metodológicos a ultranza— insisten, quizá como nunca antes (y seguramente motivados por la renuncia, casi generalizada, a ver el Derecho como mera forma) en la necesidad de un cambio en la forma en la que el Derecho es enseñado. En opinión de la autora, es el modelo de juez (jurista, operador) argumentativo el que podría servirnos de contraste para la crítica de la práctica jurídica en un sistema constitucionalizado; para la "batalla" contra el "neoconstitucionalismo formalista".

14. Pazos aborda el tema de la interpretación intercultural en la jurisdicción ordinaria ecuatoriana a través de una sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (2014), referida al caso penal iniciado entre los pueblos Taromenani y Waorani. El Estado plurinacional de Ecuador se conforma de 12 pueblos y nacionalidades, entre ellos están los Waorani, Tagaeri y Taromenani, los primeros considerados en situación de contacto reciente y los dos últimos en aislamiento voluntario o no contactados. En 2013 ocurrieron enfrentamientos entre Waoranis y Taromenanis en los que dos ancianos Waoranis murieron, presuntamente por mano de algunos Taromenanis, y luego varios Taromenanis murieron, supuestamente por acción de los Waoranis, y dos niñas Taromenanis fueron llevadas para su asimilación en las comunidades Waoranis. Inicialmente la Fiscalía abrió una instrucción fiscal y se concedió prisión preventiva, por el delito de genocidio, tipificado en el Código Penal derogado en el 2014. El juez de garantías

penales consideró que existía una duda sobre la constitucionalidad de esa norma penal para el caso concreto y realizó una consulta a la Corte Constitucional, para que efectúe un control de constitucionalidad de la norma penal. Pazos destaca que la Corte aborda el tema de la igualdad argumentando que en el caso concreto el trato igualitario de los supuestos infractores frente a la ley implicaría una desigualdad material porque implicaría el desconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos, imponiéndose el modelo hegemónico blanco mestizo de civilización. A pesar de la extensa fundamentación y esfuerzo interpretativo, la decisión de la Corte no es concluyente en cuanto a la constitucionalidad de la norma que tipifica el genocidio en razón de que no se pronuncia sobre el caso en concreto. La Corte sabe que debe hacer una interpretación intercultural, pero esa interpretación implica acercarse a un diálogo con la otra cultura de la cual parece no tener mayor conocimiento, pues en la fundamentación no se considera o analiza este aspecto más que en términos normativos y abstractos. Ese diálogo no se efectúa, pues no podría considerarse al reconocimiento de las normas que obligan a la interpretación intercultural o a la emisión de nuevas reglas de interpretación intercultural (marco) como la interpretación intercultural en sí misma (contenido). La interpretación intercultural no se concreta ya que la Corte no interpreta las normas bajo el prisma de los sucesos, ni de las culturas de los involucrados. En los puntos en los que es ineludible confrontar los hechos conocidos con esas normas, reconoce que podría existir una cosmovisión y cultura distinta de los pueblos involucrados en el caso, pero argumenta que aquello rebasa su competencia sobre la consulta que se le plantea. Con todo, los esfuerzos de la Corte Constitucional por dar orientaciones y directrices tampoco son despreciables; paulatinamente, se esperaría que estas vayan llenándose de contenido a través de los ejercicios interpretativos que realicen los jueces y de los diálogos que puedan surgir con la propia jurisdicción indígena.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: Así como es concebible un neoconstitucionalismo formalista ¿Es posible pensar en un giro decolonial colonialista? Es decir, puede esta pretensión caer en una contradicción similar a la sugerida por Camacho Ortiz para el neoconstitucionalismo, en el sentido de que el

mero recurso a expresiones decoloniales podría terminar legitimando el mantenimiento del *estatus quo* colonialista. Al menos en el plano cultural, el supuesto giro decolonial como cuerpo teórico periférico, pero asentado sobre un cuerpo de ideas producido por los pensadores de los países centrales, resulta llamativo ¿Guarda relación esta posibilidad con la limitación epistemológica que identifica Pazos en la Corte Constitucional ecuatoriana ante el problema intercultural?

D. En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry, Renato Rabbi-BaldiCabanillas; y Renato do Espirito Santo Rodrigues y Claudia Toledo.

15. Etcheverry se propone caracterizar a los principios y distinguirlos en base a diferencias funcionales. Afirma que distintos tipos de preceptos que son denominados como principios tienen en común su utilización como particular función de fundamentación del razonamiento jurídico. Recupera esta caracterización a partir de una definición que Roscoe Pound (1959) ofreció a los principios jurídicos como "puntos de partida del razonamiento jurídico". Destaca la existencia de una cierta falta de acuerdo, ejemplificando con las divergencias entre Atienza y Ruiz Manero frente a Peczenik y Alexy, no solo acerca de qué es lo característico de un principio, sino también sobre cuáles son sus ejemplos paradigmáticos (a partir de los cuales deberían buscarse sus características fundamentales), en razón de que existe más de un significado o sentido de la expresión "principio jurídico". Apartándose de la cuestión relativa a la caracterización estructural de principios y reglas, señala lo funcional de aquellos ante el problema de la fundamentación de las decisiones. Los principios jurídicos parecen especialmente útiles para justificar las decisiones

jurídicas, ya porque logran abarcar más situaciones o casos para justificar su solución, ya porque al transparentar las razones o motivos que están detrás de los distintos preceptos facilitan que las decisiones que los siguen logren más acabadamente cumplir con los fines que se propone el derecho, o porque su fuerza obligatoria descansa sobre su propia razonabilidad. Entender los principios jurídicos como puntos de partida del razonamiento jurídico a partir de los que el derecho se hace, conoce y aplica, permite diferenciarlos según el lugar o nivel que ocupan en la fundamentación del derecho. Así, distingue el autor entre los principios que cumplen una función de fundamentación por medio de la condensación de los motivos de una determinada regulación, de aquellos que valen en sí mismos o cuya fundamentación se encuentra en su razonabilidad intrínseca. Además, Etcheverry explica la relación entre los principios y las reglas como un proceso de determinación continuo en el que la regla es una concreción de un principio y, por tanto, cuando se aplica una regla, en realidad, también se está aplicando el principio que la fundamenta.

16. **Rabbi-Baldi** aborda algunos planteamientos que tienen que ver con la teoría de la argumentación jurídica, señalando que en ciertas circunstancias se han presentado verdaderos "dilemas" en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos, en el marco de actuación de la Corte IDH. Siguiendo a Alexy y Atienza, subraya que la idea de "ponderación" tiene en cuenta el sentido y alcance de los derechos en tensión, los que son siempre modulados (medidos) en razón de las circunstancias particulares de cada caso. La "modulación" que plantea todo conflicto entre derechos constitucionales/convencionales conduce a diversos niveles en cuanto a su protección. Si ésta incluye los aspectos esenciales de cada derecho y, todavía más, aquellos elementos "no esenciales" o "periféricos" de ellos, se está ante un "equilibrio óptimo". Si, por el contario, la modulación impide tener por satisfechos los aspectos "no esenciales", el equilibro que el caso puede ofrecer es "mínimo". Pero puede suceder que ni siquiera sea posible arribar a un punto de "equilibrio mínimo", que es cuando la situación no permite esa armonización. En esas circunstancias se está ante un "dilema" por cuanto no es posible garantizar, ni siquiera mínimamente, alguno de los derechos

constitucionales/convencionales comprometidos en el caso, en tanto la elección de uno de ellos entraña, irremediablemente, la obturación del otro. El caso no es "fácil", pero tampoco es "difícil", sino ya un "caso trágico". La presencia de casos "trágicos" habla de un retroceso en el campo de la protección de los derechos fundamentales. Entroncan con el recurso al "elemento sistemático" planteado ya por Savigny y con el modelo de razonamiento retórico-tópico inaugurado por Aristóteles y que buscó dar cuenta de criterios "indisponibles" en la determinación de lo justo concreto. Rabbi-Baldi recurre como ejemplo a dos "casos trágicos" vinculados a Argentina: "Bulacio" y "Derecho", casos en los que se presentan "dilemas" entre el cumplimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad internacional por condenas de la Corte IDH y la observancia de ciertas garantías constitucionales del proceso penal como las vinculadas a la prescripción de la acción penal, el debido proceso y la cosa juzgada. El autor concluye alertando que no siempre el solo recurso al sistema interamericano de protección de los DDHH garantiza una respuesta plausible en la materia, aunque también sirva de estímulo para redoblar los esfuerzos teóricos para superar las situaciones dilemáticas que puedan presentarse. Todo esto no debería simplificarse en una mera disputa de "poder" acerca de qué ordenamiento o cuál tribunal tiene la última palabra, sino que la cuestión sería cómo esas normas y esos tribunales sirven al objetivo para el que han sido constituidos: garantizar de manera efectiva y permanente los derechos esenciales de las personas.

17. **Rodrigues y Toledo**, de modo análogo al trabajo de Rabbi-Baldi, parten del marco teórico de los denominados "casos difíciles" y someten a análisis esas categorías, a partir de dos decisiones del STF de Brasil: el *habeas corpus* que originara la "súmula" N° 25 (2009), relativa a la ilicitud de la prisión civil del depositario infiel, cualquiera sea la modalidad del depósito; y un recurso extraordinario sobre la constitucionalidad de una reglamentación de la agencia reguladora de patrones mínimos de influencia de campos electromagnéticos en instalaciones de líneas eléctricas (2016). En el primer caso, se encontraban en juego el status de los tratados internacionales, y la dignidad humana frente al principio de libre contratación; mientras que en el segundo, estaban en juego el principio

precautorio en materia ambiental y el tradicional principio de legalidad. Los autores identifican dificultades analíticas, empíricas y normativas que caracterizan a los casos difíciles: empíricas, porque se carece de criterios seguros para su descripción, tales como aparecen en el día a día forense; analíticas, porque les falta una solidez conceptual y sistemática; y normativa, porque no está claro qué se debe hacer para enfrentarlos. Frente a ello, los autores proponen un concepto unificador, considerando como esencial al concepto de caso difícil, la incertidumbre acerca de las premisas normativas y empíricas. En estos casos, será necesario desarrollar un esfuerzo argumentativo mayor en la justificación de las premisas, que a menudo traerá consigo la ponderación de principios, de argumentos empíricos y de argumentos de práctica general, dada la frecuente insuficiencia del discurso jurídico, tales como leyes, precedentes y dogmática. Por contraste, casos fáciles son aquellos en que las premisas se recogen en el derecho positivo vigente (legislación, en los países de la civil law; precedentes, en aquellos que adoptan el common law); además, no hay duda en la justificación de tales premisas. En opinión de los autores, Rodrigues y Toledo, el concepto propuesto para casos difíciles presenta las siguientes ventajas: sintetiza el origen de la ambigüedad, contradicción, laguna o desfasaje legislativo (incertidumbre sobre las premisas normativas); resalta otra causa de casos difíciles, fácilmente observable en la práctica (incertidumbre sobre las premisas empíricas); y sustituye la vaga noción de razonabilidad por el recurso al concepto más preciso de argumentación práctica general, sin perder de vista la importancia del silogismo jurídico para las decisiones judiciales

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: La tesis de la función de fundamentación de los principios es muy sugestiva y pareciera remontar a la discusión sobre la función de fundamentación de las fuentes del derecho ¿El asunto de los casos fáciles, difíciles y trágicos se reconduciría así solo a un problema de fundamentación de las decisiones judiciales? ¿Por qué la noción de argumentación práctica, en definitiva, no acusaría la misma supuesta vaguedad de la noción de razonabilidad? ¿La definición de principios como "mandatos" de optimización, no reconduce el asunto al viejo problema del imperativismo (norma=orden)?

E. En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs. iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo.

18. Cubas Júnior y Gaziero Cella revisan de modo comparativo las teorías desarrolladas por Ehrlich y Kelsen, el "Derecho Vivo" y el normativismo jurídico, para identificar los principales conceptos divergentes a partir, principalmente, de sus respectivas obras “Fundamentos de Sociología del Derecho” y “Teoría Pura del Derecho”, sin desconocer sus artículos en polémica publicados entre 1915 y 1916. Ehrlich innovó en la comprensión del derecho como ciencia y fenómeno social. Kelsen intentó elevar al Derecho a la condición de verdadera ciencia jurídica depurada de toda externalidad sociológica, antropológica o política. Sus teorías se confunden con sus proyectos de vida al punto de que puede afirmarse que no se trata de meras teorías, sino de proyectos que los autores fueron desarrollando a lo largo de sus vidas. Para Kelsen el objeto de la ciencia del derecho es la norma jurídica, siendo que la realidad social y económica sólo podrá interesar a la ciencia del derecho cuando esté prescrita. Es decir, no debe preocuparse por el análisis de la realidad, de los hechos tal como suceden. En cambio, para Ehrlich la ciencia del derecho debe valerse de la observación de las experiencias empíricas, de la forma en que el ser humano se comporta en la vida en sociedad, incluso porque esos hechos importaron en la validez de las prescripciones jurídicas. Los autores afirman, siguiendo a Castro y recordando a Larenz, que la ciencia del derecho para Ehrlich es

descriptiva e inductiva: una ciencia de hechos; mientras que para Kelsen es normativa y deductiva: un complejo de normas. Ehrlich niega el origen exclusivamente estatal del derecho, admitiendo fuentes heterónomas. De ahí su pluralismo jurídico opuesto al monismo de Kelsen. Esta concepción impone al jurista la necesidad de observar la realidad social, describir los hechos y no atenerse meramente a las palabras. El derecho no debe ser buscado en la jurisprudencia o en el producto final del proceso legislativo, sino en la observación de la conducta humana, en lo que el ser humano admite, acepta y cumple como regla que le impone la sociedad, que se encuentra en constante mutación. Kelsen, concluyen los autores, buscó desmitificar la conclusión de que la ciencia jurídica sólo sería posible como sociología jurídica, en la medida en que niega el concepto de *deber* y se centra en el análisis del *ser*, de la conexión causal. La ciencia jurídica debe responder si una conducta concreta es conforme o contraria al derecho, limitándose a constatar si está permitida o prohibida, independientemente de que la conducta sea considerada buena o mala, merecedora de aprobación o reprobación.

19. **Jourdan Markiewicz** reflexiona sobre el fenómeno de producción normativa y su interpretación judicial, durante el régimen de la Alemania nazi. Normas con apariencia de injustas, resultaban formalmente válidas por emanar del parlamento y eran aplicadas por jueces competentes. Destaca los principios sobre los cuales se asentó aquel sistema normativo que no requirió, para su eficacia, de la derogación de la Constitución de Weimar. El principio del líder resultaba la piedra angular sobre la cual el sistema jurídico nazi funcionaba. En palabras Rudolf Hess: "Hitler es Alemania y Alemania es Hitler. Todo lo que él hace es necesario. Todo lo que él hace es un éxito. Sin atisbo de duda, el Führer es una bendición divina" (1934). El autor se detiene en algunas reformas legales en materia de derecho procesal y administrativo, resultantes de la aplicación del principio de supremacía de la comunidad por sobre el individuo. Así, por ejemplo, señala Markiewicz que en materia de derecho procesal se atacó la lentitud del proceso, considerado el peor vicio que podía aquejar a la administración de justicia alemana. Entre otras medidas, se acortaron los plazos y se limitaron los recursos, lo que venía a significar la

renuncia a la seguridad jurídica. Pedagógicamente, fue exigido que se hiciese comprensible el derecho procesal para los legos, acentuándose los principios de oralidad e inmediación y se obligó a las partes a defender por encima de cualquier otra consideración, los intereses de la comunidad. En materia de derecho administrativo, frente al antiguo abstencionismo liberal, el principio aplicable en el régimen fue el intervencionismo, siendo el pueblo el verdadero sujeto de derecho. Si antes se podía hacer todo lo que no estaba prohibido, ahora sólo podría llevarse a cabo aquello que estuviera permitido: la libertad no es un concepto abstracto del que pueda disfrutar el individuo, sino un medio que el pueblo utiliza a efectos de mejorar a la comunidad. Finalmente, el autor dedica la última parte de su ponencia a trazar los ejes centrales del debate entre las concepciones iusnaturalistas y iuspositivistas, expresadas en las ideas de Gustav Radbruch y Hans Kelsen, en torno del problema suscitado con la caída del régimen y el juzgamiento de los crímenes cometidos, también, por los abogados, juristas y jueces nazis. Destaca así la modificación del pensamiento de Radbruch al virar de una concepción de corte normativista a otra iusnaturalista, con su conocida fórmula del "derecho injusto no es Derecho", cuando "la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia".

20. **Medrado y Mello Ferreira** reflexionan en torno del desarrollo de la jurisprudencia del STF brasilero respecto del discurso de odio. Para ello comparan el caso "Abib" de 2017 con el precedente "Ellwanger" de 2003. La decisión de la Corte en el caso "Abib" representa una relativización del STF en lo que se refiere a la prohibición del discurso de odio, tal como había sido entendido en el caso "Ellwanger", considerado el principal precedente brasileño sobre el discurso de odio. Allí el STF consideró que las palabras de Ellwanger –quien publicó libros revisionistas sobre la Segunda Guerra Mundial y el holocausto– representaban un discurso de odio de tenor racista contra el pueblo judío, por lo que no merecía protección de la libertad de expresión del ordenamiento jurídico brasileño. Ellwanger fue condenado a dos años de reclusión y el STF entendió en su caso que la práctica de antisemitismo debía ser considerada como racismo. Así como Ellwanger lo hizo

en relación a los judíos, también Abib claramente incitó el odio y la violencia contra los espiritistas y las religiones de origen africano en su libro "Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação". Sin embargo el STF consideró que Abib no había cometido racismo y que su discurso no podía ser asimilado al de Ellwanger. Según los jueces del STF, Abib sólo estaba profesando su religión cristiana, lo que implica cierta dosis de proselitismo. Sin embargo, Medrado y Mello Ferreira señalan que el discurso de Abib es claramente de contenido odioso, lo que puede ser evidenciado por el uso de expresiones que incitan el odio y la violencia contra otros grupos religiosos. Además, si el criterio utilizado para la configuración del discurso de odio y del racismo en el caso Ellwanger fue la peligrosidad del discurso, en el sentido de su capacidad de generar violencia contra ciertos grupos vulnerables, el STF debería haber rechazado el *habeas corpus* de Abib. Ello por cuanto son varios los casos en Brasil de violencia contra las religiones de matriz africana y el espiritismo. La decisión de la STF, concluyen los autores, lejos de representar una anomalía en la comprensión de la Corte sobre la libertad de expresión, parece indicar una tendencia a ampliar la garantía de la libertad de expresión, minimizando el temor en relación al discurso de odio establecido en la década pasada, en el caso Ellwanger.

21. **Campos Galuppo** aborda la cuestión de los discursos de odio desde una perspectiva que vincula el derecho y el psicoanálisis. La complejidad y la dimensión de las democracias modernas no permiten la participación de todos los ciudadanos en la formulación de las leyes ¿En qué medida, por lo tanto, alguien puede sentirse obligado por las decisiones de un parlamento? Tradicionalmente, la teoría democrática brindó estas respuestas: que la mayoría de nosotros o nuestros representantes, quisieron una determinada ley (regla de la mayoría); que la ley se aplica de modo neutral e imparcial a todos, incluso a aquellos que elaboraron la ley (isonomía); y que todos pueden contribuir con sus argumentos para que se elaboren las leyes, transforma de algún modo la voluntad individual en voluntad colectiva y la convierte en la vinculante (isegoría). El autor se centra en este último nivel en torno del problema de la libertad de expresión y del discurso de odio ¿Por qué deberíamos tolerar que el discurso odioso no sea siquiera pronunciado en una democracia?

Campos Galuppo recurre a categorías de la metapsicología freudiana, como el de sujeto narcisista y se pregunta ¿por qué determinados grupos, como los *skinheads*, se dedican de manera tan sistemática al discurso de odio? Responde: se debe a la identificación y la sugerencia que están en el origen de las masas sociales, como proceso de sugerencia por un líder o por una idea conductora, sumado a la identificación entre los individuos que la comparten. Pero también "el odio a una persona o institución determinada podría tener efecto unificador y provocar vínculos afectivos semejantes a la dependencia positiva" (Freud, 1921). El odio al diferente es lo que constituiría una masa como, por ejemplo, los *skinheads*. Un argumento común para limitar el discurso de odio, no es sólo porque ofende, sino también porque genera la violencia. Sin embargo, hay fuertes indicios de que las leyes que pretendían contener el discurso de odio en Alemania antes del nazismo, o en Ruanda antes de la masacre de los Tutsi, tuvieron poco efecto. La ineficiencia de tales leyes deriva del hecho de que, en etapas iniciales de violencia verbal, la prohibición legal o no será efectiva contra los casos más graves, siendo incapaz de detectarlos, o no cubrirá todos los casos de violencia. En las etapas más avanzadas de violencia, la aplicación de la ley será imposible o bien, contraproducente, produciendo mártires. Todo indica que prohibir el discurso de odio puede generar lo opuesto de lo que se pretende, porque las prohibiciones pueden aumentar o crear el sentido de opresión de grupos racistas, porque al no poder reconocer a los portadores de ese discurso, no puede identificarse el origen del riesgo latente de una nueva agresión ubicua. El autor concluye en que permitir el discurso de odio es permitir que el sujeto que manifiesta sus opiniones como odio combata su propia incapacidad para el duelo. El debate franco implica un riesgo inherente a la propia Democracia. Pero si no podemos confiar en los ciudadanos asignándoles total autonomía para presentar en la arena pública del debate todas sus opiniones, entonces haríamos mejor en sustituir la democracia por la aristocracia platónica, o por el despotismo esclarecido, o incluso por el estado “hitlerista”. Sin una fe incondicional en el ser humano, no tiene sentido la Democracia.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: Retomo la pregunta de Campos Galuppo ¿Por qué deberíamos tolerar que en una democracia el discurso odioso ni siquiera pueda ser pronunciado? ¿Podría identificase en la tendencia que traza el caso "Abib" del STF e identifican Medrado y Mello Ferreira, esa mayor confianza de la que habla Campos Galuppo? Y de nuevo el asunto del debate público de los ciudadanos, suponiendo aun que se confía en ellos/ellas con total autonomía ¿qué hay de aquellos/as que no tienen acceso, ni voz, ni representación en el debate público?

F. Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasilero, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo y Bernard dos Reis Alo.

22. **Lacombe Camargo** propone pensar en torno de proceso de *impeachment* por el cual se apartó del cargo en 2016 a la ex Presidenta Dilma Rousseff, según la autora, de manera inconstitucional por incoherencia e inconsistencia. El *Impeachment* fue introducido en Brasil con la Constitución de 1891, que instituyó la República y la Federación tras el golpe que destituyó a la monarquía, sin mayores discusiones en la constituyente y más bien como algo inherente al presidencialismo. Pero el presidencialismo no cuenta con la dinámica de poder compartido entre jefe de gobierno y parlamento, sino que fue diseñado en contraposición al parlamentarismo. Previó el *impeachment* como salida para situaciones extremas, en que las instituciones y la propia Constitución se encuentren amenazadas. No basta, como en el caso brasileño, aplicar uno u otro dispositivo aislado de la ley que prevé las hipótesis de *impeachment*, sino que estas hipótesis deben estar conectadas al estándar que orienta su aplicación: la amenaza extrema de poner en riesgo la Constitución y todo lo que representa para un Estado Democrático de Derecho. Brasil sufrió un golpe parlamentario en 2016 bajo el ropaje

del *impeachment*. Para ello, el Partido de la Social Democracia Brasileña, derrotado en las elecciones de 2014, se aprovechó del índice de impopularidad de la Presidenta electa, resultante de la crisis económica internacional y de la propaganda de los medios de comunicación, aliada a grupos neoliberales descontentos con el cuarto mandato consecutivo del Partido de los Trabajadores. Nada más fácil que buscar algún posible desliz en uno de los varios dispositivos de la Ley 1079/50, que reglamenta el *impeachment* con riqueza de detalles. Así, Rousseff fue acusada de incumplir la Ley de Responsabilidad Fiscal, con las llamadas "pedaladas fiscais", que consisten en el retraso del pago de beneficios, subsidios y subvenciones concedidos por el gobierno, a los bancos públicos; y no respetar la Ley Presupuestaria, al expedir decretos para la apertura de crédito suplementario sin la autorización del Congreso. Una gama de posibilidades de *impeachment*, al alcance del poder legislativo como ocurren en Brasil, fácilmente se transforma en un arma poderosa contra el presidente indeseado y en algo semejante al parlamentarismo. El presidencialismo no presupone un gobierno dependiente del poder legislativo, sino que fue creado para ser un gobierno fuerte y eficaz, pero resistente a la tiranía, si se verificaron sus orígenes históricos. Se prevé la figura del *impeachment*, ya conocida de los ingleses, como válvula de escape para el pueblo, cuando éste se sienta traicionado o subyugado. No se trata de un arma al servicio de la política, sino de un arma jurídica en defensa de la soberanía popular. La incoherencia está en la falta de respeto al principio democrático, base de la Constitución de 1988; y la inconsistencia, en la contradicción entre el uso indebido del *impeachment* y el sistema de gobierno presidencialista.

23. **Reis Alo** traza una breve historia de la asistencia jurídica pública y gratuita en Brasil, indagando sobre sus raíces en las Ordenanzas Filipinas, que garantizaban la gratuidad de ciertos recursos judiciales a los pobres, y que rigieron hasta 1916. La legislación portuguesa solo replicó lo que se conocía en Europa: el pago de las costas judiciales a los que resulten necesitados y proporcionarle abogados que, por simple generosidad, prestaran gratis sus servicios a esas personas. Se trataba de asistencia judicial gratuita, pero dependiente de la caridad

de los profesionales. El autor hace una síntesis de los hitos históricos y legislativos del instituto, hasta llegar a su reconocimiento en la Constitución Federal de 1988 como atribución de la Defensoría Pública de la Unión. Paralelamente, expone la concepción moral y filosófica, que en su opinión, subyace como fundamento en cada etapa histórica. Concluye así en que el proceso de constitucionalización de la asistencia jurídica y la Defensoría Pública, se desenvolvió en el plano teórico de la evolución moral del concepto de igualdad, desde la desigualdad inspiradora de la obra de Aristóteles, pasando por la igualdad formal kantiana, llegando finalmente a la igualdad material infundida por Rawls. La igualdad de Rawls busca ecualizar desigualdades y oportunidades, destacando la idea de maximizar el favorecimiento del que está en peor posición social, así como el principio de igualdad de oportunidades, haciendo las más diversas posiciones sociales accesibles a todos. El autor vislumbra en esa teorización la base de la asistencia jurídica estatal gratuita y la noción de equilibrar a las partes, a través de un servicio estatal gratuito de asistencia jurídica.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Guarda alguna relación la ilegitimidad o inconstitucionalidad de la aplicación de las reglas del *impeachment* por no adecuarse al principio constitucional que regula el instituto, como sugiere Lacombe Camargo, con la tesis de la función de fundamentación sostenida por Etcheverry? ¿Podría pensarse este caso como el de la aplicación de una regla que no realiza el principio que la fundamenta? Respecto de la Defensa Pública en Brasil, si se la piensa en función del alcance concreto y real que ella logra en la práctica cotidiana, considerando los factores de infraestructura, presupuesto, dotación de personal, etc., ¿se puede sostener aún que ella cumpla la función de "maximizar el favorecimiento del que está en peor posición social"? ¿Realmente alcanza con ello para equilibrar a las partes en los procesos judiciales? ¿Qué hay de los factores estructurales de la desigualdad?

i-Latina 1 (2019): 1-22
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.23

Relatoría "Nuestros clásicos"

HENRIK LÓPEZ STERUP
Universidad de los Andes
hlopez@uniandes.edu.co

RESUMEN

El relator expone el contenido de las seis ponencias presentadas, y pese a las diferentes temáticas de cada una, resalta como denominador común el aporte de cada jurista latino analizado a la filosofía del derecho, y por ello destaca la importancia de dichos aportes dotándola de una perspectiva de reconstrucción de los conocimientos.

PALABRAS CLAVE: teoría egológica, enseñanza del derecho, tridimensionalismo jurídico, fenomenología jurídica, post positivismo, interpretación jurídica, normas.

ABSTRACT

The rapporteur exposes the subjects of the six presented papers, and besides the different topics of each, highlights as a common denominator the contribution of each Latin jurist analyzed to Legal Philosophy, and therefore distinguishes the importance of these contributions by giving it a perspective of reconstruction of knowledge.

KEYWORDS: egological theory, teaching of law, juridical three dimensionalism, phenomenology of law, post positivism, legal interpretation, rules.

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

Intentar hacer una reseña de los textos sobre nuestros clásicos que me ha correspondido el honor de hacer ha resultado en una tarea compleja. Para el panel se han presentado seis ponencias que tienen distintos niveles, pues hay presentaciones que van desde la biografía académica de un filósofo del derecho hasta quienes proponen un cuestionamiento de un postulado específico de otro.

Dado que se trata de sólo seis ponencias, he tenido que desechar el modelo que adoptó MANUEL ATIENZA en la relatoría de este panel en el congreso celebrado en Alicante en 2016, pues en dicha ocasión había un sinnúmero de trabajos con el objetivo de presentar una amplia diversidad de autores. En esta ocasión, cada texto se refiere a un autor distinto.

Dado ello, intenté identificar un hilo común a los seis textos, que permitiera organizar la relatoría. La primera opción fue por el origen de los autores. Sin embargo, me encontré con dos autores nacidos en América del Sur, dos nacidos en Europa y que terminaron trabajando en América y dos autores nacidos y que trabajan en Europa. Este camino, claramente, no ofrece un medio razonable de relacionarlos.

Otro camino fue el de considerar la temática de los textos presentados al panel. Me encontré con dificultades similares, pues dos textos hacen un análisis a obras puntuales de los profesores investigados, dos textos analizan un aspecto central de la obra teórica de sus autores estudiados, otro presenta las tesis centrales de la propuesta del autor analizado y el último hace una semblanza de su vida intelectual.

El criterio cronológico tampoco me aportó un medio de relacionar los autores, los textos y sus ideas, pues se desarrollan en momentos distintos. Así, si bien algunos textos de los autores se construyen en la primera mitad del siglo XX, aspectos centrales de sus tesis son elaboradas en los finales de los años sesenta o de los setenta y, otros, presentan las tesis analizadas en el siglo XXI.

Así, opté por hacer una presentación de cada una de las ponencias, siguiendo un criterio desde la abstracción hacia la concreción y, si fuere posible, una reflexión final unificadora.

Comienzo por el texto de Diego LUNA sobre la obra del iusfilósofo argentino Carlos COSSIO. Este texto, como lo presenta el propio profesor Diego LUNA, "en gran medida... reproduce el texto presentado" en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino y justifica la presentación de nuevo del texto para este congreso "en la necesidad de garantizar la mención de un clásico que no debe estar ausente en el ámbito latinoamericano" (1).

No es objeto de esta relatoría entrar en discusiones sobre si el cubrimiento dado a un ilustre iusfilósofo fue o no suficiente en la pasada edición de este congreso. Baste al respecto, primero, presentar de nuevo lo reseñado por el profesor ATIENZA en dicha oportunidad:

> Y llegamos finalmente al país latinoamericano que ha conocido el mayor desarrollo de la filosofía del Derecho en el pasado reciente: La Argentina. Diego LUNA, en su contribución "Carlos COSSIO: pinceladas iusfilosóficas y biográficas de uno de los más eminentes representantes de la cultura latinoamericana", tiene mucha razón al recordarnos que "por lo que se refiere a la filosofía del Derecho en Argentina", pero seguramente no sólo en Argentina, "todo empezó con COSSIO". Carlos COSSIO (1903-1987) fue probablemente el primer filósofo del Derecho latinoamericano que creó una teoría y una escuela iusfilosófica con amplia repercusión fuera de su país. Una teoría que interesó a algunos de los más grandes filósofos del Derecho de la época, como KELSEN, o como el propio BOBBIO; este último consideraba (en la temprana fecha de 1939) a COSSIO como "un filósofo del derecho con el cual es posible entenderse. Tiene nuestras mismas preocupaciones y entre ellas, principalmente, la de no hacer de la filosofía del derecho el uso de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones.
> Aun sabiendo que una cosa es la filosofía del derecho y otra es la ciencia jurídica, y que los juristas esperan inútilmente que de la filosofía provenga la solución a sus problemas, que son exclusivamente científicos (...), COSSIO está convencido que nuestra disciplina deba aproximarse a la vida concreta del derecho, si quiere vencer la batalla contra la indiferencia y la hostilidad de los juristas".

> Probablemente el rasgo más característico, más valioso, de la teoría egológica fundada por COSSIO haya sido su insistencia en señalar que el Derecho no consiste únicamente en la norma jurídica y en ver el Derecho como un fenómeno social. Una aproximación al Derecho que le permitió darse cuenta de la importancia de ciertos temas que luego han adquirido un gran protagonismo: la trascendencia de la función judicial, la imposibilidad de un estudio puramente neutral del Derecho o la necesidad de ocuparse de las relaciones entre el Derecho y la ideología (que le llevó a aproximarse al marxismo). Todo lo cual está en la base de la crítica que efectúa a los jueces argentinos por incurrir en formalismo, aunque ello no supusiera tampoco una llamada al activismo judicial, sino, diríamos, una exhortación a los jueces para sumir una actitud más activa: "¿Por qué –se preguntaba COSSIO en 1961- los jueces argentinos, en general y en forma permanente, están poseídos de una timidez jurídica que llega, con frecuencia, a una verdadera cobardía jurídica? Nos referimos –aclaraba- al agudo fetichismo gramatical hacia la ley advertible en nuestros jueces".
> Por lo demás, COSSIO se planteó también –como muy oportunamente señala Luna- aproximadamente el mismo tema central de este Congreso, la pregunta de si es posible una filosofía del Derecho regional, latinoamericana, a la que daba esta respuesta:
> "El requisito primordial para poder hablar de una filosofía del derecho latinoamericana es que en esta área geográfica se haya 'estrenado' por lo menos un planteamiento nuevo de absoluta 'universalidad' filosófica sobre algo 'fundamental' concerniente al derecho".
> Y, en fin, como muestra de la universalidad que tanto anhelaba COSSIO, quizás no pueda aducirse un mejor testimonio que el de Kelsen, un autor cuya obra COSSIO contribuyó sin duda a introducir en el mundo latinoamericano, a pesar de que nunca dejara de manifestar algunas discrepancias de fondo. El texto de KELSEN es este:
> "En mis conferencias he puesto de relieve de un modo absolutamente inequívoco las diferencias básicas entre la teoría pura del derecho y la teoría egológica (...)
> COSSIO es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Es una personalidad fascinante y sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas" (p. 9).

Segundo, a lo reseñado por el profesor ATIENZA cabe añadir lo siguiente. La semblanza que hace el profesor LUNA recoge una faceta que se torna central hoy en día. COSSIO no sólo fue un significativo iusfilósofo, sino que tuvo un rol activo en la discusión en torno a la función de la universidad y la enseñanza del derecho. En esa línea cabe destacar su afán por que la enseñanza del derecho (y, al parecer, la

universitaria en general) no se quedara en lo que llamaba la "propaganda personal puramente verbalista" (9), sino que debía reconducirse hacia un análisis científico sobre la realidad, sobre los hechos y a partir de los hechos, de manera que trascienda del puro hecho de decir hacia el hecho de hacer, ya que "la realidad está en lo que se hace y no en lo que se dice"(9), con lo que se reafirma su talante cercano al marxismo, tal y como lo había reseñado el profesor ATIENZA en la pasada conferencia.

Finalmente, si bien es indudable que falta ahondar en el pensamiento de COSSIO, al igual que sobre muchos otros iusfilósofos que hablan desde las lenguas latinas, la ponencia del profesor LUNA es apenas un abrebocas, que claramente se corresponde al título de la ponencia: pinceladas iusfilosóficas y biográficas.

El segundo documento por reseñar es la presentación de Miguel Ángel CIURO CALDANI. Su documento se titula "Comunicación: Werner Goldschmidt" y consiste en una sucinta exposición sobre la vida pública de Werner GOLDSCHMIDT y su teoría en torno al tridimensionalismo jurídico. En cuanto a su vida pública, CIURO CALDANI relata cómo GOLDSCHMIDT, luego de que el nacional socialismo subiera al poder, salió de Alemania hacia España, donde ejerció como abogado desde 1945 y llega a la Argentina en 1948, comenzando una carrera como profesor de diversas universidades. En ese país, en 1956 su labor como docente se vio interrumpida por razones ideológicas, pero logró reanudarlas a partir de 1959. Según CIURO CALDANI dicho "desarraigo forzoso y la falsedad de muchas declamaciones de derechos que no llegaban a concretarse en la realidad" (2) tuvieron un profundo impacto en la obra de GOLDSCHMIDT.

CIURO CALDANI se dedica, luego, a una larga exposición sobre la teoría tridimensional, mostrando no sólo su influencia en otros teóricos, en particular en el profesor Miguel REALE en Brasil, sino, y, sobre todo, su actualidad. Según el expositor, GOLDSCHMIDT buscó superar las limitaciones que identificaba en la teoría de Kelsen y, en algún momento, se apoyó en y coincidió con los planteamientos del profesor Carlos COSSIO. Al parecer, el distanciamiento se

produce por "su deseo de un desarrollo más firme de la teoría de la justicia" (3), lo que lo llevó a la publicación de su texto "La ciencia del derecho (DIKEOLOGÍA)" en 1958, que sentaría las bases para la formulación de la teoría trialista en el texto Introducción al Derecho de 1960 y de manera definitiva en su obra "Introducción Filosófica al Derecho" de 1967, teoría que consiste en, según el propio GOLDSCHMIDT, en un desarrollo del tomismo.

Pues bien, la teoría trialista, según la exposición de CIURO CALDANI, tiene como eje la justicia y busca la comprensión de lo jurídico a partir de la integración de la teoría de la norma, la realidad social y el sistema de valores. El objetivo de dicho planteamiento es lograr el "desenmascaramiento de la realidad social que los poseedores del poder suelen tratar de ocultar en las normas o en consideraciones valorativas", lo que nos lleva de pleno a la anticipación (de alguna manera) de los actuales planteamientos del movimiento del *Critical Legal Studies* a partir de su lectura de FOUCAULT y DERRIDA.

Sin embargo, en contra de estas tesis actuales, según se desprende del planteamiento de CIURO CALDANI, la teoría trialista de GOLDSCHMIDT no parte de la imposibilidad del derecho o de su negación. Por el contrario, al integrar las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, el derecho se comprende en relación con el resto del mundo (5). La dimensión sociológica está construida en torno a la distribución bien sea natural o por la acción humana. Estos, al parecer, son el centro de atención. En torno a la distribución interesa a GOLDSCHMIDT lo que llama repartos, que es aquello que se distribuye, los repartidores y los recipiendarios. Los repartidores son aquellos que formal o materialmente distribuyen las potencias o impotencias. Se trata no sólo de los repartidores formales, que actúan mediante canales institucionales y cuyas razones son públicas, sino también aquellos que actúan soterradamente, los poderosos, cuyas razones son ocultas. Estos son quienes deben ser desenmascarados (6). Ahora, el objeto de la distribución no sólo se limita a aquellos beneficios y cargas explícitas, sino también aquellos beneficios o cargas que vienen acompañadas para la persona o, por ejemplo, sus allegados (7). CIURO

CALDANI ilustra esta situación con la privación de la libertad que viene acompañada (y que es silenciada), al menos en América Latina, con el sufrimiento derivado de las condiciones de las cárceles. Esto sugiere una anticipación a las teorías distributivas, que están en la base de algunos actuales estudios feministas desarrollados a partir de planteamientos anglosajones.

Estos repartos pueden ocurrir bien sea de manera autoritaria o mediante acuerdos autónomos. Este punto es central, pues, señala CIURO CALDANI, para la teoría trialista la autonomía "es jurídica por sí misma, sin necesidad de alguna referencia a la autoridad" (9), lo que marcaría una significativa distancia frente a otros autores.

En cuanto a la dimensión normológica, GOLDSCHMIDT considera que la norma es "la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero". Así, el objeto de la norma sería el cumplimiento del reparto. Planteado de esta manera, y alejándose de las teorías tradicionales, en particular la kelseniana, la concepción de GOLDSCHMIDT de norma "no es esencial a la teoría" (9).

Respecto de las fuentes de las normas, CIURO CALDANI señala que GOLDSCHMIDT distingue entre fuentes reales y las de conocimiento. Estas últimas constituyen la doctrina jurídica. Las fuentes reales dividen en materiales, compuestas por el reparto mismo, y las formales, compuestas por "las autobiografías (relatos) de los repartos" (10). Esto, *prima facie* nos lleva a los Critical Legal Studies y movimientos posteriores, que han identificado en la construcción de relatos o narrativas una forma distinta de aproximarse a las relaciones entre derecho y sociedad y, más que todo, para la construcción u ocultamiento de identidades y de relaciones de dominación.

El funcionamiento del derecho depende, en buena medida, de la identificación de esos poderes reales, a fin de que se impida que los repartidores manipulen la normatividad. Así, GOLDSCHMIDT se aleja de los realistas, los CLS y demás

movimientos contemporáneos en que no relega el Derecho a un lugar secundario, sujeto a los poderes reales y la manipulación de los repartidores. Muestra, más bien, el riesgo de las tesis normativistas en tanto que reduccionistas.

Las anteriores dimensiones están íntimamente relacionadas con la dimensión dikeológica, que reconoce valores naturales, sean estos absolutos, relativos y fabricados. En este punto interesa destacar que el valor absoluto justicia es dependiente de las circunstancias, en clara inspiración aristotélica.

Como punto final de esta relación, cabría señalar que GOLDSCHMIDT reclama un régimen humanista y no totalitario. Esto se advierte tanto en la demanda de trato digno (el individuo como fin en sí mismo) como en el valor de la autonomía como fuente de la justicia de los repartos. En otras palabras, democracia. Pero dicha democracia, lo que releva una interesante postura política, debe conducir a la protección de la persona "en todos los frentes: contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo 'lo demás' (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.)" (13), que no son más que las demandas consagradas en los tratados de derechos humanos universales, europeos y americanos.

El tercer documento para reseñar es el de Jorge Alonso BENITEZ HURTADO. Su documento nos trae el pensamiento del jurista ecuatoriano Jorge VILLAGÓMEZ YÉPEZ. La ponencia se centra en los planteamientos que, en 1946, hiciera el jurista en su obra "Introducción a la filosofía del derecho". Según relata BENITES HURTADO, Jorge VILLAGÓMEZ YÉPEZ no solo fue jurista, sino que también estuvo vinculado a la vida pública ecuatoriana, siendo diputado, senador y canciller, así como embajador ante diversas instancias internacionales. Si bien BENITES HURTADO no lo menciona, VILLAGÓMEZ YÉPEZ fue presidente del Instituto Indigenista Interamericano y, en 1953, actuando en calidad de presidente del consejo directivo de dicha entidad señaló que celebraba las actuaciones del instituto en pro del "redescubrimiento del indio americano". Este punto se trae a colación a fin de

comprender más hondamente el sentido humanista que RECASENS SÍCHES reconocía en la propuesta teórica de VILLAGÓMEZ YÉPEZ.

El punto de partida para comprender dicho sentido humanista es la manera en que, según el ponente, VILLAGÓMEZ siempre vinculó el Derecho y sus problemas filosófico- jurídicos con la realidad (2), ubicando el conocimiento del Derecho en un debate sobre el quehacer del iusfilósofo. Comienza el ponente por presentar una idea, al parecer central en la obra de VILLAGÓMEZ, referido a lo que este autor denomina gnoseología jurídica. Según entiende, la filosofía del derecho no tiene como tarea aventurarse en disquisiciones sobre el conocimiento, tema propio de la disciplina filosófica. Antes bien, a partir de las distintas líneas que desde la filosofía se ofrecen en este punto, la filosofía del derecho se aproxima a su objeto de estudio. Así "lo que hace la filosofía del derecho es escoger esa teoría del conocimiento que la filosofía le entrega como verdadera" (4). Así, aprovechando la discusión filosófica, VILLAGÓMEZ advierte que la gnoseología jurídica "ha dejado de ser perífrasis ornamental", pero se enfrenta al riesgo de que, al superar el "molde aristotélico" se termine en el "supino del neokantismo" (5), en particular del kelseniano.

Así, termina por proponer lo que, en términos actuales sería una especie de constructivismo, pues vincula claramente el conocimiento con una experiencia social. En efecto, VILLAGÓMEZ señala que "el conocimiento no puede ser, ni será nunca, cuestión unilateral de una sola razón o de exclusiva experiencia, sino de cooperación y síntesis" (6).

Dicho conocimiento, en particular en el caso del Derecho, es producto de la transformación social, lo que remite a una lectura histórica del derecho o, al menos, a reconocer en su historia la construcción de sus conceptos esenciales. En esa medida, se trata de una teoría del derecho que la entiende a partir de sus vivencias pues "todo lo que ha sido o es real, ha tenido alguna efectividad o ha alcanzado su expresión en materia jurídica... será dominio de la Morfología" (6). De ahí que condene el que los estudiosos del Derecho lo traten como una abstracción o exclusivamente desde sus elementos empíricos. A partir de lo anterior, la morfología

del Derecho, esto es, "la doctrina de las vivencias del derecho" (6) dependa de comprender e integrar el conocimiento sobre los fenómenos sociales, que definen la unidad del derecho, sobre la historia, que explican su variedad, y los ciclos de cultura, que dan sentido a la totalidad del derecho.

El último punto que resalta BENITES HURTADO está relacionado con la fenomenología jurídica. En este punto parece que VILLAGÓMEZ sigue a SCHREIER, identificando el acto jurídico como acto fenomenológico central para axiomatizar el Derecho. Esto le permite apoyarse en KELSEN, en tanto que éste identifica más precisamente la proposición jurídica como dicho acto fenomenológico. El siguiente paso es identificar el objeto del Derecho, el cual es fijado por VILLAGÓMEZ en la norma y que, siguiendo a SCHREIER, debe ser abordado desde lo que llama la Lógica (9).

Ahora bien, es claro que VILLAGÓMEZ, siguiendo la postura que inicialmente se ha reseñado, no asume una tesis definitiva, sino que advierte que faltan desarrollos fenomenológicos sobre el derecho, toda vez que "la tentativa fenomenológica en el campo del Derecho es sumamente vacilante, tanto que de las investigaciones verificadas no se sabe qué advertir si se trata de simple positivismo desusado derecho natural" (9).

Para concluir este apartado, cabe destacar un par de puntos que recalca BENITES HURTADO sobre lo que VILLAGÓMEZ concibe como esencia del derecho. De una parte, el reconocimiento del carácter humano del derecho. Esto, por oposición a las tesis que, desde la escolástica, pretenden un vínculo jurídico entre Dios y las personas. Por otra, el carácter bilateral del derecho, idea ésta concebida a partir del derecho privado (civil se diría en la época), pues el Derecho acerca "los individuos mediante la reducción de sus pretensiones", generando igualdad. Finalmente, el carácter regulador del derecho, consistente en que se proyecta de manera práctica sobre los individuos, proporcionando "un principio de acción que estimula todos los órdenes de la vida". Este principio de acción o razones para la

acción en línea con RAZ, en todo caso, ha de responder a las exigencias sociales de cada momento (12). Ámbito este en el que ha de revelarse la justicia, el cual es el principio por el cual "el derecho arraiga en la voluntad del hombre y de los pueblos para unirlos y emplazarlos a cumplir sus mandatos". Por esto rechaza que los problemas de la justicia y el ideal jurídico que lo encarna se hayan relegado "con todos los problemas anexos a un campo de concentración *metajurídico*" (13).

Continuando con el criterio antes mencionado, sigue el texto de Marcela NERY y Mariana MUSSE, que trata de una reseña de la obra de Manuel ATIENZA, "Filosofía del Derecho y transformación social". La razón que las autoras tienen para incluir a Manuel ATIENZA entre nuestros clásicos no es clara, pues ellas indican que han seleccionado el texto que analizan por su actualidad y por proponer una filosofía del derecho para el mundo latino. No corresponde al relator entrar a debatir este punto. La presentación que se hará intentará seguir de la manera más fiel posible la aproximación de las profesoras NERY y MUSSE al texto del profesor ATIENZA. La ponencia no pretende abarcar los 10 capítulos del libro, sino centrarse en aquellos puntos que ellas consideran centrales. Estas ideas están marcadas por la idea de una continuidad entre derecho y moral y la insuficiencia explicativa del positivismo. El primer punto que consideran es la comprensión del derecho como una práctica social. Según las autoras, la dimensión finalista o valorativa del derecho se corresponde al derecho como práctica social (3). Entienden que ATIENZA acusa al normativismo de proponer una visión externa sobre la sociedad (el derecho como organización externa), dejando de lado "la noción de que el Derecho también es, al mismo tiempo, un sistema de fines" (3). Esto estaría vinculado a la idea del Derecho como práctica social pues, al tratarse de un artefacto social complejo inventado para cumplir ciertos propósitos sociales, en contraposición de los objetos naturales. Esos propósitos explican la primacía de la dimensión axiológica o finalista sobre la organizativa o autoritativa del derecho, lo cual lleva a vincular la práctica jurídica con valores morales objetivos (4). Una caracterización así del derecho permitiría que la filosofía del derecho no se centrara exclusivamente en conceptos abstractos alejados de la realidad, sino que permitiera un acercamiento a los no filósofos y, más

aún, lleve la filosofía al plano práctico. Tanto el normativismo, como la falta de una teoría argumentativa del derecho, dificultarían esta transformación.

El segundo punto que analizan es la idea de una filosofía del derecho para el mundo latino. Esta tarea enfrenta, señalan las autoras, dos dificultades. De una parte, el formalismo arraigado en el mundo latino, que "reduce el derecho a reglas y o aísla de otros fenómenos sociales y culturales" (5) y el neoconstitucionalismo que reduce el derecho a principios y valores. La propuesta de ATIENZA, según lo comprenden las autoras, se centra en rescatar la dimensión argumentativa del derecho (6), a partir de una perspectiva pragmática que, por una parte, no abandone el método analítico. Por otra parte, espera que la filosofía del Derecho no sólo vincule la filosofía universal con los desafíos y desarrollos locales, de manera que logre una "regionalización del conocimiento" más cercana a la cultura existente y funja como mediador entre lo local y lo universal, sino que también contribuya a la transformación social. Esto último, se lograría mediante la atención de los problemas más relevantes, "que estaría fijado por los intereses de la comunidad jurídica" (6). Así, ellas entienden que ATIENZA busca conciliar teoría y práctica, al proponer una aproximación al Derecho que convierta en operativas las construcciones doctrinarias, conecte la filosofía del Derecho con la filosofía general y los demás saberes sociales y, finalmente, se apoye en el método analítico y el objetivismo moral.

En el siguiente acápite se centran en la ponderación y la dogmática. En cuanto a lo primero, recogen la manera en que entienden las respuestas de ATIENZA a los señalamientos de que la ponderación es casuística y que ella se contrapone a la subsunción. Respecto del casuismo, sostienen que la tesis de ATIENZA es el carácter excepcional de la ponderación, lo que permite asegurar el mantenimiento del principio de universalidad, y frente a la subsunción, que la ponderación no la contradice, en tanto que se ponderan principios para generar reglas que son tratadas mediante subsunción. Ellas destacan que ATIENZA entiende la ponderación como un ejercicio de racionalidad práctica, que más que una cuestión de seguir o no reglas, incorpora elementos como universalidad, coherencia, adecuación de las

consecuencias, atención a moralidad crítica y razonabilidad (9).

Respecto de la dogmática inician con la idea de que la dogmática jurídica es una técnica y una praxis. La tecno-praxis se deriva del encuentro, en la dogmática, de la razón instrumental y de la razón práctica.

Finalmente, terminan con un estudio sobre la filosofía de Derecho y transformación social. La sección comienza con el señalamiento de que ATIENZA considera insuficientes los planteamientos positivistas y de la teoría crítica. Frente a los positivistas, ellas entienden que ATIENZA cuestiona su carácter reductor, que impide considerar el derecho como un fenómeno social. Más precisamente, las tesis sobre el análisis del lenguaje impiden ubicar el derecho dentro de un contexto social e histórico y lo aíslan de la filosofía política y la filosofía moral (10).

Este aislamiento afecta la aproximación iusfilosófica de occidente y es evidente frente a las ciencias sociales. En concepto de las autoras, ATIENZA propone una teoría que supera ese aislamiento mediante una "concepción del Derecho más amplia, que sea capaz de percibir la transformación social, es decir, la emancipación social como objeto de estudio" (10).

Respecto de las teorías críticas, ellas también se revelan insuficientes, bien sea por sus insuficiencias teóricas que les impide comprender a la sociedad o de promover la transformación social, bien por que terminan por entender el derecho de manera incompatible con la sociedad o como simple medio para obtener valores jurídicos (11).

Ante este panorama, ATIENZA propone el llamado post-positivismo, en el cual el derecho se entiende "tanto como sistema de normas como práctica social por medio del cual se realizan fines y valores" que, apoyados en razón práctica permiten llegar a una sociedad justa. Como soporte de esta escuela, ATIENZA propondría un sincretismo metodológico, producto de tomar elementos importantes y valiosos de

la tradición positivista y la iusnaturalista.

La selección de los puntos analizados no es casual, pues NERY y MUSSE entienden que recogen los elementos que ATIENZA propone como condiciones para que un proyecto de filosofía del Derecho post-positivista prospere.

El texto que nos presenta José CHAVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO trata de la obra del profesor Luis RECASÉNS SICHES. Lleva por título "Luis Recaséns Siches: precursor hispánico de las teorías de la argumentación jurídica". A diferencia de los textos anteriores, dirigidos a tratar a un autor o a un texto de manera general, la ponencia del profesor CHAVEZ-FERNÁNDEZ busca mostrar que en la teoría de RECASÉNS se encuentra elementos precursores de las teorías de la argumentación jurídica y, de manera más precisa, que "es posible encontrar al menos dos elementos de la mayor relevancia que pueden ser de utilidad para renovar las teorías de la argumentación jurídica actuales en orden a su mejor conexión con la realidad". No se entrará, entonces, a hacer una revisión de la vasta obra de RECASÉNS, ni se hará mayor referencia a su biografía, salvo lo que sigue. RECASÉNS se formó en la España de la preguerra civil, con marcada influencia de José ORTEGA Y GASSET. Luego estudió con DEL VECCHIO en Italia, con STAMLER, SMEND y HELLER en Alemania y con KELSEN en Austria. Luego de afincarse en México, dictando clase en la UNAM, estuvo una temporada en la *New School for Social Research* y en la Universidad de Nueva York. Considero que ello es de la mayor relevancia pues muestra cómo sus planteamientos teóricos son expresión de un vastísimo conocimiento de las diversas teorías jurídicas que confluyeron en los siglos XIX y XX. Precisamente algunas de sus obras contienen interesantes presentaciones y críticas a los diversos autores y corrientes a los que tuvo acceso RECASÉNS y que, al margen de la postura que se tenga ante sus teorías, obliga a reconocer en él un elemento valiosísimo en el quehacer del iusfilósofo: el permanente esfuerzo por enfrentar sus ideas a aquellas en boga. Entremos, pues, en la ponencia de CHAVEZ-FERNÁNDEZ.

El punto de partida del análisis de CHAVEZ-FERNÁNDEZ es lo que denomina

las tesis fundamentales sobre interpretación jurídica. En este punto, destaca la idea de RECASÉNS sobre la relación entre la lógica formal y el derecho. Señala cómo el autor rechazó el intento por reducir el derecho a la lógica de lo racional o la científica y, en igual medida, la sentencia judicial a un silogismo. El derecho sería para RECASÉNS un fenómeno práctico, ligado a "un proceso eminentemente valorativo – sobre todo ético o moral – de adecuación de medios a fines y de consideración de los diversos intereses en juego" (5), de manera que el Derecho no se agota en la Constitución o en la ley, sino que culmina en la norma individual, la sentencia. Debido a ello, la lógica formal no tiene mayor utilidad, pues la atención ha de fijarse en el "hallazgo y justificación de las premisas fácticas y normativa correctas" (5). Esta corrección se entendería en clave de justicia, de suerte que la lógica de lo razonable apuntaría en dicha dirección y justificaría que, más que un determinado método de interpretación, el juez se enfrenta a la tarea de seguir el método que le lleve a la solución más justa. Sólo esta aproximación puede enfrentar los dilemas cotidianos y las realidades concretas propias del quehacer judicial. Esto le lleva a decantarse por un método aporético, donde el problema, antes que el sistema, sea el camino metodológico que seguir, el cual estaría "bajo la guía de la prudencia, entendida desde su sentido principalmente aristotélico como virtud no sólo intelectual, sino también moral" (5). Esta sería la base para reconocer a RECASÉNS como precursor hispánico de las teorías de la argumentación.

Pasa a seguir con las ventajas de las teorías actuales. Identifica tres elementos que considera claves. En primer lugar, las distinciones entre el contexto de descubrimiento y el de justificación y los aspectos internos y externos de la justificación, que permiten prestar atención a los aspectos de lógica formal y material de la argumentación jurídica. En segundo lugar, la conversión de los criterios clásicos de interpretación, "a manera de razones o formas de argumentos que operan dentro del razonamiento jurídico justificatorio" (8). Finalmente, el esfuerzo por "traducir la razón práctica en una metodología global con pretensiones de sistematicidad" (8).

Frente a estos desarrollos, CHAVEZ-FERNÁNDEZ considera que las tesis de

RECASÉNS ofrecen algunas ventajas sobre teóricos como ALEXY o MACCORMICK. De una parte, el autor analizado tiene, siguiendo a Aristóteles, un asidero sociológico o social directo y de carácter experiencial, frente al modelo procedimental-ideal que ALEXY, siguiendo a Kant, propone. Esto, se infiere del texto de CHAVEZ-FERNÁNDEZ, permite una conexión más estrecha con la realidad de la experiencia jurídica.

Por otra, en la ponencia se asegura que RECASÉNS fortalece el vínculo con la realidad mediante el llamado "del recurso a la virtud moral e intelectual de la prudencia" (9), entendida a partir de la tradición aristotélica, "que se caracteriza precisamente por su ejercicio en contacto constante con la contingencia de las realidades sociales en las que la argumentación jurídica se concreta".

El último texto es de Juan Pablo ALONSO y tiene como título "La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli". El documento trata de un punto específico de la obra de Luigi FERRAJOLI, a manera de observaciones. El profesor ALONSO considera que la tesis de FERRAJOLI sobre las normas jurídicas va en vía contraria a las agendas iusfilosóficas en materia de estructura lógica de los principios. Para apoyar esta idea, presenta primero las distinciones que FERRAJOLI hace entre normas téticas e hipotéticas y las deónticas y las constitutivas. Luego propone una estructura lógica de los cuatro tipos de normas, pues, señala, FERRAJOLI no las ofrece. A partir de ello analiza lo que considera son situaciones complejas en la teoría de FERRAJOLI.

En primer lugar, el que, según FERRAJOLI, a las normas téticas deónticas les es aplicable el silogismo deóntico. La dificultad estriba en que este tipo de normas han sido reconstruidas como normas categóricas, las cuales son el resultado del silogismo. De allí que es a la norma hipotético deóntica a la que le es aplicable el silogismo. Ahora, el mismo ALONSO señala que esta es una cuestión de "refinamiento semántico" (5).

El punto central de su ponencia está en que FERRAJOLI considere que los derechos fundamentales tienen estructura tipo tético deóntica. Señala que los derechos fundamentales provienen de principios, que no tienen ejecutoriedad inmediata. De ahí que sean objeto de ponderación frente a otros principios en pugna. Para enfrentar ello, señala ALONSO, la iusfilosofía, salvo FERRAJOLI, "ha articulado modos debilitados de estructura lógica de principios" (5).

Muestra su punto partiendo de quienes sostienen que existe una analogía estructural entre normas condicionales y los principios. Es decir, entre las normas hipotético deónticas de FERRAJOLI y los principios. En esta línea de argumentación, los principios serían normas debilitadas, bien sea por debilitar el antecedente, el consecuente o la conectiva que los une. De acuerdo con ALONSO, como ejemplo de la primera opción están ATIENZA y MANERO, de la segunda ALEXY y de la tercera y primera, ALCHOURRÓN.

En cuanto a la primera opción, el debilitamiento del antecedente se genera por el carácter abierto del caso y cerrado de la consecuencia. En la opción alexiana, el debilitamiento del consecuente se da porque no es una obligación cerrada, sino una obligación de optimización. Finalmente, la tesis de ALCHOURRÓN es que entender que los principios son condicionales derrotables conduce a ocultar un problema del antecedente del condicional. Así, según ALONSO, ALCHOURRÓN sugiere que los principios introducen "función de revisión en el antecedente" que "selecciona un cierto subconjunto de sasos p, los más normales o aquellos en los que no se verifican ciertas excepciones".

En conclusión, las lecturas y propuestas sobre los principios, señala ALONSO, FERRAJOLI va en contravía de los desarrollos iusfilosóficos sobre la estructura lógica de los principios.

El último texto para relatar es el presentado por Leonel SEVERO ROCHA. Se titula "Parlamentarismo Inglés en Rui BARBOSA". En el texto se analiza el discurso

pronunciado por Rui BARBOSA en 1878, llamado "La situación liberal". Se ha dejado para el final pues, a diferencia de los otros textos presentados, éste se enmarca en un debate sobre aspectos que relacionan política, derecho y filosofía. Rui BARBOSA fue un político importante en la segunda mitad del siglo XIX en Brasil. Fue una destacada figura que participó activamente en la preparación de un proyecto de constitución republicano y un activista por la abolición de la esclavitud. Fue, además, representante de Brasil ante el Congreso de la Haya de 1907, entre muchas participaciones políticas y jurídicas. El texto que presenta SEVERO ROCHA estudia el discurso de Rui BARBOSA a partir de una explicación del contexto jurídico y político en que se inserta y busca establecer las raíces o fuentes en que se sustenta. La relatoría intentará seguir la línea expositiva.

La primera parte del texto está dedicada a una presentación de la coyuntura política y filosófica del siglo XIX, referida al debate sobre la legitimidad del Imperio, que se agudizó hacia 1870. Según explica SEVERO ROCHA, durante el siglo XIX las ideas de MILL, BENTHAM y del liberalismo europeo, en general, dominaban la discusión sobre el modelo de gobierno. Brasil no era ajeno a las transformaciones del discurso liberal, pasando de las reivindicaciones radicales de la época revolucionaria y los movimientos reformistas, que le siguieron. En particular, señala SEVERO, el debate sobre el sufragio. Igual que en Europa, las élites en el poder temían del sufragio universal, por el miedo a que los trabajadores llegaran al poder y formaran "gobiernos parciales" que se agravaba por "el bajo nivel cultural, que generaría gobiernos irracionales" (2).

En el caso de Brasil el debate europeo se tradujo en diversas lecturas, acomodadas a la realidad política del país, sobre la constitución de 1824. En ella, según se entiende del texto de SEVERO ROCHA, se reconoció una doble soberanía. Una de carácter divino, encarnada en el Emperador y otra, de carácter popular. Esta última, señala SEVERO, era puramente formal. Ello se debió a la existencia del llamado "poder moderador", en cabeza del emperador, que estaba por encima de los restantes poderes y le permitía, como en efecto lo hizo, gobernar directamente. Esta

figura fue una de las causas de la crisis de legitimidad del régimen (5).

El régimen funcionó "sin mayores problemas" durante el periodo anterior a 1870, pues estaba construido por un sistema ideológico, que "se manifestaba a través de un sofisticado juego de imágenes... que buscaba generar en los destinatarios una sensación de participar de un sistema político liberal moderno", cuando en realidad el poder estaba en manos del poder Moderador y el parlamento imperial estaba constituido por las élites (6).

Ideológicamente, el período, al igual que en Europa, se caracteriza por un esfuerzo por hacer compatibles las libertades logradas por la revolución francesa y la monarquía hereditaria, bajo la idea de libertad y orden. Esto, entendido a partir del eclecticismo de Víctor COUSIN, cuyas ideas se concretaron en diversos proyectos, entre ellos el Código de Procedimiento Penal de 1841, que favoreció una rígida centralización política y administrativa del país, dirigido a proteger el proyecto monárquico. Su influjo decayó hacia 1850, cuando las ideas liberales inglesas emergen como base de la crítica a la legitimidad del Imperio.

Como elemento adicional del contexto se cuentan los partidos políticos existentes que, aunque formalmente diferenciados por razones ideológicas, en la práctica tomaban elementos de uno y otro bando. Sea como fuere, según SEVERO la base social de los partidos era la misma: élite rural y élite intelectual (básicamente conformada por juristas, miembros de la judicatura y de la burocracia imperial). Según si apoyaban la agricultura de exportación y el centralismo o la autonomía de las provincias y a los productores, se ubicaban en los dos extremos del espectro político. Esto se va rompiendo lentamente, a partir de la aparición de intereses urbanos (9) y a la creación del "nuevo" partido Liberal.

Es en el contexto de dicho partido que se presenta el discurso objeto de análisis. SEVERO presenta las principales propuestas de dicho partido que, en general, se resumen en los valores liberales de respeto por los derechos individuales,

la demanda sufragio directo (hasta la finalización del Imperio operaba un sistema de democracia indirecta), separación de poderes y autogobierno territorial. Uno de los aspectos centrales de su programa, era la denuncia de ilegitimidad de un gabinete apoyado en el poder moderador del Emperador. Esta situación se volvió contra el partido Liberal en 1878, cuando el Emperador, ejerciendo el poder Moderador, nombra un gabinete liberal, ante un parlamento de mayoría del partido conservador. El discurso de Rui BARBOSA tenía por objeto justificar la situación del partido Liberal, en ese contexto.

Según señala SEVERO, ante la acusación que hicieran los Conservadores, de que los Liberales estaban en la misma situación que ellos cuestionaban, BARBOSA acudió a la tradición de los regímenes parlamentarios europeos. En ellos, en particular en Inglaterra, había situaciones específicas en las que el gabinete era formado sin que se lograra una mayoría en la Cámara (14). En el caso brasileño no había Cámara de Comunes que representara al país, y el nombramiento de un gabinete minoritario era legítimo ante una Cámara alejada de la opinión pública. Así, "no existiendo elecciones directas", el Emperador habría escuchado al pueblo, que había manifestado su deseo del retorno del partido Liberal. En concepto de BARBOSA, el parlamento conservador era ilegítimo "pues caracterizaba a una minoría no representativa de la nación" (15).

Así, sigue SEVERO, BARBOSA expresó una idea central en su pensamiento político, el cual es que el parlamento es legítimo en cuanto representa la soberanía popular y, en la medida en que no lo represente, debe ser disuelto. Esta idea tuvo implicaciones en el discurso estudiado. Por una parte, que la Corona, siguiendo el modelo parlamentario inglés, no ostentaba el poder, sino que éste emanaba del pueblo y se ejercía a través de sus representantes. Esta idea chocaba con el texto de la Constitución de 1824, que era interpretado en el sentido de que el Emperador escogería y nombraría libremente los ministros. Ante ello, SEVERO entiende que BARBOSA acusó de dicha interpretación de ser "un judicialismo excesivo" que "se podría refutar si se optara por un análisis en sentido político" (16).

Dicha reinterpretación, por otra parte, estaría soportada en prácticas y teorías inglesas, en particular de Stuart MILL. Su base era la idea de que el derecho constitucional de Brasil debía ser interpretado "a partir de los principios del parlamentarismo democrático" y que la Constitución "no se reduce simplemente a un texto legal" (17). Con base en ello se podría concluir que el derecho del Emperador a nombrar ministros era un "homenaje al papel simbólico de la Corona" (17). Dicha reinterpretación de la Constitución debía ser entendida como una prerrogativa del parlamento.

Finalmente, SEVERO destaca que BARBOSA, en tanto que político antes que un filósofo, supo conciliar su tesis con la necesidad de una transformación paulatina pues, a diferencia del liberalismo radical, sabía que "es condición de la política el ser práctica o no ser nada" (18), por lo que no era posible pretender el cambio total inmediato.

Como señalé al comienzo de este escrito, es bastante difícil identificar un patrón, criterio o elemento común a los textos planteados. Se seleccionó la gradación desde lo más general a lo más concreto. Esta línea cumple una función de organización del texto, pero no elimina preguntas e ideas en torno a los textos reseñados. El primero de todos es ¿qué entendemos por la figura de "nuestros clásicos"? Es posible que "nuestros clásicos" se refiera a autores que, por su impacto, se han tornado en clásicos. Esto que podría justificar, para muchos, incluir a ATIENZA y a FERRAJOLI en este panel. Otros podrían entender que se trata de problemas de tal magnitud que ya son clásicos, lo que explicaría las ponencias sobre BARBOSA, RECASÉNS y FERRAJOLI. Finalmente, también, y en un sentido más tradicional, como aquellos que, en cierto momento, algo lejano, dejaron una huella importante en la región o en un país en particular, que es el caso de los ponentes sobre BARBOSA, COSSIO, GOLDSCHMIDT y VILLAGÓMEZ.

Al margen de esta dificultad, y luego de revisar cuidadosamente cada

ponencia y aproximarme a los autores reseñados, quedan dos ideas. La primera, la riqueza conceptual que es posible rastrear en la iusfilosofía latina. Sin entrar en discusiones sobre si se está ante tesis admisibles o no, si son suficientemente profundas o si son ligeras, si son de avanzada o retardatarias, si son originales o copias, lo cierto es que se advierte, como lo había mostrado en el pasado congreso el excelente documento de relatoría del profesor ATIENZA, que la cultura iusfilosófica del mundo latino es un espacio fascinante, lleno de matices, contrastes y opciones, en buena medida afectada y condicionada por las injusticias presentes a lo largo de estos tiempos. Muchas de ellas quedaron en el olvido, o no se consideraron debidamente en su momento, a pesar de que, y esta es la segunda idea, mantienen una innegable vigencia. Esto en un doble sentido. Por una parte, tempranamente la iusfilosofía latina supo proponer soluciones e ideas que ahora están en boga. En efecto, muchas ideas contenidas en los textos reseñados encuentran paralelo en supuestos novedosos desarrollos provenientes del mundo anglosajón o de la tradición de influencia germana. Por otra, ante los ciclos económicos y políticos y el péndulo de las ideas, estas ideas se presentan nuevamente como respuestas ante problemas o dilemas recurrentes.

Estas ideas confirman la importancia radical de este espacio, pues hoy tenemos urgencia por continuar con esta actividad reconstructiva y arqueológica. No podemos perder de vista que las realidades del mundo Latino demandan una comprensión igualmente Latina a sus problemas y sus soluciones.

i-Latina 1 (2019): 1-16
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.24

En defensa de "neoconstitucionalismo" y del neoconstitucionalismo

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

RESUMEN
Se presenta una exposición a favor del neoconstitucionalismo, mostrándolo en primer lugar, como fenómeno del lenguaje, luego como concepción del derecho y finalmente mediante un "manifiesto neoconstitucionalista"

PALABRAS CLAVE: Neoconstitucionalismo, pos positivismo, lenguaje

ABSTRACT
An exposition in favor of Neoconstitutionalism, presenting it in first place, as a language phenomenon, then as a conception of Law and finally, through a "Neoconstitutionalist manifesto"

KEYWORDS: Neoconstitutionalism, Post positivism, language

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

"No deberíamos tener ningún temor a las coincidencias"
Manuel Atienza (2013: 823)

En defensa de la palabra: "neoconstitucionalismo"

Del profesor Manuel Atienza aprendí, siendo yo un joven estudiante de Derecho, que el lenguaje es cuestión de convenciones y no de esencias. Por ejemplo, sería absurdo pensar (y así lo ilustraba Atienza en aquel manual) que la Argentina es un lugar donde abunde especialmente la plata (Atienza 1985: 44). Y sin embargo, lo que Kantorowicz (1958: 3) llamó "la concepción mágica del lenguaje" hoy ha revivido quizá como consecuencia de un proceso de "re-encantamiento" (de reversión del weberiano "des-encantamiento") que se trasluce en las nuevas tiranías de la corrección política (vid. e.g. García Figueroa 2019) y que se apoya en la obsesión posmoderna por el hashtag o el tuit; la "visibilidad" y el "relato". Sin embargo, creo que el antecedente fundamental de todos estos excesos animistas de tintes lingüísticos tiene su antecedente en aquella genealogía elaborada por el gran filósofo-filólogo que fue Nietzsche, no por casualidad el irracionalista que insinuaba relaciones entre *malus* (malo en latín) y "μέλας" (negro en griego, el negro de los cabellos meridionales) (Nietzsche 2011: 47).

Lo que nunca habría podido imaginar es que unas cuantas décadas más tarde habría yo de verme en la obligación de recordarle a Manuel Atienza sus propias palabras cuando hoy desacredita al neoconstitucionalismo por una denominación (una convención lingüística) presuntamente incorrecta (Atienza 2017, cap. V). Dejando a un lado que las genuinas convenciones no son corregibles, todo parece indicar que a Manuel Atienza le desagrada la denominación "neoconstitucionalismo" y él prefiriría que habláramos de "pospositivismo". Pero si las palabras son cosa de convención y la palabra "neoconstitucionalismo" ha gozado de un uso lexicográficamente pacífico en nuestra jerga hasta que él lo ha cuestionado, ¿a qué viene entonces esta aversión a una etiqueta plenamente aceptada? ¿Deberíamos

cambiarle el nombre a la Argentina cada vez que sufre una crisis financiera y tiene problemas de plata?

Mas ni siquiera desde su propia sobreponderación de los argumentos filológicos, parece muy convincente esta crítica de Atienza. Él aduce que el término "neoconstitucionalista" es ambiguo. Sin embargo, seguramente no lo sea más que otros alternativos, ni tampoco más que la denominación de algunas de las doctrinas más rigurosas y relevantes de nuestra historia. Pensemos en el significado ambiguo de la "tradición analítica" o de la venerable "tradición positivista", que necesitó de todo un Bellagio (Bobbio 1993: 10) para zanjar con una célebre tricotomía la misteriosa ambigüedad que aquejaba al sintagma "positivismo jurídico" y cuyo concepto desde entonces, como bien sabemos, no es uno, sino trino: metodológico, teórico e ideológico. ¿No fue acaso aquella ambigüedad el indicio más claro de la fecundidad intelectual del pensamiento positivista?

Atienza también alega críticamente que "neoconstitucionalismo" es una denominación que no usan los teóricos cuyas tesis evoca el término (Alexy, Dworkin, Nino y ¿quizá el propio Atienza?) y que, para mayor ensañamiento, fue acuñada por sus propios críticos (la escuela genovesa con Susanna Pozzolo, pero también con Comanducci y Barberis a la cabeza). Sin embargo, estas razones no son muy convincentes. ¿Acaso no distinguimos habitualmente a la filosofía moral de Kant con un calificativo (el de "deontológica") que Kant nunca se aplicó a sí mismo, puesto que fue inventado, para colmo, por el anti-deontológico por excelencia, Jeremy Bentham? ¿De verdad cabe considerar esta circunstancia como un argumento de peso para abandonar la *summa divisio* de la ética normativa entre teorías deontológicas y consecuencialistas? Personalmente, simpatizo más bien con la postura contraria de adoptar provocativamente (¿y por qué no?) la denominación del adversario con fines puramente retóricos[1].

[1] Simpatizo así con los que en España insistían en autodenominarse "rojos" con la etiqueta impuesta por los del otro bando y ello con el fin de reafirmarse así en sus ideas de izquierda y, por cierto, yo ya no dudo en autocalificarme como "facha" para subrayar la miseria moral y el racismo etnolingüístico de los nacionalistas catalanes y vascos (y, por cierto, también de ciertos sedicentes "rojos"), que

Todas estas consideraciones me sumen en una perplejidad cuando constato una intrigante asimetría en mi relación teórica con quien es, probablemente, el filósofo del Derecho español más influyente de las últimas décadas; puesto que Atienza manifiesta un desacuerdo nominal (i.e. está en desacuerdo con "neoconstitucionalismo"), pese a notables coincidencias en nuestras respectivas tesis de fondo (i.e. está de acuerdo con el neoconstitucionalismo, sin comillas); algo que, por lo demás, subraya la inanidad del debate filológico. Al fin y al cabo, lo importante son las tesis en un plano conceptual y esto me parece que plantea un dilema a Atienza: si está en desacuerdo con el neoconstitucionalismo, no sé a qué viene, ni qué interés tenga en reconvenirnos a sus defensores para llamarlo de otro modo. Pero si está de acuerdo en general con sus tesis, no sé qué importancia tendrá el nombre que habitualmente le demos la mayoría y, sobre todo, no entiendo para qué cambiarlo a estas alturas. A pesar de que a él le parezca un "espantapájaros conceptual", mi impresión es que si el nombre del neoconstitucionalismo le desagrada a Atienza es porque la cosa que designa no le es ajena, ni mucho menos. No cabe otra explicación a su indignación. Quizá nos suceda un poco como a ingleses y estadounidenses, que Oscar Wilde decía eran dos pueblos "separados por el mismo idioma". Bromas aparte, no tiene mucho sentido, en fin, que "neoconstitucionalistas" y "pospositivistas" se hallen separados por las mismas tesis a costa de denominaciones mal o biensonantes.

En suma, si *entia non sunt multiplicanda, sine necessitate*; entonces no digamos ya cuando en lugar de entia (conceptos), se trata de meras palabras. La denominación "neoconstitucionalismo" está lo suficientemente extendida como para no necesitar multiplicar las etiquetas inútilmente. Además, si en efecto, como Atienza sostiene, sólo existiera un solo neoconstitucionalista en España y ése fuera, en efecto, yo mismo, ¿acaso no le consentiría Atienza elegir el nombre de su error a este triste Filoctetes confinado en La Mancha, mientras se desangra por la

durante décadas han tratado de calumniar con ese calificativo a los constitucionalistas españoles; pero esto nos llevaría muy lejos de nuestros intereses aquí.

mordedura de la bicha neoconstitucionalista? ¿No me estará Atienza condenando a reducir mis ideas a la siguiente descripción definida, sin duda pobre y egocéntrica: "la teoría del Derecho que defiende Alfonso García Figueroa"? Pero, claro está, sólo hay algo peor que reducir el debate intelectual a un debate sobre etiquetas y es reducirlo a un debate sobre personas. Dejemos atrás, así pues, etiquetas y personas y vayamos a las teorías y sus conceptos.

En defensa de la cosa: neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se desarrolla de forma paradigmática en torno a la concepción del Derecho que hallamos en tres autores no menores que han coincidido sustancialmente en una serie de tesis elaboradas independientemente en cada una de sus culturas jurídicas respectivas: Ronald Dworkin en la cultura anglófona, Robert Alexy en la europea no anglófona y Carlos Santiago Nino en la iberófona. Por no darle más disgustos, no voy a incluir provisionalmente en ese distinguido elenco al propio Atienza (que merece su inclusión, no el disgusto); pero desde luego cabría añadir a otros autores como Gustavo Zagrebelsky y también ciertas contribuciones de Luigi Ferrajoli en Italia y de Luis Prieto en España que, sin embargo, mantienen una concepción innegociablemente positivista del Derecho y con ella una insalvable distancia con el núcleo de la teoría. A Luis Prieto le debemos, sin embargo, una cuidada exposición de las tesis del neoconstitucionalismo (Prieto 2013: cap. I) a la que me remito ahora, si bien a continuación desearía por mi parte condensar el programa neoconstitucionalista en una suerte de manifiesto de veinte tesis agrupadas en diez secciones[2].

Un manifiesto neoconstitucionalista

I. Dos lemas complementarios a modo de preámbulo

[2] Reproduzco a continuación casi literalmente la parte final de mi artículo GF 2017.

i) El Derecho como argumentación (Atienza 2006). Esto es, la adopción de una perspectiva argumentativa o interpretativa (Dworkin 1992) que contemple el Derecho desde su lado activo (como un sistema de argumentos y procedimentos) y no desde el pasivo y estático del sistema jurídico (cfr. García Figueroa 2000).

ii) La moral como argumentación (García Figueroa 2017a, pp. 305 ss.). Si el Derecho está vinculado a la moralidad argumentativamente, paralelamente la moral también ha sido sometida a una perspectiva argumentativa que integra los distintos dominios de la razón práctica y que es caracterizada por las éticas discursivas como prácticas dialógicas u omnilógicas (vid. su confrontación en Nino 1989).

II. Tesis para la fundamentación pragmática de la unidad de la razón práctica en el plano argumentativo

iii) La tesis de la pretensión de corrección. Todo acto de habla regulativo (singularmente, la argumentación jurídica) erige una pretensión de corrección, cuya inobservancia conduce a una contradicción performativa, a una falla conceptual (e.g. Alexy 1994).

iv) La tesis del caso especial, que concibe el razonamiento jurídico como un caso de razonamiento práctico general, pero especial en cuanto singularizado por someterse a límites institucionales como la ley, los precedentes y la dogmática jurídica (Alexy 1989, p. 39). Robert Alexy (1985) contempla así el Derecho como un sistema de argumentos y procedimientos que se inscribe en el sistema de argumentos y procedimientos de la racionalidad práctica general.

v) La tesis de la unidad de la razón práctica (Nino 1994), que afirma que todo razonamiento práctico (y ello incluye singularmente el jurídico) comparte una racionalidad que impide separar la argumentación jurídica del resto de formas de argumentación que involucran juicios prácticos como la moral o la política. Esta tesis y la anterior reflejan una misma idea desde perspectivas distintas. La tesis del caso

especial es una explicitación de la tesis de la unidad de la razón práctica en la aplicación del Derecho ("no insularidad del discurso jurídico", diría Nino 1994, pp. 79 ss). La tesis de la unidad o "no fragmentación" de la razón práctica es el principio general cuyas especificidades son expresadas por la tesis del caso especial.

III. Tesis metaéticas

vi) Tesis general: "objetivismo mínimo" (e.g. Atienza 2017: 137 ss.). El neoconstitucionalismo requiere por su propia naturaleza del respaldo de alguna forma de objetivismo moral, sin el cual quedarían desvirtuadas tanto la tesis del caso especial como la tesis de la unidad de la razón práctica.

vii) Metaética constructivista. Como bien señalaba Nino (1989, p. 67), la metaética naturalista subjetivista (e.g. "bueno" significa "lo que prefiere la gente") conduce al relativismo ético; la no naturalista (e.g. el intuicionismo, la teoría del mandato divino) al dogmatismo ético y la no descriptivista (emotivismo y prescriptivismo) al escepticismo. La metaética constructivista permite superar las limitaciones de estas metaéticas por separado mediante la búsqueda de un equilibrio. El discurso moral es relativo en tanto involucra a los interesados. Es objetivo, en tanto obedece a reglas racionales de participación. El constructivismo kantiano de Rawls, Habermas y Nino resulta ser así (como su base originaria, el contractualismo) la alternativa metaética idónea a la teológica en nuestras sociedades postmetafísicas. El neoconstitucionalismo no excluye necesariamente otras posiciones metaéticas, pero sí es especialmente armónico con el procedimentalismo discursivo del constructivismo ético que atiende a las posiciones prácticas de los participantes.

V. Concepción del Derecho

viii) Una concepción no-positivista del Derecho sin que ello implique adoptar una concepción jusnaturalista, como muchos autores interpretan erróneamente (vid. supra III)

ix) No positivismo externo. Aunque la distinción positivismo-no positivismo tiene la ventaja de ser analítica, a diferencia de la distinción positivismo-jusnaturalismo, el neoconstitucionalismo debe presentarse como una concepción no-positivista, pero alternativa y externa a la dialéctica entre positivistas y no-positivistas, porque pretende poner en cuestión precisamente los propios presupuestos de esta dialéctica tradicional (dualismo, esencialismo, generalismo y objetualismo) (García Figueroa 2013). Este es el modo correcto de interpretar la necesidad de "superar" las teorías tradicionales del Derecho.

VI. Tesis metodológicas en la construcción de un concepto de lo jurídico por las que se rechazan los presupuestos compartidos por positivismo y jusnaturalismo (García Figueroa 2009, cap. 6)

x) Antiesencialismo. No existe una esencia del Derecho que descubrir a través de un concepto unívoco e incontrovertible de Derecho (e.g. Nino 1991, cap. 1). El fin de la teoría del Derecho no es hallar la "naturaleza del Derecho" como piensan los positivistas, ni menos aún hallarla en el "Derecho natural". Desde cierta perspectiva, la naturaleza del Derecho y el Derecho natural son entidades que resultan igualmente misteriosas.

xi) Antiuniversalismo. El fenómeno jurídico carece de la universalidad que presupone su tradicional estudio por parte de las tradiciones positivista y jusnaturalista en pos de un "concepto general de Derecho" (e.g. Kelsen 1991, p. 15). La centralidad de la Constitución en el estudio del Derecho responde a la centralidad del modelo de Derecho del Estado constitucional para el neoconstitucionalismo (infra xiv).

xii) Antiobjetualismo. El Derecho es una práctica argumentativa dinámica sujeta a argumentación y no un objeto estático (e.g. Barberis 1990; Villa 1999, pp. 137-

139; Sastre 2001, pp. 581 ss., Lifante 2000, pp. 726 ss.)[3]. Se trata de una premisa hermenéutica limitadora del sustrato analítico de muchas tesis del neoconstitucionalismo.

xiii) Antidualismo (gradualismo). Si el jusnaturalismo defendió un dualismo jurídico (Derecho positivo/Derecho natural) y el positivismo un monismo jurídico (sólo existe el Derecho positivo), el neoconstitucionalismo sostiene un monismo práctico, un gradualismo entre justicia sustantiva y validez institucional, si se quiere. El "contraste con la práctica", i.e. el contraste entre los criterios de validez de la teoría del Derecho positivista y los efectivamente aplicados por los operadores jurídicos en casos como Elmer (Dworkin 1984: 73 ss.) o Noara (García Figueroa 2009: 151 ss.) sitúan en la argumentación la sede idónea para mostrar la gradualidad entre los criterios de pertenencia puramente institucionales del positivismo y los sustanciales de las teorías jusnaturalistas (García Figueroa 2009, pp. 208 ss). Existe un sentido en que se tiende a una indiferenciación de los órdenes normativos, "la revancha de Grecia contra Roma", como la ha denominado expresivamente Roberto Barroso (2008, p. 40); pero necesariamente modulada por el racionalismo de la teoría de la argumentación jurídica (García Figueroa 2011).

xiv) Una premisa de corte pragmatista: la centralidad paradigmática de los ordenamientos del Estado constitucional en la reconstrucción conceptual de los fenómenos jurídicos y ello por razones de utilidad. Esta estrategia duplica los vínculos jurídicos con la razón práctica, puesto que a la vinculación por razones conceptuales (tesis iii, iv, v), se une a modo de confirmación empírica su ilustración histórica en la incorporación a los textos constitucionales de los principios generales de la filosofía de los derechos humanos.

[3] Probablemente, la denominación castellana de nuestra disciplina, "teoría del Derecho", contribuya a asentar el prejuicio objetualista de aludir al Derecho prioritariamente como sistema normativo, como un objeto cultural acabado. Cuando sostenemos, en cambio, que lo que estudiamos es más bien una práctica, sería quizá más apropiado hablar a la manera inglesa de "Legal Theory", es decir, *teoría jurídica* o *teoría de lo jurídico* o *teoría de la juridicidad*.

VII. Rasgos de la teoría resultante

xv) Transacción entre constitucionalismo y constructivismo. El nuevo discurso de la filosofía jurídica surge de la mutua aproximación de los discursos de la teoría del Derecho y la teoría moral, fruto a su vez de la aproximación mutua de los conceptos de Derecho y moral. Este tránsito del dualismo al gradualismo es resultado de la acción combinada del constitucionalismo y el constructivismo ético. El constitucionalismo ha reconocido en la positivización de la filosofía de los derechos humanos la aproximación del Derecho a la moral. Por su parte, el constructivismo ético ha reconocido en el carácter procedimental de la moralidad la aproximación de la moral al Derecho. Se trata de una transacción ocasionada por la emergencia del constructivismo kantiano y José Luis López Aranguren ya la constataba desde el lado de la filosofía moral en "(l)a primacía actual de la filosofía del Derecho, la centralidad del concepto de justicia, y, anejo a ella el predominio, también actual, de lo procedimental, es decir, de lo procesal" (Aranguren 1988, pp. 26 ss.)[4].

xvi) Transición a un nuevo paradigma, un concepto histórico nuevo. En realidad, el neoconstitucionalismo no puede ser simplemente una teoría del Derecho al uso. No puede instalarse, sin perder sentido, en la dialéctica tradicional abierta en el siglo XIX por positivistas y no positivistas, según el clásico trabajo González Vicén (1979). Con sus fuertes disensos, aquí es bueno recuperar la idea de Ferrajoli (2011) de que el constitucionalismo (por usar su terminología) expresa más bien un "nuevo paradigma", provocado por la "mutación genética" (Zagrebelsky 1995, p. 33) experimentada por el Derecho constitucionalizado. Desde luego que se ha abusado del término "paradigma", como de muchos otros, así que lo más importante es advertir más simplemente que el neoconstitucionalismo pretende sustraerse del dualismo indicado más arriba (tesis xiii). Positivistas y no positivistas han discutido secularmente sobre las relaciones entre Derecho y moral, pero plantear así las cosas

[4] Y Adela Cortina la lamentaba porque se convertía así "la moral en una forma deficiente de Derecho" (Cortina 1988).

ya es someterse a unos conceptos no indiscutibles. Cuando asumimos el principio de la unidad de la razón práctica y la tesis del caso especial, rechazamos que esa distinción tenga algún sentido expresada en términos tan rígidos. Quizá tuvo un sentido (histórico) en el pasado, pero no lo tienen ahora bajo los sistemas constitucionalizados de nuestras sociedades postmetafísicas.

VIII Teoría de la argumentación jurídica

xvii) El lema fundamental de la argumentación jurídica en el Estado constitucional rezaría así: Máxima actividad jurisdiccional, pero nulo activismo. La ponderación (e.g. Alexy 2014) es una operación distintiva de la forma de aplicación del Derecho constitucionalizado, sin que ello implique vulnerar el principio de legalidad, que se transforma en principio de constitucionalidad.

xviii) La primacía de la argumentación. La teoría del argumentación jurídica como nueva filosofía del Derecho primera. La expansión y colonización por parte de la teoría de la argumentación jurídica de la metodología jurídica, la teoría del Derecho y la teoría de la legislación (García Figueroa 2015) (lo que críticamente ha denominado Barberis 2014, su "imperialismo") son expresiones de un fenómeno más profundo: la primacía de la argumentación (García Figueroa 2017b).

IX Tesis relativa a la obediencia al Derecho

xix) Deber prima facie de obediencia al Derecho en los Estados constitucionalizados (Peczenik 2000, pp. 14 ss.). Esta es una consecuencia de la asunción del constructivismo epistémico de Nino (1989). Si la democracia es una vía de acceso a verdades morales, entonces es lícito establecer un deber, no absoluto sino meramente presuntivo, prima facie, de obediencia.

X. Tesis relativa a la formación de los juristas

xx) Recentralizar la filosofía jurídica, la filosofía política, la filosofía moral y la teoría de la argumentación en la formación del jurista para que deje de ser un elemento meramente periférico de su aprendizaje (Kennedy 2012).

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert (1985): "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. C. de Santiago, en Garzón Valdés, E. (comp.), Derecho y filosofía, Alfa, Barcelona, pp. 43-57.

Alexy, R. (1989): Teoría de la argumentación jurídica (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid.

Alexy, R. (1994): El concepto y la validez del derecho, trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona.

Alexy, Robert (2014): "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", trad. A. García Figueroa, en Parlamento y Constitución, nº 16 (2014), pp. 9-27.

Aranguren, José Luis López (1988): J.L.L. Aranguren, "Filosofías racionalistas. Filosofías noéticas y Kant", en E. Guisán (coord.), Esplendor y miseria de la ética kantiana, Anthropos, Barcelona.

Atienza 1985: Manuel Atienza, Introducción al Derecho, Barcanova, Barcelona.

Atienza, M. (2006), El Derecho como argumentación, Ariel, Barcelona.

Atienza, M. (2013): Curso de Argumentación jurídica, Trotta, Madrid.

Atienza, M. (2017): Filosofía del Derecho y transformación social, Trotta, Madrid.

Barberis, Mauro (1990): Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto, Turín: Giappichelli, pp. 46-51

Barberis, M. (2014): M. Barberis, «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza», en Doxa 37, pp. 325-335.

Barroso, Roberto (2008): El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho, UNAM, México.

Bobbio, Norberto (1993): El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid.

Cortina, Adela (1988): "La moral como forma deficiente de Derecho", en Doxa 5, pp. 69-85.

Dworkin, Ronald (1984), Los derechos en serio, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel.

Dworkin, Ronald (1992): El imperio de la justicia, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa.

Ferrajoli, Luigi (2011): "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", en Doxa 34, pp. 311-361.

García Figueroa, Alfonso (2000): "Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría de la argumentación y teoría del Derecho", en A. Squella (dir.), Sobre el razonamiento jurídico, monográfico de la Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso, Chile), pp. 193-218.

García Figueroa (2009): Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos, Trotta, Madrid.

García Figueroa, A. (2011): "La revancha neoconstitucionalista de Grecia contra Roma. Notas sobre la inviabilidad de las reglas en el Estado constitucional", en J. Espinoza de los Monteros y J. R. Narváez Hernández (coords.), Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades, UNAM, México, pp. 141-156. (http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/10.pdf)

García Figueroa, A. (2013): "Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconstitucionalismo", en P. Grández y F. Morales (eds.), La argumentación jurídica en el Estado constitucional, Lima/México: Palestra, pp. 113-137.

García Figueroa, Alfonso (2015): "Legislación y neoconstitucionalismo", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 49 (2015), pp. 311-332. Existe una versión corregida y ampliada: "Legislación y neoconstitucionalismo. Sobre la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado constitucional", en E. Arana García (director), Algunos problemas actuales de técnica legislativa, Thomas Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-64

García Figueroa, Alfonso (2017a): Praxis. Una introducción a la moral, la política y el Derecho, Barcelona: Atelier.

García Figueroa, Alfonso (2017b): "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica", en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Católica Universidad del Perú, núm. 79, pp. 9-32.

García Figueroa, Alfonso (2019): Alfonso García Figueroa, "Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista", en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 17, pp. 358-376.

González Vicén, Felipe (1979), «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en Estudios de Filosofía del Derecho, La Laguna: Facultad de Derecho, pp. 207-257.

Kantorowicz, H. (1958). The Definition of Law. Londres, Reino Unido: Octagon Books.

Kelsen, Hans (1991): Teoría pura del Derecho, trad. R.J. Vernengo, México: Porrúa/UNAM.

Kennedy, Duncan (2012): La enseñanza del Derecho como forma de acción política, trad. T. Arijón, Buenos Aires: Siglo XXI.

Lifante, Isabel (2000): "Una crítica a un crítico del "no positivismo", Doxa 23, pp. 709-728

Nietzsche, Friedrich (2011): La genealogía de la moral, trad. A. Sánchez Pascual, Alianza, Madrid.

Nino, Carlos Santiago (1989): El constructivismo ético, CEC, Madrid.

Nino, Carlos Santiago (1991): Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, 4ª ed.

Nino, Carlos Santiago (1994): Derecho, moral y política, Ariel, Barcelona.

Peczenik, Aleksander (2000): Derecho y razón, trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México.

Prieto, Luis (2013): El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Trotta, Madrid.

Sastre, Santiago (2001): "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en Doxa 24, pp. 579-601.

Villa, Vittorio (1999): Costrutivismo e teorie del diritto, Giappichelli, Turín.

Zagrebelsky, Gustavo (1995): El derecho dúctil, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid.

i-Latina 1 (2019): 1-8
DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.25

Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ
Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

RESUMEN
Se presenta una respuesta a "En defensa de 'neoconstitucionalismo' y del neoconstitucionalismo" de Alfonso García Figueroa. Se rebaten los enunciados principales de García Figueroa desde una perspectiva lingüística y conceptual del derecho.

PALABRAS CLAVE: Postpositivismo, neoconstitucionalismo, Teoría del derecho, lenguaje.

ABSTRACT
A reply to "En defensa de 'neoconstitucionalismo' y del neoconstitucionalismo" by Alfonso García Figueroa. Main statements of García Figueroa are refuted from a linguistic and conceptual view of Law.

KEYWORDS: Post positivism, Neoconstitutionalism, Law Theory, language.

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

1.

He leído con el interés y la atención que el lector puede imaginar el escrito de Alfonso García Figueroa titulado "En defensa de 'neoconstitucionalismo' y del neoconstitucionalismo". Lo primero que he de decir al respecto es que me ha alegrado comprobar que las diferencias que tenemos en materia iusfilosófica son menores de lo que yo había imaginado. Y esto me complace, no exactamente porque el mío sea un espíritu irenista (que no lo es como, creo, no lo es tampoco el de Alfonso), sino porque, en efecto, y como él recuerda en el encabezado de su artículo, no hay por qué tener ningún temor a las coincidencias. El pensamiento –y particularmente el pensamiento crítico- no puede prescindir ni de las coincidencias (si no existieran, si no hubiera puntos en común, la argumentación sería imposible: recordemos la tradición de la tópica), ni tampoco de las disidencias (por lo general, no hace ninguna falta dar razones cuando la otra parte acepta sin más la tesis que uno defiende).

Pues bien, en relación con el escrito de García Figueroa, yo tengo tanto coincidencias como disidencias, pero aquí me voy a centrar más bien en las disidencias, porque me parece que eso es lo que puede dar más sentido a mi participación en esta sección dedicada al debate de ideas. Y lo que aquí quiero defender, como lo señalo en el título, es la conveniencia de abandonar el neoconstitucionalismo, bien escribamos esta palabra con comillas o sin ellas. En favor de esta tesis voy a esgrimir dos argumentos, cada uno de ellos referido a una de las dos partes en que está estructurado el texto de García Figueroa: la defensa de la palabra; y la defensa de la "cosa", que se plasma en su Manifiesto neoconstitucionalista.

2.

Por lo que hace a la palabra, creo que estoy en condiciones de tranquilizar a Alfonso: me hallo muy lejos de haberme convertido en un esencialista lingüístico y no tengo la menor proclividad hacia la ideología de lo políticamente correcto. Por si le interesara saberlo, no me encuentro entre los que suelen empezar sus

intervenciones en público con un "Buenos días (o buenas tardes) a todos y a todas", entre los que evitan emplear la palabra "España" (y en su lugar hablan de "Estado español") o, en fin, entre los que piensan que una revista –de izquierdas- no puede titularse "Jueces para la democracia" (y de ahí que la publicación emblemática de los jueces progresistas españoles haya pasado a llamarse ahora "Juezas y jueces para la democracia"). Menos aún, por cierto, me sumo a la deriva de tanta gente de izquierda hacia el nacionalismo identitario, lo que les lleva (les está llevando) inexorablemente a formar parte de lo que Félix Ovejero ha denominado con agudeza "la izquierda reaccionaria". Pero todo ello, por cierto, no supone que se me haya ocurrido alguna vez (en esto me diferencio de García Figueroa) autocalificarme como "facha", y no porque crea que haya un significado esencial detrás de esta palabra, sino porque el uso del lenguaje debe estar encaminado hacia la comprensión mutua, y emplear la expresión de marras con un sentido que me abarcara a mí (o que abarcara a Alfonso García Figueroa) no llevaría a otra cosa que a la confusión.

Y esto mismo (salvadas las distancias, esto es, pasando del terreno de la política al de la filosofía del Derecho) es lo que explica mi aversión hacia el término "neoconstitucionalismo" y mi propuesta de no usar la expresión sino para referirse a aquellos iusfilósofos que se autocalifican así. Más en concreto, lo que yo propongo es no denominar como neoconstitucionalistas a autores como Dworkin, Alexy, Nino, Prieto o Ferrajoli (también yo me incluyo en esa lista), simplemente porque las tesis que defienden en sus teorías del Derecho son muy diferentes a las suscritas por quienes se llaman a sí mismos "neoconstitucionalistas". Para poner un simple ejemplo (y dejando de momento a un lado el caso de Alfonso García Figueroa), el neoconstitucionalismo de alguien como Ramiro Ávila ("transformador" o "andino" son los calificativos que él suele añadir a la anterior expresión, pero creo que nadie dudaría en colocarle en el grupo de los neoconstitucionalistas) y las consecuencias prácticas a las que parece conducir (pensemos en la reciente sentencia del Tribunal constitucional ecuatoriano -del que él forma parte-, a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo; o en la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia –que expresamente dice haberse inspirado en el neoconstitucionalismo-,

aceptando la reelección presidencial) no tienen simplemente nada que ver con una concepción del Derecho y de la jurisdicción como la de Dworkin, Nino o Alexy, y es justamente la antítesis de la que ha defendido Ferrajoli en muchísimos trabajos; con independencia, por cierto, de lo que el propio Ramiro Ávila pueda pensar (él considera -me parece- que ese neoconstitucionalismo suyo viene a ser una síntesis de los planteamientos de Boaventura Santos y los de Luigi Ferrajoli). Por si hiciera falta repetirlo: todos los autores antes mencionados no pueden ser colocados dentro de una misma concepción del Derecho, salvo que lo que se busque sea el caos y la confusión conceptual.

Pero no se trata sólo de que el uso de la palabra lleve a confusión. Alfonso García Figueroa plantea las cosas como si la disputa concerniera únicamente a una cuestión de palabras y no de conceptos. Pero no es así. El problema mayor es que estamos (he procurado explicarlo muchas veces) ante un concepto mal construido, y de ahí que haya hablado en algunas ocasiones de "espantapájaros conceptual", y en otras de "engendro conceptual". Dicho brevemente, la connotación del concepto no se corresponde con lo que pretendidamente sería su denotación. O sea, aunque nunca haya estado muy claro qué tesis caracterizan al neoconstitucionalismo en cuanto teoría del Derecho, las tres notas que se suelen citar (que aparecen, por ejemplo, en el artículo que Susanna Pozzolo publicó en Doxa en 1999, y que contribuyó –creo- mucho a la difusión de esa expresión) son estas tres: la no distinción entre el Derecho y la moral; la consideración del Derecho como un conjunto de principios, más que de reglas; y la exaltación de la ponderación y, como consecuencia de ello, la defensa del activismo judicial. Pero resulta que ninguna de esas notas ha sido defendida por los autores que (de acuerdo con quienes introdujeron entre nosotros la palabra –y el concepto, si es que a los conceptos mal construidos se les puede llamar así-) deberían constituir la denotación del mismo: ni Dworkin, ni Alexy ni Nino han propugnado en absoluto las tesis que los promotores del neoconstitucionalismo les endosan.

De manera que no se trata sólo de etiquetas y de personas. Se trata de teorías y de conceptos. El concepto de neoconstitucionalismo no es sólo que adolezca de cierta ambigüedad o imprecisión (al fin y al cabo, esto se puede predicar de todos o casi todos los que utilizamos en la teoría del Derecho), sino que es un concepto erróneo, inmanejable, cuyo uso lleva inexorablemente a la confusión, simplemente porque mete en un mismo saco concepciones que son muy distintas entre sí: básicamente, las dos que yo propongo denominar, respectivamente, "postpositivismo" y "neoconstitucionalismo".

3.

Y ahora vamos a la teoría, o sea, al Manifiesto neoconstitucionalista que nos presenta García Figueroa. Desde luego, yo comparto muchas de las tesis que ahí se enuncian pero, francamente, no creo que a eso se le pueda llamar una teoría neoconstitucionalista del Derecho, al menos con el alcance que García Figueroa pretende darle. Por diversas razones.

Una ya está dicha: el término no lleva más que a la confusión y, además, hace pensar en que alguna vez hubo una teoría (una teoría general) simplemente "constitucionalista" del Derecho, lo que supone introducir un nuevo equívoco, pues no ha existido, que yo sepa, tal teoría.

Otra razón es que las tesis en cuestión -o algunas de ellas- están formuladas en términos que dicen muy poco, o que dicen demasiado. Desde luego, sería desleal por mi parte criticar el Manifiesto por falta de desarrollo de sus tesis, puesto que no es eso lo que García Figueroa ha pretendido hacer. Me limito por ello a señalar algunas afirmaciones que, a mi juicio, un postpositivista no podría -no debería- aceptar, pero tampoco yo voy a tomarme la molestia de fundamentar las mías (aunque creo haberlo hecho en diversos trabajos de los últimos tiempos). Así, yo no creo que el Derecho (ni tampoco la moral) haya de contemplarse exclusivamente desde su lado activo y dinámico, y no desde el pasivo y estático; lo que se necesita es una teoría que integre ambos aspectos. La tesis del caso especial (lo que, al menos

en parte, afecta a la pretensión de corrección) la ha sostenido efectivamente Alexy, pero me parece manifiestamente equivocada y que conduce a la idealización del Derecho, esto es, que promueve un sesgo ideológico que un postpositivismo debidamente crítico debería evitar. La tesis de la unidad de la razón práctica no supone, en mi opinión, que no se pueda "separar la argumentación jurídica del resto de formas de argumentación que involucran juicios prácticos"; yo creo que sí que se puede -se debe- separar, aunque al mismo tiempo existan también elementos que son comunes; o, dicho de otra manera, que un argumento justificativo judicial contenga necesariamente alguna premisa de carácter moral no quiere decir que sean de un mismo tipo la argumentación jurídica y la moral, que no se pueda separar la una de la otra. No creo que todos (ni siquiera la mayoría de) los positivistas piensen que el fin de la teoría del Derecho sea "hallar la 'naturaleza del Derecho'", al menos en el sentido en el que García Figueroa utiliza esas expresiones. No he conseguido entender qué quiere decir que "el neoconstitucionalismo sostiene un monismo práctico, un gradualismo entre justicia sustantiva y validez institucional", ni tampoco que el caso Noara (ese caso sí que lo conozco) "sitúa en la argumentación la sede idónea para mostrar la gradualidad entre los criterios de pertenencia puramente institucionales del positivismo y los sustanciales de las teorías jusnaturalistas". Pero es posible que esto último se deba (aparte de a mis limitaciones para comprender un texto) a una falta de desarrollo de esas ideas. O, en fin, tampoco veo nada claro lo de "la primacía de la argumentación" y lo de que la teoría de la argumentación jurídica habría pasado a ser considerada "como nueva filosofía del Derecho primera". En otra ocasión me he referido a ello críticamente, porque no me parece que la naturaleza de esa teoría sea exclusivamente iusfilosófica y porque me temo que con la propuesta de García Figueroa se corre el grave riesgo de que la filosofía del Derecho como disciplina académica pase a ser sustituida por una teoría de la argumentación jurídica; a pesar de lo que enuncia su última y bienintencionada tesis relativa a la formación de los juristas.

Pero, de todas formas, la razón fundamental para pensar que García Figueroa no está enunciando en su Manifiesto propiamente una teoría neoconstitucionalista

del Derecho obedece a otro tipo de consideración. Se trata de que yo creo que en su Manifiesto lo que hace es más bien eludir los puntos centrales (los más conflictivos) de lo que suele entenderse por "neoconstitucionalismo". Quiero decir, García Figueroa dice muy poco (casi nada) a propósito de los principios o de la ponderación y despacha el asunto del activismo judicial con una simple frase, "Máxima actividad jurisdiccional, pero nulo activismo", que, francamente, no permite entender mucho acerca de cuál sea su postura al respecto. ¿Pues qué entiende por activismo? ¿Habrían sido o no activistas las dos sentencias antes mencionadas y dictadas precisamente al amparo del "neoconstitucionalismo" (puedo quitar las comillas si a Alfonso le incomodan)? Y aún más: ¿Qué quiere decir "máxima actividad jurisdiccional"? ¿Qué los jueces deben tener un protagonismo mayor del que ahora tienen? ¿Quizás que su papel en el Derecho tendría que estar por encima del de los legisladores y, en general, de las instituciones a las que se suele reconocer la función de crear el Derecho? Confiemos en que no.

4.

En conclusión, como antes decía, lo mejor, al menos para alguien como Alfonso García Figueroa, yo creo que es abandonar el neoconstitucionalismo. La palabra no puede inducir a otra cosa que a confusión. Y lo que se adivina que podría ser su posición en filosofía del Derecho me parece que le aleja de quienes se denominan a sí mismos "neoconstitucionalistas" y le aproxima más bien a los que, yo creo, es mejor llamar "postpositivistas". La diferencia fundamental entre unos y otros estriba en que los primeros no dan cuenta del elemento autoritativo del Derecho, prescinden -cabría decir- de los límites del Derecho, lo que les lleva a incurrir, entre otros errores, en activismo judicial. Mientras que los segundos, los postpositivistas, conciben el Derecho como una práctica social guiada por fines y por valores, pero que tiene que desarrollarse dentro de ciertos límites fijados autoritativamente. Esa concepción supone reconocer que el Derecho tiene una relativa autonomía en relación con la moral: Derecho y moral son "conceptos conjugados". Que el Derecho consta tanto de reglas como de principios y que cualquier problema jurídico de una mínima entidad supone manejar ambos tipos de

enunciados. Que el razonamiento jurídico es tanto subsuntivo como ponderativo. Y que los jueces no pueden ser ni activistas ni formalistas, sino que deben esforzarse por encontrar (lo que casi siempre es posible, en el contexto de un Estado constitucional) una solución justa a los casos que se les plantea, pero sin sobrepasar los límites autoritativamente fijados.