

Filosofía del Derecho

AÑO II NÚMERO 3

Cuestiones epistemológicas y normativas

Discusiones, notas y reseñas

Directores: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 3

Filosofía del Derecho

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....
ISSN 2250-7574

Revista Filosofía del Derecho

Año II - N° 3 - Noviembre 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Filosofía del Derecho y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

Directores

Diego J. Duquelsky Gómez - Cecilia M. Sgrazutti

Secretarios de Redacción

.....

Consejo Académico

Manuel Atienza Rodríguez

Juan Carlos Bayón Mohino

Andrés Bouzat

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

Raffaele De Giorgi

Jorge Douglas Price

Roberto Follari

David Makinson

Jorge Luis Rodríguez

Gabriela Scataglini

Lenio Streck

Gloria Trocello

Ramón Yanzi Ferreira

Editorial

Como en los dos números anteriores, aquí también son diversos los temas, las líneas filosóficas y las trayectorias de los autores que presentan sus trabajos.

Esa diversidad es expresión del pluralismo en la convocatoria que nos propusimos desde el inicio y que procuramos mantener.

Una línea editorial que abre espacio a cuestiones y discursos divergentes, a veces hasta contradictorios, que apuesta a que los lectores se sientan provocados a participar en la construcción del sentido de los textos que tienen ante sus ojos, y a poner a prueba las propias ideas y los presupuestos teóricos que defienden.

Al presentar el número 1 sostuve que “hacer filosofía jurídica” implica un compromiso con el mundo que vivimos y que los operadores jurídicos tienen una responsabilidad que proviene del conocimiento que poseen.

Quienes participamos en la publicación de esta revista intentamos cumplir con la palabra dada y ampliar los marcos del debate democrático sin renunciar a ninguna de nuestras convicciones.

Alicia E. C. Ruiz

Índice General

Sección I

Cuestiones epistemológicas y normativas p. I

Norma, excepción y el fundamento de la libertad

por SERGIO FABIO CARCIOFI..... p. 3

Los Derechos Humanos como contrapoder inmanente de las minorías.

Una lectura a partir de la obra de Michel Foucault

por CLAUDIO CHÁVEZ y EDUARDO MAGOJA p. 13

Consenso, moral y delito. Una visión epistemológica
sobre la “crisis” y la “revolución” en las ciencias sociales

por MARTÍN DEGOUMOIS y ALEJANDRO FILLIA p. 31

Sobre *lógos* jurídico y democracia en el pensamiento político posfundacional

por LUCAS GUARDIA p. 49

La Filosofía del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

por JOSÉ MARÍA MONZÓN p. 69

Discurso jurídico, esfera pública de discusión y prácticas argumentativas

por PAULA MUNIAGURRIA p. 89

El Poder Judicial y la sociedad

por MARIO PORTELA..... p. 107

Reglas constitutivas: inescapabilidad, arbitrariedad y normatividad.

El caso de la regla de reconocimiento

por MARÍA GABRIELA SCATAGLINI p. 117

ÍNDICE GENERAL

El discurso práctico racional de Alexy
y algunas objeciones generales a la ética del discurso
por MAURICIO JOSÉ VINTIMILLA..... p. 137

Sección II
Discusiones, notas y reseñas p. 155

Algunas reflexiones en torno a “Acción colectiva y justicia”, de Ricardo Caracciolo
por LAURA ÁLVAREZ.....p. 157

Caracciolo sobre discrecionalidad y *rule of law*
por GUSTAVO A. BEADE p. 167

Reglas y conocimiento. Comentarios sobre el conocimiento de normas en R. Caracciolo
por HERNÁN G. BOUVIER..... p. 187

Caracciolo y la normatividad del derecho: la crítica al iusnaturalismo sofisticado
por EZEQUIEL MONTI..... p. 201

Sobre los derechos colectivos
por ANDRÉS ROSSETTI p. 229

Autores citados p. 243

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Sección I

Cuestiones epistemológicas
y normativas

Norma, excepción y el fundamento de la libertad

por **SERGIO FABIO CARCIOFI**⁽¹⁾

Resumen

Sostiene Giorgio Agamben (2007) que la política se ha contaminado con el derecho, es decir, que la vida en su articulación con el derecho puede quedar sometida a una violencia gubernamental que, en nombre del derecho, ignora el derecho.

La finalidad de este trabajo es intentar poner de relieve que la ficción que implica la puesta en marcha y aplicación del **estado de excepción** —el hecho de que, aunque sea temporalmente, los hombres puedan quedar legalmente en un estado de intemperie legal frente a un poder gubernamental opresor— tiene su sentido y fundamento en la vigencia del concepto liberal-conservador de libertad.

Se propone entonces, a modo de debate, desempolvar y reflexionar en torno al concepto de libertad que Jean-Paul Sartre desarrolló en su obra filosófica, para luego evaluar en qué medida, en la historia del siglo XX y lo que va del presente siglo, el hombre ha resignado su derecho a la libertad.

.....
(1) Abogado UBA, docente de Filosofía del Derecho de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I | Estado de excepción: ¿una ficción real?

¿Cómo y para qué la ficción que implica la puesta en marcha y aplicación del **estado de excepción**, tal como lo explica Agamben (2007) —una anomía, un espacio vacío capaz de coincidir con “una figura extrema y espectral del derecho”— puede fundar las condiciones de legitimidad y acción de un derecho que no es tal?

Resulta impensable que la ley suspenda la ley para mantener la ley; pero sí es posible pensar lo impensable desde la ficción. Si esto es así, lo que propone el **estado de excepción** es desarrollar un pensamiento desde el terreno de la imaginación y desde ese punto fingir una realidad que de otro modo sería impensable. Sería como ficcionalizar la realidad o crear una realidad ficcional. Algo propio de una expresión artística; en este caso, un mero esfuerzo literario. Pero si entendemos que la ficción no puede ser real porque es una ficción, el concepto de “ficción real” sería nada más que un simpático oxímoron. No obstante, lo que cambia el estado de cosas es que, desde un razonamiento de imposible reflexión, se quiere imponer una “ficción real”, que no resulta ser más que la pretensión de imponer, por cualquier medio y a toda costa, un concepto funcional y legitimador del derecho sobre una realidad de la que no forma parte. De modo que debemos preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es el objetivo, la intención, de imponer una ficción que pretende hacer pie en una realidad que no la admite? Se podrá decir que estamos ante dos órbitas infinitas, y que como tales, tienen infinitas posibilidades. Es cierto: realidad y ficción son ámbitos inasibles; sin embargo, no lo es el dispositivo de propósitos que supone el intento de unirlos en un solo ámbito.

Agamben enmarca este problema dentro del debate entre Carl Schmitt y Walter Benjamin, donde este último pone de manifiesto y revela que el **estado de excepción** es “una *fictio iuris* por excelencia, que pretende mantener el derecho en su misma suspensión como fuerza de ley” y no resulta ser más que un lugar donde aparecen “la guerra civil y violencia revolucionaria, esto es, una acción humana que abandona toda relación con el derecho”. Sostiene que el objetivo de su indagación respecto

del **estado de excepción** es “sacar a la luz la ficción que gobierna esta *arcanum imperii*”. Es decir, dar a conocer que lo que contiene el centro del poder es “un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida”. Concluye que “exhibir el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre ellos un espacio para la acción humana, que en un momento dado reivindicaba para sí el nombre de la **política**. La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho concibiéndose a sí misma en el mejor de los casos como poder constituyente (esto es, violencia que pone el derecho), cuando no reduciéndose simplemente a poder de negociar con el derecho”. Sin embargo, Agamben termina sosteniendo que el **estado de excepción** es eficaz pero ficticio (una ficción real), que ha sido la regla de toda experiencia gubernamental occidental durante el siglo XX y que tal situación se enmarca en la maquinaria de la bio-política.⁽²⁾

En síntesis, para Agamben, la historia del siglo XX fue la historia de la puesta en marcha y aplicación de una “sociedad disciplinaria” impuesta desde un poder que, en su seno, legitima su acción opresora con una ficción real, que infesta la política y reduce al mínimo la acción humana.

A lo dicho agregaremos, primero, la segunda parte de la segunda tesis de Agamben que, como resultado de la indagación genealógica sobre el *iustitium*, plantea: “Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de no dejarlo escapar”; y, segundo, sintetizaremos nuestros interrogantes dando una primera respuesta a la tesis que antecede, con la siguiente hipótesis: el esfuerzo por sostener la ficción real que implica el **estado de excepción**, tiene como propósito estratégico sostener la vigencia jurídica del concepto liberal-conservador de libertad, como fundamento de legitimidad del libre juego del poder económico.

(2) “Las llamadas ciencias humanas se consagran en estudiar al *hombre*, pero con el propósito de dominarlo. A esto Foucault le llama bio-poder. Y a la sociedad en que ese bio-poder se realiza: *Sociedad disciplinaria*” (Feinmann, 2010).

Es innegable que durante el siglo XX y lo que va del presente, el derecho fue reemplazado por decisiones⁽³⁾ totalitarias provenientes de intereses políticos y, fundamentalmente, económicos de minorías hegemónicas. Ejemplos de estas son el nacionalsocialismo en Alemania, el fascismo en Italia, el franquismo en España, el colonialismo en África, las dictaduras militares en Latinoamérica (cuyos estertores se sintieron hace poco en Honduras), o la "Patriot Act" dictada luego del atentado a las Torres de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, que suspende derechos humanos y libertades civiles en Estados Unidos. Sin embargo, y más allá de toda ficción real, tales decisiones tuvieron y tienen como objetivo: controlar, limitar y/o suprimir la libertad del hombre. Este propósito fue "quitándose la ropa" a partir de los años noventa del siglo pasado y hoy puede verse desnudo en el interés del poder económico y comunicacional: ¿no representan acaso, un claro propósito de imponer una ficción real para mantener y sostener económicamente el *statu quo*, las hipotecas inmobiliarias con deudores insolventes (*subprime*) que Wall Street multiplicó en el circuito financiero internacional creando la famosa "burbuja inmobiliaria" o las constantes repeticiones de "ideas preconcebidas"⁽⁴⁾ que corporaciones televisivas imponen generando una comunicación sin información?

Nos parece que, una vez más, en este juego de impensables ficciones reales, el derecho, en pos de esa "importancia estratégica tan decisiva" que inquieta a Agamben, juega su papel de ausencia y presencia: desregulación financiera en un caso y libertad de prensa sin derecho a réplica en el otro,⁽⁵⁾ son claros ejemplos.

.....

(3) Decisiones que, según Agamben, la teoría schmittiana presenta como facultad del soberano que, desde una aparente pertenencia al ámbito del derecho, tiene el poder de anular la norma sin dejar capturar ese ámbito de anomia que se genera.

(4) Pierre Bourdieu (1997) plantea la relación entre el pensamiento y la velocidad. Los *fast thinkers*. Estos, en televisión, son expertos capaces de dar repuestas rápidas a los temas que propone la cadena televisiva, y lo hace mediante ideas preconcebidas creando una comunicación instantánea: "...el intercambio de ideas preconcebidas es una comunicación sin más contenido que el propio hecho de la comunicación (...) desempeñan un papel fundamental en la conversación cotidiana, tienen la virtud de que todo el mundo puede recibirlas, y además instantáneamente: por su banalidad, son comunes al emisor y al receptor".

(5) Gregorio Badeni, uno de los constitucionalistas argentinos más importantes, abogado de ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas) y del grupo comunicacional Clarín, sostiene que el derecho a réplica es inconstitucional porque "obligar a un medio de prensa a publicar algo que no quiere expresar es censura" porque esto "equivale a prohibir la publicación de una nota que se quiere difundir", en *diario Clarín*, 26/02/2006.

2 | El concepto liberal-conservador de libertad

Entendemos por concepto liberal-conservador de libertad al que refiere a la libertad individual como fundamento de la iniciativa privada en lo económico. Libertad que implica orden social y desregulación económica; libertad que exige respeto a las normas que respetan la inexistencia de normas en la economía; en definitiva, una libertad que lleva consigo la responsabilidad individual de la mayoría de conservar la continuidad pacífica, sin cambios, de aquello que no debe tener normas; y que garantiza el libre juego de una minoría que tiene el derecho a que, en nombre del respeto a las normas, guíen y ejecuten discrecionalmente, sin límites y sin reglas, los grandes proyectos de apropiación y administración de los recursos económicos.

Es esta libertad liberal-conservadora, la libertad en la que vivimos. Una concepción de libertad que une los valores liberales que fundaron las teorías contractualistas del siglo XVIII y que ha ido evolucionando refinadamente a la par de los progresos económicos y científicos que a lo largo del siglo XX cambiaron la forma de vida de la humanidad, con el propósito conservador de sostener solamente su rol legitimador del sistema económico. Esto es, una libertad que legitima pero que está desprovista de los valores que la fundaron.

“Esos valores implicaban el rechazo de la dictadura y del gobierno autoritario, el respeto del sistema constitucional con gobiernos libremente elegidos y asambleas representativas que garantizaban el imperio de la ley, y un conjunto aceptado de derechos y libertades de los ciudadanos como las libertades de expresión, de opinión y de reunión. Los valores que debían imperar en el estado y en la sociedad eran la razón, el debate público, la educación, la ciencia y el perfeccionamiento (aunque no necesariamente la perfectibilidad) de la condición humana” (Hobsbawm, 1998).

Estos valores y pautas que regían las relaciones humanas y que se encontraban dentro de los propósitos de los movimientos socialdemócratas de la primera mitad del siglo XX que, como sostiene Hobsbawm, “ya no eran

fuerzas subversivas, sino partidos que sustentaban el Estado, y su compromiso con la democracia”, fueron reemplazados por “los valores de un individualismo asocial absoluto, tanto en la ideología social como privada, aunque quienes los sustentan deploran con frecuencia sus consecuencias sociales”. Tal sociedad, “...constituida por un conjunto de individuos egocéntricos completamente desconectados entre sí y que persiguen tan solo su propia gratificación (ya se la denomine beneficio, placer o de otra forma), estuvo siempre implícita en la teoría de la economía capitalista”.

Como dice Hobsbawm, hoy “el mundo es incomparablemente más rico de lo que lo ha sido nunca por lo que respecta a su capacidad de producir bienes y servicios y por la infinita variedad de los mismos” y, al mismo tiempo, creemos, alarmantemente menos libre respecto de aquellos gritos de libertad que desde la revolución francesa, pasando por todas las demás revoluciones sociales y políticas, hoy sólo alcanzan a retumbar como fantasmas caídos en desgracia.

En el concepto de **liberalismo conservador**, el término “conservador” actúa como un adjetivo atenuante, o más bien negador, del sentido del “liberalismo” primitivo. La libertad entonces no es tal como la preconcebimos, sino una libertad fantasma, un significante vacío, un sello, una formalidad destinada a sostener una apariencia necesaria para justificar y mantener en marcha los engranajes de un conjunto de individuos encantados por consumir vorazmente los bienes y servicios, que la maquinaria del capitalismo produce con una capacidad de abastecimiento inédita y por ahora ilimitada.

Y no se trata, como propone Edgardo Logiudici (2007), de la probable coexistencia de “formas de relaciones autónomas, es decir libres” por afuera de un esquema de excepción en la aplicación de la norma heterónoma. El propósito del **estado de excepción** es no dejar a nadie fuera del esquema que propone. Por ejemplo, el estatuto para el proceso de reorganización nacional instaurado por la dictadura militar argentina iniciada en 1976, tenía por objetivo aniquilar cualesquiera forma de relaciones libres, y lo hacía expresamente en nombre del ejercicio del poder constituyente, intentando establecer así un nexo con el poder fundante del orden jurídico que suspendió. Por lo tanto, tal **estado de excepción** se fundaba y legitimaba desde una pretensión de poder constituyente. Esto es, la norma fundamental que suspende a la norma constituida, para

preservar un estado de cosas que la norma que se suspende en nombre de la norma, no le garantizaba.

La impensable ficción real de la que hablamos, necesita, como contrapeso, anclajes serios, efectivos y ejecutivos desde donde sostenerse, y este contrapeso no es otro que la concepción liberal-conservadora de libertad. El **estado de excepción** es una herramienta más para momentos en los cuales los sistemas de representación democráticos, con gobiernos libremente elegidos, no funcionan para su propósito.

En efecto, tales propósitos en gobiernos democráticos son garantizados por el plexo constitucional mediante cláusulas dogmáticas que no pueden ser alteradas y cuyo ejercicio queda sujeto a las reglamentaciones. El derecho de propiedad es la base desde donde se articula el principio de reserva de los demás derechos; es decir, que aquello que el derecho de propiedad no prohíbe, está permitido: todo lo que contribuya a trabajar y ejercer toda industria lícita; navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; publicar las ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de su propiedad; asociarse con fines útiles (art. 14 de la Constitución de la Nación Argentina). Junto con ellos, están el sometimiento al culto católico, a los impuestos y la forma representativa de gobierno.

En un sentido declamativo y programático, se encuentran los demás derechos que la inviolabilidad de la propiedad (la cual tiende a preservar el estado de cosas), torna de imposible realización, como son el derecho a una vivienda digna, a la salud y a la educación. No resulta casual que países que padecen gravemente la ausencia de estos derechos, tras el advenimiento de gobiernos populares, intenten hoy (a pesar de la férrea oposición de quienes ostentan el poder económico) la modificación sustancial de sus constituciones nacionales como, por ejemplo, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

En estos términos, lo estratégico y decisivo se manifiesta en sostener el ejercicio, pacífico o por la fuerza, de una libertad que viene a conservar un liberalismo que acepta la jerarquía social, los intereses económicos de las clases dominantes y una forma de vida basada en un individualismo absoluto, desprovista de todos los principios sociales y democráticos que las concepciones del liberalismo originario fundaron, para acompañar

las revoluciones sociales contemporáneas en el marco del imparable progreso económico iniciado entre los siglos XVII y XVIII.

Una idea de libertad que encuentra su punto de partida en la filosofía tradicional que, como sostiene Ferry y Renaut (2001), concibió, y aún concibe, al hombre como una cosa, como un objeto fabricado. “En semejante visión del mundo, la libertad humana desaparece, el hombre se encuentra prisionero de una naturaleza, asignado a una finalidad o un modelo del cual no puede evadirse...”.

3 | La vuelta a las filosofías de la libertad

Si el concepto liberal-conservador de libertad es la piedra basal de los regímenes autoritarios y democráticos, que aseguraron y aseguran aún la desigualdad social y económica por medio de los dispositivos jurídicos de normas y excepción, la tarea de la filosofía política y del derecho no puede ser otra que intentar hacer volar tal peñasco, pensando en transformar esta realidad de catástrofes desde una concepción radicalmente opuesta de libertad. Es en este sentido que consideramos que se hace vital volver a las filosofías de la libertad, para replantearla, rediscutirla y volver a fundarla.

Entre ellas, resulta impostergable y necesario volver especialmente sobre el concepto de libertad que Jean-Paul Sartre desarrolló en su obra filosófica. Puesto que se trata de una idea de libertad que coloca al hombre como responsable único de su destino, en tanto es el hombre quien elige permanentemente sus proyectos y no al revés.

En la filosofía sartreana, el derecho, como la libertad, viene al mundo por el hombre; también su carácter opresor. Pero, sostiene Sartre, la libertad es el fundamento del hombre. Aunque es una libertad que para ser tal no admite reposo sino compromiso con la elección que el hombre hace en cada acto, en tanto es una nada que tiene que hacerse para ser. Por eso, Sartre dirá que el hombre es el ser por el cual la nada adviene a las cosas, que el hombre es una pasión inútil por ser algo, que la libertad humana precede a la esencia del hombre y la hace posible. ¿Cómo, entonces,

desde esta perspectiva, el derecho podría pretender reducir al hombre a una cosa gobernada por leyes de exterioridad? Si el derecho pretende ser más que un proceso inerte, ¿de qué manera puede ser posible que la libertad inalienable del hombre pueda quedar sometida a una violencia gubernamental que en nombre del derecho, ignora el derecho?

Un concepto de libertad como fundamento de cada acto del hombre, es una libertad que adviene a las cosas, al mundo, por el hombre. La existencia del hombre, entonces, es suficiente para que esta libertad sea inalienable.⁽⁶⁾ Pero, además, es una libertad que se manifiesta cada vez que el hombre elige y, en esa elección, le exige responsabilidad. Si esto es así, tales ficciones reales como el **estado de excepción** no pueden ser argumentos que atenten contra la libertad del hombre, sino por el contrario, resultan ser en su esencia sólo barreras, resistencias, destinadas a ser vencidas por una libertad que se revela inexorablemente en el marco de los conflictos que plantean adversidades como éstas.

En un mundo plagado de resistencias a los proyectos colectivos del hombre, donde, como decía Hobsbawm (1998), el “individualismo asocial” —que constituye una sociedad de individuos desconectados entre sí y motivados por el afán de sostener a cualquier precio el libre juego del poder económico— es el fundamento de legitimación de gobiernos autoritarios y/o democráticos que aseguran la desigualdad social y económica, se hace vital oponer un concepto de libertad que encuentre en el hombre su fundamento. Puesto que es el hombre quien encarna la política y ésta última el motor de la voluntad capaz de derribar los edificios de la opresión y la desigualdad.

En síntesis, los esfuerzos por sostener social y políticamente el *statu quo* que controla la producción y el consumo masivo de bienes y servicios, potenciado por el formidable y vertiginoso desarrollo de un poder comunicacional sin precedentes, hoy se asientan en una concepción de libertad que, desprovista de todo contenido, sólo conserva su poder legitimador. Ficciones reales, impensables, como un **estado de excepción** a las normas, o la manipulación de la información de los medios masivos de comunicación; son algunos de los mecanismos que esconden tal propósito.

.....

(6) Aunque, como explica Sartre, el fundamento de la alienación también es la libertad.

Si la concepción liberal conservadora de libertad es el fundamento del presente estado de cosas, es porque tal libertad encuentra en este estado de cosas su fundamento. Por lo tanto, para desenmascarar los propósitos que sostienen un mundo injusto y desigual y sentar las bases de un mundo diferente, será nuestra tarea y responsabilidad, y en especial de la filosofía política y del derecho, volver a reencontrarnos con el hombre y su fundamento: la libertad.

Bibliografía

- AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2007.
- BOURDIEU, P., *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997.
- FEINMANN, J. P., *La filosofía y el barro de la historia*, Buenos Aires, Planeta, 2008.
- FEINMANN, J. P., “Peronismo: Filosofía política de una obstinación argentina”, en *Página 12*, año 23, n° 7727, 2010.
- FERRY, L. y A. RENAUT, *Heidegger y los modernos*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- HOBBSAWM, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1998.
- LOGIUDICI, E., *Agamben y el estado de excepción*, Buenos Aires, Herramienta, 2007.
- SARTRE, J.-P., *El ser y la nada*, Buenos Aires, Losada, 2006.
- SARTRE, J.-P., *Crítica a la razón dialéctica I y II*, Buenos Aires, Losada, 2004.

Los Derechos Humanos como contrapoder inmanente de las minorías

Una lectura a partir
de la obra de Michel Foucault⁽¹⁾

por CLAUDIO CHÁVEZ⁽²⁾ y EDUARDO MAGOJA⁽³⁾

“Malvadas llamo, y enemigas del hombre, a todas esas doctrinas de lo Uno y lo Lleno y lo Inmóvil y lo Saciado y lo Imperecedero”.
Nietzsche (2007:132)

I | Introducción

Comúnmente se dice que en la historia de los Derechos Humanos se puede observar un progreso moral de la humanidad que se origina en la defensa de derechos naturales abstractos y culmina con la Declaración

(1) Una primera versión de este trabajo fue leída en las XXV Jornadas Argentinas y III Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, celebrada el 27, 28 y 29 de octubre de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(2) Profesor de Filosofía por la Universidad de Buenos Aires (2013).

(3) Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2009). Estudiante de filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras, y maestrando de la Maestría en Filosofía del Derecho en la misma universidad.

Universal de Derechos Humanos. Otros, en cambio, sostienen que tales derechos no son más que instrumentos por los cuales la clase dominante hace valer sus propios intereses.

A pesar de que ambas interpretaciones parecen verosímiles, sin embargo, desde la concepción foucaultiana del poder estas posturas no son del todo viables en tanto descuidan las relaciones de fuerzas que están en juego dentro del bio-social. Así, creemos que una reinterpretación de los Derechos Humanos bajo el pensamiento de Foucault nos brinda una visión distinta, que implica reconocerlos como resistencias al poder de los Estados que disciplinan y controlan a los individuos.

En este marco, el propósito de este trabajo es realizar un estudio sobre la resistencia que ofrecerían los Derechos Humanos contra el poder estatal y tratar de comprender de qué manera se realiza la misma a la luz de la obra de Foucault. Se trataría de pensar una nueva práctica ético-política de los Derechos Humanos; una praxis inmanente a la vida misma de quienes lo ejercen, sin dejar que ninguna mediación o intermediario se apodere de tal ejercicio de la libertad, un nuevo **qué-hacer-político** que rompe con el discurso dominante.

2 | La conformación de los Derechos Humanos: aproximación histórica

Existen diferentes interpretaciones respecto de la existencia misma de los Derechos Humanos. Algunos dicen que éstos son naturales, nacemos con ellos, y por lo tanto son anteriores y superiores a cualquier poder estatal: éste sólo se limita a reconocerlos y hacerlos positivos. Otros, en cambio, sostienen que los Derechos Humanos están relacionados con la aparición de estructuras jurídico-políticas determinadas, como por ejemplo, el Estado Moderno.

Más allá de las divergencias que existen entre ambas posturas, lo cierto es que a lo largo de la historia, el hombre ha intentado generar límites frente a los abusos del poder de diferentes estructuras políticas, y ello llevó al reconocimiento paulatino de "derechos" que progresivamente fueron

ocupando la escena política y se volvieron indiscutibles. Es decir, la historia de la aparición creciente de estos derechos está inefablemente ligada a la propia historia del hombre.

La obtención de un mayor bienestar personal y social, y la posibilidad material de desarrollar plenamente la autonomía personal e intersubjetiva, no siempre se fue dando de forma equitativa. Por ejemplo, la esclavitud, la irracionalidad de los sistemas de dominación tanto formales como informales y la crueldad de ciertas prácticas generaron desigualdades para el acceso de ese bienestar.

En la historia se puede avizorar por primera vez en 1215 un documento formal que explícitamente reconoció el derecho a la libertad individual frente al poder feudal. Se trata de la Carta Magna de Inglaterra, que significó la lucha de cierta clase social contra el absolutismo y dio el puntapié para el reconocimiento de los derechos que regulaban la relación del Estado con sus ciudadanos. Bajo la misma premisa, en 1628 se promulgó la Petición de Derechos en Inglaterra, que obligó al Rey a someter a consulta sus decisiones; esto finalmente llevó a la promulgación de la Declaración de Derechos en 1689.

Con el correr del tiempo, el hombre fue ganando terreno y durante la Edad Moderna se establecieron instituciones que adjudicaron expresamente el derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. En este sentido, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fueron los antecedentes más importantes para el reconocimiento de aquellos derechos.

El proceso de la Revolución Industrial generó un nuevo paradigma y, a su vez, presentó nuevos desafíos en la lucha por los derechos del hombre ante la opresión que generaban las nuevas formas de tratamiento indigno propias de la época, como los extensos horarios de trabajo, la desigualdad laboral según el sexo y el trabajo infantil. Muchas voces se alzaron ante estas situaciones y, como consecuencia, se crearon los sindicatos, se establecieron jornadas laborales con horarios limitados, se elaboraron instrumentos destinados a proteger el trabajo infantil y a garantizar la igualdad en el trabajo para las mujeres. Incluso, al finalizar en 1918 la Primera Guerra Mundial, se creó la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, que estableció en 1919 la Organización Internacional del Trabajo.

Por otro lado, las conocidas atrocidades que tuvieron lugar durante las dos guerras mundiales impusieron la necesidad de orquestar organismos a nivel internacional que garantizaran una mayor protección de los derechos del hombre. Al término de la Primera Guerra Mundial se creó la Sociedad de Naciones que, luego, en 1945, se transformó en la Organización de Naciones Unidas (ONU). En su texto constitutivo, la ONU estableció como uno de sus objetivos principales “el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales” y el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó finalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3 | Distintas perspectivas en cuanto a la historia de los Derechos Humanos

En virtud del desarrollo histórico de los Derechos Humanos que a grandes rasgos hemos narrado, podemos decir que en su historia existió y existe una “evolución”. Esto es, a través de los años los derechos del hombre se han ampliado con el fin de asegurar, garantizar y permitir a los individuos una mejor vida.⁽⁴⁾

En este orden de ideas, Bobbio (1991: 68) sostiene que en la historia de los Derechos Humanos tenemos un progreso de toda la humanidad: “La Declaración Universal (...) comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa por la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, y termina con la universalidad no ya abstracta, sino concreta de los derechos positivos universales”.

Bobbio defiende la idea de que existe un movimiento dialéctico en la historia de los Derechos Humanos que va desde la abstracción de los derechos naturales, pasa por la concreción regional estatal, y culmina con la Declaración Universal de éstos.

(4) En este sentido, recordemos a Dworkin (1984: 37), quien sostiene que “los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”.

De acuerdo a su propuesta, al inicio de la Modernidad se realizaron las primeras manifestaciones del derecho natural. Un claro ejemplo de ello es Locke (2002 [1690]), quien separa el estado de naturaleza de la sociedad civil o política. En su famosa obra *Second Treatise of Civil Government* de 1690, el filósofo sostiene que en el estado de naturaleza el hombre goza de un estado perfecto de igualdad y libertad. Más aún, la ley fundamental de la naturaleza reza así: “siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Pues los hombres son todos obra de un Hacedor omnipotente (...); en consecuencia, son de Su propiedad y han sido hechos para durar lo que a Él, y no cualquiera de ellos le plazca” (Locke, 2002 [1690]:11).

De acuerdo a Locke, entonces, el hombre posee derechos fundamentales antes de la consolidación del gobierno civil, ya que dispone libremente de sus bienes y de su propia persona, y no se halla sujeto bajo el poder de ningún otro hombre. Así pues, Locke considera que cada uno de los individuos en estado de naturaleza es juez de sí mismo porque no hay autoridad a la cual someterse, ya que todos los hombres son productos de Dios. Sintetizando, los hombres poseen ciertos derechos en el mismo movimiento de la existencia y, por lo tanto, éstos les son inalienables. La tarea del gobierno civil no es otra que la de garantizar estos derechos que otorga la naturaleza.

Se podría objetar que estamos siendo anacrónicos citando a Locke; sin embargo, no debemos perder de vista que el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos nos dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Percibimos, pues, que en ese documento existen rasgos del derecho natural, sobre todo cuando se dice que los hombres “nacen libres e iguales”. Salvando las distintas definiciones que podamos hacer de las categorías “libertad” e “igualdad”, no resulta difícil observar las pretensiones ontológicas que están presentes tanto en el estado de naturaleza lockeano, como en la propia Declaración Universal.

En cuanto a la segunda fase del movimiento dialéctico, Bobbio (1991: 39) sostiene que en ciertos Estados se positivizaron estos derechos, pero sólo de manera regional: “En otras palabras, mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron

acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió en eficaz, pero sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado”.

Finalmente, la tercera fase culmina con la consagración universal de los Derechos Humanos: ya no hay una positivización regional, sino que ésta excede el plano local, traspasa las fronteras de los Estados para alcanzar un nivel supra-nacional, o mejor dicho supra-estatal; como dice Bobbio (1991: 39), a partir de “la *Declaración Universal*, la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal. Y el individuo tiende a convertirse de sujeto de una comunidad estatal en sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal”.

Queda claro, pues, de qué forma Bobbio afirma la existencia de una evolución en cuanto al despliegue de los Derechos Humanos, que coincide con el desarrollo histórico que explicamos más arriba. Sin embargo, cabe preguntarse si verdaderamente es posible hablar de un progreso moral y político de los Derechos Humanos.

De manera adversa, existen otras posturas que impiden pensar la historia de los Derechos Humanos en términos evolutivos. Por ejemplo, Raffin (2006: 2) afirma que los derechos del hombre nacieron como fundamento del mundo moderno-burgués: “Las bases y el *substratum* de los derechos humanos se apoyan entonces en una cierta construcción del sujeto en tanto del eje del mundo moderno”. Y más adelante, sostiene: “En el universo del sistema jurídico moderno —como parte del sistema general de legitimación de la sociedad burguesa—, el individuo y la propiedad ocupan el lugar central y estructurante en el marco de la sociedad civil y el Estado” (Raffin, 2006: 7).

Así pues, los Derechos Humanos nacen con la modernidad; son una invención de esta época y junto con ella se constituye una metafísica de la subjetividad que justificaría la praxis del mundo burgués. De esa forma, se postula un sujeto que será fundamento del mercado o del intercambio económico. Con relación a este punto, nos parece pertinente reflexionar sobre las categorías metafísicas del mundo moderno para ver con mayor claridad la idea que estamos insinuando aquí.

Según el filósofo francés Goldmann (1968), la idea de intercambio implica los siguientes principios metafísicos que la legitiman: libertad, los individuos

son libres de intercambiar mercancías con quienes quieran; igualdad, los individuos se hallan en situaciones iguales para intercambiar o vender su fuerza de trabajo; universalidad, en la medida en que todos somos iguales, todos podemos intercambiar con cualquiera de los individuos. De esta forma, para Goldmann (1968: 37) el “intercambio es posible sólo entre individuos iguales y libres. Todo atentado contra la libertad de decisión o de acción suprime de inmediato su posibilidad de existencia. Un esclavo o un siervo nada pueden vender sin la aprobación de sus dueños o de su señor”.

El concepto de universalidad, asimismo, conlleva la idea de tolerancia. Como explica Goldmann (1968: 37), aquél que “intercambia se interesa muy poco por las convicciones religiosas o morales del otro participante en el acto, e ignora también sus demás cualidades concretas”. Por lo demás, estas categorías terminan por justificar otro principio metafísico de la modernidad de suma importancia: la propiedad.

En resumen, todas estas categorías metafísicas, que podemos desprender del concepto de intercambio, nos llevan a pensar que —y en virtud de lo venimos diciendo— los Derechos Humanos nacieron y se nutren de ellas: ni más ni menos que los pilares fundamentales de la burguesía.

Entonces, la cuestión de la metafísica del sujeto moderno está presente en la praxis de los Derechos Humanos. Por eso, todo intento de unidad de los Derechos Humanos (como el progreso moral de la humanidad que sostiene Bobbio) resulta desacertado en la medida de que no contribuye a la praxis de los derechos: su punto de partida es erróneo, pues tiene su origen en los principios liberales. Esto es, fundamentos abstractos que no coinciden con la realidad.

En igual sentido, Raffin sostiene que la misma categorización de los derechos del hombre en generaciones supone distintas características que no encerrarían una unidad en sí: cada generación tiene una política que reviste cualidades propias, implica un Estado distinto y que, además, estima modelos políticos diferentes. De esta forma, no existe una unidad en los Derechos Humanos, por lo tanto, no podemos aceptar un progreso moral ni político. Como dice Raffin (2006: 61):

“el artificio de las generaciones de derechos repercute en una serie de cuestiones e implicancias conexas que tocan al corazón

mismo de la praxis de los derechos humanos: la relación entre los derechos, y especialmente la afirmación de los derechos humanos como universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados; la ‘operatividad’ y la ‘programacidad de los derechos’, la teoría del núcleo duro e irreductible de los derechos humanos (...), la aplicación de la noción de ‘progresividad’ para no citar sino la más importantes”.

Dicho esto, afirmamos que la historia de los Derechos Humanos, que formalmente empieza con la Carta Magna de Inglaterra y culmina con la Declaración Universal de Derechos Humanos, no supone una evolución. Es decir, no compartimos un “progreso moral de la humanidad” que propugna Bobbio, ya que —como hemos visto— las categorías defendidas por tales derechos fueron serviciales al despliegue socio-económico de la burguesía.

4 | Derechos Humanos y ontología

Si revisamos el aspecto ontológico de los Derechos Humanos, de acuerdo a lo visto hasta aquí, podemos afirmar que no poseen una ontología propia. De hecho, a pesar de que Bobbio (1991: 71) manifiesta una tesis progresista de los Derechos Humanos, reconoce que éstos poseen un carácter transformativo: “Los derechos enumerados en la redacción no son los únicos ni posibles derechos humanos: son los derechos del hombre histórico tal y como se configuraba en la mente de los redactores de la Declaración después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial”.

En este sentido, la Declaración Universal corresponde a una determinada conciencia histórica que no se instala de una vez y para siempre. De ahí que el autor afirme el carácter **transformativo** de los Derechos Humanos. Además, le adjudica otra característica importante: son **ampliativos**; por eso mismo, Bobbio afirma una **progresividad** de los Derechos Humanos. Ahora bien, ¿no podríamos ver aquí implícitamente una visión que proclama una unidad ontológica de los Derechos Humanos? Si los derechos se pueden ampliar, se logra entrever cierto progreso de los mismos que va desde un origen hasta su mejoramiento. Es decir, se piensa en un “germen” que se amplía progresivamente para mejorar la vida humana; la justicia crecería para el bienestar del hombre.

Si bien Bobbio afirma claramente que los Derechos Humanos no poseen un fundamento absoluto, manifiesta cierto progresismo que lo inserta en la lógica moderna. Creemos que esta idea está presente en el autor italiano incluso cuando afirma el carácter histórico de los derechos; es una idea implícita que se encuentra sin duda en su obra.

En virtud de esto, surgen las siguientes preguntas con respecto a la tesis de Bobbio: ¿es necesario afirmar un progreso moral de la humanidad? ¿Qué consecuencias favorables existen a partir de esta visión? ¿En qué contribuye al mundo social actual?

Bobbio (1991: 112) se da cuenta del optimismo que implica semejante creencia y sostiene: “Respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad [haciendo referencia a Kant] estamos ya demasiados retrasados. Busquemos no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos mucho tiempo que perder”.

Claro, Bobbio reconoce que existe, por ejemplo, una **carrera vertiginosa de armamentos** en nuestra actualidad. Sin embargo, también da cuenta de las innovaciones en la historia del derecho que contribuyeron al crecimiento moral del hombre, como la Declaración de los derechos del Niño (1959), la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967) y la Declaración de los Derechos del Disminuido Mental (1971).⁽⁵⁾ Pero a pesar de este reconocimiento, ¿la **desconfianza** no debe ser incluso una práctica de los Derechos Humanos? ¿No es creer demasiado en las instituciones que defienden los Derechos Humanos y dejar que ellas por sí solas los administren según su criterio?

Dejando de lado la postura de Bobbio, en la propuesta de Raffin se ve claramente que los Derechos Humanos son históricos a través de las generaciones de los derechos. En efecto, estas generaciones muestran cómo los derechos suponen Estados distintos, modelos políticos diferentes; es decir, Raffin insiste con la idea del fundamento cambiante de los Derechos Humanos. Pero, ¿para qué mostrar que los Derechos Humanos no poseen un fundamento último? ¿Cuáles son las ventajas de mostrar la historicidad de tales derechos? ¿Insertarnos en esa problemática no es sumergirnos en cierto anacronismo que no contribuye demasiado a la praxis del derecho?

.....

(5) Ver Bobbio (1991: 110).

Dadas estas preguntas, nos parece necesario partir desde otra visión de los Derechos Humanos, que muestre los beneficios que de ellos podríamos tener; no pensarlos dentro de una cosmovisión progresista (Bobbio) o “problemática” (Raffin), sino concebirlos como una práctica ético-política posible.

En síntesis, los Derechos Humanos no tienen un principio último que los fundamenten; de hecho, tanto Bobbio como Raffin comparten esta creencia. Lo que no acepta este último es la existencia de una unidad de los Derechos Humanos. Menos aún la existencia de una progresividad. Por eso mismo, Raffin (2006: 65) afirma que hay que quitar cualquier fundamento último en esta materia y proponer un principio móvil:

“En síntesis, proponer y defender continuamente un fundamento cambiante y móvil, tratando de posibilitar el movimiento y la multiplicidad de la vida misma. Repito, solo de esta manera los derechos humanos nunca podrán constituirse en un arma hipócrita de la dominación y la opresión, de la represión y la violencia, en suma, de la uniformización cultural universal”.

Queremos resaltar la advertencia de Raffin, ya que luego la retomaremos. Sin embargo, nos preguntamos, otra vez, si acaso con esta denuncia alcanza para una práctica eficaz de los Derechos Humanos. Es verdad que toda ontologización conlleva peligros quizás no deseados. Por eso, es importante señalar y abogar por la multiplicidad de la vida, ¿pero desde dónde?

En la obra de Foucault, podemos encontrar una práctica que nos aleje de cualquier fundamento último, que tenga en cuenta la multiplicidad de la vida, y que —sobre todo— nos permita mantener la desconfianza sobre cualquier institución que pretenda representarnos en el ejercicio de nuestros derechos.

5 | De las sociedades disciplinarias a las sociedades de control

Como punto de partida creemos necesario realizar un breve recorrido sobre la sociedad disciplinaria —y su consecuente consagración en el **biopoder**— con el fin de poder resignificar los Derechos Humanos desde la perspectiva foucaultiana.

La sociedad disciplinaria, según Foucault (2003: 93), aparece en el siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX, y nace a partir de la reforma judicial y penal llevada a cabo en los diferentes países de Europa. Esta reforma, que Beccaria y Bentham integran como sus grandes teóricos, promueve la idea de que el crimen no tiene que ver con la infracción moral o religiosa, sino que se identifica simplemente con una falta a la ley. Así, estos autores no establecen una identificación entre ley y religión, tampoco dicen que la ley tiene naturaleza alguna, sino que **debe representar** solamente lo que es útil para la sociedad.

Ahora bien, a principios del siglo XIX nace la prisión como forma de castigo. Con ella, la legislación penal se irá desviando de aquella concepción de la ley que representa sólo lo útil para la sociedad, y se desplaza o se ajusta sobre el individuo. De esa forma, la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control no sobre lo que el individuo hace con respecto a la ley, sino sobre aquéllo que puede hacer. No está de más decir que este control no está sólo a cargo de la administración de la justicia, sino por una compleja red de instituciones (psicológicas, psiquiátricas, policiales, médicas, pedagógicas, etc.) que conforman un poder cuya función es corregir las virtualidades (lo que pueden hacer) y no las infracciones en sí. En palabras de Foucault (2003: 102), "Toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley, sino más bien sobre lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer".

Así, la sociedad disciplinaria termina en el siglo XIX y se abren las puertas para el surgimiento de la **sociedad de control**. El foco de atención para ésta ya no es el individuo, tampoco la sociedad, sino que: "Se trata de un nuevo cuerpo: cuerpo, múltiple, cuerpo de muchas cabezas, si no infinito, al menos necesariamente innumerable. Es la idea de **población**" (Foucault, 2001: 222).

El poder se extiende ahora desde lo orgánico hasta lo biológico, y constituye una sociedad de normalización que disciplina y regulariza la población. Así, la sociedad de control es una intensificación de la sociedad disciplinaria, ya que la disciplina se extiende a un espacio más abarcador: las instituciones normalizadoras.

El nuevo paradigma de poder de la sociedad de control es el **biopoder**. Éste regula la vida social desde su propio interior, interpretándola, ab-

sorbiéndola y rearticulándola. Ahora el poder alcanza y se reproduce en todos los ámbitos: en el terreno político, económico, y en el plano de la subjetividad; en suma, en la vida misma.

Considerando el despliegue del **biopoder** cabe considerar si acaso las instituciones que defienden los Derechos Humanos escapan al mismo. Desde la visión de Foucault, es claro que estas instituciones están inmersas en sus redes. Por lo tanto, también ejercen el poder contra la vida: estamos frente a una violación de los derechos en tanto absorbe, normaliza y regulariza la población. Control sobre los cuerpos, control sobre los cerebros. Sobre este punto, las siguientes palabras de Deleuze (1996: 270) resultan ser muy elocuentes: “Los derechos humanos no conseguirán santificar las ‘delicias’ del capitalismo liberal en el que participan activamente. No hay un sólo Estado democrático que no esté comprometido hasta la saciedad en esta fabricación de miseria humana”.

Sin lugar a dudas, la postura de Deleuze es realmente dura con respecto al valor general de los Derechos Humanos; no obstante, las últimas décadas de nuestra historia bastan para dar cuenta de que las palabras de Deleuze son ciertas: piénsese en las tantas invasiones que se han llevado a cabo en nombre de los “Derechos Humanos”.

Así, paradójicamente, los Derechos Humanos participan de una ambigüedad en tanto que reclaman justicia y, simultáneamente, la violan. Es análogo a lo que Foucault llama racismo: lo que no nos sirve para la vida hay que destruirlo, rechazarlo. En efecto, regular, normalizar —ejercicio del **biopoder**— no es otra cosa que quitar lo no-viviente, diríamos nosotros: los **diferentes**. En los propios términos de Foucault (2001: 230), “el medio de introducir por fin un corte en el ámbito de la vida que el poder tomó a su cargo: el corte de lo que debe vivir y lo que debe morir”.

Podríamos decir que estamos ante una fragmentación del campo biológico. Así, la función del racismo es doble: por un lado, cesura el *continuum* biológico que aborda el **biopoder**, haciendo aceptable “el dar la muerte” en la población; por el otro, permite establecer una relación positiva en tanto mantiene lo vivo, pero siempre cesurando.

Es claro que cuando Foucault dice “muerte” no está hablando de asesinato, sino del rechazo del otro. ¿No estamos frente a un racismo cuando

se invade a otros países en el nombre de la justicia? Desde esta visión, podríamos decir que la proclamación universal de los Derechos Humanos tiene una función doble, ya que indirectamente nos dice “lo que vive” y, a su vez, “lo que muere”.⁽⁶⁾

Desde este punto de vista, los Derechos Humanos, tanto desde su positividad en los Estados nacionales y supra-nacionales (presunto progreso nombrado por Bobbio), son violados; o, al menos, debemos decir que esta supuesta evolución lleva puesta una máscara fácil de quitar.

Sin embargo, ¿debemos abandonar la categoría de Derechos Humanos en tanto es reproductora de las injusticias del capitalismo y partícipe del **biopoder**, fundadora de la invasión de la conciencia y de las cesuras del racismo? Pareciera que no.

De hecho, más allá de esa visión poco alentadora, Foucault (1996: 211/212) no niega el valor positivo de los Derechos Humanos, pues expresamente dice: “Frente a los gobiernos, los derechos humanos”. ¿Pero qué sentido podríamos atribuirle a estas palabras de Foucault?

6 | Hacia una reconstrucción de los Derechos Humanos como prácticas minoritarias

A pesar de que el **biopoder** puede generar cierta resignación —ya que estamos absorbidos o cesurados por él—, desde la obra foucaultiana tenemos una fuerza que lo resiste. Tal resistencia es la vida misma; en otras palabras, al fijar el poder a la vida como objeto, ésta se le revela como contrapoder. Pero bien, ¿cómo entendemos esta vida que resiste y se opone a aquéllo que lo coacciona?

Sin lugar a dudas, no estaríamos frente a una vida sólo coaccionada, y esto lo vemos claramente en su concepción de poder. Como es sabido,
.....

(6) Si bien es cierto que algunas invasiones no fueron aprobadas por la ONU, esto no nos perturba en cuanto a lo que queremos demostrar. Más aún, aceptando que la ONU se opone a dicha violencia, y otros países no acatan su palabra, se advierte que la universalidad pretendida por la Declaración Universal de Derechos Humanos no es real. Por eso buscamos otro sendero, donde los derechos sean practicables, sin ninguna representación de por medio.

para Foucault el poder no es negativo, es decir, no es el mal como alguna vez dijo Sartre, sino que el poder puede ser ejercido desde los individuos como resistencia; a diferencia de otras posturas, para Foucault el poder no se reduce a una dialéctica entre dominador y dominado, no es el vínculo entre una estructura política y una clase dominada. En realidad, el "poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allí, no está nunca en las manos de algunos" (Foucault, 1992: 152).

Claramente, esta premisa foucaultiana que para algunos puede parecer asfixiante e, incluso, negativa, nos introduce en una positividad frente a la problemática que estamos abordando aquí.

En efecto, en la medida en que el poder "circula por todas partes" no estamos en presencia de un sector privilegiado que lo ejerza, sino que el mismo puede ser practicado de diversas maneras, desde diferentes sectores. Así pues, el poder es positivo; es decir, se trataría de tomar el poder y practicar la resistencia. Tal resistencia, dijimos, es la vida misma, pero una vida que no está sometida al ejercicio del **biopoder**, sino como contrapoder, como lucha.

Pero resta realizarnos una pregunta más, ¿qué tipo de vida resistiría al **biopoder**? Para nosotros, es una vida que no se identifica con la negatividad, sino con una vida creativa que resiste aquello que coacciona discursivamente.

En el marco de una entrevista a Foucault (2010: 1052) le dicen: "Políticamente hablando (...) resistir significaba simplemente que no. Se había conceptualizado la resistencia sólo en términos de negación. Sin embargo, tal como ahora lo comprende usted, la resistencia no es un acto únicamente de negación: es un proceso de creación; crear y recrear, transformar la situación, participar activamente en el proceso, eso es resistir". Y Foucault afirma: "Sí, así es como definiría las cosas. Decir no constituye la forma mínima de resistencia (...) Hay que decir no y hacer de ese no una forma de resistencia decisiva".

Creemos que precisamente estas palabras nos permiten reinterpretar la categoría de los Derechos Humanos, no en tanto valores eternos o progresivos, sino como una fuerza transformadora y creadora de vida, inmersa

también en el **biopoder** pero que resiste su proceso. Se trata de una transformación que no se identifica con una institución o sistema legal, pues “la mayoría de nosotros no creemos que la ética esté fundada en la religión ni deseamos que un sistema legal intervenga en nuestra vida privada de carácter moral y personal” (Foucault, 1994: 11).

Se trata entonces de una fuerza ético-político creativa que no tiene identidad, sino que se inscribe en la diferencia de aquello que quiere instaurarse como universal y eterno.

Consideramos que, en este sendero, los Derechos Humanos podrían ser resignificados como luchas minoritarias⁽⁷⁾ que resisten a las fuerzas de normalización y regulación del **biopoder** —que se encarnan en los Estados o el derecho internacional—. Piénsese, por ejemplo, en los diferentes movimientos sociales que surgieron en nuestro país en los últimos años: los movimientos barriales, las cooperativas de trabajo, las empresas recuperadas por los trabajadores. Creemos que estas prácticas son ejemplos de minorías que reclaman sus derechos, pero no desde una trascendencia abstracta como la Declaración Universal, sino desde una emergencia inmanente que rompe con la producción política del **biopoder**.

En este sentido, en la obra de Deleuze y Guattari (2006: 206/208) encontramos la misma propuesta. En efecto, ellos piensan las transformaciones, los cambios, a partir del concepto de líneas de fuga; explican a éstas como aquello que permite una huida —un fugarse— de lo estatuido, de lo molar, en fin, de todo aquello que implica una lógica o conformación ontológica cerrada, que se reproduce a sí misma una y otra vez. El movimiento de reproducción contiene, por el hecho de ser movimiento, resquebraaduras, fisuras, líneas que pueden conducir tanto al abismo (es decir, a una salida que

.....

(7) Con respecto al concepto de minorías creemos necesario realizar una aclaración. Las minorías no se identifican por su pequeño número, sino por su devenir, las ideas y pensamientos que intentan integrar el modelo instaurado. Como explica Deleuze (1996: 271), las “minorías no se distinguen de las mayorías numéricamente. Una minoría puede ser más numerosa que una mayoría (...). En cambio, las minorías carecen de modelo, son un devenir, un proceso. Podría decirse que nadie es mayoría. Todos, de un modo u otro, estamos atrapados en algún devenir minoritario que nos arrastraría hacia vías desconocidas si nos decidiéramos a seguirlo. Cuando una minoría crea sus modelos es porque quiere convertirse en mayoría, lo que sin duda es necesario para su supervivencia o salvación (tener un Estado, ser reconocido, imponer sus derechos). Pero su potencia procede de aquello que ha sabido crear y que se integrará en mayor o menor medida en el modelo, sin depender nunca de él”.

puede conducir a una reterritorialización) como a una vuelta al campo cerrado, a su reproducción; pero a la vez, pueden servir para huir (o mejor dicho para que “el mundo social huya por esa línea”) o encontrar una salida hacia la conformación de un territorio nuevo, hacia la construcción de un espacio novedoso y con el funcionamiento de una lógica distinta a la estatuida.

Retomando nuestro análisis, las minorías no son otra cosa que líneas de fuga que escapan a ese poder normalizador y regulatorio de la vida. Fugas minoritarias que no pueden ser controladas, tampoco suprimidas ni calladas y que ponen en tela de juicio el modelo dominante. Creemos que las minorías mencionadas son fuerzas creativas: creadoras de vida, de vivencias colectivas que fisuran y rompen las estrategias y prácticas del **biopoder**. Como ya dijimos, las minorías son pequeños movimientos que ejercen la vida como contrapoder y que, podríamos concluir, practican los Derechos Humanos en tanto defienden desde su propio lugar aquello que les pertenece.

7 | A modo de conclusión

Hemos dicho que la culminación de la Segunda Guerra Mundial y el periodo de posguerra significaron la consagración de los Derechos Humanos, no sólo en el ámbito estatal sino también supra-estatal. Estos acontecimientos generaron interpretaciones entusiastas por parte de algunos autores, como Bobbio, quien sostiene una evolución dialéctica de los Derechos Humanos, un progreso moral de la humanidad. Por otro lado, hemos abordado la perspectiva de análisis de Raffin. Este autor afirma que es necesario pensar los Derechos Humanos en términos de fundamentos cambiantes, esto es, los derechos tendrían un fundamento móvil de acuerdo a las exigencias del contexto social. Si bien en estas páginas se compartió la postura del segundo autor, hemos señalado que con la mera denuncia del fundamento no alcanza para pensar las categorías de los Derechos Humanos. Frente a estas deficiencias, buscamos una práctica posible dentro del marco teórico de Foucault.

Para ello, hemos visto cómo a partir del pasaje de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control el nuevo paradigma es el **biopoder**, el cual regula la vida social desde su propio interior, interpretándola y absorbiéndola. De esa forma, el poder alcanza y se reproduce en todos los ámbitos de la vida. Así, llegamos a la conclusión de que las instituciones que defienden

los Derechos Humanos no escapan a las redes del **biopoder**: en realidad son parte del aparato estatal y supra-estatal.

En este contexto, pensamos que no era irrazonable cuestionarse si verdaderamente los Derechos Humanos representaron un progreso moral a escala universal. Al contrario, concluimos que la visión progresiva de los Derechos Humanos es sólo ficcional en la medida que descuida las relaciones de fuerzas que están en juego en el bios-social y no logra explicar cómo es posible hablar de los Derechos Humanos cuando las mismas instituciones que los promulgan son las que, simultáneamente, los transgreden.

La obra de Foucault nos permitió, a su vez, una lectura distinta de los Derechos Humanos, una reinterpretación de tales derechos que no se apoya en la idea de valores eternos o progresivos, sino más bien en la noción de fuerzas transformadoras y creadoras de vida que resisten la dinámica del **biopoder**. Una fuerza que no se identifica, claro está, simplemente con instituciones jurídicas, sino que emerge desde minorías que contrastan con aquello que quiere instaurarse como modelo universal y eterno. Bajo esta mirada, los Derechos Humanos podrían ser resignificados como una lucha de las minorías que resisten a las fuerzas de normalización y regulación del **biopoder**; resistencia que fisura los espacios normalizadores, pero no desde una trascendencia abstracta como la Declaración Universal, sino desde una inmanencia que transforma y crea desde su propio suelo.

Bibliografía

- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- DELEUZE, G., *Conversaciones*, Valencia, Pre-textos, 1996.
- DELEUZE, G. y Guattari, F., *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pre-textos, 2006.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FOUCAULT, M., *Defender la sociedad*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FOUCAULT, M., “Frente a los gobiernos, los derechos humanos”, en *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Editorial Altamira, 1996.
- FOUCAULT, M., *La Hermenéutica del sujeto*, Madrid, La Piqueta, 1994.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.

FOUCAULT, M., "Sexo, poder y política de la identidad", en *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 2010.

GOLDMANN, L., *La Ilustración y la sociedad actual*, Caracas, Editorial Prisma. 1968.

LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Losada, 2002 [1690].

NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.

RAFFIN, M., *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.

Consenso, moral y delito

Una visión epistemológica sobre la “crisis” y la “revolución” en las ciencias sociales

por **MARTÍN DEGOUMOIS**⁽¹⁾ y **ALEJANDRO FILLIA**⁽²⁾

I | Introducción

La realidad social parece indicar el advenimiento o la actual presencia de una crisis en el sistema penal. La cada vez más notoria inutilidad de sus fines declarados y la exposición de sus objetivos ocultos (como herramienta de control), permiten vislumbrar la necesidad e inminencia de un cambio.

Partiendo de esa base, y posicionándonos en la epistemología de las ciencias sociales como punto de observación, recordamos la teoría de los paradigmas de Tomas S. Kuhn, que marcó un hito en la segunda mitad del siglo pasado.

Sin embargo, parece propicio no acotar nuestro enfoque epistémico; esta sola teoría no basta. De este modo, advertimos sobre la semejanza entre la postura kuhniana y la epistemología de Jürgen Habermas, principalmente, en torno a la idea de consenso. Dadas las preferencias de nuestra

.....
(1) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro del Consejo Académico de la *Revista de Derecho Penal* de Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado UBA, Prosecretario Letrado de la Defensoría Pública Oficial N° 4 ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

vocación, nos adentramos en el pensamiento del autor alemán buscando describir la aplicación de la teoría consensual en el ámbito del derecho; específicamente, del derecho penal.

Allí, resulta oportuno indagar sobre el por qué del delito; es decir, cuál es el respaldo que permite la prohibición de conductas y no cualquier conducta. De este modo, arribamos a la filosofía moral en la que el propio Habermas discurre. Pero no está solo; otras posturas filosófico-morales se estructuran bajo la idea de consenso. A la “acción comunicativa” de Habermas, se sumaron el “liberalismo político” de John Rawls y la “democracia deliberativa” de Carlos Nino.

Por último, nos parece ineludible contrastar lo descrito con el plano de la realidad actual. Es decir, conociendo cómo opera un cambio, sabiendo cómo funciona el consenso en la epistemología, determinamos algunas formas de acceder —si esto es posible— a la verdad moral en base al elemento consensual; sin embargo, nada hemos dicho en relación a nuestra primera afirmación: “la realidad social parece indicar el advenimiento o la actual presencia de una crisis en el sistema penal”. Sobre este punto, esbozaremos “nuestras conclusiones”.

He aquí, someramente, la pretensión de este trabajo.

2 | Tomas S. Kuhn: paradigmas y revoluciones científicas

En 1962, Tomas S. Kuhn publicó *La estructura de las revoluciones científicas*, obra mediante la cual refuta las premisas de la tradición positivista. Así, frente a la concepción acumulativa del progreso y a la utilización de un lenguaje universal con pretensión ontológica, el epistemólogo estadounidense opuso un mundo fenoménico cambiante al cual se accede teóricamente, descartando la posibilidad de alcanzar el mundo en sí.

Su fuerte formación en el campo de la historia de la ciencia, le permitió advertir la discontinuidad de las estructuras científicas a lo largo del tiempo, siendo ello —a su vez— lo que lo impulsó a desarrollar la obra de referencia bajo un concepto fundacional: el “paradigma”.

Pues bien, se entiende por tal a los “logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales” (Kuhn, 2006: 50).

Bajo dicho paradigma, la comunidad científica supone que conoce cómo es el mundo, generándose —así— un compromiso⁽³⁾ básico entre ellos; es decir, los científicos se comprometen a aplicar sólo las reglas de ese paradigma. En este contexto, la ciencia se produce de un modo “normal”.⁽⁴⁾

Dentro de la ciencia normal, la labor del científico se resume en la resolución de “rompecabezas”. Este concepto no es utilizado de un modo casual; por el contrario, el autor sostiene que todos los problemas propuestos bajo las teorías paradigmáticas tienen —con seguridad— solución, enfatizando la predicción de “información fáctica de valor intrínseco”.

De este modo se justifica el acelerado progreso de la ciencia normal, puesto que la comunidad científica se focaliza exclusivamente en aquellos problemas presentados en forma de rompecabezas; es decir, aquellos que encuadran con las herramientas con las que cuenta el paradigma (leyes científicas, instrumentación, metodología, etc.). En palabras del autor, “una de las razones por las que progresa tan rápidamente la ciencia normal es porque quienes la practican se concentran en problemas que sólo su falta de ingenio les impediría resolver” (Kuhn, 2006: 108).

En este orden de ideas, el reto de la ciencia normal sería —tal como lo sostiene Kuhn— resolver un rompecabezas aún no resuelto o no tan bien resuelto. Sin embargo, lo dicho no significa que los resultados obtenidos sean inútiles; en cambio, son fundamentales para incrementar la precisión en la aplicación del paradigma.

Ahora bien, más allá de orientarse la ciencia normal a la resolución de rompecabezas, se suele topar con fenómenos novedosos e inesperados; tesitura que el epistemólogo estadounidense advierte en el devenir histórico.

.....

(3) La necesidad de un compromiso con un método único es un aspecto relevante en la teoría de Kuhn, quien afirma que “la dispersión de los métodos utilizados bajo ningún compromiso produce un ‘cenagal’” (2006: 78).

(4) En este sentido, Kuhn entiende por ciencia normal “la investigación basada firmemente en uno o más logros científicos pasados, logros que una comunidad científica particular reconoce durante algún tiempo como el fundamento de su práctica ulterior” (2006: 70).

Estos fenómenos dan lugar a una “anomalía” que, luego, se traduce en un “descubrimiento”; es decir, se reconoce que “la naturaleza ha violado de algún modo las expectativas inducidas por el paradigma que gobierna la ciencia normal” (Kuhn, 2006: 130). La primera reacción frente a la situación descrita, es la profundización en el análisis del fenómeno y el ajuste de la teoría para que lo anómalo se convierta en algo previsto.

Empero, si bien en un principio se intenta suprimir lo novedoso o anómalo (no sólo por su carácter sedicioso, sino también por el compromiso existente entre la comunidad científica y un determinado paradigma), siendo que aquel compromiso presenta componentes arbitrarios (azar, casualidades personales, etc.), los intentos de supresión no pueden perdurar.

Siendo ello así, ante el aspecto anómalo —cuya profundidad supere la fidelidad—, un grupo de la comunidad científica⁽⁵⁾ intentará resolver el fenómeno y comenzará a desarrollar “investigaciones extraordinarias”, las cuales implican el surgimiento de un nuevo compromiso en relación con la práctica científica (prefiguran el nuevo paradigma) y el advenimiento de la “revolución científica”.

Claramente, en la tesitura kuhniana, tomar conciencia del fracaso de la comunidad científica en la resolución de rompecabezas bajo las reglas paradigmáticas, es el preludio de la búsqueda de nuevas teorías. Siendo ello así, la crisis del paradigma hasta ese momento imperante abrirá paso a la postulación de un nuevo paradigma como candidato a ocupar su lugar, comenzando allí los enfrentamientos por lograr la aceptación de la comunidad.

Por ende, podemos extraer como primera conclusión que una teoría científica sólo podrá ser invalidada si existe un candidato para ocupar su lugar. Ello, por cuanto una vez que la ciencia se estructura en base a un paradigma determinado, no existe investigación científica sin él;

(5) Este grupo, según lo entiende Kuhn, estará conformado —por lo general— por los jóvenes científicos o los recién llegados al campo en el cual se produjo la anomalía, precisamente por su menor grado de compromiso con el paradigma imperante. Asimismo, otros factores como las “condiciones externas”, sean sociales, económicas o intelectuales, pueden coadyuvar a convertir la anomalía en un severa crisis.

ergo, rechazar el paradigma en crisis sin reemplazarlo es, según lo entiende Kuhn, “rechazar la propia ciencia” (2006: 168). Aquí se enquistaba la férrea oposición al falsacionismo de Karl Popper: mientras que allí en existencia de un contraejemplo deviene en la invalidez del postulado, en la teoría de los paradigmas el postulado se mantiene hasta tanto sea reemplazado.⁽⁶⁾

En efecto, constituyen revoluciones científicas “aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en los que un paradigma antiguo se ve sustituido en todo o en parte por otro nuevo e incompatible con él” (Kuhn, 2006: 186).

La cuestión será determinar cómo se constituye en paradigma un candidato que no sólo compite con su antecesor, sino que también —en algunos casos— compite con otros candidatos. La respuesta de Kuhn se concentrará en las técnicas de persuasión; es decir, cada candidato y el paradigma puesto en crisis argumentarán en su propia defensa.

Sin embargo, la persuasión se dificulta dado que los cambios paradigmáticos suponen procesos “destrutivo-constructivos”. De otro modo: cada paradigma (o candidato a serlo) hace que su comunidad científica perciba el mundo de un modo específico; por lo tanto, en el contexto revolucionario cada cual responderá a un mundo distinto.

Pues entonces, siendo que en la postura del epistemólogo estadounidense los paradigmas no sólo son constitutivos de la ciencia, sino que también son constitutivos de la naturaleza; los paradigmas entre sí son “incomensurables”. Es decir, el significado de cada término utilizado será distinto por tratarse de “mundos distintos” dando lugar, en palabras de

.....
(6) En profundidad, Kuhn establece la diferencia entre las experiencias anómalas y las falsadoras, partiendo de la base de que ninguna teoría resuelve todos los rompecabezas que se le proponen. Por ende, si cualquier desacuerdo entre lo fáctico y lo teórico implicaría el rechazo de la teoría, todas ellas deberían ser refutadas de por sí. Así, la falsación de Popper no tiene lugar al momento de advertir la anomalía, sino posteriormente, cuando se consagra un nuevo paradigma. Incluso, afirma —tal vez de un modo irónico— que la falsación popperiana, podría llamarse “verificación” (Kuhn, 2006: 261/263). Asimismo, en otro pasaje del texto, se sostiene que siendo el objetivo de la ciencia normal la resolución de rompecabezas que presuponen la validez del paradigma, “el fracaso a la hora de lograr una solución desacredita únicamente al científico y no a la teoría” (Kuhn, 2006: 170).

Kuhn, a un “diálogo de sordos”: los defensores de cada paradigma argumentarán para sí y desde sí.⁽⁷⁾

Frente a esta situación, una de las soluciones que propone el autor en el epílogo de su obra, que se publica en 1969, es que los adeptos de cada paradigma —o candidato a tal— se asuman como pertenecientes a comunidades lingüísticas distintas y apelen a la traducción como herramienta de persuasión.⁽⁸⁾

Más allá de lo hasta aquí expuesto, el elemento determinante por el cual el un nuevo paradigma ocupa el lugar de su igual puesto en crisis, es el consenso de la comunidad científica. En palabras de Kuhn, “como en las revoluciones políticas, en la elección de paradigma no hay una norma superior al consenso de la comunidad pertinente” (2006: 189).

Siendo ello así, el argumento más efectivo para lograr dicho consenso es la convicción sobre la habilidad del nuevo paradigma para resolver la anomalía que ocasionó la crisis, es decir, una mayor precisión cuantitativa. De todos modos, esto no significa que no puedan ser influyentes en la consolidación del consenso factores de índole “estética” y de “conveniencia”.⁽⁹⁾

Hasta aquí, hemos intentado brindar una somera descripción de la teoría esquematizada por Tomas Kuhn. Sólo resta analizar el papel que juega la “verdad” en la aplicación de esta postura.

.....

(7) La explicación brindada en este párrafo se condice con la insistencia de Kuhn en afirmar que el progreso en el conocimiento no es acumulativo. Ello, por cuanto el proceso de destrucción y reconstrucción de conceptos lo impide, más allá de no descartar la posibilidad de solapamientos. Por otra parte, el reconocimiento del proceso destructivo-reconstrutivo, se enfrenta a la pretensión de ontología atemporal. Las grandes oposiciones al pensamiento positivista.

(8) No obstante, ha renglón seguido afirma que la traducción —*per se*— no alcanza, puesto que el problema, si bien se manifiesta en la esfera lingüística, es anterior a ella.

(9) En un sentido análogo, Paul Feyerabend nos dice que “la elección a favor de la ciencia se basa en nuestras preferencias y no en argumentos: preferencias y no argumentos son los que nos conducen a dar determinados pasos dentro de la ciencia (...) No hay motivo alguno para sentirse desalentado por este resultado. Al fin y al cabo la ciencia es un producto nuestro y no nuestro soberano: ergo debería ser un súbdito y no el tirano de nuestros deseos” (citado por Martyniuk, 1998: 10). Al respecto, Feyerabend y Kuhn, comparten una línea de pensamiento similar: “Lejos del culto a los formalismos y a las axiomáticas que sacrifican lo relevante por un rigor mistificado, buscan en factores sociológicos, históricos y psicológicos las razones del cambio y de la modificación de las teorías científicas” (Martyniuk, 1998: 13).

Al respecto, el autor —hacia el final de su obra— es terminante: “Hemos de abandonar la idea implícita o explícita de que los cambios de paradigma llevan a los científicos y a quienes de ellos aprenden cada vez más cerca de la verdad” (Kuhn, 2006: 296).⁽¹⁰⁾

Sosteniendo la inexistencia de un proceso “evolutivo” dirigido a una meta, se cuestiona si realmente es preciso que exista tal o, en cambio, se puede determinar el éxito de la empresa científica a partir del estado de conocimiento en un momento dado. Su respuesta es, a esta altura, evidente. En sus palabras: “Si logramos acostumbrarnos a sustituir la evolución-hacia-lo-que-queremos-conocer por la evolución-a-partir-de-lo-que-conocemos, se desvanecerán en el proceso un cierto número de problemas embarazosos” (2006: 297).

Según su postura, la ontología (entendida como la correspondencia entre las entidades con las que la teoría puebla la naturaleza y lo que está “realmente ahí”) no puede permanecer ajena a la teoría. En este sentido, en el final del epílogo, expresa: “Se me antoja ilusoria en principio la idea de una correspondencia entre la ontología de una teoría y su contrapartida ‘real’ en la naturaleza. Además, en cuanto historiador, me impresiona la implausibilidad de ese punto de vista” (2006: 348).⁽¹¹⁾

3 | Habermas: epistemología del consenso, validez del derecho y filosofía de la moral

Ante todo, debemos indicar el por qué del salto de la teoría paradigmática a la postura epistemológica de Jürgen Habermas. Existen dos motivos, a saber.

En primer lugar, el modelo epistémico de Tomas Kuhn parecería no estar dirigido a las ciencias sociales o blandas, sino antes bien a la flexibilización

(10) Incluso, el propio Kuhn remarca que nunca utilizó a lo largo de su obra —salvo en una cita— el concepto de verdad.

(11) En este punto, afirma que su teoría no es relativista y que, de todos modos, “no veo que el relativista se pierda nada preciso para explicar la naturaleza y el desarrollo de las ciencias” (2006: 349).

de las ciencias duras. Ello se puede deducir de las siguientes palabras: “Me sorprendió en especial el número y la amplitud de desacuerdos patentes entre los científicos sociales acerca de la naturaleza de los problemas y métodos legítimos de la ciencia. Tanto la historia como la experiencia me hacían dudar de que los que se dedican a las ciencias naturales poseyesen respuestas a tales cuestiones más firmes o más duraderas que las de sus colegas de las ciencias sociales” (Kuhn, 2006: 50).⁽¹²⁾

No obstante, es cierto que el epistemólogo estadounidense se propone definir nuevas formas de investigación en el campo de lo social⁽¹³⁾ y que, más allá de acudir permanentemente a una casuística vinculada al campo de las ciencias de la naturaleza, para describir el proceso de la revolución paradigmática la compara con la revolución política.

En segundo lugar, Kuhn deja abierto el camino a la hermenéutica en las dos últimas oraciones de su epílogo de 1969. Allí, dice que “el conocimiento científico, como el lenguaje, o es intrínsecamente propiedad común de un grupo o no es nada. Para entenderlo necesitaremos conocer las características especiales de los grupos que lo crean y lo utilizan” (2006: 353).

En efecto, el pensamiento hermenéutico focaliza su investigación bajo el baremo del contexto cultural, puesto que reconoce las diferencias que se pueden suscitar en ese ámbito.

Dicho ello, es menester destacar que en los tiempos de Kuhn, aparece la figura de Jürgen Habermas, miembro de la Escuela de Frankfurt, quien defenderá la epistemología de las ciencias sociales y posicionará al científico en una relación de objeto-sujeto del conocimiento social (contexto). Todo ello, enquistado en la impronta sociológica propia de principios del siglo XX: el consenso.

Con lo expuesto, entendemos que el paso de Kuhn a Habermas resulta inexorable; no sólo en virtud de las similitudes estructurales de sus teorías, sino también por la complementariedad que las vincula y que

(12) Recuérdese la fuerte oposición del autor al positivismo lógico y su pretensión ontológica.

(13) En el prefacio de su obra, sostiene que “la visión de la ciencia que voy a desarrollar aquí sugiere la potencial fecundidad de algunos nuevos tipos de investigación tanto históricos como sociológicos” (2006: 51).

permite —a su vez— desterrar las dudas sobre la aplicación de la teoría de los paradigmas a las ciencias sociales.

Pues bien, el epistemólogo alemán sustenta su teoría del consenso en la “acción comunicativa”, entendiendo por ella las “manifestaciones simbólicas (lingüísticas y no-lingüísticas) con que los sujetos capaces de lenguaje y acción entablan relaciones con la intención de entenderse sobre algo y coordinar así sus actividades” (Habermas, 1988: 453).

Este concepto, tal como lo entiende Habermas, tiene la ventaja de introducir el “*entendimiento*” como una herramienta de “*socialización*” que coadyuva a la integración social a través de normas y valores.

A los fines de lograr el entendimiento, el científico social debe necesariamente pertenecer al mundo social que pretende describir. Es decir, para describir, es preciso entender el mundo y el entendimiento sólo es factible por la participación. Este modo participativo de acceder al objeto de investigación (“ámbito objetual”) por medio de la comprensión se denomina “actitud realizativa” (en oposición a la “actitud objetivante”). En palabras del autor, “solo cuando el científico social adopta en la fase de obtención de datos el papel de un participante en la comunicación y cambia correspondientemente de actitud, puede después, apoyándose en las experiencias comunicativas recogidas, describir ese proceso como un diálogo” (Habermas, 1988: 465).

La relación “dialógica” cumplirá un papel fundamental: las manifestaciones del ámbito social asumen una “pretensión de validez” y sólo en la medida que el científico las entienda, a través del diálogo, podrá afirmar o negar esa manifestación aplicando su “estándar de evaluación”.⁽¹⁴⁾

Por otra parte, el diálogo es posible por cuanto el científico social pertenece como tal, y como lego, a un mundo social similar a su objeto de estudio. Bajo esta inteligencia es que Habermas afirma la existencia de un

(14) Así, con cita de Skjervheim, Habermas nos dice que “la actitud realizativa de una primera persona frente a una segunda persona significa simultáneamente la orientación por pretensión de validez. En esta actitud ego no puede tratar la pretensión de validez entablada por alter como algo que simplemente se presenta en el mundo; ego ha de salir frontalmente al paso de esa pretensión, tiene que tomar esa pretensión en serio, tiene que reaccionar a ello con un sí o con un no (o dejar abierta la cuestión de si la pretensión está justificada o no). Ego tiene que interpretar la manifestación de alter como saber” (Habermas, 1998: 466).

“presaber intuitivo” o intuición “preteórica” que “afluye a su acción comunicativa y del que también hacen uso en experiencias comunicativas” (1988: 473).⁽¹⁵⁾

Ahora bien, dicho ello, se puede afirmar que una manifestación de saber será legítima en la medida que se garantice su abordaje dialógico. En este sentido, el propio autor nos dice que “no interesa tanto el contenido de un consenso, como las condiciones formales de la obtención de ese consenso” (1988: 454).⁽¹⁶⁾ Pero, para que se puede garantizar el principio discursivo, las personas involucradas en el diálogo deben partir de igual posición; es decir, no debe haber sujetos dominantes, lo que implica la imposibilidad de aceptar un acuerdo por imposición.

Bajo estas premisas, se concluye: “en el marco de referencia de la acción comunicativa la realidad es constituida como un plexo intersubjetivo de sujetos hablantes y agentes” (Habermas, 2988: 491). Nos permitimos, a continuación, citar al autor de modo extenso en pos de no afectar su claridad expositiva:

“El logos del lenguaje se sustrae a nuestros controles y, sin embargo, es el medio en el que nosotros, sujetos aptos para el lenguaje y la acción, nos entendemos. Es ‘nuestro’ lenguaje. La incondicionalidad de la verdad y la libertad es un presupuesto necesario de nuestras prácticas, pero más allá de ser constituyentes de ‘nuestra’ forma de vida, carecen de toda garantía ontológica. Por lo tanto, la autocomprensión ética ‘recta’ ni es revelada ni ‘dada’ de cualquier otra manera. Sólo puede ganarse en un esfuerzo común. Desde esta perspectiva, lo que hace posible nuestro ser sí mismo parece más un poder transubjetivo que un poder absoluto” (2004: 23).

(15) En idéntico sentido, “en tanto seres históricos y sociales, nos encontramos ya siempre en un mundo de la vida estructurado lingüísticamente. En las formas de comunicación en las que nos entendemos los unos con los otros sobre algo en el mundo y a nosotros mismos, nos sale al paso un poder trascendente. El lenguaje no es una propiedad privada. Nadie dispone en exclusiva del medio común de entendimiento, que debemos compartir intersubjetivamente” (Habermas, 2004: 22/23).

(16) En contraposición, Niklas Luhmann —exponente del funcionalismo sistémico— sostendrá la imposibilidad de la existencia de un consenso fáctico entre los individuos; por ende, “no podrá ser el consenso o la conformidad con valores morales lo que legitime una decisión jurídica o política, una teoría científica, etc.” (García Amado, 1997: 164).

Llegado este punto, quisiéramos adentrarnos en lo que, por nuestra vocación, consideramos medular en este trabajo: la validez del sistema jurídico.

Desde la perspectiva habermasiana, que releva el aspecto procedimental (acción comunicativa),

[la] "legitimidad de las normas 'es independiente de su imposición fáctica' y depende del modo en que esas normas sean creadas. Son legítimas cuando sus destinatarios 'pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas', es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones" (García Amado, 1997: 19).

Asimismo, el acuerdo producto de la acción comunicativa debe garantizar que su contenido exprese un punto de vista colectivo, orientado al bien común. Por ende, sólo pueden pretender validez los postulados normativos que reúnan el consentimiento de todos los posibles afectados que, por imperio del principio discursivo, deben participar en la actividad discursiva.

Básicamente, vemos como los elementos descritos anteriormente (en el propio Habermas y en Kuhn) se aplican a los efectos de validar el sistema jurídico. Sin embargo, esta trabajo está dirigido no a cualquier sistema normativo, sino al derecho penal.

Al respecto, el propio Habermas sostiene que la cuestión penal responde a supuestos de discurso moral (García Amado, 1997: 48)⁽¹⁷⁾ y que son morales "las cuestiones referentes a la convivencia justa" (Habermas, 2004: 57).⁽¹⁸⁾

(17) Incluso, el autor sostiene que según Habermas "el derecho positivo está vinculado a la moral a través del componente de legitimidad de la validez jurídica, siendo esa relación de 'complementariedad' y no de jerarquía. Moral y derecho tienen en común el que para ambos rige el principio discursivo, si bien el contexto del discurso moral es la humanidad entera y el del principio democrático, mediante el que se establece el derecho positivo válido, es una determinada comunidad" (García Amado, 1997: 164).

(18) Agrega que "dichas cuestiones atañen a personas que actúan y que pueden entrar en conflicto entre ellas, y son planteadas desde el punto de vista de la necesidad de regular normativamente las interacciones sociales" (2004: 57).

Se advierte, entonces, que —desde la postura comentada— la cuestión moral influirá marcadamente, no sólo en la resolución de los conflictos sociales, sino también en la construcción del sistema penal. Y, a su vez, la cuestión penal determinará qué conflictos sociales son relevantes desde el punto de vista normativo.

En efecto, el rasgo distintivo del fenómeno moral es

“el carácter imperativo de sus recomendaciones, sea por el peso de la autoridad de una tradición o sea por el libre ejercicio de las convicciones subjetivas”, siendo que este concepto normativo de la moral se vincula estrechamente con “la regulación de las relaciones interpersonales, ya sea directamente o por intermedio de las instituciones jurídicas y políticas de la sociedad” (Guariglia, 2001: 34).

De este modo y bajo estos parámetros, el contenido de la moral intersubjetiva será cristalizado en la norma penal bajo la forma de “bien jurídico” y, mediante dicha positivización de la moral, se intentará regular la conducta humana a través de la amenazante imposición del castigo.

4 | La filosofía moral entre la “acción comunicativa”, el “liberalismos político” y la “democracia deliberativa”: Jürgen Habermas, John Rawls y Carlos Nino

Sentada, entonces, la relación existente, por un lado, entre los modelos epistemológicos basados en el consenso (Kuhn y Habermas) y la validez del sistema jurídico-penal y, por el otro, el vínculo entre este último y el recurso a la “moral” como elemento fundamental en la formulación de conductas prohibidas (cuya violación implica la imposición del castigo), pasaremos a analizar tres formas de teorizar estas relaciones. Ello, por su significancia en dos de los aspectos más problemáticos del derecho penal actual y pretérito: la prohibición y el castigo.

En primer lugar, siguiendo lo dicho en el acápite anterior, Jürgen Habermas funda la validez de la norma moral por la aplicación del principio discursivo;

es decir, por la relación dialógica. En este sentido, entiende por acción comunicativa a "las interacciones en las cuales los participantes coordinan de común acuerdo sus planes de acción; el consenso que se consigue en cada caso se mide por el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez" (1985: 77).

El elemento intersubjetivo es de vital importancia, puesto que supone la "imparcialidad" y la "universalidad" de las pautas morales logradas consensualmente a través del diálogo. Bajo la óptica del filósofo alemán, sólo se estará frente a una situación de imparcialidad en la medida que las normas morales puedan ser universalizadas, y ello se logra en tanto el interés común de todas las personas afectadas cuente con aprobación general.

En este contexto situacional, la "pretensión de verdad" se sustenta únicamente en las acciones de habla. En palabras de Habermas, "las pretensiones de verdad no residen en modo alguno en las propias entidades, sino en las acciones de habla comprobativas, mediante las cuales nos referimos a las entidades del discurso que determina los hechos a fin de dar cuenta de las realidades" (1985: 77).

Por su parte, John Rawls, si bien parte también del presupuesto de la imparcialidad, enfatiza en el razonamiento moral monológico. Con esto se quiere significar que el principio moral sólo será validado en virtud de la "reflexión individual" (Nino, 1997: 157).⁽¹⁹⁾

Partiendo de esa premisa, introduce el concepto de "consenso traslapado" de doctrinas comprensivas razonables a fin de lograr el "liberalismo político" enquistado en el ideal de justicia y de pluralismo razonable. Ergo, reconoce la existencia del disenso razonable. Así, mientras Habermas arriba al consenso por imperio del principio discursivo, Rawls se concentra en el precepto reflexivo.

Para lograr su cometido, presupone los postulados de libertad e igual de cada sujeto, a lo que aduna inexorablemente la "tolerancia", "la libertad de conciencia" y la "libertad de pensamiento".

(19) Sin perjuicio de ello, Rawls no descarta las bondades de la actividad discursiva. Así, "reconoce que la discusión entre una pluralidad de personas tiene efectos beneficiosos, pues de este modo se limita la parcialidad, se enriquecen las perspectivas, aumenta el conocimiento y se permite detectar errores en el razonamiento" (Nino, 1997: 157).

Al respecto, el filósofo estadounidense nos dice que “aplicar los principios de la tolerancia a la filosofía misma es dejar que los ciudadanos mismos resuelvan las cuestiones de la religión, de la filosofía y de la moral en concordancia con los puntos de vista que ellos profesen libremente” (Rawls, 1995: 154).

De lo expuesto, surge con claridad que el criterio reflexivo permite a cada sujeto afirmar su verdad en la dinámica de su doctrina comprensiva; dicho de otro modo, “los ciudadanos pueden, dentro de sus doctrinas comprensivas, considerar la concepción política de la justicia tan verdadera, o razonable, como lo permitan cualesquiera puntos de vista que sostengan” (Rawls, 1995: 152).

Finalmente, abordamos la postura ecléctica asumida por Carlos Nino. El autor, sostiene la posibilidad de distinguir al menos tres principios ontológicos acerca de la constitución de la verdad moral y al menos tres principios epistemológicos sobre su conocimiento. En cada uno de los extremos colocará a Habermas y a Rawls, asumiendo él una postura media; esta postura, denominada “constructivismo epistemológico”, es la que nos interesa.⁽²⁰⁾

Así, el filósofo argentino sostiene, en la esfera ontológica, una posición conforme la cual la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos.

Señala como una ventaja de esta posición que “el hecho de que la verdad moral sea definida en relación a los presupuestos del discurso moral y no a sus resultados reales nos permite explicar la argumentación como un intento de conformar estos resultados a esos presupuestos” (Nino, 1997: 163).

Por su parte, en el ámbito del conocimiento de la verdad moral, expresa que “la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no

(20) Entendiendo que las críticas de Nino a Habermas y a Rawls exceden el marco de este trabajo, no abordaremos las mismas, más allá de recomendar su lectura (ver Nino, 1997, en especial el capítulo V, titulado “Los fundamentos de la concepción deliberativa de la democracia”).

sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de los afectados” (Nino, 1997: 161).⁽²¹⁾

En definitiva, el método más confiable de aproximación a la verdad moral —en su inteligencia— es la discusión colectiva, pero sin dejar de tener presente que existe la posibilidad de que un individuo *per se* alcance conclusiones más correctas. Si bien ello no desvirtúa la verdad moral mayoritaria, habilita la reapertura de la discusión colectiva.

5 | Nuestras conclusiones

Ha llegado, entonces, el momento de realizar nuestro aporte. Al efecto, comenzaremos por esbozar las bondades de los modelos consensuales, para luego desarrollar sus críticas.

En primer, lugar es extremadamente plausible el ideal de estos modelos filosófico-morales (sea la acción comunicativa, el liberalismo político o la democracia deliberativa), basados en postulados de igualdad, libertad, tolerancia, imparcialidad y justicia. Sin duda, todos develan el inicio hacia la radicalización del sistema democrático actual, aspiración a la cual adscribimos.

En segundo lugar, la fuerte figura del consenso permite brindar otra explicación del delito. Lejos de la pretensión de ontología del positivismo lógico, la moral que pretende cristalizarse en la norma —sancionando la conducta prohibida— es el producto del juego libre e igualitario de las relaciones sociales. Todos los individuos, sea por efecto de los principios discursivo, reflexivo o ambos, participamos en la determinación y legitimación de la moral colectiva y, por ende, podemos contribuir —de un modo más visible— a la restricción del poder punitivo exacerbado.

No se puede predicar “verdad” de las figuras delictivas o de los bienes jurídicos que se intentan proteger; sólo contamos con criterios de validez basados en el consenso de toda la comunidad.

(21) Sin embargo, aclara que esta visión no excluye la posibilidad de acceder al conocimiento mediante el principio reflexivo, mas confirma que éste es menos confiable que el método colectivo, “debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial”.

Siendo ello así, tomamos conciencia de que aquello previsto en la norma podría no ser así; no es una verdad revelada, sino antes bien, una verdad construida y universalizada por nosotros mismos de modo consensuado. Podemos dejar de “*asentir*” lo impuesto por los aparatos de poder y comenzar a “*consentir*” lo propuesto por nuestros pares. Esto, permite que la despenalización de ciertas conductas (en contra del efecto perpetuo de la tipificación) sea una sencilla empresa basada en la obtención libre e igualitaria de adeptos.

Ahora bien, más allá —insistimos— de la plausible racionalidad de un sistema de gobierno como el descrito, con versiones paroxísticas y, sobre todo, materiales (no sólo formales) de los derechos fundamentales, el análisis realista tiene un resultado menos alentador.

La calificación de estos modelos como utópicos e irrealistas es fácilmente previsible en virtud de las arraigadas relaciones de poder que se encuentran enquistadas en la estructura actual de nuestra sociedad.⁽²²⁾

Por su parte, las teorías del conflicto, concebidas principalmente en la tradición marxista, echan por tierra la posibilidad de la producción consensuada. El poder económico, en general, y el sistema punitivo, en particular, no dirime los conflictos en base al consenso. Muy por el contrario, se apropia del mismo e, imposición de castigo mediante, genera un nuevo conflicto para quien lo sufre y su entorno.

Desde esa visión, el delito tampoco es una categoría óptica, pero en lugar del consenso, se encuentra el poder del sector dominante. Así, es posible afirmar que el derecho —en sentido amplio— es producto de las relaciones de fuerza del hombre que, a través de las mismas, genera un campo de validez o legitimidad.

La situación es aún más grave al advertir que los presupuestos de las teorías del consenso (libertad, igualdad, tolerancia, entre otros) sólo reconocen, en esta realidad, una versión acotada a su formalidad o postulación; se quedan en el camino de la realización.

(22) El propio Rawls (1995) encara de antemano la crítica de incurrir en una utopía. Al respecto, arguye que a medida que se afianza el éxito de la cooperación política, los ciudadanos comienzan a sentir mayor confianza entre ellos, siendo el resultado de este proceso el “consenso traslapado”.

Bajo estas premisas, percibiendo la labor de los grupos económicos como altamente conflictiva, resulta muy difícil reivindicar el rol del consenso.

Sin embargo, retomando a Tomas Kuhn —cuya teoría inauguró este ensayo—, la realidad descripta nos permite ver que nos encontramos en una “crisis”.⁽²³⁾ Somos conscientes de que la “ciencia normal” no logra resolver esta “anomalía”.

Volvemos al inicio de este ensayo: “la realidad social nos indica el advenimiento o la actual presencia de una crisis en el sistema penal”.

Al respecto, en el camino de la “investigación extraordinaria” esbozamos hoy tres posibles candidatos a nuevo paradigma: la acción comunicativa, el liberalismo político y la democracia deliberativa. Es muy factible que existan otros candidatos.

Las ideas del consenso pueden ser irrealistas o utópicas, pero sólo desde la visión del paradigma vigente; se refieren a mundos distintos; estas teorías no son el producto de la ciencia normal y la comunidad científica imperante no puede comprender las razones de los incipientes candidatos; se necesitan traductores.

El consenso recobra su fuerza y su prestigio. Es preciso que la comunidad acuerde cuál es el candidato que se constituirá en nuevo paradigma. Recordemos que la crisis no rechaza al paradigma en la cual se gestó, sino que éste se mantiene hasta que un candidato se ubique —por efecto del consenso de la comunidad— en la posición de aquél.

Así, percibimos la crisis y advertimos la existencia de algunos candidatos —aunque no son los únicos—; sólo resta el consenso de la comunidad y habrá operado la “revolución” kuhniana, no sólo en la labor epistemológica, sino también en la redefinición de las relaciones de poder y en la reformulación del sistema penal, lejos de sus ropajes de fuerza fáctica del discurso dominante.

.....

(23) Al respecto, Kuhn refiere que “la proliferación de articulaciones competitivas, el deseo de ensayar cualquier cosa, la expresión de descontento explícito, el recurso a la filosofía y al debate sobre cuestiones fundamentales, son todos ellos síntomas de la transición de la ciencia normal a la investigación extraordinaria” (Kuhn, 2006: 185). Esta descripción formulada hace más de cuarenta años, parece conservar su vigencia.

Pretender solucionar los problemas advertidos por las teorías del conflicto, mediante el uso de las herramientas brindadas por las posturas consensuales, puede constituir un “diálogo de sordos” o convertirse en el puntapié inicial de la “revolución” superadora de la crisis.

Bibliografía

- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GUARIGLIA, OSVALDO, *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1985.
- HABERMAS, JÜRGEN, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2004.
- HABERMAS, JÜRGEN, Un fragmento (1977): Objetivismos en las ciencias sociales, en “*La lógica de las ciencias sociales*”, Madrid, Editorial Tecnos, 1988.
- KUHN, THOMAS S., “*La estructura de las revoluciones científicas*”, 3ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- MARTYNIUK, CLAUDIO E., Matando el tiempo. Paul Feyerabend y la ciencia, en *Artefacto* N° 2, Bs. As., 1998.
- NINO, CARLOS S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Bs. As., Editorial Gedisa, 1997.
- RAWLS, JOHN, *Liberalismo político*, México, Facultad de Derecho/UNAM – Fondo de Cultura Económica, 1995.

Sobre *lógos* jurídico y democracia en el pensamiento político posfundacional

por LUCAS GUARDIA⁽¹⁾

ἀόρατο ἀρμονία, καλύτερα ἀπὸ τὸ ορατό⁽²⁾
Heráclito B54DK

I | Introducción

Las representaciones que visten al derecho como práctica social específica asumen una multiplicidad de discursos que intentan maniatarlo, sujetarlo, performarlo. Dichos discursos poseen un agonal ejercicio que termina configurando el *lógos* que **sutura** el cuerpo jurídico, de forma que su misma instancia de nacimiento es también la de su constitución y delimitación de horizonte visible. Se constituye, se manifiesta y se limita a través de las condiciones que conlleva en su seno la visibilidad/invisibilidad del discurso, proyectando un finito universo de significados.

.....

(1) Docente del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(2) "Armonía invisible, mejor que la visible".

Pero dicha constitución de sentidos no deviene de la formal creación de instrumentos jurídicos, es decir, de la acotación de las praxis jurídica a su formulación legislativa, sino que abarca una pugna continua y denodada entre los diversos actores que constituyen su sentido, para el cual no cabe acudir a una disciplina única, sino a los múltiples esfuerzos que fundamentan las condiciones de posibilidad del saber, para alumbrar sobre los aspectos visibles que ocultan a lo invisible. Un ejercicio, que si bien es inagotable dada la conmensurabilidad que visten los límites de este discurso, resulta indicador de su proyección en las democracias contemporáneas. El asesinato del sentido, el intento de asfixia al que se somete al discurso ausente provoca el fortalecimiento del esgrimido, del discurso visible, del discurso rector (*hegemonikon*).

Ahora bien, si el derecho resulta una disciplina sujeta a la praxis social, esta misma permite ser develada como una práctica que se torna discursiva, en tanto se formula como un proceso social de producción de sentidos. Desde este punto, los sentidos producidos —los visibles, los manifiestos, el aparecer jurídico— muestran cada una de las posibilidades de desarrollo del sujeto. Y no puede obviarse, dentro del análisis que implican las condiciones de posibilidad del discurso jurídico, la producción del sujeto —sujeto habitante de un específico continente de poder, hermético escenario de sus vanas esperanzas emancipatorias—, como tampoco los regímenes de verdad que éste consolida a través de su manifestación, urdiendo el polvo que mantiene a un poder furtivo.

Resulta una necesidad del discurso jurídico legitimar su sentido, lograr que la lumbre de su visibilidad sea prístina, encender cada uno de sus elementos para que brillen con tanta claridad que sirvan de faro inconfundible para la sociedad, es decir, fortalecer la mítica y ficticia condición de los Estados modernos: la seguridad jurídica.

Es en este sentido que se intentará describir las características que despojan al derecho de sus vacuas aspiraciones y advierten sobre la imposibilidad de mostrarse como herramienta suficiente en la emancipación humana desde una ciega perspectiva liberal post-kantiana, mostrando el aherrojamiento al que somete, con fagocitador canibalismo, las vísceras de los inermes cuerpos en el mundo occidental.

Lo cual, cavando en los abstrusos lugares del discurso jurídico, se impone determinar:

- a. Las condiciones de producción del derecho como praxis social específica.
- b. La implicancia de dicha praxis como discurso, y su análisis desde estudios críticos.
- c. Su ubicación en las actuales concepciones post-fundacionales de las democracias contemporáneas, intentando vislumbrar el rostro del *lógos* jurídico.

2 | El derecho como praxis social

Relata Homero en *Odisea* VI 266-367 que, bajo un furibundo hastío por la infidelidad de Afrodita con Ares, y advertido por el Sol, testigo del amoroso acceso, Hefesto forjó, a golpes de martillo, una red de caza en bronce, tan fina como un hilo de araña, pero indestructible, imposible de ser deshecha, y la ató secretamente a los bordes del lecho matrimonial. De esa manera, sorprendió a la hija de la espuma (*aphros*) con Ares, y la denunció ante el Olimpo. Así, como el herrero cojo trazó y diseñó una estratagema de inevitable fuga, atando los cuerpos de los amantes, el derecho no se configura con el simple *sollen* (deber ser) kelseniano, sino, sostiene Louis Althusser (2010 [1968]: 116), como aparato **ideológico** y a la vez **represivo** (AIE y ARE), como red que ata a los sujetos otorgando una significación que enclaustra al hombre bajo determinado conjunto de premisas simbólicas a las que resulta imposible escapar.

Pero la formulación, bajo la cual la ideología resulta inexorable en el camino del derecho, no deviene de un nacimiento que otorga su categorización epistémica desde la arbitrariedad, sino comprendiendo los óbices que impidieron su consideración en las posturas tradicionales. Y los principales obstáculos que provocaron su consideración, devienen, como ha señalado Enrique Marí, del nacimiento histórico del concepto de ideología que podemos hallar en la obra de Antoine Destutt de Tracy, *Elementos de ideología* (1801), concebida la misma como la "ciencia de las ideas", como parte integrante de teorías sensitivistas que postulan a la ideología como una sensación (*aisthesis*) que el hombre posee, como el calor y el frío, como el hambre y la sed. Dicha consideración de la ideología yergue el campo en el cual se extenderá el "matiz semántico despectivo" (Marí, 1974: 88), a veces repetido de forma obstinada en ciertos autores del pensamiento jurídico contemporáneo.

Ahora bien, las tesis que identifican a la ideología como meras impresiones subyacentes en los sentidos del hombre ignoran el marco de producción de conocimiento en la cual es erigida. Y en este aspecto, las condiciones por las cuales se produce no sólo son la sombra de los hombres, sino que son el propio hombre y la constitución de relaciones imaginarias que establece con él mismo; como sostiene Nicos Poulantzas (1969: 264), "la ideología está a tal punto presente en todas las actividades de los agentes, que no puede diferenciarse de sus experiencias concretas. En esa medida, las ideologías fijan en un universo relativamente coherente no sólo una relación real, sino también una relación imaginaria, una relación de los hombres con sus condiciones de existencia investida en una relación imaginaria".

Cómo es conformada esta relación imaginaria con las condiciones de existencia determina una específica formación que requiere que su identificación no sea estribada **en el modo de producción teórico de una ciencia**, sino que lo sea, **desde y a partir de una ciencia**, en la que, cualesquiera sean las técnicas empleadas según el grado de complejidad, no se realiza sino simulando un conocimiento reproductivo cuya solución se encuentra prefijada desde fuera por intereses que no provienen de un lugar unívoco, sino de intereses morales, políticos, económicos, etc. (Marí, 1974: 117). La función de apropiación del mundo real, por el conocimiento que se configura en el modo de producción teórico de una ciencia, forma parte de lo que Karl Marx, en *Introducción general a la crítica de la economía política de 1857*, designa como un producto del trabajo de elaboración de la intuición (*Anschauung*) y la representación (*Vorstellung*) en conceptos (*in Begriffe*), formas muy diferentes según el grado de desarrollo del conocimiento en su historia, materia prima que parte de las condiciones de producción de todo conocimiento (Althusser, 1979 [1965]: 157/158).

El camino epistemológico que Marx señala en la *Introducción* tiene asidero en razón de considerar el rechazo a la confusión hegeliana entre el objeto real y el objeto de conocimiento, del proceso real y del proceso de conocimiento. Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de dicho rechazo? Comprender que el método que permite elevarse de lo abstracto a lo concreto, no es otra cosa que el modo en el que el pensamiento se apropia de lo concreto y lo reproduce, en tanto la totalidad concreta como totalidad de pensamiento es, en realidad, un producto del pensar, del concebir (*ein Produkt des Denkens, des Begreifens*) (Marx, 1992 [1867]: cap. 3).

El énfasis colocado en las cuestiones relativas a la epistemología materialista resultan una base inmovible para sostener, con la fuerza de los hombros de Atlante, cualquier sustento de práctica teórica, y determinar que las cuestiones en las cuales la pugna de fuerzas sociales abren su batalla de trincheras en forma preeminente, se despliegan en la filosofía de las ciencias, en la epistemología (Marí, 1990: 15). A partir de allí, siguiendo a Pierre Macherey, hay que comprender que toda ciencia no pueda ser concebida en su relación con la ideología, sino como una “ciencia de la ideología” (Macherey, 2010 [1965]: 52).⁽³⁾

Ello implica que entender la relación entre la producción de una **ciencia** y su relación con la **ideología** queda sujeta a las condiciones de producción del objeto, y como explica Althusser (2010 [1968]: 131), entender a la ideología como “representación imaginaria de los individuos de su relación con sus condiciones de existencia (por razón de la ilusión que implica su alusión a la realidad)”. Dicha postura abarca dos tesis: por un lado, la ideología no entendida como las condiciones reales de existencia, sino bien, como la relación con esas condiciones (Althusser, 2010 [1968]: 133). Por otro lado, implica reconocer que la ideología tiene existencia material (Althusser, 2010 [1968]: 134); materialismo que resulta siempre en un aparato (derecho, escuela, iglesia, etc.).

Advertir la dimensión epistemológica en la producción de conocimiento implica sustraer al fenómeno jurídico de su hermética y simplista ubicación, esgrimida desde las posturas iusnaturalistas, y también, iuspositivistas: el método demostrativo —que obsesionaba a Hobbes hasta el hecho de trazar líneas, multiplicar y dividir sobre su muslo, y también en las sábanas (Aubrey, 2009: 38)— y el método axiomático —que implica un reconocimiento de reglas de carácter obtuso en la medida que se autolegitima de forma inválida: su marco de producción es el mismo de su reconocimiento, su sistema de validez camina a ciegas sobre el horizonte de la comprensión del derecho—. Ante ello, es necesario recurrir a un modelo dialéctico-comprensivista (Cárcova, 2009: 114) que detenta, en su marco, a la ideología como integrada al estudio del derecho, y a partir de allí, poder considerar, en primer, lugar el terreno epistémico de su formación y constitución, evitando los reduccionismos a los cuales se encuentra sujeto en anacrónicas posturas jurídicas, “que constituyen una barrera insalvable para

(3) Citado por Althusser, Louis (2010 [1967]: 52).

percibir los elementos que definen al derecho como discurso del orden y para develar los complejos mecanismo ideológicos que a su interior, juegan como garantía de legitimación y reproducción de todo orden” (Cárcova, 2009: 209).

Avizorar las condiciones de producción de las prácticas del aparato jurídico (AIE y ARE) permite entender que la formación del objeto de estudio jurídico, desde las posturas tradicionales (método demostrativo —iusnaturalismo— o método axiomático —positivismo—), se oculta bajo el polvo de la confusión epistémica y, por ende, éstas resultan pueriles para determinar el alcance del fenómeno jurídico. En este sentido, la dimensión ideológica implica el reconocimiento de una disciplina, en tanto aparato de relaciones que se constituyen como representaciones imaginarias sobre las condiciones de existencia sujetas a una práctica; “práctica que existe en los actos materiales de un sujeto que actúa con toda conciencia según su creencia” (Althusser, 2010 [1968]: 138) y que, por lo tanto, desde una postura *althusseriana*, permite entender que no existe práctica sino **en** y **por** una ideología, y no hay ideología sino **por** y **para** sujetos (Althusser, 2010 [1968]: 138).

El derecho es una práctica; se desarrolla en y por una ideología; tiene un horizonte de producción sujeto a determinadas representaciones sobre las condiciones de existencia, insuflando en los sujetos de una sociedad dicha representación, con la misma impresión con la que *El Golem* (1915) de Gustav Meyrink se convierte en autómatas y aprisionado, como poetizó Borges:

“Sus ojos, menos de hombre que de perro

Y harto menos de perro que de cosa,

Seguían al rabí por la dudosa

Penumbra de las piezas del Encierro”

3 | El *lógos* jurídico

3.1 | El *lógos* como discurso

Las características que envuelven al derecho como práctica social deben indagar sobre la producción de sentidos que provoca la misma, para esclarecer qué tipo de representaciones imaginarias se tienden sobre las relaciones que condicionan al hombre. De esta manera, la práctica social

no es una práctica *naïf*, azarosamente ocurrida sin ningún efecto, sino que posee consecuencias hacia determinado universo de significados, en tanto, “el derecho ha sido pensado como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica, es una práctica discursiva en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos” (Cárcova, 2009: 120).

La producción de sentidos, la práctica social discursiva, posee entonces un elemento que, insoslayable, impone su análisis: el *lógos* jurídico (discurso jurídico). La caracterización del derecho como un *lógos* específico debe reconocer hacia qué sentido se lo clasifica de esa forma; como nacimiento de una figura que ocupa un espacio, ocupa una significación para los sujetos que no quedan como ausentes figuras inmutables en la intervención del mismo, que no serán los mismos al ser tocados por las trompetas de su sonido, sino que ya los sujetos que han sido, dejarán de ser.

¿Y qué alcance tiene la nominación de *lógos*? Varias definiciones se han otorgado a precisar su alcance. William K. C. Guthrie (1992 [1962]: 396/400) expone un bosquejo de las diversas consideraciones que ha recibido el término *lógos* en el siglo V, o con anterioridad, señalando:

- a. El *lógos* como todo lo que se dice: una historia, una fábula o narración. Sentido otorgado especialmente por Heródoto (*Los nueve libros de la Historia*) en el Libro I, Clío, (“Oyó Ciro la pretensión y les contó esta fábula —*lógos*—”). Dentro de la comicidad aristofánica, el excesivo peso del equipaje le hace decir a Jantias en *Las Ranas* 87: “Pero de mí y de mi hombro no existe *lógos*”.
- b. El *lógos* como meras palabras: en el Libro VIII, Melpómene escribe el narrador de Halicarnaso, “El Océano empieza desde Levante y corre alrededor de toda la Tierra, según dicen por decirlo —por *lógos*— pero sin demostrarlo con hechos”.
- c. El *lógos* como soliloquio, como monólogo, conversación entre el hombre y su interior, para evaluar los beneficios y perjuicios de una situación determinada. Eurípides alude continuamente a esta expresión en sus obras: Medea, en la obra que lleva su nombre, reflexionando sobre el sentido de lo femenino en la sociedad, expresa “he reflexionado —*lógos*— detenidamente conmigo misma”.
- d. El *lógos* como causa, razón o argumento. Esta caracterización, una de las más extendidas, encuentra varios puntos de ejemplificación. La disputa de Aristófanes sobre el mejor o el peor argumento —*lógos*— en *Las Nubes*. ¿“Por qué guardas silencio sin ninguna razón —*lógos*—?””, escribe Sófocles.

- e. Contrastando con lo señalado en b) puede considerarse al *lógos* como verdad: describe Heródoto, “Escribiré siguiendo a aquellos persas que no quieren engrandecer la historia de Ciro, sin decir la verdad —*lógos*—, aunque acerca de Ciro sé contar otras tres versiones de su historia”.
- f. El *lógos* como medida, plenitud o medida. En el libro III, *Talía*, menciona Heródoto: “Otros indios que viven al Levante de éstos, son nómades y comen carne cruda. Se llaman padeos y se dice que tienen las siguientes usanzas. Cuando uno de ellos enferma, si es hombre, los hombres más allegados le matan (...) si enferma una mujer, las más allegadas se conducen del mismo modo que los hombres. Porque sacrifican y comen a quien llega a la vejez. Pero no son muchos los de ese número —*lógos*—”.
- g. El *lógos* como correspondencia, relación o proporción, sentido encontrado frecuentemente en las obras aristotélicas.
- h. El *lógos* como principio general o norma, extensión de la costumbre, mirada asumida en el filósofo Leucipo, “nada acontece por azar, sino por un *logós* y por necesidad”.
- i. El *lógos* como la facultad de la razón en la obra de Platón, *República* 500 a.c.
- j. El *lógos* como definición, sentido también esgrimido por Aristóteles.
- k. El *lógos* como decisión, en Heródoto, Libro I: “los restantes jonios decidieron por decisión —*lógos*— unánime enviar”.

Los plurales sentidos que describe el filólogo escocés, explican cómo el *lógos* ha sido proyectado en la teoría, a partir de su significación y su decir del mundo. Pero el filósofo que más ha utilizado la noción ha sido Héraclito, el oscuro. Desde la admiración que había despertado en diversos autores,⁽⁴⁾ el pensador —que tuvo su *acmé* (floreCIMIENTO, esplendor) en 500 a.c.— ha sido caracterizado, muchas veces de forma tergiversada, como el autor del continuo flujo en virtud de un entendimiento radicalizado de sus sentencias,⁽⁵⁾ en virtud de la descripción que realizara Platón en *El Crátilo* 402a respecto de la discusión entre el *status* del lenguaje como convencional o esencialista. Pero el pensamiento de Héraclito buscó siempre combatir la *hybris* (desmesura) para buscar en el *lógos*, invisible a los ojos de los hombres que se encuentran dormidos, la armonía y estabilidad. Su destino lo empujó a sufrir de

(4) Anota Guthrie (1992 [1962]: 380) que Lenin escribió sobre un fragmento que ejemplificaba “una exposición muy buena de los elementos del materialismo dialéctico”. Asimismo, es proverbial la admiración de Nietzsche por el filósofo de Éfeso.

(5) “Para los que entran en los mismos ríos, aguas fluyen otras y otras” (*pántha rhei*) DK 22 B12.

hidropesía, y morir por exceso de agua, aún buscando en los médicos de la época soluciones tan estrafalarias como enterrar sus intestinos bajo la tierra o sepultarse bajo el estiércol. El misántropo fue caracterizado por Aristóteles en *Metafísica* por su obscuridad, y por el doxógrafo Diógenes Laercio por su falta de claridad.

A pesar de ello, Heráclito ha impulsado a intentar descubrir las razones por las cuales su pensamiento establece en el *lógos* un punto imprescindible en la historia de la filosofía. Una de las palabras autorizadas es la de Charles Kahn (2001: 5/20): en su lectura advierte que el *lógos* del Fragmento 1,⁽⁶⁾ en tanto estuvo antes que los hombres lo hubieran escuchado, refiere al significado en un sentido objetivo: “la estructura a la cual sus palabras se destinan o apuntan, que es la estructura del mundo mismo (...) La tensión entre palabra y contenido es esencial aquí, porque sin ella no tenemos la instructiva paradoja de los hombres de los cuales se espera que entiendan un *logós* que no han oído”.

El punto fundamental es la presencia de un *lógos*, de un discurso que admite una tensión, una continua disputa entre la significación de la palabra y contenido, y además, de la incompreensión de los hombres del discurso cósmico universal: somos inexpertos de entender cómo todo sucede y, en palabras de Heráclito, “más a pesar de que el *lógos* es común, la mayoría vive como si tuviera un pensamiento particular”.⁽⁷⁾ El *lógos* como metonimia, entre el *lógos* como discurso y el *lógos* como realidad, como la estructura máxima de lo real, un *lógos* que se impone frente a otros *logois* (múltiples discursos).

El *lógos* como discurso no implica sostener la traducción de determinado contenido, ni las inferencias respecto a su sentido cósmico, sino lo siguiente: los hombres vivimos atravesados por el *lógos*, vivimos atravesados por el discurso.

(6) “Los hombres resultan incapaces de entender el *lógos* este que siempre es, tanto antes de haberlo escuchado como después de haberlo escuchado por primera vez. En efecto, ya que todas las cosas llegan a ser según el *lógos* este, se asemejan a inexpertos, aunque tengan la experiencia de palabras y obras tales cuales yo estoy exponiendo, al distinguir cada cosa según naturaleza y declarar cómo es. Pero a los demás hombres se les ocultan cuántas cosas hacen mientras estén despiertos, tal como se olvidan de cuantas cosas hacen durmiendo”.

(7) Fragmento 2. El discurso común, *koinós*.

3.2 | El *lógos* visible/invisible

El discurso cuyo *status* adquiere sentido en la representación de las relaciones de los hombres y sus condiciones de existencia no aparece sino por aquéllo que excluye en ese conjunto de significados que impone, que muestra, y que altera de forma mutable la presencia/ausencia de los símbolos cuya performatividad comprende la doble potencialidad de nombrar un fenómeno y, a la vez, constituirlo a través de las prácticas sociales que instauran la realidad del mundo.

Las condiciones epistémicas que determinan y definen el campo teórico, son también los que definen la práctica teórica acerca del discurso. En esta dirección, Althusser manifiesta que:

“...la misma relación que define lo visible define también lo invisible, como su reverso de la sombra. El campo de la problemática es el que define y estructura lo invisible como lo excluido definido, excluido del campo de la visibilidad y definido como excluido por la existencia y la estructura propia del campo de la problemática; como aquello que prohíbe y rechaza la reflexión del campo sobre su objeto, o sea, la puesta en relación necesaria e inmanente de la problemática con alguno de sus objetos (...) Ni lo invisible aquí, ni lo visible, están en función de la vista de un sujeto: lo invisible es el no-ver de la problemática teórica sobre sus no-objetos; lo invisible es el no-ver de la problemática teórica sobre sus no-objetos; lo invisible es la tiniebla, el ojo cegado de la reflexión sobre sí misma de la problemática teórica cuando atraviesa sin ver sus no-objetos, sus no-problemas, para no mirarlos” (1967: 31).

De esa forma, el aparecer, lo visible del horizonte del campo de producción teórica es el límite en el cual las representaciones permiten performar las prácticas sociales y, específicamente, excluir significados e imponer otros. Y ese campo de práctica teórica también se plasma en el derecho, en el discurso jurídico: en tanto práctica específica, resulta un campo de visibilidad y, al mismo tiempo, de invisibilidad de los elementos que componen a dicho discurso, utilizando asimismo ficciones o mitos que sustenten y reproduzcan las prácticas visibles siendo lo invisible el oculto lugar en el que se manifiesta el sentido ideológico que posee el derecho. Al decir de Marí

(1982), "el discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión".

Las formas en las que este descarte se produce están determinadas por la incidencia de las relaciones de fuerzas en pugna, admitiendo sólo aquello inherente al discurso rector, excluyendo al terreno de la invisibilidad los elementos que impiden que la práctica se legitime. Lo invisible, es la elisión de la materia ideológica, en tanto no permite reproducir con toda la amplitud del sentido impuesto, sino que "lo invisible está definido por lo visible como su invisible, su prohibición de ver: lo invisible no es simplemente, lo exterior de lo visible, sino las tinieblas interiores de la exclusión" (Althusser, 2010 [1967]).

La relación inclusión/exclusión, visibilidad/invisibilidad, se muestra como un *döppelganger*, un doble caminante. Escribe Italo Calvino en *El vizconde demediado* (1952), "si en vez de medios duelistas hubieran sido duelistas enteros, quién sabe cuántas veces se habrían herido. El Malvado se batía con rabiosa ferocidad, pero no conseguía nunca dirigir sus ataques a donde de verdad estaba su enemigo: el bueno tenía la correcta maestría de los zurdos, pero no hacía más que agujerear la capa del vizconde". El discurso muestra su contraposición: visible/invisible. El mito de la mujer sin sombra no puede ser considerado: el texto, la palabra, la ley y su significación deben admitir la necesidad de su sombra, sombra que contiene un poco de ideología, un poco de representación, un poco de sujeto, produciendo el claroscuro que visibiliza e invisibiliza lo que se quiere reproducir (Barthes, 2003 [1978]: 46).

3.3 | Análisis crítico del discurso

El derecho es productor de sentidos. Sentidos que son asignados desde los diversos actores que componen la práctica social jurídica, como formas que asignan vestiduras significantes al complejo tramado social. Significados que tejen como arañas los entramados a partir de los cuales los hombres participan del sistema social. ¿Y cómo puede determinarse el sentido del discurso? Se ha sostenido que el sentido jurídico asignado en la representación imaginaria de la práctica de los hombres, no se compone de la mera sanción parlamentaria de una norma, sino que se encuentra abarcada por diferentes niveles que componen el discurso: en primer lu-

gar, el producto de los órganos formales de sanción de la ley, que consagra figuras y esquemas de actuación; en segundo término, las doctrinas, posturas y concepciones que intervienen en la práctica teórica; en tercer lugar, el imaginario de formación social donde se plasma un tablero de representaciones en el que los actores juegan posiciones de desplazamiento, movimiento que alternan un sentido y lo insuflan al resto del cuerpo jurídico (Entelman, 1991). Pero debe advertirse que la conformación del discurso no debe analizarse en una escala plural de niveles, sino que conforme a un constructo sociológico, integran una relación de bilocación en el que "el discurso, y otras interacciones de los actores sociales, pertenecen típicamente a lo que se suele denominar el **micro-nivel** del orden social, mientras que las instituciones, los grupos y las relaciones de grupos, y por tanto el poder social, se emplazan usualmente en su macro-nivel". Pero, como sostiene Teun van Dijk (1999: 25), los fenómenos de lo micro y lo macro conforman un **todo unificado**. Analizar la relación entre ambos niveles, entonces, implica la articulación de lo social, ya sea como situación de enunciación, institución, estructura, condiciones de producción, esferas de la vida, y contexto (Narvaja, 2006). Este análisis puede aplicarse a todos los ámbitos de producción social: sanidad, saber, administración de justicia, *mass media*, educación, etc.

Una herramienta esencial de estudio aporta la escuela crítica de análisis, que entiende al discurso como una práctica social, donde no se establecen niveles de estudio que condensan la significación de cada uno de los elementos intervinientes, sino que existe una relación dialéctica entre el discurso y lo social, entre lo social y el discurso. El discurso es moldeado por lo social, pero, como aseguran Fairclough y Wodak (2000: 367), "éste constituye las situaciones, los objetos de conocimiento, la identidad social de las personas y las relaciones de éstas. Las constituye en el sentido de que contribuye a transformarlo".

Es interesante, desde dicha perspectiva, tener en cuenta lo estudiado por el Análisis del Discurso Crítico (ACD), entre cuyos exponentes podemos mencionar a autores como Teun Van Dijk, Norman Fairclough, Roger Fowler, Ruth Wodak, quienes postulan principalmente que todo discurso restringe el acceso a los recursos lingüísticos en tanto son controlados por instituciones, atravesadas ideológicamente por un modelo específico de producción teórica. Entonces, ¿cómo puede el derecho analizar unidisciplinariamente cuando sustrae los recursos en su campo de acción teórica?

Se cae desde dicho análisis al Tártaro, demorando más de los nueve días narrados por Hesíodo en darse de bruces contra el averno, y despedazar cualquier validez de la argumentación jurídica.

El derecho, como toda práctica social, no puede evitar el campo pluridisciplinario para entender los sentidos que conforman cada una de las aristas del discurso. Esta crítica al hermetismo del análisis del derecho está en consonancia con lo escrito en la teoría crítica, al señalar que:

“La crítica jurídica concibe al derecho como una práctica social de naturaleza discursiva, en el sentido que los lingüistas definen el concepto de discurso. Esto es, como una producción social de sentido. Una práctica social que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos; es lo que la ley ordena, pero también lo que los jueces sancionan, los abogados argumentan, los teóricos producen, los litigantes declaran, etc. Es un discurso constitutivo, en el sentido de que transforma la realidad” (Cárcova, 2009: 153).

El derecho es productor de sentidos, sostuvimos al comenzar este punto. Es productor de sentidos en tanto práctica social discursiva, en tanto *lógos*. Entender cómo este *lógos* jurídico produce sentido, es comprender que reproduce modelos de sociedad, produce consenso, produce legitimidad, produce poder (Van Dijk, 2003).

Ahora bien, cabe interrogarnos cuál es el carácter que debe poseer el *lógos* jurídico en las democracias contemporáneas desde las posturas sostenidas.

4 | El derecho como *lógos* en el pensamiento político posfundacional

La configuración de la democracia contemporánea no puede estar sujeta, si aspira a la emancipación del hombre, a sostener las posturas individuales-liberales que propugnan un nuevo idealismo moral. En dicho sentido, este subjetivismo fenomenológico-existencialista (en lo ético) que se inicia a mediados del siglo XX tiene a la democracia y a los derechos fundamentales como principales fuerzas retóricas, con la

pretensión de un humanismo portador del "Bien".⁽⁸⁾ Pero, ¿cuál es la real dimensión de producción que implican estas herramientas? ¿Son realmente portadoras de humanidad? Nos bastará aludir a autores que consideraban a la democracia, en su sentido moderno, como una banalidad que irrumpía legitimando una ausencia de significación para mutilar la libertad del frágil cuerpo social; escribía Gustave Flaubert: "el mayor sueño de la democracia consiste en elevar al proletariado hasta el nivel de estupidez de la burguesía". Con agudeza, comenta Julian Barnes (2009: 102) que "esta forma de pensar suele poner nerviosa a la gente".

Entonces, debemos determinar cómo la práctica democrática se proyecta en el pensamiento político posfundacional. Varios autores integran esta égida que reconoce como rasgo común la incidencia de la figura de Althusser, manifestando un anti-hegelianismo o negatividad ontológica y distanciándose del fundacionalismo o antifundacionalismo de corte pragmático de Richard Rorty (Marchart: 2009: 31): Claude Lefort, Alain Badiou, Ernesto Laclau, Jean Luc Nancy, Jacques Rancière, y Chantal Mouffe. La búsqueda del fundamento último de lo social respalda el punto esencial para Lefort (2005: 208), el cual entiende que la "democracia es institucionalizada y sostenida por la disolución de los indicadores de la certeza (...) Inaugura una historia en la cual la gente experimenta una indeterminación fundamental en cuanto a la base del poder, la ley y el conocimiento, y en cuanto a la base de las relaciones entre el yo y el otro, en todos los niveles de la vida social".⁽⁹⁾

La ausencia de fundamento social es la principal característica que unifica a las posturas del pensamiento posfundacional, la falta de certeza, su oquedad de fundamentación política, que permite asumir la diferenciación entre "lo político (la dimensión del antagonismo constitutiva de las sociedades humanas)" y "la política (el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político)" (Mouffe, 2009).

(8) Ver Badiou (1995: 97/158).

(9) Citado por Laclau (2005: 208).

Esta pérdida de fundamento ha sido señalada tempranamente en la teoría jurídica crítica por Alicia Ruiz (2000: 16), quien hace referencia a la obra de Lefort, entendiendo que es en esta ausencia, donde el derecho encuentra “una red de ficciones, mitos y rituales que desde el plano de lo simbólico, legitiman al orden democrático, definen la identidad de los individuos que la componen y articulan las relaciones de hombres y grupos en una peculiar conformación”.

Pero esta ausencia de fundamento de las democracias debe ser contextualizada para comprender cuáles son las democracias sujetas a crítica y si la democracia puede ser reformulada como concepción para evitar las aporías en las que se ahierroja. Por ello, Laclau expresa que los análisis que realiza Lefort se concentran en los regímenes democráticos liberales, aspecto que no resulta cuestionable, pero que no presta atención adecuada y correcta a la creación de los sujetos democráticos populares, por lo que la vacuidad residiría no tanto en la comprensión del fundamento sino en el **tipo de identidad** a clasificar dentro de la lógica hegemónica (Laclau, 2008: 210).

Es por ello que las democracias de corte neto liberal se han basado en una negación continua de lo político, esgrimiendo la finitud y muerte de las ideologías, de la historia, del comunismo (Mouffe, 2005) o, como se sostiene coloquialmente, de la “politización”, asfixiando y reprimiendo cualquier intento de gesto político y garantizando el vacío perfecto para el desarrollo de la mercadocracia.

Claro que el sentido de aversión que se yergue sobre las democracias liberales se basa en esta forma de dominación inherente al “capitalismo desorganizado” (Laclau, 2000) y vacía a la política que, desangrada y lacerada, es arrastrada de los hombros por estructuras materiales dominantes que no sólo implican la subordinación al poder económico, sino que además, captura todas las formas de la vida humana, de las múltiples relaciones sociales: la cultura, el tiempo libre, la enfermedad, la educación, el sexo e incluso la muerte; todo dominio de la vida individual y colectiva queda atrapada en las relaciones capitalistas. La democracia deja de ser tal, y se convierte en un vehículo. Esta forma de democracia provoca que, como señala Rancière (2006: 74),

“cuando toda la política es olvidada, la palabra *democracia* deviene a la vez el eufemismo que designa un síntoma de dominación que no se quiere llamar por su nombre, y el nombre del

sujeto diabólico que viene a ocupar el lugar de este nombre suprimido: un sujeto compuesto, donde el individuo que sufre este sistema de dominación y el que lo denuncia están amalgamados. Es con sus trazos combinados que la polémica dibuja el retrato robot del hombre democrático: joven consumidor imbécil de palomitas de maíz, de tele-realidad, de sexo seguro, de seguridad social, de derecho a la diferencia y de ilusiones anti-capitalistas o alter-mundistas”.

Evitar la realidad fraguada desde la lógica conservadora que se oculta en la defensa de las libertades individuales, legitimando desigualdades y propiciando la estructuración de relaciones jerárquicas, se vuelve una tarea democrática en el sentido crítico, ya que se pretende quebrar la racionalidad liberal a través de la profundización de la constitución de sujeto democrático, desechando cualquier noción consensualista e individualista, a fin de lograr, en palabras de Laclau y Mouffe (1987: 198/199), la expansión de una democracia radicalizada y plural. Desde esa proyección, se formula un papel activo del Estado con el fin de lograr una **desmercantilización** que conlleve a una correlativa **desproletarización**, al permitir a los trabajadores poder vivir sin tener la conminación de vender su fuerza de trabajo a cualquier precio (Offe, 1984: 263).⁽¹⁰⁾ Ahora bien, nos permitimos sostener que si dicha tarea se realiza profundizando la ideología liberal-democrática, la tarea será en vano, ya que se reproducirá el germen que habita en la conciencia de la colmena de la sociedad, y deberá atenderse a lo expresado por Alain Badiou en relación a su hipótesis comunista distanciada del Estado y distanciada de la invención de la política.

Entonces, ¿cuál es el carácter que debe poseer el *lógos* jurídico en la democracia? En primer lugar, si esta tiene en cuenta los elementos expuestos hasta aquí, debe determinar dónde cierra su horizonte, cuál es el punto en el que cierra su campo de producción. Por ello, deberá atenderse a la producción del sujeto sobre la base de la cadena de su discurso, es decir, a la totalidad estructurada resultante de la práctica articuladora sobre la base de la **sutura**, entendida ésta como “la no-correspondencia entre el sujeto y el Otro —lo simbólico— que impide el cierre de este último como presencia. La *sutura* nombra la relación del sujeto a la cadena de su discurso;

.....

 (10) Citado por Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal (1987: 182).

veremos que el figura ahí como el elemento que esta ausente en la forma de sus sustituto. Porque si bien esta allí como lo que falta, no está pura y simplemente ausente” (Miller, 1977/78: 23/24).⁽¹¹⁾

El discurso jurídico debe comprender cómo ha sido producido el Hombre para entender cómo juega la categoría fundamental de nuestra época, los derechos humanos, encarnada en las prácticas jurídicas y portadora del “Bien”. Pero la realización de un ejercicio crítico de la referida categoría no debe implicar su negación, sino que se arranque del modelo a la que ha sido sujeta: si éstos son argüidos desde el consenso, desde el ethos de una sociedad, la democracia se reduce a la vestidura que la sociedad posee, a la forma que adquiere, y como consecuencia, sólo aparecen derechos vacíos que, sólo cuando resultan inútiles, tienen el mismo destino que la ropa vieja en manos de personas caritativas: son dados a los pobres (Rancière, 2010: 11).

El lógos jurídico no puede ser ciego, debe reconocer sus reglas de formación y constitución del objeto jurídico, porque sólo allí podrá reconocer al sujeto, podrá reconocer la verdadera representación del Hombre.

5 | Conclusiones

El derecho como práctica social discursiva admite diversos puntos en los cuales permite cavar para entender cuál es la producción de sentidos que asume. Desde esa noción general, pudimos determinar las siguientes tesis:

- a. El derecho como praxis social no puede desentenderse de la formación epistémica a la que está sujeta y, por ende, implica aceptar que la ideología como representación imaginaria de los individuos en su relación con sus condiciones de existencia revela la estrecha relación entre la producción de una **ciencia** y su relación con la **ideología**, quedando sujeta a las condiciones de producción del objeto. Por lo tanto, nos permite afirmar que la relación entre las condiciones reales de existencia y la materialidad con la que la ideología constituye una práctica —en este caso, la jurídica—, no pueden ser soslayadas. Es entonces el derecho, un discurso ideológico “en la medida en que produce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos

.....
(11) Citado por Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal (1987: 53).

y de sus relaciones con los otros hombres. Los estatuye como sujetos libres e iguales ocultando el código de sus diferencias efectivas; declara a las normas conocidas por todos escamoteando la realidad de un monopolio del saber jurídico y un efecto de desconocimiento generado por el propio derecho. Es decir, es ideológico en la medida que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social. Ese ocultamiento es a la vez productor de consenso. El derecho ordena pero convence; impone pero persuade; amenaza pero disciplina. Cuando condena la ilicitud, a la vez sacraliza la licitud que establece" (Cárcova, 2009: 137).

- b. El derecho como práctica social es discursivo en la medida que acuden múltiples *logoi* (discursos), de los cuales en la pugna de fuerzas sociales resulta un *lógos* (discurso) productor de sentido, manifestándose por lo que muestra, manifestándose por lo que resulta visible, pero también por aquello que descarta, por aquello que excluye en la interioridad de su mismo discurso. Discurso rector (*hegemonikon*), discurso constitutivo de representaciones en las relaciones de los hombres. *Lógos* que no puede ser separado de la práctica que involucra a la articulación de lo social, enunciación, institución, estructura social, condiciones de producción, esferas de la vida social, contexto: la existencia de una dialéctica entre lo social y el *lógos*, entre el *lógos* y lo social resulta inevitable en el análisis del discurso jurídico.
- c. La resignificación del contenido de democracia que altera el vínculo liberalismo-representatividad para sujetar el vacío y la ausencia de fundamento último a una noción en la cual la contingencia permita resolver la ilusión de una sociedad reconciliada a través de "convertir el antagonismo en agonismo". Lo político y la política como categorías permiten formular el sujeto de las democracias, acentuando que las prácticas democráticas se vigorizan, no desde su sentido racional iluminista que formula continuos panegíricos al debate de saco y corbata y su correlato en la democracia deliberativa (Nino, 1997), sino bien, a las concepciones que permiten entender que, en línea con Elías Canetti en *Masa y poder* (1960), los procesos sociales son por esencia relacionales, por lo que el pensamiento político posfundacional pensará a "Schmitt contra Schmitt" (Mouffe, 2009: 21), donde la pura diferencia exigirá pensar desde lo agónico. Esta formulación de política implica que "un Estado democrático de nuevo tipo debe privilegiar, orgánicamente, la participación popular en todos los asuntos de interés público, habitando en todo cuanto sea posible, la realización autogestionaria de la política" (Cárcova, 2009: 73). Las formas en las que se producirá esta participación extendida serán proclives a la aparición de nuevos actores, de nuevos movimientos sociales (NMS)⁽¹²⁾ que aunaran luchas

(12) Para un análisis extendido, ver Duquelsky, Diego (2000: 48 y ss.), *Entre la ley y el derecho: una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Bs. As., Estudio, 2000, p. 48 y ss.

diversas de las obreras, articulando una rápida difusión de conflictualidad social, como sostiene Laclau, “como una extensión de la revolución democrática a toda una nueva serie de relaciones sociales” (Laclau y Mouffe, 1987: 179).

De esta forma, el *lógos* jurídico resignificará a través de su propia práctica teórica tanto las nociones que abarcan a la democracia desde una perspectiva posfundacional (Lefort, Laclau, Mouffe, Nancy, Badiou, Rancière) como aquélla que examina a los derechos humanos —derechos **mestizos** en términos de Mouffe (2009)— para pretender que la ilusión de lo jurídico sea derrumbada en un ideal comunitario, en la participación como *homoioi* (semejantes) (Vernant, 1965 [1962]: 47), en una dialéctica que nace en el terreno del agonismo a través de la palabra, del discurso, del *lógos* (Colli, 2002 [1975]: 36).

Bibliografía

- AUBREY, JOHN, *Una breve vida de Thomas Hobbes*, en AAVV, *La muerte de los filósofos en manos de los escritores*, Bs. As., La bestia equilátera, 2009.
- ALTHUSSER, LOUIS, *La filosofía como arma de la revolución*, México, FCE, 2010 [1968].
- ALTHUSSER, LOUIS, *La revolución teórica de Marx*, México, Siglo XXI, 1979 [1965].
- ALTHUSSER, LOUIS, *Para leer el Capital*, México, FCE, 2010 [1967].
- BADIOU, ALAIN, *La ética. Ensayo sobre la conciencia del Mal*, en AAVV, *Batallas éticas*, Bs. As., Nueva Visión, 1995.
- BARNES, JULIAN, *El loro de Flaubert*, Barcelona, Anagrama, 2009 [1984].
- BARTHES, ROLAND, *El placer del texto*, Madrid, Siglo XXI, 2003 [1978].
- CÁRCOVA, CARLOS, *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.
- COLLI, GIORGIO, *El nacimiento de la filosofía*, Madrid, Editora Nacional, 2002 [1975].
- DUQUELSKY, DIEGO, *Entre la ley y el derecho: una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Bs. As., Estudio, 2000.
- ENTELMAN, RICARDO, “Discurso normativo y organización de poder”, en AAVV, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1991.
- FAIRCLOUGH, NORMAN y WODAK, RUTH, “Análisis crítico del discurso”, en Van Dijk, Teun (comp.), *El discurso como interacción social*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- GUTHRIE, WILLIAM K. C., , *Historia de la filosofía griega*, Madrid, Gredos, volumen I, 1992 [1962].
- KAHN, CHARLES, “Acerca de la lectura de Heráclito”, en AAVV, *Lecturas sobre presocráticos I*, Bs. As., OPFYL, 2001.
- LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización*, Bs. As., Trilce, 2000 [1985].

- lización de la democracia, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Bs. As., FCE, 2005.
- LACLAU, ERNESTO, *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Bs. As., Nueva Visión, 2000.
- LEFORT, CLAUDE, "The question of democracy" en *Democracy and Political Theory*, Minneapolis, University of Minnesota pp.17/18 (citado por Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Bs. As., FCE, 2005).
- MACHEREY, PIERRE, "A propós de la rupture", en *Nouvelle Critique*, mayo de 1965.
- MARCHART, OLIVER, *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*, Bs. As., 2009.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Neopositivismo e ideología*, Bs. As., Eudeba, 1974.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Elementos de epistemología comparada*, 4Bs. As., Puntosur, 1990.
- MARÍ, ENRIQUE E., "El mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales y jurídicas", en AAVV, *El discurso jurídico*, Bs. As., Hachette, 1982.
- MARX, KARL, *Introducción general a la crítica de la economía política*, Bs. As., Almagesto, 1992 [1857].
- MILLER, J. A., "Suture: elements of the logic of the signifier", en *Screen*, invierno de 1977-78 vol. 18, n° 4, pp. 23/24 (citado por Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987).
- MOUFFE, CHANTAL, "Política y pasiones: las apuestas de la democracia", en Arfuch, Leonor (comp.), *Pensar este tiempo. Espacios, afectos, pertenencias*, Bs. As., Paidós, 2005.
- MOUFFE, CHANTAL, *En torno a lo político*, Bs. As., FCE, 2009.
- NARVAJA, ELMIRA, *Análisis del discurso*, Bs. As., Santiago Arcos, 2006.
- NINO, CARLOS, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- OFFE, CLAUS, *Contradictions of the Welfare State*, comp. por John Keane, Londres, 1984 (citado por Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987).
- POULANTZAS, NICOS, *Clases sociales y poder político en el estado capitalista*, México, Siglo XXI, 1969.
- RANCIÈRE, JACQUES, *El odio a la democracia*, Bs. As., Amorrortu, 2006.
- RANCIÈRE, JACQUES, "¿Quién es el sujeto de los derechos del hombre?", en *Derecho y Barbarie*, primavera 2010, Año 3, Número 3.
- RUIZ, ALICIA, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo", en Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada*, Bs. As., Eudeba, 2000.
- VAN DIJK, TEUN, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- VAN DIJK, TEUN, "Análisis crítico del discurso", en *Anthropos* (Barcelona), 186, septiembre-octubre 1999.
- VERNANT, JEAN PIERRE (1962), *Los orígenes del pensamiento griego*, Bs. As., Eudeba, 1965.

La Filosofía del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

por JOSÉ MARÍA MONZÓN⁽¹⁾

I | Consideraciones generales

Sostienen algunos autores que el constitucionalismo vigente en la mayor parte de los países occidentales no supo hacer frente al desmantelamiento del Estado social ni a la consolidación de la mundialización neoliberal, por lo cual éste se encuentra en una situación de profunda crisis. Pero, al mismo tiempo, se está produciendo en los últimos años en América Latina un fortalecimiento de los conceptos de Constitución y constitucionalismo que se manifiesta en la activación de procesos constituyentes y aprobación de nuevas Constituciones que alientan la creación de formas constitucionales propias, claramente diferentes especialmente de aquellas que tradicionalmente se han considerado como correctas en la doctrina constitucional clásica (Noguera-Fernández, Criado de Diego, 2011). Por eso se dice que:

“Las Constituciones explicitan por regla general en América Latina y en diversos países de Europa un aseguramiento de derechos fundamentales en un catálogo de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está

.....

(1) Doctor en Derecho (UAJFK). Profesor Regular Adjunto de Teoría General del Derecho (UBA). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, (UBA).

consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano, lo que en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en general está explícitamente reconocido en el texto constitucional a través de la cláusula de derechos implícitos” (Nogueira Alcalá, 2007).

Sin embargo, la existencia de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano implica que hay cuestiones que el constitucionalismo clásico no ha respondido, ya sea por tratarse de un trasplante legal inadecuado, por tener una estrecha dependencia con el sistema capitalista, o por responder a una situación de dominación colonial. En todo caso, se ha impuesto una revisión extensa y profunda de las Constituciones de algunos Estados que ha generado la conformación de un Nuevo Constitucionalismo cuyas características comportan la construcción de una nueva fundamentación de raíz más latinoamericana, y más plural e híbrida, si valen estos términos para describir lo que sucede en Latinoamérica.

En vista de esto corresponde preguntarse si existe una tensión entre la doctrina constitucional clásica y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. A primera vista pareciera que no. Empero, a medida que se profundiza lo que estas nuevas Constituciones conllevan, notamos que hay una tensión entre —al menos— dos maneras de construir las normas supremas. Diversas razones se pueden argüir para sostener que estamos ante construcciones normativas radicalmente diversas de las ya conocidas. En nuestra estimación ello se percibe en el examen de cómo se elabora el proyecto de sociedad que se quiere establecer. En este sentido, es clave el estudio del poder constituyente: más de cómo se lo ejerce que de cómo se lo concibe. Ello implica una aproximación a la construcción del derecho desde una perspectiva no jurídica sino holística, como mencionan algunos textos. Esto se comprende a partir de ciertas notas que distinguen qué es lo que desafía el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, la preocupación por la forma constitucional es una preocupación propia del pensamiento jurídico burgués para quien las formas del derecho tienen un valor destacado. En este sentido, se entiende como colabora con esta línea de pensamiento la producción de un derecho de carácter abstracto y formal, el cual —conviene recordar— es de origen

profesoral, más si se tiene en cuenta que el canon que emplean los juristas desde el Renacimiento es un derecho romano construido por glosadores y postglosadores (Watson, 2007) muy diferente de aquel que conoció la República Romana. Esto señala que una de las características más objetadas por diversas corrientes de la filosofía del derecho —por caso, las corrientes críticas— es la distancia que se exterioriza entre el derecho vivido y el derecho que podríamos llamar académico, una brecha que busca solucionar el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Segundo, es conveniente recordar que el derecho consuetudinario, producto de la vida feudal, mal podía conformar a la burguesía; para reglamentar la economía urbana era necesario innovar. La burguesía se hizo legalista a fin de conservar y expandir su riqueza dentro de un marco que asegurara la no intromisión y un disfrute lo más extenso posible del derecho de propiedad, como lo señaló el Código Napoleón siguiendo el modelo de las Pandectas (Pernoud, 1962). Por eso, se alienta la producción de un derecho romano obra de funcionarios y comerciantes. A este punto se dirigirá a resolver este Nuevo Constitucionalismo. Porque si se quiere sentar las bases de un nuevo sistema constitucional, lo primero a debatir es la centralidad que posee, para el constitucionalismo clásico, el derecho de propiedad —más cuando se reconocen otras formas de propiedad—,⁽²⁾ en tanto que lo segundo será discutir el principio de no intromisión del Estado en la vida social, una de las características del capitalismo.⁽³⁾ De ahí que la redefinición de ambas nociones sea de capital importancia cuando se considera extender los derechos a aquellos que han estado invisibilizados

.....

(2) Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador de 2008 se afirma en el art. 57: "Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...) 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (...)"

(3) En la nueva Constitución Ecuatoriana se indica en el art. 3 que son deberes primordiales del Estado, entre otros, el de planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir (inc. 5).

por el sistema que se busca reemplazar, y se afirman, simultáneamente, nuevos derechos. Esto supone —como efecto necesario— la construcción de una nueva ciudadanía.

Tercero, importa destacar que el derecho que se originó con el ascenso de la burguesía es un derecho urbano. La ciudad expresa el espacio del poder y es el lugar donde la revolución adquiere trascendencia. La toma de la Bastilla o la Comuna son dos ejemplos para considerar detenidamente. Lo que sucede en la ciudad posee una importancia que trasciende lo local, y marca la línea a seguir por el resto de las ciudades sean grandes o pequeñas. Esto se manifiesta hoy en aquellas ciudades —la mayor parte de ellas ubicadas en el hemisferio norte— que se han transformado en centros de decisión, a escala global, de todo cuanto es relevante al capitalismo en la vida social. Esta situación es puesta en crisis por este Nuevo Constitucionalismo, porque el mismo supone la afirmación de una resignificación del término soberanía,⁽⁴⁾ una noción más extensa que enfrenta a quienes ejercen o han ejercido un poder colonial.⁽⁵⁾

Por último, para comprender este Nuevo Constitucionalismo es útil remitirse a Guastini. Este autor señala que, para la filosofía política, el término Constitución es comúnmente utilizado, en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal o liberal-garantista; un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado está protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político. La cuestión —continúa este jurista— es que este modo de utilizar el término está hoy en día en desuso. Por eso, nota que en la teoría general del derecho, la palabra Constitución es generalmente usada para designar el conjunto de normas fundamentales que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico independientemente de su contenido político-liberal, iliberal, democrático, autocrático, etcétera (Guastini, 2001).

(4) La Constitución Venezolana de 2009 dice en el art. 1 que “Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

(5) En la nueva Constitución Boliviana, en el art. 9 se afirma que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.

En resumen, considero que los puntos precedentes justifican por qué corresponde hablar de una tensión entre la doctrina constitucional clásica y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. En los siguientes puntos examinaré cómo ello se manifiesta en los más representativos textos: la Constitución de Ecuador de 2008, la de Venezuela de 2009 y la de Bolivia de 2009.

2 | Filosofía de las Nuevas Constituciones Latinoamericanas

El examen de las nuevas Constituciones Latinoamericanas expone diversos puntos de interés que marcan, por un lado, una fractura con la filosofía constitucional derivada especialmente de la Revolución Francesa, y por el otro, una filiación con sus propuestas revolucionarias pre-constitucionales. En este sentido, interesa repasar primeramente el significado que —como proceso revolucionario— ha tenido la Revolución Francesa, en tanto que la segunda cuestión será tratada en el punto 3.

El significado de la Revolución Francesa se esclarece cuando se ubica esta revolución como la finalización de una serie de revoluciones que van a marcar la historia filosófica, política y legal del mundo contemporáneo. Nos referimos a la Gloriosa Revolución Inglesa y a la Revolución Americana. La idea general que gobierna estos procesos es la de hallarse ante una nueva época, marcada por la urgencia de abandonar un pasado que se aprecia oscuro y primitivo.⁽⁶⁾ La Gloriosa Revolución no sólo priva a Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda de sus gobernantes hereditarios sino que sienta las bases de la supremacía parlamentaria, que se integra con los representantes de las comunidades dominadas. A partir de ésta adquiere valor el parlamento y se afirma la idea de su supremacía, “Tenéis un poder legislativo absoluto en todas las cosas que pueden concernir, de cualquier manera, al bien y al interés del público [...]” dice Cromwell anticipadamente (Carlyle, 1946). Se afirma una nueva teoría del Estado como entidad po-

(6) “Se habla de ideas que revolucionan a toda una sociedad; con ello, no se hace más que dar expresión a un hecho, y es que en el seno de la sociedad antigua han germinado ya los elementos para la nueva, y a la par que se esfuman o derrumban las antiguas condiciones de vida, se derrumban y esfuman las ideas antiguas” (Marx, K. y Engels, F., 1848).

lítica que funda su origen en la propiedad privada,⁽⁷⁾ y cuyo principal objeto es proteger dicha propiedad (Parrington, 1941). En tanto que el cuerpo legislativo es concebido como uno, indivisible y permanente, considerada la preeminencia dada al mismo en la Gloriosa Revolución.

Por su parte, la Revolución Americana es el puente entre ellas y la realización anticipada de la nueva concepción de soberanía que se entrelaza con la concepción de las libertades civiles, cuyo significado viene dado por ser ellas un límite al poder real. Con referencia a esto debe recordarse que la lucha por las libertades es parte destacada del ideario burgués desde el Renacimiento.⁽⁸⁾ Con este antecedente es posible estimar lo que ellas representan para el hombre moderno,⁽⁹⁾ especialmente cuando se repasan las teorías político-constitucionales de origen *whig* y los sistemas constitucionales que en ellas se fundan —especialmente el angloamericano—. Por ello, la Constitución Norteamericana es una afirmación del autogobierno y de la existencia de un poder limitado por la constitución, en lo cual sigue lo asentado por la Gloriosa Revolución.

Por último, la Revolución Francesa en parte hizo posible y en parte solamente aceleró el desenvolvimiento de una sociedad civil dinámica y de un sistema económico capitalista, y promovió procesos que en otras partes

.....

(7) La *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1791 en su art. 17 sienta que la propiedad es inviolable y sagrada, de la cual nadie puede ser privado salvo en razón de una necesidad pública constatada legalmente, y por ello exigible, bajo la condición de una justa y previa indemnización. En la Constitución Francesa de 1795 en el art. 8 correspondiente a los Deberes, se establece que es sobre el mantenimiento de las propiedades que reposa el cultivo de las tierras, todas las producciones, todo medio de trabajo, y todo el orden social.

(8) "La libertad era antiguamente el monopolio de la nobleza; el hombre del pueblo sólo la disfrutaba excepcionalmente. Gracias a las ciudades la libertad vuelve a ocupar su lugar en la sociedad como un atributo natural del ciudadano. En lo sucesivo, basta con residir permanentemente en la ciudad para adquirir esa condición" (Pirenne, 1981). Expresa Parrington que "El siglo dieciséis había proclamado la gran doctrina del sacerdocio de todos los creyentes, y el diecisiete estaba empeñado en adaptar la forma de las instituciones sociales y políticas a ese principio revolucionario, tratando de descubrir un nuevo sistema de organización social que amoldase equitativamente los derechos de los individuos a las necesidades del estado político y del cuerpo social" (Parrington, 1941).

(9) "Cuando el mundo antiguo estaba a punto de desaparecer, las religiones antiguas fueron vencidas y suplantadas por el cristianismo. En el siglo XVIII, cuando las ideas cristianas sucumbían ante el racionalismo, la sociedad feudal pugnaba desesperadamente, haciendo un último esfuerzo, con la burguesía, entonces revolucionaria. Las ideas de libertad de conciencia y de libertad religiosa no hicieron más que proclamar el triunfo de la libre concurrencia en el mundo ideológico" (Marx, K. y Engels, F., 1848).

se llevaron a cabo sin una transformación del dominio político y del sistema jurídico (Habermas, 1989).⁽¹⁰⁾

Sin embargo, la preeminencia que obtuvo el Poder Legislativo perduró hasta la absorción de sus funciones por parte del Poder Ejecutivo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando este hecho reformuló la estructura y el funcionamiento del Poder Ejecutivo (Agamben, 2007). Por consiguiente, estas Revoluciones deben ser vistas no sólo como parte del proceso de consolidación de la burguesía como nuevo actor político,⁽¹¹⁾ consecuencia del cambio de mentalidad que se desarrolla desde fines de la Edad Media y del replanteo sobre quién es la autoridad, sino también como revoluciones en lo económico, especialmente por las cuestiones fiscales que se debaten en ellas.

2.1 | Análisis de la Constitución de Bolivia

El ideario constitucional construido por estas tres revoluciones que consolidan el poder de la burguesía se fractura con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y es lo que refleja la Constitución boliviana. Lo primero que en ella se destaca es que la constitución debe reflejar un Estado basado en un pacto social que incluya la totalidad de las personas y grupos existentes en el territorio a partir de un proceso de **descolonización del Estado**.⁽¹²⁾

(10) Este autor agrega que algo similar sucede con el surgimiento del aparato estatal moderno, porque para el proceso de la formación de los Estados y de su burocratización, la Revolución Francesa significa a lo mucho una aceleración de ciertas continuidades que vienen de mucho antes, como lo observó Tocqueville; pero aquello que puede ser su creación auténtica es el de estado nacional que ha podido exigir del patriotismo de sus ciudadanos el servicio de defensa general y obligatorio. Con la conciencia nacional se gestó una nueva forma de integración social para los individuos liberados de sus nexos corporativos en la estratificación social. Y termina destacando que la última generación de Estados, que se originó en la descolonización, se rigió por este modelo francés.

(11) "La burguesía ha desempeñado, en el transcurso de la historia, un papel verdaderamente revolucionario" (Marx, K. y Engels, F., 1848). Este juicio es corregido por Pirenne, para quien, sólo después de un largo tiempo, la burguesía desempeñó un papel activo contra el Antiguo Régimen.

(12) La descolonización sería la liberación y la reconstitución de la civilización incaica, señala Patricia Chávez L., citando a Pedro Portugal, para quien "... en sentido estricto [es] el proceso mediante el cual los pueblos que fueron despojados del autogobierno mediante la invasión extranjera, recuperan su autodeterminación. La descolonización es un proceso básico de liberación y de autonomía. La descolonización tiene como consecuencia ineluctable la independencia" (Chávez, 2010).

La **descolonización** parte de dos ideas: una que acentúa su carácter liberador, por lo cual es clave el concepto de independencia; y otra que subraya la nota de constituir un autogobierno, que es el fin del proceso de autodeterminación por el cual los pueblos que han sido subalternizados recuperan su visibilidad y su identidad (Choque, Portugal y Chávez, 2010). Esto implica la construcción de un nuevo orden social y una nueva jerarquía inclusiva creada a partir del reconocimiento del **otro**. Por eso, se habla de la creación de un **Estado plural** que comprenda la multiplicidad de nacionalidades y normas jurídicas. Por esta razón, en los arts. 2 y 3 se reconoce que, dada la existencia precolonial de naciones y pueblos indígenas y campesinos, y el dominio ancestral de sus territorios, se les garantiza su libre determinación que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, considerando que:

“La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afro-bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano” (art. 3).

Esto se refuerza en el Título I de las Bases Fundamentales del Estado, Capítulo Primero, Modelo de Estadoque, en su art. 1, señala:

“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Lo expuesto en este artículo subraya que la finalidad es construir un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**. Esta formulación implica una redefinición del concepto de soberanía. Es lo que el nuevo constitucionalismo se encarga de aclarar: una fractura entre dos épocas, que señala que se pasa de un pasado en donde predominó el Estado colonial, republicano y neoliberal y se funda uno nuevo: el **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, que instaura una

Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Esta fractura no deja de tener similitud con las que se propusieron tanto en la Revolución Americana y Francesa. Esto resalta el peso de la matriz ideológica surgida con el Iluminismo. Esto se comprende aún más leyendo en el Preámbulo el relato fundacional:

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia...

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país...”.

Hay una apelación a los orígenes —los tiempos inmemoriales— en los cuales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos, y la Amazonia, el Chaco, el Altiplano y los llanos y valles se cubrieron de verdores y flores, y se pobló esta sagrada Madre Tierra con rostros dife-

rentes, dando nacimiento a la pluralidad vigente de todas las cosas y a la diversidad de seres y culturas. Esto comporta un quiebre en el orden del conocimiento de la naturaleza a la cual se la reconoce como un sujeto antes que como un objeto.

En esto hay una clara apelación al poder constituyente originario del pueblo. En una clara ligazón con el pensamiento revolucionario francés, donde aparece nación se lee ahora pueblo. Sólo de esta manera es posible desmontar el pasado —el Estado colonial, republicano y neoliberal— para construir colectivamente el nuevo Estado.

2.2 | Análisis de la Constitución de Venezuela

El texto constitucional venezolano si bien no resulta diferente del boliviano en términos generales, es más cercano al antiguo constitucionalismo. En éste también se hace visible un pasado a partir del reconocimiento de la obra de Bolívar, pero asimismo del heroísmo y el sacrificio de los antepasados aborígenes y los precursores y forjadores de una patria libre y soberana, como se expresa en el Preámbulo. La finalidad es establecer:

“...una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones”.

Una tarea a hacer bajo la protección de Dios y en consonancia con el ejercicio de los poderes creadores del pueblo. En cuanto a los objetivos se mencionan el de asegurar el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promover la cooperación pacífica entre las naciones e impulsar y consolidar la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

Pero lo que interesa acentuar es lo expresado en el Título I, Principios Fundamentales, en su art. 1,

“La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”.

“Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

La apelación a la doctrina de Bolívar diferencia a esta Constitución de la boliviana de un modo particular. Al respecto, conviene notar lo dicho por Bolívar en su Discurso de Angostura de 1819,

“Al desprenderse América de la Monarquía Española, se ha encontrado, semejante al Imperio Romano, cuando aquella enorme masa, cayó dispersa en medio del antiguo mundo. Cada desmembración formó entonces una nación independiente con forme a su situación o a sus intereses; pero con la diferencia de que aquellos miembros volvían a restablecer sus primeras asociaciones. Nosotros ni aun conservamos los vestigios de lo que fue en otro tiempo; no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado” (Bolívar, 1819).

Este discurso tiene ciertas notas que conviene subrayar.

En primer lugar, realza un hecho clave para la comprensión de la realidad latinoamericana “...no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos...”. El carácter multicultural o híbrido de la cultura latinoamericana aparece expresado de manera anticipada a lo que luego será un serio conflicto en la región, el del choque entre las diversas comunidades, las dominantes y las sometidas; un conflicto que —como di-

jimos anteriormente— el Nuevo Constitucionalismo busca superar a partir de la construcción de un nuevo Estado multicultural o plurinacional.

Segundo, el discurso expone la dificultad de lograr un adecuado conocimiento de los propios sujetos constituyentes, en razón de hallarse la población latinoamericana en tensión a causa de la disputa con los naturales por los títulos de posesión, pero al mismo tiempo con quienes hacen la oposición a los invasores. Por eso, ésta —nuestra— situación es la más extraordinaria y complicada de enfrentar y solucionar. De ahí la necesidad de incluir el pluralismo, y que se afirme —por ejemplo— en el art. 9:

“...Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”.

El reconocimiento a la cultura indígena, como parte del patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad, es una norma esencial para asegurar el valor de un lenguaje que ha sido invisibilizado.

En definitiva, se construyó una Constitución que sin quebrar la tradición constitucional de origen europeo incluye cuanto ha conformado la cultura local indígena. Es un modo diverso de responder a los retos que impone la multiculturalidad. Porque:

“La diversidad de origen requiere un pulso infinitamente firme, un tacto infinitamente delicado para manejar esta sociedad heterogénea cuyo complicado artificio se disloca, se divide, se disuelve con la más ligera alteración” (Bolívar, 1819).

2.3 | Análisis de la Constitución de Ecuador

La Constitución de Ecuador sienta un ideario en el cual confluyen —particularmente— las notas de interculturalidad, plurinacionalidad y laicidad. Así se establece en el art. 1 del Título I, Elementos Constitutivos del Estado, Capítulo primero, Principios fundamentales,

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”.

Tres características que, como las mencionadas en las Constituciones examinadas anteriormente, subrayan el proceso de creación de una nueva institucionalidad que exterioriza que se está en presencia de una unidad que no sólo es geográfica sino también histórica, detentadora de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de los antepasados y los pueblos ancestrales, como expresa el texto legal. Nuevamente se diferencian dos épocas, pero asimismo dos proyectos de Estado.

Pero aquello que es más particular es la introducción del término *sumak kawsay* del idioma *kichwa*. Para Cortez esta palabra traducida como **buen vivir** se refiere inicialmente a la concepción de vida de las poblaciones indígenas de la región andina, quienes lo conciben como la participación de los seres humanos en un conjunto vital de carácter cósmico. Es la Constitución ecuatoriana quien la retoma y la propone como objetivo de la vida en sociedad, y la presenta como una convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza (Cortez, 2010). Se rescata una noción que había quedado oculta bajo la dominación colonial. Esta palabra implica, por un lado, una reordenación del lenguaje, una nueva forma de nombrar y conocer la realidad, y por el otro, un modo diverso de entablar el conocimiento de la realidad. Por eso, la inserción de esta noción conlleva una ruptura del predominio de una concepción **monocultural** que se identificaba con motivos y valores europeo-occidentales o con un discurso sobre la **civilización**. Y éste es uno de los aspectos que más llama la atención, porque se llama a convivir en diversidad y armonía con la naturaleza (Cortez, 2010). Esto coincide con lo asentado en el Preámbulo:

“Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

“Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

“Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

“Apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad (...) Decidimos construir

*“Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak**

kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades...”

Es la finalidad de la historia de un pueblo que se considera heredero de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo (Preámbulo), una tarea que se desarrolla a partir del proceso de descolonización que nace del poder constituyente. Por eso, considero que conviene analizar —de manera somera— cómo se ha concebido este poder.

3 | Notas para una filosofía de la revolución

Una de las cuestiones que conviene colocar en un primer plano al momento de analizar la filosofía del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es su dependencia —reconocida o no— de la ideología pre-constitucional francesa, especial aquella que se refiere al poder constituyente. El modo cómo éste se configura importa sentar que este poder tiene un matiz revolucionario que ha quedado opacado por la continua y venerada costumbre de apelar —en el constitucionalismo clásico— más a Montesquieu que a Robespierre. En este sentido, creo que es más fructífero para entender este Nuevo Constitucionalismo recurrir a Robespierre, uno de los actores políticos esenciales a la hora de investigar la filiación que vincula al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano con la matriz ideológica francesa.

Noguera-Fernández y Criado de Diego sostienen que aunque el poder constituyente se afirma como ilimitado y omnipotente, su ejercicio opera bajo la condición de revelarse en el derecho a través de un acto jurídico único; identificado con el ejercicio supremo de la democracia, su desempeño queda prácticamente arrinconado a la revolución, que impone la necesidad de generar una legalidad justificadora de sus actos a *posteriori*. Es lo que surge de los textos de Robespierre. Para éste “... es muy difícil que un hombre que ha dicho *mis* tierras, *mi* nacimiento, *mi* rey, pronuncie desde el fondo del corazón las palabras *libertad* o *igualdad*...” Si se quiere establecer una nueva institucionalidad es preciso sentar una nueva fundación del Estado, no una reforma o un mero cambio legislativo general.

Es lo que intenta resolver —por ejemplo— el art. 21.2 de la Constitución de Venezuela:

“La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La vulnerabilidad es la condición de actuación de las normas que garantizan la igualdad. Esto es esencial cuando se enfrenta a quienes detentan el poder económico. Por eso, en el art. 113 de esta Constitución se dice:

“No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada...”.

Esto marca aquello que debe enfrentar el poder constituyente. Aquí cabe diferenciar entre los actos del primer legislador y los de aquellos que lo hacen por delegación. Si quien decide es el primer legislador estamos en presencia del poder originario; quien actúa en este marco se halla por encima y antes de la norma; es decir, que nos encontramos en el terreno de los principios fundantes del sistema legal, un espacio donde no existen límites, porque ellos están por crearse. Hay un poder que construye el espacio de la legalidad, una construcción hecha a escala de quien lo construye, sea quien sea el primer legislador. Pero esto requiere asimismo la

elaboración de una teoría de la justicia, que permita discernir entre lo legal y lo ilegal, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (Hobbes, 1997),⁽¹³⁾ una cuestión sencilla de enunciar pero difícil de establecer en la realidad. La relevancia de esto se percibe al examinar lo expresado por Robespierre:

“La revolución es la guerra de la libertad contra los enemigos; la constitución es el régimen de la libertad victoriosa y pacífica. El gobierno revolucionario (...) queda sometido a reglas menos uniformes y rigurosas, porque las circunstancias en que se halla son tormentosas y cambiantes y, sobre todo, porque está obligado a emplear, sin cesar, recursos nuevos y rápidos, frente a nuevos y acuciosos peligros” (Robespierre, 1972).

Robespierre señala, al menos, dos puntos de interés que se entrelazan. Uno es la libertad de acción que tiene el poder originario, libertad que se origina en la soberanía que detenta el titular de este poder. Dicho acto es concebido como la expresión de la voluntad original del primer legislador. Ahora bien, desde la modernidad el primer legislador ya no es Dios, es la nación o los representantes de ésta. La Constitución francesa de 1793 en su art. 4 lo dice claramente: la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general. La Constitución del 5 Fructidor en su art. 6 correspondiente a los Derechos expresa: la ley es la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos o sus representantes.⁽¹⁴⁾ Es la fuerza social transformadora que tiene el derecho —concebido como instrumento— en la mentalidad contemporánea.

El segundo punto destacado en Robespierre está relacionado con el origen de la constitución. Ella surge de un hecho revolucionario. Del caos

.....

(13) En la Constitución francesa del 24 de junio de 1793 en el art. 4 se manifiesta que la ley ordena aquello que es justo y útil para la sociedad y prohíbe lo que es perjudicial.

(14) “Y vosotros legisladores, acordaos que no representáis una casta privilegiada, sino al pueblo francés; no olvidéis que la fuente del orden es la justicia; que la garantía más segura de la tranquilidad pública es la felicidad de los ciudadanos, y que las largas convulsiones que destrozan a los estados no son sino el combate de los prejuicios contra los principios, del egoísmo contra el interés general, del orgullo y las pasiones de los poderosos contra los derechos y necesidades de los débiles” (Robespierre, 1972). “Cada ciudadano es miembro de la Soberanía del Pueblo” expresa el art. 1, Capítulo IV, Prerogativas del Ciudadano, Estatuto Provisional de la Argentina de 5 de mayo de 1815; “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”, expresa el art. 3 de la Constitución española de 1812.

emerge un nuevo orden, o directamente un orden. La constitución adquiere valor fundacional, “el fin del gobierno constitucional es conservar la República; el del gobierno revolucionario fundarla” (Robespierre, 1972). Por eso, cuando las circunstancias son tormentosas y cambiantes “¿quién trazará la línea de demarcación entre los excesos contrarios? El amor a la patria y a la verdad” (Robespierre, 1972).

Tercero, el valor de la Constitución reside en ser el resultado del punto de inflexión que divide a la historia de una nación. Y es en situaciones críticas, porque “los templos no están hechos para asilar a los sacrílegos que los han profanado, ni la Constitución para proteger conjuras e tiranos que quieren destruirla”, cuando el primer legislador tiene potestad para reordenar lo previsto en la primera Constitución. A esto se apelan en el Nuevo Constitucionalismo para **descolonizar** el Estado existente y las doctrinas que lo justifican.

4 | Notas finales

Como se observa en estos textos se vislumbran temas comunes. En primer lugar, se manifiesta un claro propósito de refundar el Estado para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural (Venezuela), independiente, unitaria, intercultural, plurinacional y laica (Ecuador) y unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías (Bolivia). Se destaca el elemento multiétnico y pluricultural.

Segundo, se sostiene explícita o implícitamente su laicidad. Esta característica es coherente con lo asentado precedentemente. Más si se juzga a la religión católica como externa.

Tercero, se asegura el carácter democrático del nuevo Estado, más como una afirmación de novedad que dé continuidad, dada la historia de los Estados Latinoamericanos.

En cuarto lugar, se subrayan los derechos comunitarios marcando una clara fractura con la fuerte defensa de los derechos individuales afirmada en las primeras Constituciones Francesas.

Empero, la nota que más define a este nuevo constitucionalismo es el **pluralismo jurídico cultural**. Esto importa distinguir entre un discurso jurídico que se deduce de una cultura determinada que usualmente es la cultura dominante y otro u otros que se alzan desde las comunidades constructoras de sistemas legales alternativos, diferentes del oficial, los que buscan afirmarse como fuentes del derecho —al menos alternativas o supletorias—. Su presencia indica que en un mismo espacio y tiempo convive una heterogeneidad de sistemas jurídicos.⁽¹⁵⁾ Esto conduce a disolver la concepción de que en un mismo territorio sólo hay un sistema jurídico.⁽¹⁶⁾ Esta idea es una superación del **monismo jurídico**. (Sánchez-Castañeda, 2005). Por eso, se concluye que:

“Esta concepción monista del derecho es el producto histórico de la formación de los Estados nacionales que nacen de la disolución de las sociedades medievales. Estas fueron pluralistas en sus orígenes, puesto que existía un orden jurídico de la Iglesia, del Imperio, de los feudos, de las cofradías, de las corporaciones, etc. El Estado moderno nació de la eliminación y de la absorción de esa pluralidad de sistemas jurídicos. Se trató de un proceso de monopolización de la producción jurídica. Esta es la razón que explica cierta tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal. Simplemente se trata de la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que caracterizó el nacimiento del Estado nacional moderno” (Sánchez-Castañeda, 2005).

(15) “El derecho oficial, estatal, que está en los códigos y es legislado por el gobierno o por el parlamento, es apenas una de esas formas, aunque tendencialmente la más importante. Esas diferentes formas varían en cuanto a los campos de acción social o a los grupos sociales que regulan, en cuanto a su durabilidad, que puede ir desde la larga duración de la tradición inmemorial hasta la efimeridad de un proceso revolucionario, en cuanto al modo como se previenen los conflictos individuales o sociales y los resuelven siempre que ocurran, en cuanto a los mecanismos de reproducción de la legalidad, y distribución o denegación del conocimiento jurídico. Parto, así, de la idea de pluralidad de los órdenes jurídicos o, de forma más sintética y corriente, del pluralismo jurídico” (de Sousa-Santos, 1991).

(16) “El Estado moderno se sustenta en el presupuesto de que el derecho opera según una única escala, la escala del Estado. Durante mucho tiempo, la sociología del derecho aceptó acriticamente este presupuesto. En las dos últimas décadas, la investigación sobre el pluralismo jurídico llamó nuestra atención sobre la existencia de derechos locales en las zonas rurales, en los barrios urbanos marginales, en las iglesias, en las empresas, en el deporte, en las organizaciones profesionales. Se trata de formas de derecho infraestatal, informal, no oficial y más o menos consuetudinario” (de Sousa-Santos, 1991).

Queda claro —de este modo— en los autores latinoamericanos que las referencias a la democracia en las Constituciones de los Estados capitalistas liberales nunca tuvieron como referente —contra lo que parece indicar la palabra— una forma de gobierno en sentido fuerte; es decir, un sometimiento del funcionamiento del conjunto de la vida social, política y económica a la voluntad del pueblo o de su mayoría. Esto es lo que estas Constituciones buscan enmendar (De Cabo de la Vega, 2012). Esta transformación del derecho constitucional conlleva no sólo la asunción de un fuerte rol por parte del Estado sino también un cambio muy profundo en las concepciones que fundan este proceso. El éxito que estas nuevas Constituciones depende tanto de condiciones internas como externas. En todo caso, ellas suponen un reto a las ideas constitucionales tradicionales que bien vale la pena revisar sin limitaciones.

Bibliografía

- AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*, 1era ed., 2da reimp., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007.
- BOLÍVAR, SIMÓN, *Discurso de Angostura* [en línea], <http://www.analitica.com/bitblibio/bolivar/angostura.asp>, 1819.
- CARLYLE, THOMAS, *Oliverio Cromwell: Introducción a las cartas y discursos de Oliverio Cromwell, con un estudio preliminar de José Luis Romero*, Bs. As., Nova, 1946.
- CHÁVEZ L., PATRICIA, “Cómo pensar la descolonización en un marco de interculturalidad”, en *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria [en línea], <http://www.rebellion.org/docs/132769.pdf>, 2010.
- CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA [en línea], <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/NCPE>, 2009.
- CONSTITUCIÓN DE ECUADOR [en línea], <http://www.utelvt.edu.ec/NuevaConstitucion.pdf>, 2009.
- CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA [en línea], <http://www.cgr.gob.ve/contenido.php?Cod=048>, 2009.
- CORTEZ, D., “Genealogía del ‘buen vivir’ en la nueva constitución ecuatoriana”, en Raúl Fonet-Betancourt (Hg.) *Gutes Leben als humanisiertes Leben. Vorstellungen vom guten Leben in den Kulturen und ihre Bedeutung für Politik und Gesellschaft heute*, *Dokumentation des VIII. Internationalen Kongresses für Interkulturelle Philosophie. Denktraditionen im Dialog. Studien zur Befreiung und Interkulturalität. Band 30*. Wissenschaftsverlag Main, pp. 227/248 [en línea], <http://homepage.univie.ac.at/heike.wagner/SUMAK%20KAW-SAY%20EN%20ECUADOR.%20DAVID%20CORTEZ.pdf>, 2010.
- DE CABO DE LA VEGA, A., “El Fracaso del Constitucionalismo Social y la Necesidad de un Nuevo Constitucionalismo”, en Marco Aparicio Wilhelmi *et al.*, *Por una Asamblea Constituyente. Una Solución Democrática a la Crisis*, Madrid, Sequitur, Fundación Ceps - “Democracia+” Grupo de Investigación

- Interuniversitario sobre Poder Constituyente y Nuevo Constitucionalismo [en línea], <http://www.rebelion.org/docs/147698.pdf>, 2012.
- DE SOUSA-SANTOS, BOAVENTURA, “Una Cartografía Simbólica de las Representaciones Sociales. Prolegómenos a una Concepción Posmoderna del Derecho”, *Nueva Sociedad*, n° 116, noviembre-diciembre, 1991 pp. 18/38.
- GUASTINI, RICCARDO, *Estudios de Teoría Constitucional, Edición y Presentación Miguel Carbonell, México, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara/Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN, “La Soberanía Popular como Procedimiento” (Traducción de Bolívar Echeverría), *Cuadernos Políticos*, n° 57 [en línea], <http://www.bolivare.unam.mx/traducciones/Soberan%EDa%20como%20procedimiento.pdf>, mayo/agosto 1989.
- HOBBS, THOMAS, *Leviathan: on the matter, forme and power of a Commonwealth ecclesiasticall and civil*, ed. by Michael Oakeshott with an introduction by Richard S. Peters, New York, Touchstone, 1997.
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *El Manifiesto Comunista* (1848), [en línea], <http://www.marxists.org/espanol/m-c/1840s/48-manif.htm>
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” [en línea], <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/EI%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>, 2007.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, A.; CRIADO DE DIEGO, M., “La Constitución Colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, n° 13, pp. 15/49 [en línea], <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/733/73318918002.pdf>, enero/junio, 2011.
- PARRINGTON, VERNON L., *El desarrollo de las ideas en los Estados Unidos, Las ideas coloniales: 1620 a 1800*, Biblioteca Interamericana, t. 1, 1941.
- PERNOUD, RICARD, *Los orígenes de la burguesía*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, 1962.
- PIRENNE, HENRI, *Las ciudades de la Edad Media*, 5ta ed, Madrid, Alianza, 1981.
- ROBESPIERRE, MAXIMILIEN, *La razón del pueblo, Estudio preliminar, selección, traducción y notas de Horacio Sanguinetti*, Buenos Aires, La Bastilla, 1972.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en Oscar Alba S. y Sergio R. Castro (coord.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 19-33 [en línea], <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>, 2005.
- WATSON, A., “Comparative Law: Law, Reality and Society (First three chapters of the forthcoming book)”, University of Belgrade, School of Law - Alan Watson Foundation, [en línea], Belgrade, en http://www.alanwatson.org/law_reality_society.pdf, 2007.

Discurso jurídico, esfera pública de discusión y prácticas argumentativas

por PAULA MUNIAGURRIA⁽¹⁾

Resumen

El derecho puede ser leído como una práctica social de tipo discursivo, en la cual se advierten al menos dos instancias que interesan a este trabajo, identificadas con los procesos de producción y de reproducción normativa.

En las siguientes líneas me propongo referir a aquél que tiene lugar en la etapa decisoria —proceso de reproducción— a partir de los intercambios argumentativos que la caracterizan y en el que se destaca la labor jurisdiccional de adjudicación de significados.

Mi objetivo es revelar el estatus que se reserva a los participantes en esa suerte de esfera de discusión, lo que permitirá señalar algunas exclusiones significativas.

De allí la existencia de públicos legitimados y contra-públicos, cuyos intereses se segregan en la situación argumentativa.

.....

(1) Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho y Seminario de Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

I | Introducción

La propuesta contenida en estas líneas intenta analizar al derecho como un conjunto discursivo social que tiene su lugar privilegiado de realización en el ámbito decisorio. Ello implica, necesariamente, el apartamiento de los modelos de la teoría del derecho tradicional y el avance hacia un paradigma que entienda al derecho como una práctica social discursiva, en modo alguno limitada al fenómeno normativo y a sus estatutos epistémicos canónicos.

En ese camino efectuaré algunas breves referencias a las prácticas argumentativas implicadas en los modos de gestionar el derecho y los derechos, en tanto su presencia se advierte en los procedimientos de producción y también en los de reproducción normativa en los que pretendo centrar la crítica.

Esta perspectiva intenta, al menos: 1) reconstruir —con pretensiones de racionalidad— la labor asociada a lo jurídico tanto en la instancia deliberativa de producción, como decisoria de reproducción y 2) pensar al derecho como fenómeno dinámico, no homogéneo, permeable a otros discursos —moral, político, mediático, etc.—.

Ello lleva a una indagación en torno al concepto de esfera pública como escenario para la producción y circulación de discursos, lo que la erige en espacio privilegiado para el intercambio de argumentos, a la vez que a las críticas que se le han dirigido y a algunas alternativas superadoras.

Se trata de una propuesta para pensar lo jurídico pervirtiendo la mirada hacia los elementos determinantes de su constitución, puesto que “La teoría crítica alude al derecho, por un lado, como una práctica social específica y, por otro, como un discurso de poder (...) el discurso del poder engloba a esa práctica social específica y la constituye al mismo tiempo” (Ruiz, 2006: 162).

2 | El derecho como discurso: práctica y semiosis social

Desde las teorías críticas —o críticas a la Teoría de Derecho— se desmonta una ambigüedad en el término derecho que alude, en un primer sentido, a la dimensión de las normas y de las teorías, de los mitos y las ficciones que tratan de consagrar ideologías cohesionantes y localizar los

poderes. En el segundo sentido de la ambigüedad, el derecho se presenta como un conjunto discursivo social complejo a cuya institucionalización subyace la trama social del poder.

De allí, que la forma típica de referencia del discurso jurídico será lo implícito, lo que supone una vinculación entre la interpretación de significados —literales— y el sistema de producción de significados —derivados del texto—; en otras palabras, los silencios significativos, los enunciados evadidos, las premisas ocultas. De ese modo, el proceso de organización de los poderes del Estado encubre y desplaza el problema del poder constituyendo los símbolos de ese poder.

En esa línea, señala Enrique Marí —singular exponente de estas teorías— que “en el discurso jurídico no hay homogeneidad ni uniformidad semántica (...) Una decisión judicial (tomada como discursos tipo, aunque no encuentro razones para que no extienda al análisis de otras unidades de discurso como las normas, por ejemplo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función se entrecruzan con él” (1982: 81), derivando, claro está, en reproducciones diversas y no siempre compatibles.

Lo central será, entonces la determinación y asignación de poder de disposición para aquéllos legitimados a decir el derecho. Ello por cuanto las reglas de producción del discurso jurídico se constituyen como reglas de designación, es decir, individualizan a aquéllos a quienes se faculta para “decir” el discurso jurídico, mientras que sus reglas de formación tienden a habilitar a los productores de sentido. Pero, debemos aclarar que, para las teorías citadas, el discurso jurídico no contiene pautas gramaticales —sintácticas— ni semánticas para la adjudicación de significaciones. Es decir, no establece las formas de las expresiones que, pueden considerarse, integran válidamente ese discurso. Esa respuesta habremos de buscarlas en las prácticas argumentativas.

Así también, puede decirse que el “texto jurídico es un objeto de luchas dado que la lectura es una manera de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada en estado potencial” (Bourdieu, 2001: 171).

En consecuencia, hay una “cuestión básica que caracteriza al discurso jurídico como discurso de poder y es el proceso de distribución de la

palabra”(Bourdieu, 2001: 1). Eso puesto que, entre los procesos de selección de los comportamientos sociales sobre los que se reglará —limitará—, mediante enunciaciones simbólicas —de carácter general, abstractas e hipotéticas—, la elección de las palabras mediante las que se formularán esos artificios dirigidos a las conductas de los otros, y la concreta asignación de responsabilidad a los sujetos de carne y hueso, se producen complejos mecanismos de atribución de identidades que constituyen subjetividades, a resultas de procesos de mediatización y homologación (Bourdieu, 2001: 169). Esas subjetividades, en la etapa decisoria, se encuentran —de algún modo— definidas por las reglas procesales, a través de la asignación de lugares en el proceso judicial.

En primer lugar, ha de definirse a la labor del juez a partir de la hegemonía de la decibilidad de la verdad procesal, en tanto “el campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho” (Mari, 1982: 76) en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia —social y técnica—, que define esencialmente como la capacidad —reconocida socialmente— de interpretar un corpus de textos que consagran la visión legítima del mundo social.

Respecto del proceso de formación del discurso jurídico que vengo analizando, sostiene Mari que la verdad de su resultado

“Es una verdad producto de una lucha en el seno de una relación conocimiento-poder. Pero de ninguna manera constituye una verdad irracional (...) Representa la racionalidad de una sociedad en un momento dado de su desarrollo, el conjunto de valores e ideología de una estructura político social que no siempre coincide, y sobre todo en los casos límites, con el sistema jurídico” (Aseff, 2004: 83).

En sintonía con la problematización planteada, aunque en un escenario teórico claramente diferenciado —cuya legitimación se imprime en el núcleo mismo de la teoría/teórica—, se expresa el maestro Ferrajoli cuando analiza los límites y características de la decibilidad de la verdad en el proceso.

El discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en el universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino

que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas, y ligadas, por ende, a la propia pretensión de legitimidad de las mismas (Aseff, 2004: 83).

Ahora bien, si los procesos que hacen, llevan y resultan de la práctica judicial de decir “una verdad” se presentan con la trascendencia social que se desprende de los trabajos de los autores citados —expresa en uno, implícita en otro—, ¿por qué la persistencia en modelos dogmáticos que no dan cuenta de la praxis judicial, al tiempo que tejen ficciones?

Recalemos unos instantes en el discurso jurídico criminal. Al respecto, vale referir a Foucault en cuanto afirma que la penalidad tiene menos en vista la defensa general de la sociedad que el control y la reforma psicológica y moral, tanto de las actitudes, como de los comportamientos de los sujetos.⁽²⁾

Esta idea guarda relación con la afirmación de Entelman, quien sostiene que “el mensaje del discurso jurídico se dirigirá a destinatarios que no son los aparentes y diseñará contenidos que ocultan sus razones (...) hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de ese mensaje muy distinto que el sujeto pasivo del castigo” (Entelman, 2006: 214).

Así, el proceso judicial puede visualizarse bajo un esquema de análisis donde las partes son participantes habilitados a la palabra; los sujetos, eventuales y auxiliares actores que pueden ser ratificados; y la sociedad en su conjunto, testigos privilegiados, que culminarán confiriendo o no legitimidad a la conclusión del proceso —argumentativo—.

Ahora bien, el derecho —y, en particular, el subsistema penal— posee dispositivos de atribución de la palabra, distribución, extensión y caracterización de esa autorización que le son propios. Aún más, si como señala Cárcova, posee una **función paradójal** que articula al propio derecho con

(2) Este análisis de por Foucault ha sido publicado en *La verdad y las formas jurídicas* (2008), y puede verse en particular en las conferencias IV y V.

la ideología y el poder, el derecho es una práctica discursiva y constitutiva, en tanto asigna significado a hechos y palabras. Esta operación, como advierten las líneas críticas, dista de ser neutral: está impregnada de política e ideología, en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social.

Pero, asimismo, el análisis no se agota en torno a la idea de violencia monopolizada —sobre todo, normalizadora y disciplinar—. Junto a la función conservadora se identifica también una emancipadora, en tanto se trata de un discurso que participa de su propia conformación, puesto que, conforme señala Alicia Ruiz (2006: 108), “el discurso del poder engloba a esa práctica social específica y la constituye al mismo tiempo”.

Todas estas aproximaciones deben enriquecerse con una referencia al soporte de la argumentación, entendida como marco participativo en los procesos de producción de significados.

3 | Decidir. Argumentar. Significar

Conforme el marco teórico presentado, puede pensarse “al derecho como una red semiótica productora de sentido social, donde el discurso de los juristas exhibe un carácter altamente estratégico, ligado al orden simbólico y al imaginario” (Aseff, 2003: 13).

Por ello, parece prioritario aludir a argumentación no sólo como producto sino, sobre todo, como producción material que legitima y habilita a ése resultado. Este aspecto resulta de profundo interés en cuanto se presenta como un proceso de constante resignificación, circulación y construcción de significados sociales, pues el derecho, la ciencia, los procesos culturales y la propia subjetividad están socialmente facturados y discursivamente interconectados como sistemas abiertos, en una trama semiótica plural, discontinua y no lineal.

Ahora bien, en relación a esos procesos de re-producción material del derecho, la reflexión acerca del papel de las técnicas argumentativas en la actividad decisoria propia del derecho, se recorta como problema autónomo en el pensamiento iusfilosófico actual. Más aún, las *Teorías de la argumenta-*

ción se escinden de la esfera teórica constituyéndose en eficaz modelo para reconstruir las complejas operaciones involucradas en la práctica judicial.

Argumentar significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. No es simplemente la afirmación de opiniones, ni se trata de la expresión de meras disputas. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones, son una manera de informarse acerca de qué opiniones son consideradas mejores que otras, un medio para indagar, una puesta en acción de razones y pruebas que sustentan una conclusión.

El contexto del “conflicto” en el cual el juez está llamado a resolver exige que aporte razones para justificar sus decisiones, de modo tal de permitir el control de la racionalidad que regla el discurso jurídico. Esta imposición se presenta como propia del modelo garantista, a partir del cual el derecho programa no sólo sus formas de producción, sino además sus contenidos sustantivos, a los que vincula con principios y valores contenidos en sus constituciones, mediante técnicas de garantías —que son responsabilidad de la cultura jurídica—. Este nuevo paradigma conlleva alteraciones en diversos escenarios, por ejemplo, “en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y condiciones de su sujeción a la ley” (Ferrajoli, 1999: 20).

Fue precisamente Luigi Ferrajoli, quien redefinió al derecho como un “sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales” (1999b 19). Según este autor, el derecho se justifica en tanto y en cuanto actúa como límite a la pretensión punitiva del Estado, y se configura y construye sobre el principio de estricta legalidad, que agrega al Estado, la exigencia de adecuación axiológica de las normas y actos de gobierno, a los contenidos constitucionales sustantivos.

Una de las formas que asumen las garantías exigidas por el actual modelo parece encontrar concreción a través de procedimientos que intentan cercar la actividad decisoria sujetándola a criterios de racionalidad, usualmente agrupados en lo que denominamos *Teorías de la argumentación*. Ello ha derivado en que la invocación de técnicas argumentativas en ámbitos jurídicos implique pretensiones de legitimidad de los criterios invocados por juzgadores y partes, los que deben ser cuidadosamente interrogados a la luz de una teoría acorde a los complejos intereses involucrados en la actividad judicial.

Esta constatación fáctica no escapa a controversias y mientras viste un ropaje interpretativo que la torna en seductor modelo, se constituye en terreno de disputa, puesto que la práctica argumentativa se asoma, irreverente, a los dominios de la teoría y llega a jugar incluso con el concepto de derecho.

Al respecto, el maestro italiano identifica la actividad jurisdiccional en el entrelazamiento entre saber y poder —una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*), en la cual reconoce la existencia permanente de márgenes de discrecionalidad potestativos, que serán más o menos amplios, pero siempre irreductibles más allá de ciertos límites—. En ese sentido, la epistemología garantista que propone tiene como objetivo elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y, por lo tanto, la alternativa metodológica debate su legitimidad entre la **decidibilidad** de la verdad procesal y la **decisión** de la verdad procesal.

No cabe dudas que admitir la existencia de un espacio de libertad en el intérprete es el primer paso para establecer adecuados sistemas de control.

La profesora Aseff, siguiendo a Perelman, afirma que

“la situación argumentativa se produce en un marco originariamente conflictivo —como de hecho lo constituye siempre un litigio judicial o una controversia sobre derechos— a diferencia de las situaciones neutrales con las que trabajan los lógicos, y que de las diferentes posiciones que se manejan en un intercambio discursivo surge la argumentación que otorga la posibilidad de que se impongan una determinada forma de pensar o de actuar o una ideología” (2003: 62).

La decisión que tome el órgano tiene la particularidad de poner fin —en términos jurídicos— al conflicto planteado. Esta exteriorización del poder del sistema a través de uno de sus órganos exige racionalidad, entendida como control, y derivada de la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Pero la justificación que se le exige no se limita y, en algunos modelos, ni tan siquiera versa, sobre el paso de las premisas a la conclusión, que siempre será deductiva —por apelar a los términos canónicos que dan

cuenta del razonamiento judicial—, sino que deberá explicitar cómo se seleccionan las premisas de su argumento.

Estas cuestiones vienen siendo tratadas desde los inicios de la segunda mitad del siglo XX por las denominadas teorías de la argumentación, entre las que me interesa mencionar a los primeros ensayos de Toulmin, Perelman y Viehweg, y las denominadas teorías estándar de Alexy y Mac Cormick, al igual que las de Wróblebsky y Aarnio; aclarando que siendo que su análisis excede por mucho el objetivo del presente trabajo, no habré de profundizar en su tratamiento.

Wróblewsky sostiene que en nuestra cultura jurídica se espera que los razonamientos que conforman el discurso jurídico —conectados con problemas jurídicos— sean tratados de una manera racional. En tal sentido, afirma: “Efectuar decisiones jurídicas justificadas constituye una parte del discurso jurídico. La exigencia de justificación significa que las decisiones en cuestión no son ni evidentes, ni arbitrarias” (1989: 35).

Define como racional a aquella proposición, enunciado o norma que resulte justificable mediante una argumentación apropiada: “En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones” (Wróblesky, 1989: 35).

Con ello, la cuestión de si una decisión (conclusión) ha sido correctamente inferida de sus premisas refiere a la racionalidad interna; y afirmaremos, entonces, que está justificada si se arribó a ella conforme las reglas de inferencia aceptadas —justificación interna—. En cambio, si interrogamos acerca de la corrección en la aceptación de las premisas referimos a la racionalidad externa de la decisión y predicaremos su corrección cuando hayan sido adoptadas conforme los estándares utilizados por quienes efectúan la calificación —justificación externa—.

La justificación externa, o de las premisas, guarda particular importancia debido a que las interpretaciones jurídicas son por lo general controvertidas, particularmente en los casos difíciles, ya que si se cuestionan las premisas, se puede desbaratar la decisión, es decir, la racionalidad interna.

Tenemos entonces hasta aquí un concepto de racionalidad —de las decisiones— como justificación, la cual no constituye sino, una actividad valo-

rativa, impregnada de elementos extra normativos que son precisamente aquellos sobre los que alertan las teorías críticas —poder e ideología—.

Siguiendo a Wróblewsky, afirmo que la actividad que lleva a la decisión final implica selección de valoraciones relevantes. Ello evidentemente no significa rechazar la exigencia de racionalidad, sino que esa selección valorativa se constituye en un elemento presente en el proceso argumentativo, de modo tal que podremos afirmar que las premisas han sido correctamente aceptadas solo si resultan justificadas: si las ficciones y los mitos resultan revelados. Tal como señala Mari: “En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema), de razones políticas (...), morales, ideológicas, etcétera (...) el discurso jurídico final descarta el discurso político, pero sólo se comprende por lo que descarta” (1982: 81).

Adhiriendo a la necesidad de formulación de intercambios argumentativos como condición de posibilidad del arribo a decisiones justificadas como requisito para una definición no hegemónica del derecho, toca interrogar acerca del contexto en que esos intercambios tienen lugar y, lógicamente, acerca de sus condiciones de producción. A ese fin tomo la localización teórica habermasiana.

4 | Escenarios de discurso: públicos y contra-públicos

Jürgen Habermas sostiene que la tesis que defiende que el discurso jurídico debe entenderse como un caso especial del discurso (de aplicación) de la moral, no hace justicia a la complejidad de la relación entre la actividad judicial y la producción legislativa (Habermas, 2005: 267). Plantea que la tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta en el ámbito de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas, ya que exige a las decisiones judiciales la satisfacción de un doble requisito de consistencia con el ordenamiento jurídico y aceptación racional. Así, “El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse exter-

namente de modo racional, para asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativa” (Habermas, 2005: 268).

Propone una teoría discursiva del derecho, conforme la cual la aceptabilidad racional de las sentencias depende de: 1) la calidad de los argumentos y 2) la estructura del proceso de argumentación. Para este autor, “la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio” (Habermas, 2005: 302).

Entiende por rectitud a la aceptabilidad racional, es decir, a la aceptabilidad apoyada por buenos argumentos. A su vez, la validez de un juicio dependerá de que se cumplan —precisamente— sus condiciones de validez, pero la determinación de ese cumplimiento no puede efectuarse recurriendo directamente a evidencias empíricas, ni a intuiciones ideales. Afirma que sólo puede establecerse discursivamente mediante fundamentación o justificación argumentativa.

Afirma que argumentos son “razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez entablada con un acto de habla constatativo o un acto de habla regulativo y que mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos” (Habermas, 2005: 297). En ese sentido, sostiene que el concepto de argumento es de por sí de naturaleza pragmática: “Que sea una ‘buena razón’ es algo que solo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir en la aportación que conforme a las reglas de ese juego argumentativo esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no” (Habermas, 2005: 299).

Ahora bien, Habermas sostiene asimismo que los argumentos sustanciales nunca pueden ser concluyentes en el sentido en que sí pueden serlo una relación de inferencia lógica, o una evidencia contundente, por lo que no resulta posible anticipar un fin —en abstracto— para una cadena argumentativa. Advierte que, fácticamente, sólo le ponemos término —y ello en condiciones favorables— cuando las razones logran formar un conjunto coherente que lleva a la producción de un acuerdo sin coerción respecto de la aceptabilidad de la validez de la pretensión en litigio. De ahí la afirmación de la existencia de un acuerdo racionalmente motivado en tanto

se atribuye a las razones la fuerza de mover —en sentido no psicológico— a quienes participan en la argumentación a tomas de posturas afirmativas.

“La práctica de la argumentación constituye un foco en el que los esfuerzos que los distintos participantes en la argumentación, por distinto que sea el origen de éstos, desarrollan por entenderse, se salen al encuentro unos de otros por lo menos intuitivamente. Pues conceptos como el de verdad, el de racionalidad, el de fundamentación o el de consenso, desempeñan en todas las lenguas y en toda comunidad de lenguaje el mismo papel gramatical” (Habermas, 2005: 389).

La teoría de la argumentación no puede limitarse a las cuestiones lógico-semánticas atinentes al discurso jurídico, ya que cuando se trata de analizar las reglas que rigen tránsitos “no triviales” —aquéllos en que la lógica deductiva resulta insuficiente—, se requiere de una concepción pragmática.

Señala la profesora Aseff que Habermas

“...se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme el cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la validez lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo” (...) y continúa afirmando que ello es así debido a que “las condiciones procedimentales pragmáticas aseguran idealmente que todas las razones e informaciones relevantes, de las que en un determinado momento pueda disponerse en relación con un tema, puedan hacerse oír sin excepción, es decir, puedan desplegar la fuerza de motivación racional que le es inherente” (2003: 82).

Tal el recorrido que vengo realizando, no queda más remedio que adherir a dos tesis: 1) que el discurso jurídico no puede mantenerse hermético y desenvolverse en forma autárquica, sino que debe abrirse a argumentos de otra procedencia, y señala en particular a las razones de tipo pragmáticas, éticas y morales y 2) la rectitud o la corrección de las decisiones se determina —en última instancia— por las condiciones comunicativas de la argumentación de modo de posibilitar la imparcialidad en la formación de un juicio.

En definitiva, requiere que las decisiones judiciales se basen en normas legítimas, pero además, que estén racionalmente justificadas para el caso concreto, de modo de resemantiza el concepto de seguridad jurídica al que hace depender del procedimiento.

Ahora bien, a lo dicho subyace la concepción habermasiana sobre la esfera pública, la cual, en tanto recurso conceptual designa un escenario en las sociedades modernas en el cual la participación política se realiza por medio del diálogo.

Pero no todo es consenso en cuestiones deliberativas; y, al respecto, anticipo una problemática que refiere a las posibilidades discursivas en la esfera pública, y que resulta pertinente en este punto en razón de que toda situación discursiva supone una cierta lógica comunicacional.

Una de las más sistemáticas y solventes críticas de la propuesta del filósofo alemán es Nancy Fraser (1997). Esta discípula de Habermas, y pilar de la teoría feminista, parte del concepto de esfera pública aportado por Habermas a la cual entiende como un escenario en las sociedades modernas, en la que la participación política se realiza por medio del diálogo. Es el espacio en el cual los ciudadanos piensan y examinan sus asuntos comunes y, por lo tanto, es un escenario institucionalizado de interacción discursiva. Fraser (1997) resalta que, según Habermas, la idea de una esfera pública es aquella de un grupo de individuos reunidos para discutir cuestiones de preocupación pública o de interés común.

Pero a poco que avancemos en las interacciones de los grupos participantes en la discusión resulta interesante remitir nuevamente a sus palabras, en tanto advierte que a pesar de la retórica de la publicidad y accesibilidad, la esfera pública oficial siempre descansó en, y fue constituida por, algunas exclusiones significativas (Fraser, 1997).

Aclarado que el concepto trabajado resulta necesario para la construcción de una teoría social crítica y para la práctica democrática, advierte sin embargo, acerca de sus insuficiencias. Identifica que, en las interacciones de los grupos participantes en la discusión, a pesar de la retórica de la publicidad y accesibilidad, la esfera pública oficial siempre descansó en, y fue constituida por, algunas exclusiones significativas.

Continuando con la autora mencionada, en tanto entiende que participar significa poder hablar con voz propia, quienes nos interesamos por los argumentos vertidos en la discusión que tienen lugar en la esfera pública, no podemos dejar de advertir que la misma no se da en condiciones de igualdad —paridad discursiva—, puesto que muchas veces, los colectivos subordinados no logran encontrar canales de expresión y cuando lo hacen, las necesidades que pretenden transmitir son dejadas de lado, lo que al interior del debate que tiene lugar en el proceso judicial implica la negación de su agenciamiento como sujetos jurídico/políticos.

Fraser plantea dudas respecto de la viabilidad de la concepción de una esfera pública que pretende poner en paréntesis, más no eliminar, las desigualdades sociales estructurales. Pone en duda la posibilidad de deliberación de los interlocutores como pares sociales cuando los escenarios de discurso se sitúan en contextos impregnados sobre relaciones estructurales de dominación y subordinación.

Analizando las posibilidades de concreción del ideal de paridad de participación sostiene que, si bien en sociedades estratificadas, el ideal de plena paridad en el debate y la deliberación públicos no resulta posible de concretar, entiende que el modelo de vida pública que más se aproxima en el sentido de reducir la brecha de participación entre los grupos dominantes y subordinados, es aquél que acomoda la contestación entre una pluralidad de públicos competidores. Se trata de lo que la autora denomina públicos y contra-públicos.

Benhabid, que al igual que Fraser reconoce una genealogía Habermasiana, aporta una crítica alternativa. Intenta una reformulación del principio de universalización a partir de la cual queda definido como un procedimiento de argumentación intersubjetiva, orientado a la obtención de un acuerdo comunicativo, de modo de pensar a la universalización como prueba del acuerdo comunicativo —y ya no como precondition para su producción—. ⁽³⁾ Se trata de un modelo de acción comunicativa que es habla y acción compartida con otros. Su propuesta supone también una reformulación de lo que Habermas llamó las condiciones

(3) Benhabid presenta esta alternativa de interpretación al modelo habermasiano en el capítulo I de su obra *El ser y el otro en la ética contemporánea* (2006).

de una situación de habla ideal, de modo que implican supuestos éticos evidentes, a saber: 1) el reconocimiento a todos los seres capaces de habla y acción de participar en la conversación; 2) todos tienen los mismos derechos de varios actos de habla, de iniciar nuevos temas, proponer reflexionar sobre los presupuestos de la propia conversación, etc. Es decir, que los mismos presupuestos de la situación argumentativa tienen contenido normativo, y que ese contenido precede a la argumentación.

5 | Algunas reflexiones finales

Una pregunta posible a esta altura del recorrido es aquella que interroga sobre qué tipo de público constituyen la voces de representantes de algunos colectivos tradicionalmente incluidos en lo que llamaríamos —en terminología de Fraser— contra-público; por ejemplo, las mujeres. Para intentar una respuesta pensemos en un tema/problema concreto: el reclamo por la despenalización del aborto, que en Argentina continúa constituyendo un terreno de disputas. No podemos sino afirmar que se trata de un contra-público subalterno —formado bajo condiciones de subordinación—, de un público débil. Puesto que, según Fraser, no es posible insular a escenarios discursivos de los efectos de la desigualdad societal, donde ésta persiste —tal el caso de los derechos de las mujeres—, los procesos de deliberación tenderán a operar con ventaja para los grupos dominantes y desventaja para los subordinados.

Así lo demuestra al día de hoy, en el sistema argentino, no sólo la resistencia a su inclusión en la agenda legislativa —instancia de deliberación y producción—, sino también la discrecionalidad imperante en materia de interpretación.

Pareciera que una herramienta necesaria a fin de limitar el uso del Poder de adjudicación judicial que se evidencia en cada caso relativo al tema, es que el problema se demarque en la etapa de producción. Pero, previo a la instauración del debate, resulta necesario validar su discusión, en tanto la constitución de un asunto como relevante para su debate parece depender de la legitimidad alcanzada por el “público”, que lo propone para su tratamiento en un determinado escenario de discurso.

Conforme sostiene Virginia Guzmán

“la construcción de problemas públicos y la elaboración de las agendas son el resultado de procesos sociopolíticos complejos cuya comprensión remite a otros temas: la constitución de sujetos sociales, la elaboración de nuevos marcos de interpretación de la realidad social, las relaciones de poder entre distintos sujetos y actores sociales y el establecimiento de alianzas y estrategias políticas” (2001: 11).

Por tanto, sin dejar de advertir la situación de desventaja discursiva de las voces subalternas, puede anticiparse que, una vez develada, se abre un escenario de discusión racional con posibilidades de equidad, en tanto se erige en interpeladora, a la vez que reclama el reconocimiento de su participación en la discusión como público legitimado. Ello sin desconocer, claro, la implicación de la cuestión relativa a la constitución de sus identidades como sujetos jurídicos y políticos.

Bibliografía

ASEFF, LUCÍA MARÍA, *Argumentación jurídica y semiosis social*, Rosario, Iuris, 2003.

ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, 2003.

BENHABID, SEYLA, *El Ser y el Otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006.

BOURDIEU, PIERRE, *Poder, Derecho y clases sociales*, Descelee de Broker, S.A., 2001.

CÁRCOVA, CARLOS, “Acerca de las funciones del derecho”, en Mari, E. *et.al. Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

ENTELMAN, RICARDO “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico”, en Legendre, P. *et. al., El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

ENTELMAN, RICARDO: “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en Mari, E. *et.al., Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.

FRASER, NANCY, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1997.

FRICKER M. y Hornsby, J. (comp.), *Feminismo y Filosofía. Un compendio*, Barcelona, Idea Books S.A., 2001.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, Madrid, 2005.

HABERMAS, JÜRGEN, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008.

MARI, ENRIQUE, “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexos con el proceso calificadorio de la modernidad”, en Mari, E. *et.al.*, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

MARI, ENRIQUE, “Moi, Pierre Riviere...Y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”, en Legendre, P. *et. al.*, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982.

PLANTIN, CHRISTIAN, “Panorama actual de los estudios sobre argumentación: de la deslegitimación a la reivindicación”, en Doury y Moirand (eds.), *La argumentación hoy: Encuentro entre perspectivas teóricas*, España, Montesinos, 2008.

RUIZ, ALICIA, “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría radical del derecho)”, en Mari, E. *et.al.*, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

WROBLEWSKY, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial universitario del país vasco. Argitarapen Zerbitzua, Euskal Herriko Unibersitatea, 1989.

El Poder Judicial y la sociedad

por **MARIO PORTELA**⁽¹⁾

Resumen

En el presente trabajo se aborda, desde una perspectiva crítica, el tema de la función judicial y de sus proyecciones sociales en un Estado democrático. Para ello, y como punto de partida, se realiza un extenso recorrido histórico a partir del golpe de Estado de 1930 analizando el papel del Poder Judicial durante los distintos gobiernos de facto. Se sostiene que, en gran medida, el papel de los jueces en la actualidad viene determinado por esa historia institucional de complicidad por omisión frente a las violaciones de derechos fundamentales, la que, además, ha sido acompañada y profundizada por los mecanismos de cooptación y formación de recursos humanos al interior de la Justicia.

I | La situación local

En nuestro país, en la Convención de 1853, los constituyentes establecieron una Constitución con fuerte influencia ideológica y origen norteamericano, especialmente por la denodada labor de Alberdi, pero a la par se fue gestando un derecho administrativo y procesal con fuertes influencias francesas y españolas, ya que la instalación de la Corte Suprema tuvo lu-

.....

(1) Juez del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata. Titular de las cátedras de Teoría General del Derecho y de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata e integrante de Justicia Legítima.

gar recién a mediados de 1860, luego de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación. Esta duplicidad de procederes y de fuentes no se eliminó nunca y complicó el funcionamiento normal del Poder Judicial, situación que fue empeorada en 1994 cuando la Constituyente reformadora estableció el Consejo de la Magistratura manteniendo el control judicial difuso, sin crear un Tribunal Constitucional o Supremo (diverso a la Corte) que se encargara exclusivamente de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes.

Esto ha provocado la tardía reglamentación y puesta en marcha del primero de los Consejos de la Magistratura (luego de múltiples negociaciones entre los bloques partidarios); los problemas políticos causados por su reforma reciente (con cierto predominio del oficialismo que tiene un supuesto poder de veto tanto para el control como para la destitución de los jueces); los roces frecuentes entre la Corte y el Consejo y las apetencias políticas por el control de éste con el fin de obtener mayor poder, usando entre otros instrumentos la administración financiera del Poder Judicial. Los medios masivos manifiestan, alentados por los partidos opositores y por algunos magistrados y abogados, que a través del Consejo se trata de vulnerar la independencia de los jueces, circunstancia que es mucho más declamatoria que real.

En efecto, hoy en día la existencia de una prensa muy preocupada por las resoluciones judiciales, a veces por razones oscuras que dependen de sus propios intereses y de la conservación del propio poder, es mucho más vulnerante de la independencia judicial que las eventuales intromisiones del Poder Ejecutivo o de los integrantes del Consejo de la Magistratura. Este manejo mediático también incide en la formación de una opinión pública que se trata de manifestar por encima de las decisiones jurisdiccionales, aunque para ello deba atacar fieramente a las personas de los jueces. Aparte de ello es también vulnerante de la propia independencia judicial la existencia de verticalismo en la organización judicial, que somete a los denominados jueces inferiores a "inspecciones" o a destratos vía de la superintendencia que manejan los estamentos superiores de la pirámide judicial.

Así, es mucho más preocupante para la independencia judicial que, al tratar el tema de la inseguridad urbana en nuestro país, los grandes medios de comunicación bombardeen con noticias policiales que siempre

reflejan hechos sangrientos y especialmente crueles, o que el Presidente de la Corte Suprema se refiera a que algunos jueces alienten la denominada “puerta giratoria”, explicación policial y de partidismo mediático, que es más grave que cualquier expresión vertida individualmente por algún consejero desubicado o por algún ministro trasnochado. La opinión omnipresente e interesada de los medios masivos (¿no hubo inseguridad mientras tuvo lugar el conflicto del gobierno con los productores rurales?) —que, por más que manifiesten que sólo son reflejo de la realidad, construyen opinión e influyen en la realidad—, sumadas a las apreciaciones del Presidente de la Corte, pueden influir fuertemente sobre las decisiones de magistrados que prefieren vivir tranquilos antes que ejercer plenamente su potestad jurisdiccional de consuno con lo que establecen nuestra Constitución y las leyes que son su consecuencia.

Esto ocurre porque los jueces, al decir de Leopoldo Schifrin (camarista Federal de La Plata), integran el sistema de dominación real, situación que se repite en todas partes, junto con el capitalismo local muchas veces prebendario (agrario e industrial), el capitalismo extranjero (generalmente especulativo y financiero), la Iglesia y las Fuerzas Armadas, éstas últimas cada vez más menguadas pero aún importantes por su rol educativo y por ser formadoras de opinión. No en vano un dirigente manifestó hace poco que a la Nación la fundaron “el campo, la Iglesia y las FFAA”. Esta circunstancia ya fue señalada en teoría política por Lasalle (“¿Qué es una Constitución?”) y no por nada nuestro Leopoldo Marechal se preocupaba por los excesos de Ajax y de Creso (la fuerza y el capital en su estratificación de la política), relegando al último de los lugares al pobre Gutiérrez que, en su gracioso esquema, representa al mundo del trabajo.

Los jueces suelen ser, como corporación, funcionales a esos factores de poder (los de Ajax y los de Creso) y en lo individual sólo se preocupan del sueldo, la carrera y la estabilidad. Se transforman así en burócratas desentendidos de sus propias relaciones de poder y cuya Biblia la constituye la lectura del diario “La Nación”, mientras que su horizonte teórico es el que recibieron de las Facultades de Derecho a lo largo de la carrera de grado y las subsecuentes especializaciones y cursos de postgrado que hoy son inevitables dadas las competencias por los “cartones” a las que deben someterse quienes aspiren a obtener cargos por concurso.

Éstas los forman acriticamente ya que en la enseñanza privilegian el sacro respeto a la norma válida, que los estudiantes muchas veces deben conocer de memoria, con lo que asumen, muchas veces sin quererlo, los postulados del positivismo ideológico (el peor de los positivismos) cuya premisa fundamental es: **La norma es correcta sólo por ser puesta por la autoridad.** Salvo enconados debates sobre pseudo problemas (especialmente centrados en búsquedas de inexistentes naturalezas jurídicas o en polémicas irrelevantes), las facultades de Derecho, pese a la existencia de la Reforma del año 1918, omiten cualquier estudio acerca de cómo solucionar problemas en los que tienen que ver cuestiones normativas que mantienen a nuestro país en la órbita de las periferias (derecho tributario, derecho administrativo, derecho constitucional, derechos de patentes y marcarios), no se preocupan por intervenir en la agenda de las políticas públicas (debates legislativos) y suelen adoptar perspectivas teóricas derivadas de mundos diversos, centrales que nada tienen que ver con nuestra situación emergente (teorías de los roles). Además, suelen enseñar una historia del derecho sesgada y omisiva, sin incorporar al aprendizaje una tarea crítica y argumentativa que permita observar desde el mundo jurídico las situaciones de las minorías discriminadas o marginadas, mayorías en nuestro país, que carecen de un real acceso a la justicia y al derecho.

Recién ahora se ha comenzado a trabajar académicamente con niños, mujeres y personas con discapacidad, como siempre detrás de los movimientos sociales, pero se sigue sin tratar a otros grupos desaventajados entre los que se incluyen los desocupados, los pobres, los adictos, los diferentes por razón de etnia, nacionalidad o elección sexual.

Como consecuencia de lo expuesto, la sociedad declama por la independencia judicial refiriéndola a la distancia con el PE o con la política partidista, pero se omite hacer referencia a la dependencia real que hay frente a los órganos superiores de la judicatura, a la prensa, a los formadores de opinión y al "clamor popular" que son una amenaza mucho mayor a la independencia de los jueces, entendida como autonomía al momento de decidir. Así es como, por estas razones individuales o corporativas, los jueces son más permeables a resolver por consideraciones que tienen que ver con su propia comodidad o por agrandar a los factores de poder que con decisiones que tomarían si tuvieran libertad de conciencia.

También se suele malversar el tema de la imparcialidad o distancia que debe haber entre el juzgador y las partes, ya que se piensa que la imparcialidad es la lejanía afectiva con el conflicto, lo que provoca jueces ajenos y estúpidamente distanciados de hechos concretos de la causa que deben jugar como motivos de la decisión en cualquier proceso argumentativo.

Para completar este oscuro panorama se ha establecido desde la dogmática el mito de la seguridad jurídica que no es otra cosa que la defensa de cierto estatus que tiene que ver con la defensa de la propiedad y las “inversiones”, especialmente las extranjeras. Así, que la Corte Suprema proclame la inconstitucionalidad de la legislación referida a las ART, que declare la imprescriptibilidad penal de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad, que anule amnistías e indultos notoriamente inconstitucionales, que privilegie el “*ius cogens*” en materia de Derechos Humanos, son todos ellos atentados a la “seguridad jurídica” y a veces, hasta a la soberanía nacional.

2 | Sinopsis de historia constitucional

En nuestro país el primer atentado triunfal sobre el orden constitucional se produjo el 6 de septiembre de 1930. A los pocos días (el 10), la CSJN, integrada por los Dres. Repetto, Sagarna, Figueroa Alcorta y Lavalle, en conjunto con el Procurador General de la Nación, Dr. Rodríguez Larreta, a pedido de los Ministros “de facto” Dres. Padilla y Sánchez Sorondo, dictaba la famosa acordada del 30 (donde se citaba como doctrina principal la de un ignoto autor canadiense, Constantineau, y que tuvo el oscuro privilegio de dar inicio a la bien denominada década infame).

En ésta se establecía en forma por demás inédita y sobreabundante, ya que no existía “caso” judicial que meritara la intervención de nuestro más alto Tribunal, que:

“se ha puesto en conocimiento de la Corte la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante (...) que se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales (...) es pues un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza...”.

A los dos días, todos los jueces de la Corte, junto con los presidentes de las Cámaras de Apelaciones, visitaron al Presidente provisional que los recibió junto a los recién designados ministros Padilla, Sánchez Sorondo y Becar Varela, éste último conspicuo abogado a cargo del Ministerio de Agricultura (a la par que asesor letrado de la Sociedad Rural). Luego de la entrevista el Presidente de facto, manifestó al diario *La Prensa* (13 de septiembre) que “la CSJ se ha apresurado a reconocer al gobierno provisional, ya tenemos un poderoso blasón, una carta de crédito...”.

La misma acordada se reprodujo con toda exactitud en ocasión del golpe militar de 1943, con la firma de los Ministros Repeto, Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Ramos Mejía. Si bien el contexto político del país era sustancialmente diverso y los motivos expuestos por los golpistas eran otros, la cobertura judicial del atentado constitucional seguía funcionando aceptadamente. Es dable destacar que a partir de ese momento los jueces de la Corte se convirtieron en fuertes defensores del antiperonismo, horrorizados tal vez por la llegada de las masas empobrecidas al centro de la ciudad de Buenos Aires y hasta llegaron a fabular con integrar un gobierno provisional dados los sucesos del 17 de octubre de 1945.

Esta conducta de los jueces de la Corte, que avalaba explícita y vergonzosamente rupturas constitucionales de un sistema del que se consideraban los últimos intérpretes, tanto como —obviamente— su carácter opositor ya señalado, fue juzgada en el juicio político que se les abrió a pedido del Diputado Decker en mayo de 1946. Este interesante proceso es habitualmente omitido por nuestros tratadistas constitucionales ya que consideran que el mismo fue más por razones políticas partidistas que por razones institucionales. Pero, entre otras, las causales esgrimidas en esta ocasión por la Cámara acusadora fueron: “la comisión de delitos en el ejercicio de la función por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos”, básicamente por haberse inmiscuido en materia política mediante las acordadas del 30 y del 43, legitimando gobiernos de facto, fuera de instancia y sin causa judicial; por desconocer la creación de la Cámara de Apelaciones del Chaco; por desconocer la exoneración de jueces dispuesta en 1943; por haberse negado a tomar juramento a los jueces del Trabajo en 1944; por integrar la lista de conjueces de la Corte con abogados que respondían al capitalismo extranjero, y por haber otorgado recursos extraordinarios (art. 14 de la ley 48) por el monto elevado de las demandas y no por la materia de las mismas.

Este proceso en el Congreso Nacional terminó con la destitución de los juzgados y, por solidaridad con ellos, se produjo la renuncia de un camarista, un juez nacional y cinco secretarios (tres de los cuales eran los hijos de los jueces destituidos). Luego de la sanción de la Constitución de 1949 se modificó sustancialmente la composición del Poder Judicial (dejaron de tener preferencia para ser designados los privilegios de clase y de familia) y se fue popularizando la designación de los jueces, cuestión que no se alteró en lo sucesivo.

En ocasión del golpe militar de 1955 la Corte fue sustituida en forma total, sus jueces echados sin ninguna clase de juicio y la mayor parte de los magistrados de la instancia ordinaria fueron cesanteados sin otra causa que la sospecha de ser adictos al gobierno depuesto. Se produjo una contrarrevolución judicial que se completó en lo dogmático con el silencio sobre los Fallos de los años 46/55, que quedaron en el olvido. De alguna manera, comenzó a volver la tradicional "familia judicial". A partir de allí se produjeron varios silencios omisivos del Poder Judicial en hechos de gran relevancia pública y que ocasionaron gran cantidad de víctimas y de perjudicados.

Una visión incompleta y sucinta de estos "olvidos" remitiría a los siguientes eventos: bombardeo de la plaza de mayo en junio de 1955; fusilamientos de junio de 1956 efectuados antes de la sanción de la ley marcial (que fueron condimentados por festejos partidarios, asentimientos judiciales y frases tales como "se acabó la leche de la clemencia" pronunciada por un conspicuo dirigente socialista); la represión del plan Conintes de Frondizi (donde, entre otras cosas, era delito nombrar a Perón, Eva Perón, al peronismo o cantar la marcha peronista). Hay en esta época una increíble prescindencia del Poder Judicial en los casos de declaración del estado de sitio y de intervenciones federales y se acentúa la teoría de las "cuestiones políticas no judiciables" para no limitar en forma alguna al Poder Ejecutivo gobernante. Sin embargo, por vía pretoriana, se hace lugar a los primeros recursos de amparo a través de los casos Siri y Kot (para proteger la propiedad privada) y garantizar así "la seguridad jurídica".

Luego, ya en la dictadura instaurada en 1966, que produjo el derrocamiento de Presidente Illia —producto principal de una intensa campaña mediática y de la oposición feroz de la Sociedad Rural (que no podía exportar carne para preservar el mercado interno), de los laboratorios medicinales (ley Oñativia) y de las petroleras extranjeras (nulidades de los convenios firmados

por Frondizi) —, se volvió a sustituir a los jueces de la Corte nombrados en 1958 por el presidente constitucional Arturo Frondizi. Durante ese gobierno militar encabezado por Onganía tiene lugar el inicio del desmantelamiento de la universidad pública con el hecho que se conoce con la denominación de la noche de los bastones largos, con el consiguiente y previsible silencio judicial pese a la difusión de lo acaecido esa aciaga tarde en la que se vació la Universidad Nacional de sus mejores cerebros, se detuvo sin causa y se lesionó a cientos de profesores y de alumnos. Casi al finalizar el período, el Presidente de facto crea la Cámara Nacional Penal con competencia única para juzgar hechos de subversión y terrorismo, cuya constitucionalidad fue obviamente avalada por la Corte. Estos son, tal vez, los antecedentes más cercanos de los horrores acaecidos en el trágico período de 1976/83.

En esa época, la Junta Militar sustituyó íntegramente a la Corte, designada por el gobierno constitucional de 1973, pero no tuvo necesidad de cesantear a demasiados jueces ya que muchos de ellos quedaron en sus cargos y fueron probos aplicadores de la legislación de facto, desestimaron sin ninguna clase de investigación la infinidad de recursos de *habeas corpus* interpuestos por familiares de desaparecidos (imponiendo las costas a los desolados parientes) y callaron frente a procedimientos ilegales perpetrados por las Fuerzas Armadas, aún a plena luz del día y en la zona céntrica de las ciudades más importantes del país. Incluso en la Provincia de Bs. As., la Presidencia de la SCJBA emitió una directiva a los jueces de primera instancia para que se abstuvieran de pedir informes, en los casos de *habeas corpus*, a los comandos de las Fuerzas Armadas.

En el ámbito local de Mar del Plata, la Justicia federal se creó en 1974, al conjuro de la Triple A organizada desde el Ministerio de Bienestar Social. La fiscalía federal era una guarida formada por empleados que habían intervenido en el asesinato de la estudiante Silvia Filler en 1971, amnistiados en 1973, los que portaban armas en su lugar de trabajo y actuaban con una inédita violencia, ocupando además cargos de seguridad en la Universidad local. Ello permitió que se produjera un anticipo en el año 1975 de lo que luego sería la actuación con zonas liberadas, con cobertura policial e impunidad judicial (la noche posterior al asesinato del jefe de la CNU local, Dr. Piantoni, los asesinatos de Sanmartino, Crespo y Azorín, la flia. Baez, y tantos otros).

Ya durante el gobierno del proceso, los jueces que habían sido designados en la mesa de un café local, no se preocupaban por el correcto diligenciamiento

de los recursos de *habeas corpus* —a muchos de los cuales rechazaban, tal como subrayé anteriormente—, imponiendo las costas a los parientes que los habían iniciado. Y, en casos concretos, encubrían graves violaciones a los Derechos Humanos por la falta de investigación adecuada de eventos en los que se podría haber avanzado para descubrir autores e instigadores.

3 | Las consecuencias

Considero, obviamente es impropio hacer referencia a contrafácticos, que una actitud firme por parte de jueces y fiscales que tuvieron actuación durante los años 1976/83, quizás hubiera podido limitado el horror, los muertos, los torturados, las represalias contra víctimas inocentes. Tomo esta creencia del relato que efectúa Hanna Arendt (*Eichmann en Jerusalén*) acerca de la enorme diferencia entre el número de las víctimas judías producidas durante la ocupación nazi en Dinamarca y en Polonia respectivamente. Mientras que en el primero de los lugares ese número fue relativamente bajo, en el segundo fue significativamente elevado y la autora relata que ello obedeció a la diversa actitud de autoridades y pueblos ocupados frente a los intentos de las tropas alemanas y, especialmente, a las temibles SS. Así, la autora considera que la diferencia estuvo en que en Dinamarca la propia familia real, con apoyo de la mayoría de la población civil, se colocó la estrella amarilla, de uso obligatorio para los judíos de acuerdo a la legislación de la ocupación, en señal de resistencia a ese vejamen y ello implicó una clara muestra de desobediencia civil que no pudo ser evitada, dada su pasividad, por el enemigo que debió entonces limitar su brutalidad racial. En cambio, los ciudadanos y autoridades polacos acataron esas leyes crueles y vejatorias, aún con beneplácito, y además hasta participaron alegremente de las carnicerías practicadas por los nazis, lo que motivó que murieran en ese país casi un 95% de los ciudadanos judíos, frente al 10% de muertos en Dinamarca.

Esa impronta terrible de complicidad por omisión en la mayoría de los casos, y de abierta complicidad en otros, al igual que lo sucedido con la sociedad polaca, atraviesa la Justicia de esta ciudad y llega hasta nuestros días. Los organismos de DDHH solicitaron en el año 2000 que el juicio por la verdad local se hiciera en el TOF, mediante un recurso de amparo, porque no había otros órganos judiciales federales confiables por motivos diversos. Como consecuencia de esta obligación legal se produjeron cientos de folios con prueba testimonial, documental y pericial; se relevaron centros de

cautiverio; se sufrieron múltiples intentos de deslegitimación del proceso y de los jueces que lo llevaban a cabo; se trató de detener el avance de las investigaciones sin éxito. Pero recién ocho años después de iniciadas estas actuaciones se están empezando a producir resultados concretos. Con tanta demora que, elevadas a juicio, hay sólo dos causas en las que hay únicamente tres detenidos, uno de ellos suboficial de la Fuerza Aérea mientras que los otros dos lo fueron en la competencia territorial de Azul.

Obviamente, esta situación local no es más que un reflejo de lo que viene ocurriendo en todo el universo federal de la judicatura. La corporación judicial reaccionó fieramente cuando, desde el Poder Ejecutivo, se atacó a algunos jueces de la Cámara de Casación por su labor obstructiva en las causas en las que se investigaban delitos de lesa humanidad, alegando una grosera violación a la independencia judicial. Sin embargo, esa misma corporación nada dijo cuando la vida, los bienes y el honor de los argentinos se encontraba en manos de “comunidades informativas”, de servicios de inteligencia o de arbitrarios jefes de zona que respondían a su sólo interés personal.

Si se mantienen las condiciones individuales de los jueces relatadas por la pluma de Schifrin, ahora también víctima de una despiadada campaña para deslegitimar su actuación en defensa de los Derechos Humanos, y las condiciones corporativas de actuación del Poder Judicial jerárquico y verticalista —temerosos del denominado “clamor popular”, influidos más que por razones jurídicas por la opinión de los medios de comunicación— que he enunciado anteriormente, y desde los más altos estrados se deja inermes a los magistrados frente a estos ataques, es difícil que esta situación de complicidad omisiva se modifique.

La forma de superar esta situación pasa por el funcionamiento de la escuela judicial como una puerta de ingreso a la judicatura, para abogados e integrantes del Poder Judicial en pie de igualdad; por el establecimiento de la horizontalidad entre los jueces, aún equiparando salarios; y por la existencia de un sano corporativismo, vía asociaciones de magistrados, que permita superar los ataques injustificados derivados de los factores enunciados. Hay cierta música que debería surgir de la existencia de “jueces en Berlín”, conforme el famoso relato del molinero y Federico II, que no estamos ejecutando. Hay una enorme deuda social e institucional de los jueces para con la sociedad, que estamos pagando con el desprestigio que hoy en día tiene la judicatura en la consideración pública.

Reglas constitutivas: inescapabilidad, arbitrariedad y normatividad

El caso de la regla de reconocimiento

por **MARÍA GABRIELA SCATAGLINI**⁽¹⁾

Resumen

En este trabajo se exploran los rasgos de inescapabilidad, arbitrariedad y normatividad de las reglas constitutivas, con detenimiento en las reglas de la lógica y del lenguaje, las que se enfocan —adoptando una perspectiva wittgensteniana— como comparables con las reglas de un juego.

Propongo cierta analogía entre éstas y la regla de reconocimiento hartiana, tomando como otra característica común la noción de “práctica social”, entendida como un *factum* del cual no es necesario ni posible dar una justificación externa.

.....
(1) Profesora Adjunta de Teoría General del Derecho (UBA). Actualmente, se halla trabajando en su tesis doctoral en el área de Filosofía del Derecho, con beca de doctorado UBACyT 2011-2014. Integrante de los seminarios de Teoría y Filosofía del Derecho del Dr. Eugenio Bulygin y de Lógica y Filosofía de la Lógica del Dr. Alberto Moretti.

I | Introducción

I.1 | Hart da cuenta de una de las diferencias principales entre reglas primarias y secundarias apuntando a las siguientes características

1) Algunas reglas secundarias, por ejemplo las reglas de cambio que otorgan potestades a los particulares, **definen** la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos. En este sentido, tales normas no imponen deberes u obligaciones, ya que **no exigen** que las personas actúen de modos determinados, “lo quieran o no”; sino que confieren facultades (ie. “si quiere hacer esto, ésta es la manera de hacerlo”) (Hart 1963: 35/36).

En base al carácter definitorio de estas reglas secundarias, se puede trazar otra diferencia respecto de las normas penales: en las últimas existe la posibilidad lógica de distinción entre la pauta o criterio de conducta y la sanción: ie. la regla de no matar puede existir como pauta de conducta aún sin la sanción penal (si es regla jurídica o no, es otro tema); pero respecto de las reglas que confieren poderes no podría decirse inteligiblemente que las reglas existen sin sanciones, ni siquiera como reglan no jurídica, en tanto el **significado** de lo que ellas definen (por ej., matrimonio) está constituido por los requisitos establecidos bajo pena de nulidad. Y, en este sentido, el establecimiento de la nulidad es parte de la regla misma.

Tenemos, entonces, dos rasgos que confluyen en las reglas secundarias.

1. Carácter constitutivo o definitorio: definen el significado, qué es (ej. un testamento, un matrimonio). En el análisis de Von Wright (1963), ésta es la característica de las “reglas determinativas”.
2. Carácter voluntario: su uso queda librado a la voluntad (si ud. quiere...). De acuerdo al análisis de Von Wright, es el rasgo distintivo de las “directivas o normas técnicas”.

Para Von Wright, el prototipo de las “reglas determinativas” son las reglas de un juego (ej., ajedrez). Éstas determinan movimientos o pautas, y, de esta manera, el juego mismo y la actividad de jugarlo. Desde el punto de vista del juego en sí mismo, las reglas determinan cuáles son

los movimientos correctos, y desde el punto de vista de la actividad de jugar, determinan cuáles son los movimientos permitidos. De quien no las sigue podemos decir que juega **incorrectamente** (ej., no conoce o no comprende las reglas o hace trampa) o que **no juega al ajedrez** (ej., quien no se preocupase por seguir las reglas o, conscientemente, jugase con reglas diferentes).⁽²⁾ Otros ejemplos de reglas determinativas son las reglas de la gramática, y también —“debería considerarse así”, dice von Wright— a las de la lógica, ya que “*en un sentido similar*, quien no infiere de acuerdo a las reglas de la lógica infiere incorrectamente o no realiza inferencia alguna”.

Por su parte, las “directivas o normas técnicas” establecen medios para obtener un fin. Son oraciones condicionales en cuyo antecedente hay una mención de alguna cosa deseada y en cuyo consecuente hay algo que ha de hacerse o no hacerse. Tampoco de ellas puede decirse que sean descriptivas o prescriptivas.⁽³⁾

Que en una regla determinativa se configure también el rasgo voluntario, implica que debe tener sentido afirmar el siguiente correlato de la regla:

- a. pero si Ud. quiere, puede no contraer matrimonio;
- b. pero si Ud. quiere, puede no otorgar un testamento;
- c. pero si Ud. quiere, puede no jugar al ajedrez;
- d. pero si Ud. quiere, puede no hablar inglés;⁽⁴⁾
- e. pero si Ud. quiere, puede no hablar un lenguaje (no usar las reglas de la gramática);
- f. pero si Ud. quiere, puede pensar ilógicamente (no usar las reglas de la lógica).

.....

(2) Sobre esta distinción volveré más adelante. Los ejemplos que ahora cito son los sucintamente dados en *Norma y Acción. Una investigación lógica* (1963), de von Wright.

(3) Al respecto, aclara von Wright (1963) que si bien sería un error identificar las normas técnicas con las proposiciones anakásticas (algo es una condición necesaria de algo), existe sin embargo una conexión: cuando se formula una directiva o regla técnica, se **presupone** tal proposición.

(4) El ejemplo alude a un “segundo idioma”. Imaginemos un grupo donde todos hablen inglés: puedo elegir no hablarlo y tener un monólogo interno en mi lengua materna (castellano), aunque sólo estaría “pensando”, o “usando un lenguaje” en tanto existen reglas públicas para este último.

a y b) serían correlatos de reglas secundarias de cambio, en las cuales se da el carácter voluntario.

c y d) son correlatos de reglas determinativas según los ejemplos de von Wright, en las que también se da el carácter voluntario.

Pero en e) y f), correspondientes a reglas de la gramática y de la lógica —que son los otros ejemplos de reglas determinativas en von Wright—, este correlato puede parecer extraño, y no resulta tan claro que exista un elemento voluntario. Podría afirmarse que, en tanto **somos** seres hablantes —y esto no sería algo que podemos elegir—, estamos inmersos en el lenguaje. Dado que **de hecho** hablamos, lenguaje y lógica nos resultan “inescapables”. Volveré sobre esta idea en el punto siguiente.

Ahora bien, ¿de qué lado se ubica la regla de reconocimiento?

Tanto la regla de reconocimiento como las del ajedrez son definitorias o determinativas de lo que, respectivamente, son el derecho y el ajedrez; y la analogía ha sido utilizada una y otra vez para ilustrar el carácter constitutivo de la construcción hartiana.⁽⁵⁾

Pese a ello, pondré en tela de juicio que la regla de reconocimiento pueda situarse del lado de aquellas reglas que voluntariamente puede elegirse seguir o no seguir. Ello a partir de que me parece en cierto modo extraña una afirmación del tipo “pero si Ud. quiere, Sr. Juez, puede no usar la regla de reconocimiento **al** aplicar normas válidas en sus sentencias”. Tan extraña como la de que puedan no seguirse las reglas del lenguaje **al** hablar.

En torno a estas ideas girarán las reflexiones que siguen. Me introduciré en cuestiones relativas a las reglas de la lógica y del lenguaje, ya que creo que cierta perspectiva sobre ellas puede arrojar luz sobre algunos aspectos de la regla de reconocimiento.

1.2 | Carácter último e “inescapabilidad”

Las reglas de reconocimiento, así como las que llamamos reglas “básicas” de la lógica, son últimas en el sentido de que en ellas residen los criterios de validez o justificación para otras reglas “derivadas”. Esta idea se suele

(5) Véase, por ej., Marmor (2011: 56/57).

ilustrar con imágenes como la de la pirámide, el árbol, o la cadena de validez, entre otras, que dan cuenta de cierto orden o jerarquía.

En este sentido, la/s regla/s que se encuentran al final de la jerarquía no pueden ellas mismas ser justificadas (o declaradas válidas o inválidas), en tanto “justificada” quiere decir acorde a los criterios fijados por esa misma regla. Entonces, o bien se necesitaría otra regla más básica para dar cuenta de ésta, lo que nos hace incurrir en un regreso al infinito, o bien cualquier justificación se vuelve necesariamente circular, puesto que presupone aquéllo de lo que quería dar cuenta.

En lógica, esta problemática se relaciona con la cuestión de la “inescapabilidad”: no podemos, en un intento de discurso justificatorio, “salirnos de” la lógica porque, al expresar los enunciados en cuestión, estaremos usando la lógica. Éste es un rasgo característico de la llamada concepción de la lógica como lenguaje universal o de la “universalidad de la lógica”. Se trata de un presupuesto general que, aunque con matices, se ha atribuido a la primera tradición analítica (Hintikka, 1998). Al respecto dice Frege (1971: 146/150):

“la pregunta de por qué y con qué justificación admitimos como verdadera una ley lógica sólo puede ser contestada por la lógica reduciéndola a otras leyes lógicas, y cuando esto no es posible (se entiende, en el caso de las leyes últimas o más básicas) la pregunta sigue en pie” (...). “Saliéndonos de la lógica (aunque esto es lo que sería imposible) podemos decir: por nuestra naturaleza (...) estamos obligados a emitir juicios, y cuando emitimos juicios no podemos prescindir de esta ley —la de identidad por ejemplo— debemos admitirla si no queremos (...) renunciar, en definitiva, a cualquier juicio; y está imposibilidad si bien no nos impide suponer seres que prescindan de ella, sí nos impide suponer que estos seres tienen razón, también nos impide dudar de si la razón la tenemos nosotros o ellos (...) (esto) me parece un intento de salirse de la propia piel”.

Una noción similar, pero que no se compromete con la carga “platónica” que en Frege tienen las leyes lógicas en tanto verdades autónomas y eternas existentes en un reino de los conceptos, es la de la lógica como límite de la significatividad; la misma se plasma en párrafos célebres

del *Tractatus* como el de que “los límites del lenguaje son los límites de mi mundo” o que “no podemos pensar ilógicamente”. Una de las consecuencias más importantes de esto es el contraste wittgensteiniano entre lo que se puede decir (con sentido) y lo que sólo **se muestra**. Por ejemplo, que entre la lógica/lenguaje y el mundo (los hechos) hay una relación isomórfica no puede ser expresado significativamente en el lenguaje; sólo **se muestra** en el uso mismo del lenguaje.

Así, la pregunta por la justificación de la lógica/semántica no puede presentarse, o en todo caso, no debe aspirarse como respuesta a un enunciado o conjunto de enunciados teóricos (justificatorios, descriptivos); para Wittgenstein esto implica poner un punto final a la investigación; dejar de preguntarnos por el fundamento de aquéllo que no puede —ni necesita— ser respondido.

1.3 | Carácter constitutivo y arbitrariedad

Una vez abandonada la teoría pictórica del lenguaje, y con ella el paradigma referencialista de la semántica, Wittgenstein pasaba a poner el acento en las reglas que determinan el **uso** del lenguaje. Dado que éstas no nos dicen nada acerca de lo que es el caso, es mejor no considerarlas proposiciones (esta idea se encontraba ya en el *Tractatus* respecto de las leyes básicas de la lógica como pseudo-proposiciones); y como su rol es el de **constituir significados**, y en tanto (aparentemente) somos libres de aceptarlas o no, es mejor considerarlas “reglas”; dada su sustancia semántica, las llama “reglas gramaticales” (Coffa, 1991: 265).

Si bien el uso que hace Wittgenstein del término “gramática” o “reglas gramaticales” es muy amplio y resulta deliberadamente vago, en general se ha entendido que no se trata (sólo) de las reglas que figuran en un manual de gramática como uso correcto del lenguaje, sino (también) de reglas semánticas, en tanto describen la aplicación del lenguaje —por ej., definiciones, proposiciones analíticas, entre muchas otras que, según el contexto, pueden funcionar como reglas gramaticales—, esto es, determinando el significado —entendido en el sentido amplio— de un término.⁽⁶⁾

(6) Hintikka y Hintikka (1996: 174) sugieren que no sólo incluirían las reglas “internas” de hablar y escribir un lenguaje, sino también las que gobiernan las actividades no lingüísticas. Esto sería, no sólo la sintaxis y la semántica, sino también la pragmática de un lenguaje. En el mismo sentido, ver Narváez Mora, M. (2003: 215).

Así, señalaba que la concepción acerca del significado de Frege, de quien ahora se distanciaba definitivamente, presentaba una falsa disyuntiva: o bien nos las habemos con meras “marcas de tinta”, o bien esas marcas son signos de **algo** y lo que representan es su significado; sin embargo, que esta es una falsa opción queda mostrado por el juego de la ajedrez, en el cual no estamos frente a meras piezas de madera y, sin embargo, éstas no “representan” —en un sentido fregeano— nada. Existe para Wittgenstein una tercera opción: los signos pueden ser usados como en un juego.⁽⁷⁾ La pregunta “¿Qué es realmente una palabra?” es análoga a la de “¿qué es una pieza de ajedrez?”⁽⁸⁾ Esta sólo puede responderse describiendo el modo en que la pieza es usada conforme las reglas del juego; así, el significado de cada palabra en un lenguaje es definido, constituido, o fijado por las “reglas gramaticales” con las cuales ésta es usada en ese (juego del) lenguaje.

Como se dijo, estas reglas no “representan” ningún hecho, por lo que tienen carácter arbitrario, convencional. Que son arbitrarias en el sentido de “independientes de los hechos” resulta bastante claro: ningún hecho las hace verdaderas o falsas.⁽⁹⁾ Pero también son “arbitrarias” en términos de que no hay fundamento para la gramática. A este respecto, se ha entendido que el segundo Wittgenstein mantiene la tesis de la universalidad de la semántica (Hintikka 1998: 229), entendida ésta última ya no como lógica sino como

También se ha dicho que dado que las “reglas gramaticales” determinan el uso lingüístico en general, fijan por ende el de un enunciado. Y, en tanto reglas de sintaxis interna, al determinar el sentido del enunciado habrán de determinar también el significado del nombre o la palabra con el cual se configura el sentido del enunciado en el que ocurre. Por lo tanto, estas reglas determinan el modo de contribuir el nombre al sentido del enunciado, esto es, determinan su significado, ver Lenk, H. (2005: 157 y 161).

(7) “For Frege, the choice was as follows: either we are dealing with ink marks on paper or else these marks are signs of something, and what they represent is their meaning. That these alternatives are wrongly conceived is shown by the game of chess: here we are not dealing with the wooden pieces, and yet these pieces do not represent anything-in-Frege’s sense they have no meaning. There is still a third possibility; the signs can be used as in a game” (Peregrin, 2012: 43), cita tomada de Waismann (1984: 105).

(8) Ver *Investigaciones Filosóficas* (§108).

(9) Cuando se describe el uso de un término, no se describe un significado como objeto o entidad de modo que la descripción tenga algún valor de verdad que dependa de cómo sea el objeto descrito, sino que se constatan las relaciones “internas” entre el uso de las expresiones. Que sean internas significa que resulta imposible concebir la verdad de la negación del enunciado manteniendo el significado de los términos (Narváez Mora, 2003: 144 y 181).

lenguaje en uso.⁽¹⁰⁾ Esto es, la idea de que no podemos pretender fundar las relaciones semánticas (que relacionan el lenguaje y realidad) mediante principios más básicos o distintos de los que presupone ya el uso de nuestro lenguaje conteniendo esas relaciones. Y si bien en el segundo período wittgensteiniano no aparece explícitamente algo así como límites para lo que puede decirse (con sentido), lo que sí se señala es que nuestras pretendidas explicaciones acerca de cómo y por qué usamos las reglas semánticas que usamos resultarán, por un lado inagotables (una nueva explicación requerirá, a su vez, de otra y así indefinidamente) y, lo más importante, no estaremos haciendo otra cosa que expresar lo que ya sabemos hacer; en virtud de esta concepción, los usos aparentemente metateóricos del lenguaje no son usos genuinos (Hintikka y Hintikka 1996: 171). Desde esta perspectiva, nada agregaría el discurso filosófico a la práctica del lenguaje, puesto que éste no es más que otra práctica —*ie.* no hay prácticas sobre prácticas sin que estas últimas sigan siendo prácticas (Caracciolo, 1982); en este sentido, dado que no existen comportamientos lingüísticos de diversos “niveles”, no hay tal cosa como una filosofía entendida como lenguaje (práctica) de segundo orden (Narváez Mora 2003: 148). Por lo tanto, sólo puede exponerse de manera trivial —pero nunca fundarse— lo que ya, de hecho, sabemos hacer con el lenguaje: en virtud de esta “inescapabilidad”, las reglas gramaticales no pueden ser justificadas (*ie.* no puede darse una fundamentación epistemológica o teórica), sólo **podemos decir** trivialmente que así es como las usamos.

1.4 | Algunas aclaraciones

1.4.1.

En primer lugar, una aclaración terminológica: utilicé la noción wittgensteiniana de “reglas gramaticales” (más allá de la vaguedad antes señalada) para dar cuenta de la concepción —si se quiere, filosófica— de reglas que son constitutivas de significado y que, si bien son arbitrarias, nos resultan “inescapables”. De ahora en más, me referiré a las mismas como “reglas del lenguaje”, esto es, las que rigen su uso en general, incluyendo tanto la sintaxis como la semántica y (haciendo caso de la noción wittgensteiniana)

(10) Aunque esta es una tesis controvertida, se ha señalado que la universalidad —o inefabilidad— de la semántica está presente tanto en el primer como en el segundo período de Wittgenstein; en base a ella, Hintikka y Hintikka (1996) articulan la noción de “lenguaje como medio universal” o “universalidad del lenguaje” (también en Hintikka J., 1998: 229).

la pragmática. A su vez, si en adelante hablo de reglas “gramaticales” o “de la sintaxis”, lo haré en un sentido no wittgensteniano aludiendo estrictamente a lo que, en general, entendemos como aquéllas que se encuentran en los manuales de tales disciplinas.

1.4.2.

En segundo lugar, se hace necesario despejar la siguiente cuestión apuntada más arriba: hay un sentido en el cual las reglas constitutivas, en tanto **constituyen el significado** de lo que es, por ejemplo, “hablar castellano”, “medir”, “jugar ajedrez” no pueden ser desobedecidas; esto es, si incumplo esas reglas, no estoy estrictamente violando las reglas del castellano, las de medir o las del ajedrez; simplemente estoy haciendo algo distinto de “hablar castellano” “medir” o “jugar ajedrez”.

Pero, por otra parte, esta “imposibilidad de desobediencia” parece no compadecerse con el carácter de reglas ya que, aunque constitutivas, determinan cosas que pueden y otras que no pueden hacerse.

Quizás algo de esto pueda aclararse en base a la siguiente distinción señalada por J. Peregrin (2012: 91). Este autor, haciendo un paralelismo entre las reglas del ajedrez y del idioma castellano, advierte que hay dos modos de seguir bien (o mal) un regla constitutiva: el primer modo consiste en hacerlo con habilidad o de manera exitosa de modo de, por ej., ganar la partida de ajedrez, lograr objetivos entre los hablantes del mismo idioma. Pero también hay un sentido más fundamental: el de aceptar las reglas que constituyen el juego de ajedrez o las reglas cruciales del castellano. Es el segundo sentido el que es constitutivo, el que hace posible jugar ese juego o hablar ese idioma. Por lo tanto, jugar o hablar mal en este segundo sentido significa no hablar castellano o no jugar ajedrez en absoluto; y hacerlo bien o mal en el primer sentido presupone jugar o hablar bien en el segundo.

Ahora bien, cómo trazar la línea entre estos dos sentidos no resulta claro: ¿se trata de una cuestión de grado (ie. de **cuántas** reglas viole)? ¿O depende de **qué** reglas viole (ie. reglas “cruciales”)? ¿O acaso de la intención del agente? Veamos el ejemplo del ajedrez: aquí todas las reglas tienen el mismo rango de importancia; si en mitad de una partida hago un movimiento prohibido, mi contrincante no me diría tranquilamente “creo que Ud. está jugando a otro juego”, sino que efectuaría algún tipo de reproche

(ie. “¡Ud. violó una regla del juego!”), me amonestaría y me pediría rectificar la movida; pero en ningún sentido habría dejado de jugar. Pero, si hago lo mismo una y otra vez, quizás entonces sí el otro jugador concluiría que estoy jugando a otro juego. Ahora bien, ¿quedaría dirimida la cuestión si se me preguntara a qué juego tengo la intención de jugar? ¿O la intención aquí es irrelevante y sólo cuenta la cantidad de reglas que viole? En ese caso, ¿qué cantidad de reglas deben violarse para “pasar” a jugar otro juego?

Algo parecido sucede con las reglas de un idioma determinado: si uso alguna palabra mal (ej., “el clima está *cuchi*”), mi interlocutor me requerirá explicaciones o me pedirá que me rectifique, pero si permanentemente uso palabras extrañas podría concluir que no conozco bien el idioma y hablo otro. Aunque de nuevo no es claro qué criterio usar para decir una u otra cosa (¿cuantitativo, intención del agente?).

En lógica, y en las reglas que determinan el uso del lenguaje en general, puedo hacer una inferencia incorrecta y, en tal caso, se me pedirán razones, se me corregirá, se me dirá que estoy equivocada; ahora bien, si siempre hago inferencias incorrectas podría pensarse que no infiero en absoluto. O puedo “hablar mal” gramaticalmente (ej. “si habría hecho tal cosa”) y aún seguir hablando. Pero si emito una concatenación de palabras sin seguir algunas reglas de sintaxis **cruciales** (ej. “tengo hola silla el”) ni siquiera se podría decir que estoy “hablando”. En el caso de que alguien no siga ninguna regla lógica o sintáctica, diremos que está loco y/o que no es un ser hablante.

1.5 | Facticidad y práctica social

Ahora bien, más allá de la indeterminación de criterio para decidir cuándo he dejado de “inferir” o “hablar” (si es cuantitativo, cualitativo o intencional), el caso de la lógica y las reglas del lenguaje parecen distintos con respecto a los otros ejemplos de reglas constitutivas en el siguiente aspecto: no estamos posicionados frente a la lógica y al lenguaje del mismo modo que frente al ajedrez o a un segundo idioma.

En tanto, de hecho, hablamos, no podemos optar por prescindir de las leyes de la lógica (el “salirse de la propia piel” de Frege), así como tampoco dejar de “hablar” **algún** lenguaje, lo que implicaría tanto como desprendernos de nuestro rasgo de humanidad.

No inferir o no ser un hablante no es algo que podamos elegir del mismo modo en que podemos elegir no jugar al ajedrez, o no hablar otro idioma si ya hablamos **alguno**. Esto no significa que las reglas de la lógica y del lenguaje sean de algún modo “necesarias” o existentes en algún reino objetivo o en “el mundo”; como se dijo, son arbitrarias, ya que no “representan” nada de lo real, y contingentemente podrían haber sido otras. Pero respecto de la pregunta sobre qué grado de libertad tenemos, la respuesta es que en el caso de las reglas de la lógica y del lenguaje, pese a su carácter constitutivo, arbitrario y convencional, no tenemos libertad para elegir no seguirlas.

Y creo que el elemento que resulta determinante para trazar una línea entre estas reglas “inescapables” y otras reglas constitutivas (como por ej., el ajedrez) es el *factum* de que existe una **práctica** en la que estamos inmersos y que se da de una manera determinada. La práctica en cuestión es una práctica **social** en el sentido de que es llevada adelante por el conjunto de los individuos y no por agentes aislados.

Por otra parte, hablamos, argumentamos sin necesidad de conocer el contenido de —por ej.— las reglas de la sintaxis o el *Modus Ponens*. Es que **usar** las reglas de la lógica y del lenguaje consiste en una habilidad práctica; un **saber cómo** (*know how*) y no en un saber proposicional (*know that*).⁽¹¹⁾ Y es en virtud de ese saber práctico compartido, en el caso podríamos decir, el de hablar de manera competente, que puede decirse que las reglas de la lógica y del lenguaje son *aceptadas*, aún de manera opaca para los propios usuarios. No es que primero aceptamos dichas reglas y por ello “decidimos” usarlas. Sino que es **porque**, de hecho, las usamos que podemos decir que, en algún sentido, las aceptamos.

Así, al hablar, admitimos modos “correctos” de hacerlo y rechazamos otros distintos; esos modos pueden ser explicitados a través de fórmulas específicas como las reglas de la lógica⁽¹²⁾ o de la sintaxis y la semántica (o inclusive intentarse algunas máximas pragmáticas). Pero la “justificación” de estos modos correctos no reside en las fórmulas, sino (deberíamos decir aquí, “se detiene”) en el **hecho** llano de que así es como las usamos.

(11) Distinción originariamente planteada por Ryle, y retomada por Brandom, entre otros.

(12) En esto consiste muy básicamente la concepción expresiva de la lógica que articula R. Brandom (1994; 2002): el vocabulario lógico permite expresar aquello que materialmente hacemos al inferir.

2 | El caso de la regla de reconocimiento

De aquí a la caracterización de la regla de reconocimiento me parece que hay un solo paso.

Respecto del carácter último y la imposibilidad de justificación, Hart señala que carece de sentido preguntar por la validez de la regla de reconocimiento, lo que sucede es que “simplemente se la acepta para ser usada de esa manera”. No casualmente ilustra lo anterior con el ejemplo —wittgensteiniano— del metro patrón de París. Esto no es más que decir que hay una práctica social incuestionada por quienes la llevan adelante, y que, en virtud de ese **hecho**, debemos poner fin a la pregunta por la justificación.

Así, análogamente a como cualquier individuo “acepta” —porque usa— las reglas del lenguaje al hablar y el metro patrón de París al medir (aunque jamás se los haya representado o siquiera conozca su formulación) los jueces **usan** la regla de reconocimiento al aplicar normas válidas y, en virtud de ese uso o práctica social la aceptan: no pueden no aceptarla.

Somos seres hablantes porque, de hecho, hablamos y, al hacerlo, usamos/aceptamos las reglas de la lógica/lenguaje; los jueces son tales porque, de hecho, aplican normas válidas, y al hacerlo usan/aceptan la regla de reconocimiento.⁽¹³⁾

La analogía que planteo me parece que arroja luz sobre la advertencia de Hart de que no es adecuado sostener que la validez de la regla de reconocimiento está “implícita” o que “no puede ser demostrada”, pero está “presupuesta” a la manera de una “hipótesis”, porque justamente la regla de reconocimiento no consiste en un **enunciado** (aún implícito), sino en una **práctica**, en un **saber hacer**; a lo sumo podría intentarse explicitar dicha práctica mediante alguna formulación, pero la regla de reconocimien-

.....

(13) La objeción de la circularidad en que incurriría el caracterizar a la regla de reconocimiento como la práctica social de los jueces —siendo que para saber quiénes son jueces necesito primero identificar las reglas del sistema y, para ello, se requiere la regla de reconocimientos—, no parece problemática para mi argumento y, a lo sumo podría salvarse, como se ha hecho, diciendo que jueces son quienes “de hecho” aplican las normas con autoridad o quienes son socialmente reconocidos como aquellos que pueden hacerlo.

to no *consiste* en la fórmula, no es una definición, sino un hacer entendido como **costumbre** o **institución**. Esto es la práctica social convergente y vinculante (para sí y para los otros) de los individuos que la llevan a cabo en el marco de un trasfondo general compartido.

Otro modo de hacer evidente esta idea de “aceptación por el uso” es señalando el carácter pragmático (del ámbito del **hacer**) de las reglas constitutivas: si, por ejemplo, al participar de una deliberación usando los principios que dicha práctica presupone, pretendo cuestionar esos mismos principios incurriría en lo que se denomina una **inconsistencia pragmática** (Nino, 1989: 85). Lo mismo cabría, por ejemplo, para quien expresa de manera inteligible y mediante una oración bien formada que ya no sigue ninguna de las reglas del lenguaje. La contradicción no se configura entre contenidos de dos enunciados (ej., uno que afirma A y otro A) sino entre un enunciado y una acción; esto es, entre lo que se dice y lo que se hace. Así, si un juez que aplica normas válidas en sus sentencias dijera que no acepta la regla de reconocimiento podría afirmarse que estaría incurriendo en ese tipo de inconsistencia entre su decir y su hacer.

Nada de lo anterior sugiere que, en alguna oportunidad, un juez no pueda desobedecer una norma válida. La pregunta es si, al hacerlo, desobedece también la regla de reconocimiento. Creo que la respuesta es negativa, al menos en algunos casos. Pero ello no implica que la regla de reconocimiento no tenga carácter normativo.

2.1 | Carácter normativo de la regla de reconocimiento

Es bien conocida la disputa entre Bulygin y Ruiz Manero acerca de si la regla de reconocimiento constituye un criterio identificatorio o una norma que impone obligaciones.⁽¹⁴⁾ No me introduciré aquí en esa discusión, entre otras cosas porque daría la impresión de que la misma tiende a dilucidar algo así como qué tipo de entidad es la regla de reconocimiento (¿un criterio o una norma?) y creo que la pregunta está, en sí misma, desviada.

(14) Respecto de la discusión Bulygin-Ruiz Manero, puede verse Ruiz Manero (1990: cap. III).

La regla de reconocimiento no es ninguna entidad ideal (normativa o no) por cuya naturaleza debamos preguntarnos. Decir que es una regla constitutiva quiere decir que existe un *factum*, a saber, una conducta normativa en virtud de la cual usamos “derecho” u “obligatorio” de determinada manera. En términos wittgensteinianos, el reconocimiento de qué es “derecho”, al igual que el de cualquier otra palabra, no es una cuestión meramente lingüística o de definición, sino justamente una práctica social, una convergencia de uso que se erige sobre algún trasfondo práctico o forma de vida.

No afirmo que la regla es la conducta, a la manera de lo que sería una explicación naturalista o causal: pero una regla tampoco es una proposición, entendida como “el sentido” de una formulación. Si una regla es algo distinto de su formulación no es porque lo que el agente capta como su significado sea una proposición (unívoca más clara o más exacta de lo que podemos expresar en el lenguaje) sino que lo que capta es cómo **debe** usarla.

Esto significa: a) que ese **trasfondo compartido** (no proposicional, e inexpresable de manera completa) es el que determina el modo correcto o incorrecto de seguir una regla⁽¹⁵⁾ —semántica o cualquier otra—, esto sería saber reconocer “**qué cuenta como qué**”;⁽¹⁶⁾ b) que los desvíos respecto de ese “saber hacer” son criticados; y c) que las reglas podrían —potencialmente— ser invocadas por el agente como **razones** frente a otros, en el caso de que se le requiera una explicación sobre su accionar —lo cual permite distinguir entre el actuar en virtud de la regla o simplemente caer bajo el patrón de conducta—.

Es en virtud de estos rasgos que puede decirse que la regla de reconocimiento (al igual que, por ejemplo, la práctica del lenguaje) es normativa. El carácter constitutivo (determinativo) de una regla no excluye la normatividad de su uso. Y, respecto de esta afirmación, vale la pena recordar la sugerencia de von Wright (1963: 2) de que resulta demasiado restrictivo identificar el significado de “normativo” con el de “prescriptivo”.

Tal como el propio Hart (1963: 41) se ocupa de señalar respecto de las reglas secundarias que otorgan facultades, las acciones pueden ser criti-

(15) Con relación a esta idea, véase Brandom (1994: 18/29).

(16) De este modo lo pone en palabras claras Narvéez Mora (2003:153).

cadadas o valoradas con referencia a ellas como jurídicamente correctas o incorrectas y, en este sentido, constituyen pautas o criterios de conducta (*standards*) para la apreciación crítica de acciones determinadas.

Así como emitir el verbo performativo “prometo” —en las circunstancias adecuadas— hace surgir el compromiso de cumplir lo prometido, emitir un enunciado interno del tipo: “tal norma es derecho” o “tal disposición es obligatoria” es también realizar una acción, *performar*, de modo que genera compromisos u obligaciones. Esto no implica que, necesariamente, la intención subjetiva del agente sea la de cumplir la promesa o que su conducta haya de ser consecuente con las reglas jurídicas que ha aceptado;⁽¹⁷⁾ implica que al decir lo que dijo está usando determinadas reglas (*ie.* respectivamente, la que define qué es una promesa o la regla de reconocimiento) y que, en virtud del carácter social y normativo de la institución o práctica en cuestión, si no actúa en consecuencia se le pedirán explicaciones y/o será blanco de reproches distintos de los de mera ignorancia.⁽¹⁸⁾

2.2 | Normatividad externa e interna

Desde otro ángulo, la “normatividad” de la regla de reconocimiento es tema de debate en el marco de la siguiente crítica formulada a la concepción hartiana: si se reduce el derecho a hechos sociales no habría manera de dar cuenta de la normatividad del derecho sin violar el principio de Hume (no se podría explicar la idea de “deber” a partir de

(17) Quien emite un enunciado interno, usa la regla de reconocimiento; del mismo modo que, quien dice “prometo”, promete y usa la institución de la promesa, independientemente de lo que ocurra en su fuero interno. Por ej.: en el caso del “el hombre malo” que no está dispuesto a cumplir con la promesa, su acto no es nulo, sino insincero.

(18) Por ello, si bien los argumentos de Bulygin aciertan en términos generales en cuanto apuntan al carácter constitutivo de la regla de reconocimiento, lo que no parece adecuado es concluir que, en virtud de ello, los jueces acuerden respecto de una “definición” y que, en este sentido, los desvíos sólo puedan dar lugar a reacciones críticas de ignorancia. Ésta es también la crítica que se le formula a Bulygin en Sucar (2012: 85/115). Sin embargo, este autor considera superflua e innecesaria la noción de regla de reconocimiento y propone su abandono. Tal sugerencia resulta extraña por cuanto sí parece admitir la noción de aceptación y, conforme lo hasta aquí expuesto, más allá del nombre que se le dé a nivel teórico, la regla de reconocimiento no parece consistir en otra cosa que en ese fenómeno de aceptación social en virtud del uso.

hechos).⁽¹⁹⁾ Dicho de manera llana, no podríamos dar cuenta de por qué debemos obedecer el derecho o de por qué los jueces estarían obligados a aplicarlo.

Habida cuenta de que Hart está interesado en señalar la normatividad *del derecho*, y no una normatividad única que justifique el derecho desde un ámbito extrajurídico (como quienes creen en la unidad del razonamiento práctico y encuentran este fundamento en la moral), creo que esta crítica incurre en el siguiente error: parece atribuir a Hart algún intento de “fundar” o explicar “desde afuera” la normatividad del derecho en términos de hechos sociales; cuando en realidad lo que hay que entender es el carácter *antifundacionista* de la concepción hartiana. No es que el derecho pueda reducirse a, o que pueda explicarse por, hechos sociales. Los hechos sociales nos marcan que es allí donde debemos detener la investigación o la pregunta por el fundamento; como la metáfora wittgensteiniana, hemos tocado roca dura y no podemos continuar. Es cierto que para Hart la idea de obligación es un elemento fundamental del derecho; pero ello no es lo mismo que sostener que esa normatividad pueda justificarse. El enunciado de que “el derecho es un conjunto de normas obligatorias” establece una relación interna, con el sentido que he tratado de mostrar al hablar de las “reglas gramaticales” wittgensteinianas. La pregunta por el fundamento de la normatividad del derecho (o la de la regla de reconocimiento) entendida como externa y distinta de la pregunta interna por la “obligatoriedad” o “validez” de una norma determinada, no tiene respuesta y, por lo tanto, su formulación misma carece de sentido.

Es, en este aspecto, que veo a la regla de reconocimiento como análoga a las reglas de la lógica o del lenguaje, tal como intenté dar cuenta desde el principio del trabajo. Las mismas constituyen significados, pero en virtud de ellas nada podemos explicar, si se entiende por “explicar” dar un fundamento de lo que hacemos “desde afuera”; sólo vemos **el hecho** de que “existen” en el marco de la práctica social o forma de vida en la que estamos inmersos, y que las usamos —al hablar, o al aplicar normas jurídicas (los jueces) y/o al respetarlas (el resto)— aún de manera opaca, más normativa e inevitablemente.

.....

(19) Ver por ejemplo, Shapiro (2011: cap. IV).

3 | Apéndice: Punto de vista ¿externo?

Se podría objetar que la “inescapabilidad” —que, en la lógica y el lenguaje, nos imposibilitan situarnos en una perspectiva externa—, no se verifica en el ámbito del derecho, con relación al cual sí hay punto de vista externo, el del observador que ve las reglas aunque no las use, y que es el propio Hart, quien señala dicha posibilidad.

En efecto, y como señala Shapiro (2011: 99), de lo que Hart se da cuenta es de que son posibles dos actitudes frente a una práctica social: por un lado, la de tomar un compromiso práctico —esto es, aceptarla en virtud de la participación en dicha práctica y, por otro, la de meramente describirla sin compromiso práctico alguno—.

Ahora bien, uno puede preguntarse qué tan externo es el punto de vista del observador que describe reglas que no usa (al que suele aludirse como “observador moderado”). Creo que lo atinado es concebirlo como un punto de vista externo en el sentido espacio-temporal, es decir, el de alguien que observa un sistema jurídico del cual no participa por razones geográficas o históricas; pero esto no implica, por supuesto, que dicho observador no participe de **algún** sistema de reglas jurídicas, compartiendo con sus observados la consecuente presuposición práctica (de carácter interno) de que éstas son obligatorias. Así, si bien puede afirmarse que no toma compromiso alguno con la práctica que describe, entendida como el uso de esas reglas, es evidente sin embargo que comparte ya **algo** con aquéllos que las usan; esto sería una concepción muy básica que podría formularse como la idea de que dichas reglas constituyen un instrumento de ordenamiento social.

Porque, como el propio Hart señala, si se tratara de un observador externo extremo, éste ni siquiera podría registrar a las reglas como tales. Pensemos en algún ser que desconociera nuestra civilización; si, además, de no usar el semáforo no compartiera con los usuarios el presupuesto básico de que se trata de una herramienta para ordenar el tránsito, podría interpretar, frente a las regularidades que observa, que los automovilistas se detienen frente a la luz roja porque el rojo es su color favorito y cuando éste cambia siguen su camino, e inclusive la actitud crítica a quien actúa distinto podría ser vista como un intento de convencerlo de que el rojo es más lindo que el verde y vale la pena detenerse a mirarlo.

Pero esta idea resulta absurda cuando estamos hablando de seres humanos que viven bajo algún sistema de reglas de ordenamiento social (menos o más desarrollado), y mucho más lo es sostener que un iusfilósofo pudiera tener un punto de vista externo extremo respecto del derecho. No hay tal cosa como un punto de vista externo a todo; aunque, por cierto, hay varios niveles internos, ya que existen diversos grados de lo que es “participar de una práctica”.

Pero, entonces, debe admitirse —y quizás no hacerlo sea el único error de Hart— que el observador externo moderado usa —como mínimo— alguna regla en común con los agentes observados: al menos, las reglas de uso acerca de palabras como “derecho” u “obligatorio”, y esto no es una cuestión meramente lingüística, sino justamente una concepción común que se erige sobre algún trasfondo práctico o forma de vida como lo es el que supone la práctica de seguir reglas bajo una presión social más fuerte que la de las meras reglas sociales (ej., las de etiqueta).

Bibliografía

- BRANDOM, R., *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, España, Siglo XXI, 2002.
- BRANDOM, R., *Making it explicit. Reasoning, representing and discoursing commitment*, Cambridge/Massachusetts/London, Harvard University Press, 1994.
- CARACCILO, R. “Conocimiento de normas”. Ponencia presentada en el *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho de La Plata*, 1982.
- COFFA, J. A., *The semantic tradition from Kant to Carnap. To the Vienna Station*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- FREGE, G., *Estudios sobre semántica*, edición castellana, Madrid, Hyspamérica, 1971.
- HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HINTIKKA, J., “El lugar de C. S. Peirce en la Historia de la Lógica”, en *El viaje filosófico más largo*, Gedisa, 1998.
- HINTIKKA J. y HINTIKKA M., “Wittgenstein and Language as the universal medium”, en *Lingua universalis vs. calculus ratiocinator: an Ultimate Presupposition of Twentieth-Century Philosophy. Jaakko Hintikka Selected Papers 2*, Kluwer Academic Publishers (1996).
- LENK, H., *Wittgenstein y el giro pragmático en filosofía*, Ediciones del Copista, 2005.
- MARMOR, A., *Philosophy of law*, Pinceton University Press, 2011.
- NARVÁEZ MORA, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, 2003.
- NINO, C., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PEREGRIN, J., “*Inferentialism. Why rules matters*”. Complete Draft 22.02.2012 (inédito) 2012.

RUIZ MANERO J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre la función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SHAPIRO, S., *Legality*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SUCAR, G. “Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)”, versión modificada y ampliada del artículo ho-

mónimo aparecido en *Ex Legibus. Revista de Derecho*, año 1, n° 2, 2012.

WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1988.

WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Alianza, 1973.

VAN HEIJENOORT, J., “Logic as Calculus and Logic as Lenguaje”, en *Synthese*, 17, 1967.

VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdes (inédita), 1963.

El discurso práctico racional de Alexy y algunas objeciones generales a la ética del discurso

por MAURICIO JOSÉ VINTIMILLA⁽¹⁾

I | Aproximación

Comienzo con una advertencia, el objetivo del presente trabajo no es emprender una investigación filosófica o iusfilosófica compleja y exhaustiva sobre el concepto del derecho que el profesor Robert Alexy de la Universidad de Kiel ha desarrollado en los últimos treinta años, desde la aparición en 1978 de su obra *Teoría de la Argumentación Jurídica*. La tarea es mucho más modesta, y trata de dilucidar algunos aspectos que se pueden considerar claves de la teoría del discurso práctico racional elaborada por Alexy. Es claro que la filosofía jurídica alexyana consiente un invaluable aporte a la reflexión y discusión filosófica jurídica de los problemas centrales en torno al derecho, en especial a la pregunta gnoseológica respecto del saber jurídico como saber práctico y la posibilidad de fundamentación de enunciados normativos.

Aunque de forma sencilla y resumida se intentará peraltar y analizar algunos de los aspectos centrales en la teoría discursiva de Robert Alexy. El profesor de Kiel modela su teoría inspirándose en la ética kantiana; pero, con ciertos

(1) Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad del Azuay y Especialista en derecho constitucional por la misma universidad. Actualmente maestrando de la Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires.

traslados, siguiendo la matriz pragmática formal de Habermas y K. O. Apel para la fundamentación de las reglas de su teoría del discurso práctico. De esta manera, Alexy hace un intento por aprovechar las bondades de la racionalidad práctica discursiva o racionalidad dialógica o comunicativa —por usar términos habermasianos—,⁽²⁾ para su aplicación en los campos del derecho, desarrollando una teoría del discurso jurídico. Sin embargo, aprovecharemos esta oportunidad no tanto para descender en los aspectos específicos de la teoría discursiva alexyana, como para tratar de esbozar rasgos más generales e interesantes de su propuesta discursiva.

Antes de poder situar las dos objeciones hegelianas que alcanzan a los neokantianos como Alexy, resulta ilustrativo hacer un ligero, pero indispensable, recorrido sobre qué se debe entender por una teoría discursiva y una ética del discurso. Así, el objetivo del presente decanta sobre la siguiente estructura, a saber: primero, dar cuenta de qué se entiende por teoría del discurso; y segundo, en tanto Alexy sigue un método de fundamentación que se identifica con la matriz pragmática formal de Habermas y K. O. Apel, sea en su versión trascendental o universal (digo esto por el giro que da el propio Alexy) y estas, a su vez, se inspiran en la ética de Kant, universalista y formalista, se desarrollarán sumariamente dos de las objeciones que fueron erigidas por Hegel contra Kant. Para lo que se recurrirá a la autoridad de Habermas. En tanto puntos de crítica que pueden afectar a la ética del discurso en general, alcanzarían también a la racionalidad discursiva de Alexy.

2 | ¿De qué hablamos al decir “teoría del discurso”?

Un tránsito lógico para clarificar las premisas alexyanas consiste primero en dilucidar a qué nos referimos cuando hablamos de discurso. Una de las distinciones decisivas en Habermas, deriva del encuadre de una teoría de

(2) Jürgen Habermas, último representante de la Escuela de Frankfurt, sostiene que el empleo del término razón comunicativa, que pasa a ocupar el de la razón práctica, “es algo más que un cambio de etiqueta (...) La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macro-sujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa” (Habermas, 2008: 65).

los actos de habla en una teoría general de la comunicación,⁽³⁾ lo cual lleva a distinguir dos formas específicas de comunicación: la acción y el discurso.

Antes de abordar la especificidad del discurso, es útil una breve referencia a una teoría de los actos de habla que clarifique la importancia de su intervención en el discurso, en tanto su dimensión distintiva de los simples enunciados descriptivos.

2.1 | Los actos de habla

Tanto Wittgenstein a través de la teoría de los juegos del lenguaje como Austin con la teoría de los actos de habla, que sería más tarde desarrollada por Searle, se dirigieron contra la idea del positivismo clásico de que la única tarea esencial del lenguaje consista en la descripción del mundo.⁽⁴⁾

Tradicionalmente, la filosofía analítica ha distinguido tres usos distintos del lenguaje; sin embargo, solo de uno de ellos —y del cual habitualmente se ha sostenido una habilitación para construir el saber o discurso teórico— que permita predicar verdad o falsedad; en tanto existe una relación de correspondencia con los hechos del mundo. A este uso o función del lenguaje se lo llama **descriptivo**, enunciativo o informativo, mediante él se señala o describe un estado de cosas existentes en el mundo como objetos de experiencia para dar a conocer. Se distinguía de éste el uso **directivo** o **prescriptivo** que, sin dar cuenta de la realidad, pretende influir en el comportamiento de los demás a través de ruegos, peticiones, órdenes o prescripción que, en tanto, pueden ser o no obedecidos y no describen un estado de cosas existente, no se puede predicar su verdad o falsedad. Lo propio sucede con el lenguaje o uso **emotivo** o **expresivo**, el cual sólo está habilitado para designar sentimientos o emociones del emisor. Pero

(3) Alexy en la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, antes de bosquejar su teoría del discurso práctico general, hace un largo recorrido sobre como las diferentes perspectivas de la filosofía moral han intentado responder a la cuestión de la fundamentación de las proposiciones normativas, desde Moore y naturalismo, pasando por Stevenson y el emotivismo, el prescriptivismo de Hare, Toulmin, Baier, transitando los juegos del lenguaje de Wittgenstein y la Teoría de los Actos de Habla de J. L. Austin, Alexy trata de mostrar como el discurso práctico puede concebirse como una actividad guiada por reglas, como un juego del lenguaje específico, lo que aparentemente sedimenta en Alexy en los presupuestos de la Teoría de la Verdad Consensual de Habermas y su conexión con los actos de habla.

(4) Al respecto de este punto, ver Robert Alexy (2010: 92).

Wittgenstein advirtió sobre la posible combinación de estos usos en lo que él denomina “juegos del lenguaje”, juegos de distintos usos guiados por reglas específicas.

Fue J. L. Austin quien llamó la atención sobre una cuarta función del lenguaje, que deriva del nivel de análisis pragmático.⁽⁵⁾ Estas son las llamadas “expresiones realizativas” (Prieto Sanchís, 2009: 42/43). Estas expresiones tienen la particularidad de que permiten hacer cosas con palabras, cambiando o transformando la realidad; por ejemplo, cuando un funcionario abogado en un proceso **apela** de una resolución. Como muestra la expresión del ejemplo, no se está informando sobre nada, ni se pretende obtener un comportamiento de nadie, sencillamente se está cambiando algo en el mundo de los objetos de la experiencia a través de un enunciado cuya proposición se asocia a una acción del emisor.

Así, el llamado lenguaje performativo o realizativo y su necesaria relación con una acción, se constituye en la clave de bóveda del concepto de acto de habla de J. L. Austin. Los actos de habla, entonces, son acciones que se realizan diciendo algo. Alexy (2010: 93) utiliza el siguiente ejemplo: “Quien dice por ejemplo ‘te prometo que vendré mañana’ o ‘aseguro que he visto a Peter’, no solo dice algo sino que hace también algo: en el primer caso promete, en el segundo expresa una aserción”.

Austin distingue en cada acto de habla, a su vez, tres actos diferentes que lo integran: el acto **locucionario**, el acto **ilocucionario** y el acto **perlocucionario**. En el análisis teórico de Austin, el papel central se ve ocupado por el acto **ilocucionario**, definido como aquel componente específico del acto de habla por el cual se hace algo diciéndolo y no solamente se enuncia una proposición mediante un enunciado. El acto depende de convenciones, en el sentido de interpretar la acción que se realiza al comunicarse por una comunidad lingüística de manera similar, lo que permite relacionar con la expresión con lo que, a su vez, enuncia. Entonces, se trata de una acción convencional que no sería posible sin reglas que le sirvan de base y permitan distinguirlo de actos fallidos o defectuosos. Esta posibilidad de distinción de los actos de habla claramente nos remite a reglas que

.....

(5) El análisis del lenguaje distingue tres niveles: semántico, sintáctico y pragmático. Alexy, fiel a su inspiración discursiva, señala que los niveles semántico y sintáctico se ven implicados en el nivel pragmático de análisis del lenguaje.

la facilitan. Confirmándose la tesis alexyana de que un discurso práctico es siempre una actividad guiada por reglas.

Debemos anotar que las investigaciones alexyanas de la *Teoría de la Argumentación Jurídica* echan mano de una interesante pero controversial herramienta gnoseológica al respecto de la verdad para mostrar cómo es posible hacer depender la verdad de una aserción de la justificación de la misma. Nos referiremos entonces a la Teoría Consensual de la Verdad de Habermas como teoría para la fundamentación de los enunciados normativos que permitiría enseñar —confrontando la teoría aristotélica de la verdad por correspondencia— cómo las proposiciones sobre normas pueden ser fundamentadas de un modo básicamente idéntico a la de las proposiciones empíricas.

Aunque el propio Habermas sostiene que una terminología más correcta es Teoría Discursiva de la Verdad, esta supone un sentido de verdad más amplio que la correspondencia; no hace depender exclusivamente la verdad de una proposición de su correlato con un hecho del mundo externo, sino de la racionalidad de un acuerdo alcanzado en una situación de comunicación sin más coacciones y barreras que la fuerza del mejor argumento —lo que Habermas llama una “coerción trascendental de tipo débil”— es que “yo sólo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que pudiera entablar un diálogo conmigo, atribuyera al mismo objeto el mismo predicado” (2008: 66), a partir del enjuiciamiento de una proposición por parte de todos los participantes en un diálogo fáctico de supuestos contrafácticos para diferenciar los enunciados verdaderos de los enunciados falsos; y así determinar al acuerdo entre todos los interlocutores como condición para la verdad, sin perder de vista que los participantes persiguen sin reserva sus fines ilocucionarios elevando pretensiones sobre su validez o corrección unidas a los actos de habla.

De esta forma, para Habermas la verdad supone una pretensión de validez que va unida a los actos de habla enunciativos, lo cual hace depender —como se dijo— la verdad de la aserción de la justificación de la aserción, es decir, si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla que usamos para afirmar cualquier proposición a través de un enunciado; lo mismo sucedería con la proposiciones normativas, en las cuales al acto de habla con que se afirma una proposición a través de un enunciado normativo está unida una pretensión de corrección como

adecuación de su contenido performativo a la que le corresponderían actos de habla de tipo regulativo. Dicho de otra manera, tanto proposiciones asertivas como normativas en el concepto de acto de habla pueden fundamentarse del mismo modo. Si la verdad depende de la justificación y lo que para un acto de habla constatativo es una pretensión de validez, para un acto de habla regulativo es la pretensión de corrección, entonces la corrección de un enunciado normativo se equipará a la verdad de un enunciado descriptivo.

Queda claro que la tradición filosófica de Wittgenstein con los juegos del lenguaje, Austin y la teoría de los actos de habla, desarrollada después por Searle; así como las teorías de discurso de Habermas, Apel, Alexy o Cortina —por mencionar algunos nombres—, se centran en la dimensión pragmática del lenguaje como uso práctico del significado, todas ellas insertas en el denominado “giro lingüístico”, tendientes a ver el lenguaje “como una actividad, como una práctica, y como un código o un vehículo del pensamiento” (Atienza, 2006: 248).

2.2 | Acción y discurso

Ahora podemos ya diferenciar entonces las dos formas distintas de comunicación que propone Habermas. Alexy define las acciones como juegos de lenguaje en los que la pretensión de validez planteada en los actos de habla es reconocida tácitamente, es decir, sin ser controvertida. No se plantea en las acciones una cuestión dilemática en el sentido de no verse cuestionada la verdad de una proposición afirmada en un acto de habla. Las acciones permiten la obtención de información sobre las experiencias con los objetos del mundo, las cuales son habitualmente intercambiadas como tema de la comunicación.

Sin embargo, tan pronto es puesta en duda la verdad o corrección de una proposición, tan pronto como sea cuestionada o problematizada, surge una necesidad de justificar el surgimiento de la pregunta (por qué) sobre la proposición usada para transmitir la información; en ese momento se ingresa en un campo de comunicación distinto, el campo del discurso.

El discurso constituye un escenario de diálogo y deliberación descargado de acciones y por tanto de experiencias. A diferencia de las acciones, en

los discursos no se dan ni habilitan procesos de obtención de información, sino que las informaciones previamente adquiridas se introducen como informaciones en los discursos, y como resultado de la justificación en el escenario del discurso se verificará o rechazará la pretensión de validez o corrección —según el caso— de los actos de habla problemáticos. Entonces, en el proceso discursivo no se obtiene información ni se produce información, solamente se producen argumentos que permitan justificar o no la pretensión de validez.

De lo anterior se deduce la necesidad de argumentos que justifiquen discursivamente las proposiciones, la necesidad de justificación de fundamentación. Esto, como se ha visto, se debe a la pretensión de corrección que está unida a los actos de habla normativos, es decir, podemos usar también una justificación discursiva a través de la fuerza del mejor argumento para justificar o fundamentar una norma y pretender su corrección. Todo ello implica que tanto de la pretensión de validez, como de la pretensión de corrección se deriva una pretensión de fundamentación a través del discurso.

En resumen, los discursos son “conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de una proposición “normativa” (Alexy, 2010: 254). Específicamente, escenarios de interacción lingüística donde se produce la fundamentación de un acto de habla consistente a la pretensión de validez o corrección que con él se eleva.

2.3 | Sobre la teoría del discurso

Como se ha visto, la problemática central sobre las proposiciones normativas afirmadas a través de actos de habla y a las que pertenece una pretensión de corrección para la adecuación a su contenido performativo, es el cómo fundamentarlas sin recurrir a supuestos propios de la **metaética** naturalista o intuicionista y sin caer en emotivismo, subjetivismo, decisionismo o relativismos. En otras palabras, cómo llegar a una fundamentación universalmente cognoscible. Precisamente, uno de los intentos alexyanos es fundamentar, con ayuda de la ética del discurso, una teoría cognoscitivista y universal frente a los radicales ataques del no cognoscitivismo.

Alexy (1994: 136) parte de la idea base de la racionalidad práctica kantiana como idea de la universalidad, interpretándola a través de la teoría del discurso, en donde veremos más adelante, radica una de las más fuertes críticas a las teorías discursivas. Una de las preocupaciones de Alexy es cómo brindar racionalidad a los discursos de manera que esa racionalidad discursiva garantice en alguna medida (no brinde certeza absoluta) la corrección del resultado. Y así, el profesor de Kiel concluye que el discurso práctico es una actividad guiada por reglas y, en todo caso, una actividad procedimental. La teoría del discurso es así una teoría procedimental (Alexy, 1994).

El Profesor Rodolfo Vigo (2004: 28) anota que:

“frente a la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos referidos a lo bueno o lo malo, lo prohibido, obligatorio o permitido se ha ofrecido —recuerda Alexy— dos posiciones básicas extremas: por un lado posiciones, las posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionistas y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas. El profesor de Kiel considera desacertado ese planteamiento de todo —o— nada, y opta por el camino intermedio de la teoría moral procedimental del discurso práctico racional”, o ética del discurso.

Así, las teorías discursivas están formadas en su núcleo por un conjunto o sistema de reglas cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y el discurso para la fundamentación y de una proposición normativa o su producción por la fuerza del mejor argumento.

Una teoría procedimental se caracteriza por considerar que una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un determinado procedimiento. La teoría discursiva no es el único caso de teoría procedimental, otras teorías de tradición hobbesiana como la de John Rawls también pueden ser catalogadas como procedimentales, pero no como discursivas, en tanto el resultado se deriva de un procedimiento de negociación más no de argumentación. Entonces, ¿qué quiere decir que la teoría procedimental es discursiva? Quiere decir que el procedimiento que se sigue para determinar si una norma es correcta es un proceso integrado por argumentos sobre la problemática —en este caso— de la corrección

y fundamentación de un enunciado normativo; es decir que, en definitiva, se trata de un procedimiento de argumentación racional definido a través de las reglas. En la medida en que es una actividad lingüística guiada por reglas, hablamos de una racionalidad dialógica. Así, el discurso práctico racional es básicamente un proceso de entendimiento mutuo guiado por reglas.

El profesor de Kiel distingue tres tipos de teorías del discurso, a saber: empírica, analítica y normativa. No nos corresponde analizar los dos primeros tipos de teoría del discurso que distingue Alexy a pesar de su importancia, sino diremos que la teoría del discurso racional es una teoría de tipo normativa en tanto establece y fundamenta criterios para la racionalidad del discurso; en otras palabras, reglas para el discurso que garanticen, aproximativamente, la corrección del resultado o que, por lo menos, reduzcan la irracionalidad en la argumentación regulando las condiciones del escenario para los participantes.

Si la teoría del discurso racional es una teoría discursiva normativa que establece pautas o criterios para la racionalidad del discurso y el procedimiento argumentativo, debe su racionalidad a estar definido a través de las reglas del discurso, se plantea el problema: ¿cómo pueden fundamentarse estas reglas? —claro está, sin incurrir a argumentos naturalistas o intuicionistas—. Como sostiene Alexy (2010: 256): “Las reglas del discurso práctico pueden considerarse como normas para la fundamentación de normas. ¿No son necesarias para su justificación normas de tercer nivel y así sucesivamente, de manera que se repita, ahora entre normas de distinto nivel, el regreso al infinito que se ha descrito a propósito de las normas del mismo nivel?”.⁽⁶⁾

Para este propósito, el autor sostiene que existen cuatro vías o formas posibles de fundamentación para encontrar las reglas del discurso: la fundamentación técnica, la fundamentación empírica, la fundamenta-

(6) En este punto Alexy trata de fundamentar las reglas del discurso sin incurrir en cortes arbitrarios y tratando de evitar regresiones al infinito y círculos lógicos; en definitiva, intenta superar el trilema de Münchhausen. Este término fue usado por el popperiano Hans Albert en el contexto de la teoría gnoseológica, en referencia al barón de Münchhausen quien sostenía haber salido de una ciénaga tirando de sí mismo. Como trilema es un problema que tiene tres soluciones, las cuales son todas inaceptables para una fundamentación del conocimiento sobre justificar los métodos de justificación. A saber: la regresión al infinito, el círculo lógico y el corte arbitrario en el razonamiento (Alexy, 2010: 256).

ción definitoria y la fundamentación pragmático-trascendental. Aunque Alexy abreva de algunas ideas hobbesianas “que tiene que ver con la maximización de utilidades y que alcanza a aquellos que carecen de interés en la corrección de la argumentación” (Vigo, 2004: 29), hace uso central en la fundamentación de las reglas del discurso como modo de fundamentación pragmático-trascendental.⁽⁷⁾ Pragmático en el sentido de que las reglas del discurso regulan las relación de los hablantes con las manifestaciones realizadas por ellos, y trascendental en el sentido de que su validez es condición de posibilidad de la comunicación lingüística (recordando a Kant en sus trascendentales como condición de posibilidad de la experiencia y el conocimiento).

El argumento pragmático-trascendental se compone de dos premisas: la primera dice que las aserciones, en el sentido en que han sido definidas en líneas anteriores son condición necesaria, en la medida en que “aquel que efectúa afirmaciones y fundamentaciones se inserta necesariamente en un juego que se define a través de reglas del discurso” (Alexy, 2010: 437). En palabras de Habermas (2000: 16) y con alguna variante, “todo el que emprenda seriamente el intento de participar en una argumentación acepta implícitamente presupuestos pragmáticos universales que poseen un contenido normativo”. La segunda premisa sostiene la necesidad de realizar aseveraciones y fundamentación en el sentido de “quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación seria y no da ninguna fundamentación seria, no toma parte en lo que podría llamarse ‘forma de vida más general de los hombres’” (Alexy, 2010: 437).

Por lo dicho, para el profesor de Kiel, el ingreso al ámbito del discurso práctico racional da a través de la manifestación de aseveraciones (se podría decir que una aserción o aseveración son “aquellos actos lingüísticos con los que se formula una pretensión de verdad o corrección” (Alexy, 1994: 144)

(7) Es curioso cómo Alexy en un principio acoge la duda habermasiana al respecto de la denominación de K. O. Apel, que designa al modo de fundamentación como “pragmático-trascendental”, usando la acuñación kantiana del término “trascendental”. La duda de Habermas en este punto se refiere a que las reglas del discurso no se tratan de condiciones que posibilitan la constitución de la experiencia sino la producción de argumentos y, también, a que no se puede distinguir claramente en la elaboración de estas reglas el análisis lógico del empírico. Esto motiva que Alexy se adhiera a la denominación de Habermas del modo de fundamentación como “pragmático-universal”. Y es curioso porque tiempo después Alexy, en respuesta a las críticas del valor universal de las reglas del discurso, Alexy retoma la expresión de Apel aduciendo que se trata de una variante del argumento trascendental de Kant.

para su adecuación performativa) tiene que poder fundamentarlas y por eso a la pretensión de corrección vinculada con estos actos de habla se une una pretensión de fundamentabilidad, a esta pretensión le corresponde el deber argumentativo de fundamentar lo aseverado cuando así le sea exigido, o brindar razones de por qué se niega a hacerlo.

Realizar aserciones o afirmaciones significa “participar en la forma de vida más general de los hombres”, decía Apel. Ninguna persona puede afirmar su identidad por sí sola, ni siquiera en el desesperado acto de suicidio que la Stoa griega que lo aprobaba como señal de autodeterminación de un individuo como tal. Si bien Habermas y Apel llegan a sostener que una renuncia a realizar aseveraciones tiene amplias consecuencias como “la pérdida de la posibilidad de autocomprensión y autoidentificación” y hasta de “autodestrucción”, en el caso de Apel; o la “esquizofrenia y el suicidio”, en el caso de Habermas (Alexy, 1994: 144); esas consecuencias se configuran en suposiciones empíricas que pueden discutirse y, por ellos, Alexy opta por una tesis conceptual más débil: de que, quien nunca efectúe una aseveración a lo largo de su vida ni brinde ninguna fundamentación no participa en “la forma de vida más universal de la persona”.

Sin embargo, vale la pena resaltar que Alexy se atrapa en la red de su propia crítica. Decir que no efectuar aseveraciones es no participar en la más universal forma de vida es también una suposición empírica, que también puede ser discutida sobre cuál es la forma universal de vida de las personas, qué condiciones definen una forma de vida, si son siempre estas condiciones compartidas por todos de manera general. Por lo tanto, si se trata, como parece, de una premisa empírica, ya no sería una tesis conceptual y, por ende, una fundamentación trascendental.

3 | Objeciones hegelianas a las herencias kantianas

Una vez trazados —aun de forma muy leve y selectiva, de aspectos a consideración nuestra, relevantes— los rasgos de un ética del discurso o, en términos alexyanos, de una teoría del discursos práctico racional, para poner en vilo la respuesta a la compleja cuestión de la fundamentación de normas, a continuación se tratará brevemente dos de las cuatro objeciones que, en su tiempo, fueron planteadas por Hegel

en contra de la ética de Kant. Este punto reviste especial importancia en cuanto las teorías del discurso generalmente se visibilizan desde una matriz kantiana en su modo de fundamentación; sea pragmática-trascendental en clave de Apel y Alexy, o pragmática-universal en clave habermasiana.

Habermas se ocupa de esta cuestión en un trabajo titulado “¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?” (Habermas, 2000). Habermas y Apel, tomando elementos de la teoría comunicativa, emprendieron un intento de dar una nueva formulación a la problemática de la fundamentación de las proposiciones normativas; a su vez, Alexy se apoya en la filosofía de estos dos grandes pensadores para fundamentar su teoría del discurso práctico racional manteniendo los medios que ellos tomaron de la teoría moral kantiana: el formalismo y el universalismo abstracto, rasgos muy ortodoxos en el profesor de Kiel. De ahí que las objeciones que, en su tiempo, propondría Hegel pueden ser formuladas también en contra del constructo alexyano.

Para recorrer el camino de estas objeciones nos valdremos de la indudable autoridad de Jürgen Habermas.

Fueron cuatro objeciones las que Hegel propuso en su tiempo contra la ética de Kant, a saber: contra el formalismo, contra el universalismo abstracto, contra la impotencia del mero deber y contra la actitud interna pura. Por motivos de extensión de este trabajo, tiempo, complejidad y necesidad de profundización, trataremos, resumidamente las dos primeras objeciones, al formalismo y al universalismo. Además, son estas dos objeciones las que afectan de manera más directa a la teoría del discurso práctico racional de Alexy.

Habermas, antes de entrar en el análisis de cómo afectan (si es que lo hacen) estas objeciones a la ética del discurso, subraya que existen “tres diferencias que, pese a todos sus puntos en común, separan la ética del discurso de Kant” (Habermas, 2000: 23). En primer término, sostiene Habermas, que la ética del discurso abandona la distinción entre las categorías del reino de lo inteligible y el reino de lo fenoménico por la fuerza fáctica de suposiciones contrafácticas (situación de diálogo ideal) dentro de la cotidianidad de la práctica comunicativa. En segundo lugar, la ética del discurso rebasa la prueba de universalización kantiana (como

prueba de contradicción) de “actuar basándose en aquella máxima por la que uno espera que al mismo tiempo esa actuación se convertirá en ley universal”.⁽⁸⁾ Al no tratarse de una solitaria y silenciosa meditación de cada individuo para la verificación de sus máximas de acción en el escenario de su fuero interno, tomo de Habermas la expresión husserliana “en la solitaria vida del alma”. Al contrario, la ética comunicativa se vuelca hacia el diálogo conjunto y el entendimiento mutuo en el espacio público para universalizar intereses sólo como resultado de un procedimiento fáctico orientado por condiciones ideales. Finalmente, la ética del discurso pretende haber resuelto mediante los presupuestos universales de la de argumentación, el problema de la fundamentación, al que, como señala el autor, “Kant en último término hurta el cuerpo remitiendo a un *factum* de la razón, a la experiencia de estar intimado por el deber” (Habermas, 2000: 24).

3.1 | La objeción al formalismo

La primera objeción que eleva Hegel contra la ética de Kant considera que, en tanto el imperativo categórico kantiano requiere la abstracción de contenidos particulares de las máximas de acción y deberes, forzosamente se producirán juicios tautológicos. A esto Habermas responde que “Ni Kant ni la ética del discurso están expuestos la objeción de que a causa de la determinación formal, o procedimental, del principio moral solamente permiten enunciados tautológicos” (Habermas, 2000: 24). Para sostener este argumento, Habermas considera incorrecta y algo miope la suposición hegeliana, pues la determinación del principio moral no sólo exige consistencia lógica y semántica, sino también la aplicación de un punto de vista moral sustancial, es decir, un punto de vista que está dotado de contenido. De lo que se trata, insiste Habermas, no es de la forma gramatical de proposiciones normativas universales, sino más bien, de si todos podemos querer que una norma controvertida adquiera obligatoriedad universal en las situaciones que se presentan en cada caso. Los contenidos que examinan un principio moral no son generados por el filósofo, sino por la vida.

(8) Seyla Benhabib (2006: 41) nos recuerda que el joven Hegel había criticado duramente esta formulación kantiana en el sentido de que “era incoherente en el mejor de los casos y vacía en el peor”. Sostenía, además, que la sola prueba de que una máxima pudiera ser universalizada o no, no podía determinar su corrección moral.

De la objeción hegeliana, Habermas distingue un aspecto distinto en el cual asiente sobre la objeción formulada, en el sentido de que toda ética que se considere formal o procedimental necesariamente tiene que separar la estructura del juicio moral de sus contenidos. Ello vuelca la dificultad de responder a la cuestión de si es posible formular nociones como la de justicia universal, corrección normativa, punto de vista moral, entre otras, sin depender del contexto de una forma de vida en un sentido concreto, es decir, si se puede determinar un principio moral con independencia absoluta de su contexto.

3.2 | Objeción de la abstracción universalista

Lo anterior nos lleva al segundo problema planteado por Hegel: dado que el imperativo categórico exige separar lo universal de lo particular, los juicios válidos conforme a este principio tienen que ser insensibles a la naturaleza específica y al contexto del problema que, en cada caso, esté necesitado de solución, y han de permanecer externos a los casos particulares.

Habermas empieza por decir que ni Kant ni la ética del discurso se ven afectados por la objeción de que el punto de vista moral de universalización de las normas tiene que apartarse de las situaciones vitales y de los intereses presentes en las constelaciones pluralistas. Defiende que mientras más se diferencian en las sociedades modernas los intereses y las orientaciones axiológicas de los agentes, tanto más particulares y abstractas son las normas morales justificadas que relacionan el interés general con el campo de acción de los individuos.

Enfatiza que si bien es cierto que la objeción de Hegel afecta a la ética kantiana, en el sentido de que su rigidez monológica no permite que se tengan en cuenta todas las consecuencias y los efectos secundarios del seguimiento general de una norma, tal objeción no afectaría a una ética discursiva que descarte el monologismo kantiano de una prueba de contradicción y lo reemplace por la formulación de un principio de universalización que apunta a tener en cuenta resultados y consecuencias del seguimiento de una norma antes de que la norma sea fundamentada por el procedimiento discursivo. La ética del discurso incluye de antemano en su procedimiento la orientación por las consecuencias.

Habermas formula la prueba de universalización de la siguiente forma:

“A menos que todos los afectados puedan aceptar libremente las consecuencias y los efectos colaterales que se puede esperar que tenga la observancia general de una norma controvertida para la satisfacción de los intereses de cada individuo” (Benhabib, 2006: 49).

A pesar de esto, Habermas asiente nuevamente en una de las críticas hegelianas y acepta que las éticas de corte kantiano están especializadas en cuestiones de justificación, lo cual deja sin responder cuestiones relativas a la aplicación. De este modo aparece un grave problema. Las justificaciones morales descontextualizadas no sirven de nada cuando en el momento de aplicación se vuelve tan complicado revocar o reducir al contexto la abstracción inicial, dado que el contexto específico no fue partícipe en el proceso de fundamentación. A decir de Habermas, ninguna norma contiene las reglas de su propia aplicación.

Vale citar a Cortina (1995: 114)

“Habitualmente se cree —como es el caso de Schelle— que la filosofía trascendental debe ser totalmente independiente de la experiencia. El trascendentalismo no puede seguir manteniéndose sin incurrir en falacia abstractiva, la radical separación en el ‘Ich denke’ y el yo empírico, sino que actualmente tiene que relacionarse con hechos empíricos que atañen al sujeto. Lo que sucede es que le afectan de dos modos distintos: o bien estos hechos empíricos se presentan como presupuestos ineliminables del sentido de los signos, o bien, por el contrario, nos encontramos con hechos empíricos cuya validez tiene que ser fundamentada. En esta doble forma de conexión con la experiencia radica —a mi juicio— la idiosincrasia de la pragmática trascendental”.

Sin duda, las teorías discursivas afrontan, como se ha mostrado, algunos problemas. Habermas inspecciona la importancia de estos problemas y las complejas respuestas que tiene por delante la ética del discurso, al reconocer la dificultad de preguntas disparadas, por ejemplo, desde la ética ecológica, como “¿Qué tiene que decir ante la vulnerabilidad de la criatura muda una teoría que se limita a un círculo de destinatarios forma-

do por los sujetos capaces de hablar y actuar?" (Habermas, 2000: 32).⁽⁹⁾ En la compasión con el animal torturado por un modo de ver las cosas que no es, sino en último termino antropocéntrico. O, desde las mismas críticas revividas por neohegelianos contras las éticas de corte comunicativo.

Alexy parece no estar tan dispuesto como Habermas a enfrentar algunos problemas de los que se acusa al universalismo y formalismo de las éticas kantianas del discurso, como son la falacia abstractiva, la falacia antropocéntrica y la falacia etnocéntrica —este último, un problema fácticamente serio—. Estudios venidos desde la etnolingüística muestran cómo diferentes comunidades culturales pueden derivar en distintas comunidades de comunicación. Planteos como la Hipótesis de Sapir-Whorf o el Principio de la Relatividad Lingüística muestran, en investigaciones de campo sobre las Tribus Hopi (habitantes originarios de la meseta central de los Estados Unidos), la falacia de los universales lingüísticos y su tratamiento como reales y no exclusivamente como construcciones nominales, constatando que las distintas estructuras lingüísticas dan lugar a distintas formas de construir mundos. Eso podría poner en tela de duda la tesis alexyana (que parece, además, una premisa empírica) respecto de la forma de vida más general de las personas.

Si lo anterior resultase confirmado, y Alexy desease mantener el modo de fundamentación pragmático-trascendental, se vería compelido a elaborar otras premisas que facilitasen la reconstrucción de las reglas del discurso ideal o de la situación ideal de diálogo en clave intercultural, asumiendo que no existe una sola forma general de vida de las personas y que el universalismo sería una pretensión que debe respeto de las culturas en su forma propia de concebir el mundo, permitiendo el diálogo y la comprensión al interior de sus discursos mediante reglas de tercer nivel de traducción intercultural; de lo que se seguiría una reconstrucción de las reglas del discurso como reglas de segundo nivel. Así, frente al argumento de la universalidad de los derechos humanos, es interesante la propuesta de Boaventura de Sousa Santos sobre las posibilidades que brinda el diálogo y la traducción intercultural para su

(9) Es muy interesante como Habermas (2000) cierra estas polémicas: "...en vista de situaciones provocativas de este tipo, mi concepción restrictiva de la capacidad de la ética filosófica puede que suponga una decepción, pero en todo caso es también un aguji6n: la filosofa no exonera a nadie de su responsabilidad pr6ctica".

reconstrucción de ellos, para proponer una clave intercultural que los desvíe de la falacia universalista que los aqueja.

Al respecto, Adela Cortina (2010: 71) enfatiza que:

“el diálogo intercultural es imprescindible, un diálogo que descansa en dos supuestos al menos: importa respetar las cultural porque los individuos se identifican y estiman desde ellas, y no se puede renunciar a priori a la riqueza que una cultura pueda aportar, pero a la vez ese respeto tiene que llevar a un diálogo desde el que los ciudadanos puedan discernir qué valores y costumbres merecen la pena reforzar y cuales obviar”.

A pesar de todas estas dificultades no se puede restar ningún mérito al esfuerzo que las teorías discursivas han puesto en la empresa de reivindicar el saber práctico mediante criterios, reglas o condiciones que posibiliten un diálogo que nos lleve a reconocerle cierta estabilidad y cierto grado de generalidad, así como una posibilidad de fundamentación al saber jurídico mediante los presupuestos del discurso.

Al mismo tiempo, la invitación al intercambio y al entendimiento mutuo, a la renovación del diálogo y la comprensión para fundamentar las reglas por las que transitamos en nuestra vida cotidiana, es un aporte enorme que apuntala los supuestos de maximización individual y agregacionismo de preferencias que desgastan las teorías neocontractualistas o las teorías lockeanas de autores como Nozick.

Retomar conciencia reflexiva no es una tarea sencilla, en el centro del diálogo podemos situar el reconocimiento y la cordialidad mutua. Las condiciones de un diálogo que no tiene más coerciones que la fuerza del mejor argumento orientado por reglas, excluyen posibilidades impositivas de condiciones favorables a unos y no a otros en las negociaciones.

Se podría considerar, además, como ventajoso que, del resultado del procedimiento, no se produzca una certeza sino una simple aproximación, una dotación de racionalidad a la argumentación y al diálogo, una revisión permanente que facilite —aun sin cumplirse condiciones ideales contra factuales— una tarea que requiere adaptación y discusión permanente, como es la fundamentación de enunciados normativos.

Bibliografía

- ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 2006.
- BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2006.
- CORTINA, ADELA, *Justicia cordial*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- CORTINA, ADELA, *Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria*, Salamanca, Editorial Sígueme, 1995.
- HABERMAS, JURGÜEN, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- HABERMAS, JURGÜEN, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. 2009, *Apuntes de Teoría del derecho*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- VICO, RODOLFO L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., Facultad de Derecho, Editorial La ley/ Universidad de Buenos Aires, 2004.



Sección II

Discusiones, notas y reseñas

Algunas reflexiones en torno a “Acción colectiva y justicia”, de Ricardo Caracciolo⁽¹⁾

por LAURA ÁLVAREZ⁽²⁾

I |

Una de las preocupaciones recurrentes que ha interesado a la filosofía política contemporánea es la búsqueda de algún procedimiento político que asegure —en la mayor medida posible— resultados colectivos justos. Es decir, se trata de ofrecer razones a favor de un modelo de toma de decisiones políticas a partir del cual puedan derivarse medidas acordes a un cierto ideal de justicia.

Dentro de la tradición liberal igualitaria, la concepción de justicia más influyente ha sido la ofrecida por John Rawls, con su reconocido esquema de principios de justicia, los cuales proporcionarían un modo de asignar derechos y deberes en las instituciones, y definirían la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.

.....

(1) Trabajo seleccionado de los presentados en el *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

(2) Abogada (UNMdP). Magíster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional (Universidad de Genova). Docente de Teoría General del Derecho (UNMdP) y de Introducción al Derecho y Derecho Político (UAA). Becaria doctoral (CONICET). Premio Joven Investigador en Filosofía jurídica y social (AAFD).

Por su parte, se ha esgrimido que serían los sistemas democráticos aquellas concepciones de gobierno que se mostrarían como una de las alternativas más plausibles en cuanto a procedimientos políticos concierne (Moreso, 2009). Una forma de gobierno democrática sería la que mejor recepta los supuestos normativos de la libertad y la igualdad, también contemplados por una concepción de justicia liberal. Sin embargo, en el contexto de estas ideas, varios autores —y, de hecho, el propio Rawls— han postulado que “no existe un esquema de reglas políticas de procedimiento que garanticen que no se promulgará una legislación injusta” (Rawls, 1979 [1971]: 230); por el contrario, se trataría de reconocer que una decisión democrática, esto es, básicamente una decisión adoptada respetando la regla de la mayoría, puede siempre violar algún derecho o libertad individuales reconocidos en una concepción de justicia. Consecuentemente, si se asume una teoría de la justicia que ampara un régimen de derechos y libertades, que a su vez defiende una forma de gobierno democrática, entonces debe aceptarse sin más la posibilidad de que existan distribuciones de bienes y recursos injustas que surjan de las decisiones políticas colectivas.

En este marco se inscribe el trabajo de Ricardo Caracciolo, “Acción colectiva y justicia” que aquí interesa comentar, y que muestra al valor de la justicia como un bien público sólo posible a partir de acciones públicas de gobierno centralizadas que aspiren a redistribuir, es decir, a evaluar, corregir y —en todo caso— a enmendar la distribución de bienes y recursos resultante de un procedimiento político aun democrático.

En lo que sigue, en primer lugar, se intentarán reseñar algunas de las razones principales por las cuales se afirma que el modelo de democracia constitucional sería el que mejor resuelve las posibles tensiones entre una concepción de justicia y un diseño político democrático. En segundo lugar, se ofrecerá una reconstrucción de los argumentos sostenidos por los contramayoritaristas, quienes lejos de desconocer el conflicto, lo enfatizan. En tercer lugar, se intentará dar cuenta de la estrategia que emprende Caracciolo, con el objetivo de establecer que su propuesta debe presuponer alguna crítica al modelo de democracia constitucional. En última instancia, se busca mostrar que la tesis de Caracciolo aun constituyendo una opción plausible al problema planteado, resulta insuficiente para resolverlo. Necesitaría complementarse con algún modelo de sistema democrático alternativo.

2 |

La indagación sobre cuál sería el tipo de esquema político que, en mayor medida, asegure resultados justos condujo a gran parte de los teóricos liberales a emprender la defensa de un diseño en particular: el modelo de democracia constitucional. Asumiendo la concepción de la justicia como equidad, ofrecida por el máximo referente del liberalismo igualitario —Rawls— se postula que si se acepta una teoría de la justicia entre cuyos principios haya algunos que confieren derechos básicos, entonces debe concederse que las decisiones políticas a cargo de la mayoría en un sistema democrático estarían limitadas por un conjunto de derechos protegidos constitucionalmente (Moreso, 2009).

El atrincheramiento de ciertos derechos en las cartas constitucionales actuaría como freno frente al poder de las decisiones adoptadas por las mayorías parlamentarias, velando en todo caso por la supremacía constitucional de las libertades y derechos básicos. Este sería el principal rasgo del diseño institucional que presentan las democracias constitucionales, y que las configurarían como el sistema que ofrece mayor probabilidad de garantías en la justicia de sus resultados. En este análisis se encuentra presente la idea de que todo proceso político es un caso de justicia procesal imperfecta: esto es, no es posible designar un procedimiento que asegure el logro de resultados justos en todos los casos.

El razonamiento del que se valen los defensores del constitucionalismo es satisfactoriamente presentado por Elster, a través de la metáfora de "Ulises y las sirenas" (Elster, 1979; Holmes, 2004; Moreso, 2009). Ulises, que estaba a cargo de una embarcación, le exige a sus marineros que lo aten al mástil del navío porque sabía que si oía el canto de las sirenas, perdería el control sobre sí mismo y sobre la propia nave, terminaría desviándose de su rumbo y pondría en peligro el arribo a su destino. Atado al mástil, se le taponarían los oídos con cera, y así se evitarían estas consecuencias perjudiciales para sus propósitos. Esta decisión de Ulises de "atarse a sí mismo", lejos de significar una pérdida de libertad, mostraría que en una ocasión semejante se aumenta la probabilidad de lograr un objetivo valioso. Como indica Moreso (2009: 128), las ataduras en ciertas situaciones consisten en "excluir determinadas decisiones del futuro para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente". De modo análogo, en los mecanismos de decisión colectiva, adoptar un pre-compromiso responde a la necesidad de

“excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones en el futuro para preservar contenidos especialmente valiosos” (Moreso, 2009: 128). Ésta sería, entonces, la razón de por qué ciertas materias —ciertos derechos— se encuentran fuera del debate democrático. El objetivo último es aumentar la posibilidad de que las decisiones democráticas sean justas.

Ahora bien, es sabido que esta estrategia que combina procedimientos políticos democráticos, por un lado, y una teoría de justicia basada en derechos, por otro, se hace pasible de las críticas de los autores contramayoritaristas. El problema planteado por la objeción contramayoritaria señala la dificultad en admitir, desde los parámetros de una teoría política democrática, que se impongan límites constitucionales a la capacidad de deliberación de los ciudadanos y al poder de decisión de las mayorías, que serían —en principio— ilimitadas.

Como refiere Roberto Gargarella (2008), la metáfora de Ulises probaría, en verdad, menos de lo que aspira. Los demócratas no objetan la posibilidad de que una comunidad se auto imponga determinados límites —como Ulises decide hacer—, sino que la objeción reside en que tales limitaciones perduran y condicionan a las generaciones futuras, obstaculizando la capacidad deliberativa de ellas.

Una crítica más radical a la postura que defiende una carta de derechos constitucional es la esgrimida por Jeremy Waldron (2004). Su tesis discute que exista una relación entre la creencia de que los individuos ostentan ciertos derechos morales y la necesidad de institucionalizar dichos derechos en cartas constitucionales. Es cierto, señala Waldron (2004) que si se asume una teoría política que acepta ciertos principios morales, entonces debe disponerse de un ordenamiento jurídico que satisfaga de algún modo esos derechos o reclamos morales. Sin embargo, de esta afirmación no se infiere que un derecho moral es un derecho legal; de modo tal que una concepción filosófica que aspire a la protección de ciertos derechos no está obligada necesariamente a adoptar una carta de derechos. Incorporar un derecho en un documento constitucional, añade Waldron (2004), supone adoptar una actitud ambigua hacia la ciudadanía. Esto es, por un lado, se reconoce cierta seguridad en el ciudadano que decide reconocer ciertos derechos como fundamentales, aceptando que su formulación en una constitución implica una inmunidad frente al poder legislativo, es decir, será difícil o imposible alterar esa situación jurídica. Pero, por otro

lado, también se da cuenta de una desconfianza implícita hacia el propio ciudadano, que supone que si él tuviera la posibilidad de proponer algún cambio o alternativa sustancial, ella sería errónea. Ahora, señala Waldron (2004), esto último estaría en total contradicción con los principios de autonomía que se plasma en el contenido de los derechos atrincherados. En definitiva, Waldron pretendería mostrar la incoherencia que se establece entre el reconocimiento de derechos y la desconfianza respecto de quienes se les ha concedido esos mismos derechos.

Sin embargo, la razón de más peso a la que recurre Waldron para oponerse atiende al hecho del pluralismo y los desacuerdos. Más allá de aceptar la posibilidad de establecer un coto vedado, la mayor dificultad reside en cómo determinar —*ie.* cuáles mecanismos procedimentales permiten hacerlo— cuáles son los derechos que han de ser incluidos, sorteando las controversias que puedan surgir en el contexto de sociedades plurales. En este sentido, para Waldron, la prioridad está en adoptar algún método de toma de decisiones colectivas que resuelva más satisfactoriamente cuál de las teorías rivales de los derechos de la sociedad deber ser la correcta en una sociedad en particular.

En este escenario, una reconstrucción de estas posturas aconsejaría abordar las tensiones entre constitucionalismo y democracia, dilucidando el concepto o la noción de democracia que asume cada una de ellas. Así, la noción de democracia en la que se respaldan los constitucionalistas postula considerarla como un valor, que presupone la protección de ciertos derechos básicos para ser alcanzado. Por lo cual, no sólo no habría un conflicto esencial entre esta forma de gobierno y el constitucionalismo, sino que además éste sería el diseño político institucional en el que sería posible una forma genuina de democracia (Dworkin, 2003 [2000]; Moreso, 2009; Ferrajoli, 2003). Mientras que los que sustentan la objeción contramayoritaria y, en general, los demócratas suponen que la democracia es un procedimiento político de toma de decisiones colectivas, que destina un ámbito para la reflexión y deliberación crítica (Waldron, 2004; Gargarella, 2008). Arguyen que si el objetivo es tomar medidas que afecten a la colectividad toda, entonces una decisión será legítimamente democrática si todos los potencialmente afectados tuvieron garantizada su participación e intervención en el proceso político (Habermas, 1992).

Con todo, la postura de los constitucionalistas correría el riesgo de diluir las tensiones entre derechos y democracia al punto tal de soslayarla y plantear

una convivencia armoniosa entre ambas que no sólo no sería real, sino que además dejaría fuera un rasgo particular de la noción de democracia: la posibilidad que tiene la ciudadanía de deliberar y discutir. Mientras que los defensores de autogobierno democrático buscan no sólo reconocer abiertamente el conflicto, sino también encontrar algún modo de moderar sus efectos. Por caso, en última instancia, se trata de proteger el principio en común que ambas buscarían salvar: la igual protección de derechos ciudadanos.

3 |

En línea con este debate, el profesor Caracciolo aborda la cuestión desde una estrategia diferente en la cual —aun presuponiendo las tensiones entre una teoría que reconoce derechos y un método de decisión democrática— traslada las posibles soluciones al plano o nivel de ejecución de políticas de gobierno.

Así, la cuestión central que el profesor Caracciolo se propone dilucidar en su ensayo “Acción colectiva y justicia” es acerca de cómo obtener resultados colectivos valiosos o justos, a partir de acciones individuales. En especial, lo que interesa analizar es un tipo de resultados colectivos en particular: aquéllos de los cuales surgen distribuciones de bienes primarios.⁽³⁾ Dos serían las cuestiones involucradas, entonces, para este propósito. Por un lado, el compromiso con ciertos principios de justicia que regulen cuándo una distribución de bienes es justa o correcta, y, por otro, la asunción de un diseño institucional y procedimientos políticos —democráticos— que prescriban reglas para la transformación de preferencias individuales en preferencias sociales o colectivas. En este sentido, se encuentra bajo estudio la posibilidad de complementar una concepción de justicia con una teoría democrática. En última instancia, Caracciolo busca argumentar a favor de una teoría de la justicia en la cual, siempre preservando un ámbito de libertad individual, las acciones institucionales de justicia se dirijan a corregir los resultados de las decisiones individuales a partir de las cuales surjan distribuciones de bienes injustas.

El punto de partida del análisis que desarrolla Caracciolo (2006) es la concepción de la justicia como un artefacto propuesta por Hume. Tomando

(3) Caracciolo señala, puntualmente, que el alcance de la expresión “bienes primarios” debe ser entendida con igual sentido al que hace referencia Rawls en *A Theory of Justice*, es decir, entendiéndolo por tales los derechos, libertades, oportunidades, ingresos y riquezas necesarios.

como presupuesto la necesidad de distribuir recursos, en una situación de escasez, entre individuos que carecen de motivaciones altruistas, y asumiendo que debe reconocerse un espacio para la realización de los propios planes de vida individuales, Hume propone que dicha distribución surja de una construcción política.

Según Caracciolo, esta tesis humana respondería a dos preguntas sustancialmente diferentes. Un primer interrogante se refiere a cómo se definen los resultados colectivos justos, y su respuesta daría cuenta de cuál es el contenido de la justicia o, lo que es igual, cómo debe estar conformada —cuáles principios o criterios se deben respetar— una decisión para ser justa. Es, desde luego, un interrogante que amerita un análisis normativo, cuya respuesta indicaría, en última instancia, cómo deben ser los resultados colectivos distributivos. Una segunda cuestión es cómo se alcanzan los resultados colectivos justos. Claro que su abordaje presupone dar respuesta a una pregunta previa sobre si es posible y en su caso cómo se transforma un conjunto de decisiones individuales en uno colectivo. Análisis semejantes han sido emprendidos por las teorías de elección social, identificando reglas de procedimientos para transformar un conjunto de preferencias individuales en preferencias sociales. Por caso, el principio de mayorías democráticas (regla de mayorías) arroja resultados colectivos que muestran una preferencia social determinada. En este sentido, este tipo de planteos buscan mostrar cuál es la mejor regla de decisión colectiva a partir de la cual puedan ser traducidas las preferencias de un grupo o comunidad. De este modo, señala Caracciolo (2006), se encuentra en juego la defensa de algún modelo de democracia. Ahora bien, pese a que el abordaje de estas dos cuestiones requiere de o implica la construcción y el diseño de artefactos políticos, como hacía referencia Hume; el problema —afirma Caracciolo (2006)— se encuentra en intentar dar respuesta a ambas a partir de una única concepción. Dicho en otros términos, el inconveniente se manifiesta al pretender adoptar un criterio de justicia procesal pura, que señale cuál es el procedimiento político de elección colectiva que debe asumirse para la distribución de bienes, que asegure al mismo tiempo la justicia de su resultado. La aceptación de un criterio procesal puro conllevaría que toda decisión colectiva que se adopte respetando el procedimiento político previsto no podría ser criticada.

Por su parte, aunque podría concederse que los resultados colectivos justos serían el objetivo que se pretendería alcanzar a partir del seguimiento de una regla de decisión colectiva —es decir, es correcto afirmar que, en parte,

una distribución de bienes justa dependería de, por ejemplo, lo que decida la regla de la mayoría— supeditar el criterio de justicia exclusivamente a la satisfacción de una regla de elección colectiva equivaldría a cometer una falacia: la de identificar estados sociales deseables con cualquiera de los que satisfacen el criterio de conformación de los resultados colectivos. En otras palabras, dado que la regla de decisión colectiva tiene que aplicarse a las preferencias individuales empíricamente existentes, inferir que las preferencias existentes son las efectivamente deseables o correctas, importaría cometer un paso ilegítimo: de la descripción de resultados que son de hecho deseados a los que resultados que tiene que ser deseables. Y aunque podría contra argumentarse, diciendo que si todos actúan en ejercicio de sus derechos, nada habría que decir del resultado final; lo cierto es que del hecho de poder elegir entre alternativas, no se sigue que la que fue efectivamente elegida sea la mejor opción, más allá del punto de vista de un sujeto determinado. Como corolario, Caracciolo (2006) manifiesta que —de ser posible la concepción de una teoría de la justicia— su contenido tiene que ser independiente de las motivaciones empíricas.

En este estado de cosas, dado que en la realidad las distribuciones de bienes pueden bien ser el resultado de acciones individuales como de acciones institucionales o colectivas, y siendo que lo que los individuos realizan dentro de la esfera del ejercicio de sus derechos y libertades individuales depende de su elección personal, de sus recursos y oportunidades, es cierto que la distribución que resulte de ello sería totalmente azarosa, y sería producto de un procedimiento descentralizado de elección social, ineficiente para alcanzar objetivos colectivos valiosos. Como consecuencia, y asumiendo que la justicia es uno de dichos bienes u objetivos públicos, su obtención sólo es posible si se recurre a la acción política centralizada, dispuesta a corregir ese tipo de resultados. En última instancia, el valor de la justicia exige acciones de redistribución. Es en este último sentido que la tesis de Hume cobra relevancia: la justicia sería un artefacto que tiene que ser construido.

4 |

En torno a la discusión inicial, se han reconstruido dos modos alternativos de superar las tensiones existentes entre una teoría de justicia que reconoce un conjunto de derechos fundamentales y un procedimiento democrático de toma de decisiones políticas. Aunque ofrecer un modo

satisfactorio de resolver este debate no forma parte de los objetivos de este trabajo, puede que este último análisis sobre la estrategia seguida por Caracciolo brinde una perspectiva distinta desde la cual abordar el desacuerdo. No obstante, se sostendrá que, en última instancia, su propuesta contemplaría algún tipo de crítica hacia los defensores de la democracia constitucional, y —en todo caso— su tesis podría comportar una herramienta para quienes, aun sin negar el reconocimiento de derechos, eligen priorizar el debate democrático.

Caracciolo se preocupa por dejar en claro ciertos presupuestos, entre ellos, se muestra favorable a una concepción de justicia que reconozca derechos y donde se preserve un ámbito de libertades individuales que permanezca inalterable. En otras palabras, parecería compartir la justificación al coto vedado. Además, su crítica principal está dirigida a la pretensión de fundamentar un procedimiento político que asegure por sí solo la justicia de sus resultados.

En este sentido, si bien no desestima expresamente el diseño institucional propuesto por un modelo de democracia constitucional, tampoco estaría dispuesto a considerarlo totalmente convincente como procedimiento político que asegure —en gran medida— la justicia de las decisiones. Aunque inclusive los propios defensores de la democracia constitucional reconocen que no existe ningún mecanismo político que asegure que las decisiones adoptadas sean justas —*ie.* respeten ciertos principios de justicia—, la justificación que ofrecen sobre los mecanismos de precompromiso estarían destinados a garantizar que las decisiones dictadas sean acertadas. Esto es, de algún modo intentan acercarse a un modelo de justicia procesal pura.

A su vez, Caracciolo tampoco se mostraría afín a una postura radical como la sostenida por Waldron, para quien lo fundamental es contar con un método de toma de decisiones colectivas que resuelva cuál de las teorías rivales de los derechos de la sociedad deber ser la correcta.

Sin embargo, bien puede pensarse que la estrategia de Caracciolo comporta una tercera vía independiente, pero afín a posturas para las cuales la adopción de una carta constitucional es algo deseable, siempre que ello no implique un menoscabo al ámbito de deliberación democrática (Bayón, 2000; Gargarella, 2008). En este sentido, tanto este tipo de teorías como la que ofrece Caracciolo poseen una clara ventaja: reconocen abiertamente las tensiones existentes entre el valor del procedimiento demo-

crático y una teoría que proteja ciertos derechos básicos. Y, a pesar de dar propuestas diferentes, ellas no se oponen sino que buscan lo mismo: un balance entre las cuestiones en conflicto. Caracciolo lo hace trasladando las posibles soluciones exclusivamente al plano o nivel de ejecución de políticas de gobierno. Mientras que, por ejemplo Gargarella, sólo intenta moderar las consecuencias de esta tensión, buscando fortalecer el principio que tantos constitucionalistas como demócratas buscan proteger: la igual consideración y respeto de cada persona.

En este contexto, la tesis de Caracciolo no sólo es perfectamente compatible con el argumento a favor del autogobierno democrático, sino que además sería el más sustancialmente coherente con su crítica.

Bibliografía

- BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en *Revista Discusiones*, n° 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2000, pp. 65/94.
- CARACCILO, R., “Acción colectiva y justicia”, en *Derecho y Humanidades*, n° 12, pp. 95/102 [en línea], <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16198/16739>, 2006, consultado el 16 de mayo de 2012.
- DWORKIN, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Traducción castellana de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- ELSTER, J., *Ulyses and the Syrens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- FERRAJOLI, L., “Sobre la definición de <democracia. Una discusión con Michelangelo Bove-ro”, en *Isonomía*, n° 19, México, ITAM, 2003, pp. 226/240.
- GARGARELLA, R., “Constitución y democracia”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- HABERMAS, J., “Tres modelos de democracia: sobre un concepto de una política deliberativa”, en *Revista Debats*, n° 39, Valencia, 1992, pp. 18/21.
- HOLMES, S., “Precompromiso y la paradoja de la democracia,” en J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MORESO, J. J., *La constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- RAWLS, J., *A theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press. Traducción al español de María Dolores González, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979 [1971].
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press. Traducción al castellano de Águeda Quiroga y José Luis Martí: *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Caracciolo sobre discrecionalidad y *rule of law* ⁽¹⁾

por GUSTAVO A. BEADE ⁽²⁾

En el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) del año 2000, Ricardo Caracciolo presentó un trabajo titulado “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, ⁽³⁾ en el que se propuso analizar los problemas teóricos vinculados entre la discreción judicial y una concepción política del Estado de derecho (*rule of law*). En su texto, básicamente señala las distintas posibilidades de armonizar diferentes sentidos de discreción judicial (en un sentido fuerte y en un sentido débil) con el mantenimiento de ciertos estándares del *rule of law*. En lo que sigue, comienzo presentado el argumento de Caracciolo y la tensión que muestra entre los distintos tipos de discrecionalidad y el *rule of law*. Mi objeto será, sobre el final del trabajo, mostrar que la tensión que presenta Caracciolo nos sirve también para pensar problemas vinculados con la criminalización y la responsabilidad penal. Para ello, tomaré como

(1) Trabajo seleccionado de los presentados en el *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

Agradezco a los organizadores del *workshop* “La obra iusfilosófica de Ricardo Caracciolo bajo análisis” la posibilidad de presentar estas ideas sobre el trabajo del Profesor Caracciolo; y por la discusión y los comentarios a Cristina Redondo, Federico de Fazio, Rafael Bellem de Lima y a un evaluador anónimo de la revista que permitieron clarificar algunos de mis argumentos.

(2) Becario doctoral del CONICET. Investigador en el Instituto Ambrosio L. Gioja (Universidad de Buenos Aires).

(3) Publicado en SELA 2000, *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, 2001.

excusa la discusión que surge de analizar la interpretación de un caso en el derecho penal.

I |

Caracciolo caracteriza la idea básica del *rule of law* señalando que, en primer lugar, las decisiones de los jueces deben estar determinadas normativamente por el derecho vigente. Sencillamente, Caracciolo afirma que el efecto político básico que se busca obtener con esta concepción de la función judicial es **suministrar a los ciudadanos la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas de su propio comportamiento y también precedir el contenido de las decisiones** en los procesos en los que se controvierten derechos y obligaciones. Idealmente se refiere a contar con criterios anticipados para evaluar la corrección de las sentencias.

Teniendo en cuenta esta caracterización, desarrolla por otra parte, varios sentidos en los que los jueces tienen o deben tener discreción al resolver una cuestión. Resumidamente, Caracciolo señala, en **primer lugar**, que un agente decide discrecionalmente entre alternativas excluyentes de acción cuando puede elegir actuar de acuerdo con sus propios criterios de evaluación. Sin embargo, detecta un problema de ambigüedad respecto de lo que los jueces finalmente “pueden” decidir. En este sentido, los jueces pueden elegir entre la alternativa de aplicar o no aplicar el derecho preexistente (ie. poder = libertad para actuar **ilegalmente**). Acerca de este caso, no hay manera de eliminar la discreción de los jueces entendida en este sentido, porque la propia idea de norma implica la posibilidad de su incumplimiento. Llamaré a este sentido, **discreción ilegal**. Caracciolo agrega que la conservación de un estado de derecho (*rule of law*) no puede depender de la eliminación de este tipo de discreción inevitable. Una **segunda variante** acerca de la discrecionalidad, a la que denomino **discreción regulada**, ocurre cuando, según Caracciolo, los jueces deciden cuando las normas son las que permiten optar entre varias alternativas dentro de un ámbito definido. Dentro de este marco establecido, cualquier decisión constituye una respuesta jurídicamente correcta y la afirmación de que los jueces “pueden” decidir de esta manera, significa que una norma permite o autoriza esa elección. Un **tercer sentido** de discrecionalidad judicial, que llamaré **discreción delegada**, es el que ocurre cuando los jueces están facultados para actuar discrecionalmente cuando el legislador les faculta

la elección del contenido de la decisión, caso por caso. Hasta aquí, he señalado tres criterios que, según Caracciolo, no resultan problemáticos, al menos, en teoría. En lo que sigue, me enfocaré en dos últimos criterios que, de acuerdo a Caracciolo, deberían generarnos mayores problemas.

En un **cuarto criterio**, Caracciolo afirma que sólo se puede decidir discrecionalmente, esto es, según una valoración propia, cuando el derecho preexistente no suministra respuesta alguna para el caso que hay que resolver. En estos casos, no existe una respuesta correcta previa y los jueces tienen que ejercer, entonces, lo que se denomina **discreción fuerte**. La alternativa consistiría en omitir la decisión. Esta situación puede resultar de la ausencia de una regla o norma aplicable o bien de la “textura abierta del lenguaje” señalada por H. L. A. Hart. En estos casos, también es imposible predecir el contenido de las decisiones, salvo la afirmación tautológica según la cual la decisión del juez será A o no-A.

En un **último caso**, Caracciolo señala que la decisión discrecional se opone a una decisión que se pueda adoptar mecánicamente. Estamos ante la denominada **discreción débil**. Particularmente, Ronald Dworkin señala que la mayoría de los casos que versan sobre cuestiones constitucionales, sea cual sea la respuesta correcta, son asuntos controvertidos sobre el que se puede discrepar razonablemente. Sin embargo, ello no significa indeterminación del derecho, como en el caso anterior, sino la exigencia de ingresar en una deliberación compleja para alcanzar la decisión exigida por el derecho. Según Dworkin, este tipo de discreción es inevitable, porque la respuesta correcta en los casos controvertidos resulta de un tipo especial de estándares, los principios que no determinan las decisiones en forma concluyente, a la inversa de lo que ocurre, con las reglas o normas generales.

La posibilidad de conocer anticipadamente las decisiones de los jueces —un requisito incorporado en la descripción de Caracciolo de la idea del *rule of law*— depende de que aquéllas puedan constituir aplicaciones de pautas generales de conducta. Esta afirmación se armoniza perfectamente con los criterios establecidos en el principio de legalidad, esto es, las exigencias que pueden hacerse sobre las normas jurídicas (que sea escrita, clara, previa, etc.). En este sentido, las soluciones *ad hoc* —o sea, para el caso concreto— no pueden preverse. De acuerdo con ello, se pueden evaluar los distintos sentidos en los que una decisión judicial puede ser “discrecional” por su compatibilidad con esta exigencia. La libertad de

actuar ilegalmente, en el sentido indicado previamente, constituye un caso límite y es imposible erradicar por razones conceptuales. Sobre esto, Caracciolo señala que la subsistencia de un estado de derecho no depende solamente del tipo de organización normativa de la función judicial. Sin embargo, es claro que el incumplimiento masivo conduce al colapso de cualquier sistema de normas. De este modo, la estabilidad a lo largo del tiempo depende de que los jueces no decidan como una cuestión de hecho, de acuerdo a sus propios criterios, y se guíen se acuerdo a las normas establecidas, según la descripción que efectúa Caracciolo (en especial en lo que respecta a la **discreción regulada** y la **discreción delegada**). No obstante, esta discreción, no sólo es compatible con la idea de legalidad sino que precisamente, presupone la posibilidad de formular juicios de corrección en relación con las decisiones de los jueces.

Acerca de la discreción dentro de un marco cerrado de alternativas, el hecho de que los jueces tengan o no discreción es una función del contenido de cada sistema jurídico y no cabe formular una tesis general, a la inversa del caso anterior. En supuestos de este tipo, la posibilidad de precedir la respuesta correcta se reduce pero no se elimina: si es que los jueces respetan el marco de posibilidades legalmente autorizado, se sabe de antemano que la alternativa elegida estará incluida en ese ámbito (**discreción regulada**). De este modo, puede admitirse que este tipo de discreción es todavía compatible con el *rule of law*. No ocurriría lo mismo si la autorización careciera de límites y se tratara de otorgar una confianza amplia para adoptar cualquier decisión, **discreción delegada**, porque entonces es imposible predecir las decisiones sobre la base del contenido del derecho. Caracciolo afirma que cuando las pautas generales no suministran respuesta alguna para un caso individual, los jueces no pueden sustentar su decisión en el derecho. Sólo pueden hacerlo discrecionalmente, en un sentido de imposibilidad empírica (**discreción ilegal**): su existencia no depende de una facultad, autorización o delegación concedida por una norma. Así, la presencia de casos no previstos en los que las decisiones tienen que resultar de una elección discrecional en este sentido, no se puede inferir que el derecho les conceda semejante autorización.

Hasta al momento, me limité a analizar diferentes tipos de discreción planteados por Caracciolo y sus implicancias bajo un cierto ideal de *rule of law* definido al comienzo del texto. Sin embargo, es aquí donde él plantea el dilema que analiza en su trabajo, señalando que la distinción es

importante a la hora de discutir si, de acuerdo con la idea del *rule of law* propuesto, se debe erradicar o no la discreción judicial: si se la entiende en los sentidos de la **discreción regulada** y **discreción delegada**, depende del diseño institucional de la función judicial. De este modo, a mayor discreción otorgada a los jueces, menor posibilidad de anticipar el contenido de sus decisiones y, por consiguiente, menor satisfacción del ideal político del *rule of law*.

Por otra parte, que el juez tenga que decidir discrecionalmente en **sentido fuerte** es un resultado de la indeterminación del derecho. La discusión teórica se centra entre aceptar la idea **hartiana** de que la textura abierta del lenguaje (y por ende del derecho) es inevitable, lo cual lleva a la conclusión de que el derecho es parcialmente indeterminado o, por otro lado, si se adoptara el escepticismo radical acerca de las reglas, sostener que todas las decisiones tendrán que considerarse discrecionales y ningún diseño institucional podrá en ambos supuestos eliminar la discreción. En el primer caso, la exigencia normativa del *rule of law* sólo se puede satisfacer parcialmente. En el segundo, la exigencia constituye un ideal imposible de alcanzar: los jueces no pueden vulnerar las reglas en los casos difíciles porque no existe regla aplicable, ni respuesta jurídicamente correcta disponible.

Según Dworkin, y contrariamente a lo que señala Hart, no existe indeterminación en el derecho porque las respuestas jurídicamente correctas no provienen solamente de las reglas o normas generales, sino que hay que incluir en esa función a los principios, estándares que también establecen el deber de los jueces de dictar sentencias con contenidos definidos. De este modo, la idea de que la discreción fuerte no es eliminable sería consecuencia de una errónea concepción del derecho. Si se la corrige, el ideal del *rule of law* —esto es, la chance de conceder de antemano al ciudadano cuáles serán las respuestas correctas—, se puede perseguir racionalmente admitiendo sólo otro tipo de discreción, la “débil”.

Caracciolo asume esta posición y se pregunta acerca de la posibilidad de que sea suficiente para asegurar la satisfacción de la condición de predicibilidad de la respuesta jurídicamente correcta, esto es, la que deben procurar alcanzar los jueces en sus sentencias. De esto depende la elucidación de la naturaleza de los principios. En este sentido, afirma (y asume) que las respuestas correctas en los casos “fáciles” provienen de las

“reglas” y que esas respuestas, en los casos “difíciles”, son suministrados por los “principios”. Los casos difíciles son aquéllos en los que no existe una respuesta correcta, lo que se pretende eliminar a través de la incorporación de principios. Así, mientras que las reglas determinan en forma concluyente un resultado, los principios sólo constituyen razones en favor de una cierta respuesta. Las respuestas son previsibles para las reglas y son aplicables si se tienen de hecho las condiciones de aplicación, porque esas condiciones diseñadas en forma general describen una clase de situaciones, de manera que la respuesta para cada caso incluido allí, está prevista de antemano.

No ocurre lo mismo con la aplicación de un principio: la respuesta que se suministra es correcta sólo *prima facie*. *Prima facie* significa que la información relevante es incompleta: el principio sólo suministra el material inicial que tiene que ser utilizado como punto de partida para determinar cuáles son aquellas otras condiciones que tornan concluyente a la respuesta. La deliberación en la que consiste la “discreción débil” tiene, entonces el propósito de identificar esa regla o pauta general y una vez que se establece que cierta circunstancia presente en un caso individual es relevante para determinar la respuesta, esta conclusión tiene que generalizarse a todos aquellos supuestos en los que se presente semejante circunstancia. Esta generalización es la que permite predecir el contenido de las decisiones judiciales correctas.

Esta forma de entender los “principios”, según Caracciolo, conserva la capacidad del derecho de satisfacer el ideal del *rule of law*, pero al costo de relativizar al máximo la distinción entre reglas y principios: la diferencia sólo vendría a consistir en la forma explícita o implícita en que se presentan las reglas en el derecho. La función del juez, en cualquier supuesto, con mayor o menor dificultad, vendría a consistir en su búsqueda de la respuesta correcta, en determinar cuál es la regla aplicable al caso. Pero si ello es así, y la discreción fuerte es una consecuencia inevitable de la naturaleza de las reglas, la incorporación de “principios” no sirve para eliminarla.

La diferencia parecería ser el peso que se adjudica a los principios (y no a las reglas). Es esta la noción que está dirigida a explicitar la idea de *prima facie* de otra manera porque da cuenta del hecho de que varias respuestas suministradas por distintos principios pueden estar en conflicto. Es por ello que no se tienen aquí respuestas concluyentes. Cualquiera que sea la

respuesta final correcta depende del “peso” de cada principio en relación con el caso individual en el que se presente el conflicto. Es entonces que *prima facie* significa que la respuesta que resulta de cada principio vale en tanto no sea superada, en “peso”, por otro principio. Encontrar la respuesta correcta involucra la **discreción débil**, es decir, un tipo de deliberación práctica que va más allá de la mera determinación de condiciones de aplicación. Para evitar el colapso de esta alternativa en la anterior, habría que admitir que la respuesta correcta en un caso individual que depende del peso relativo de cada principio involucrado, **no puede generalizarse**. En otras palabras, las características de cada supuesto que determinan la primacía de una respuesta sobre otras, sólo son relevantes en ese caso: la respuesta correcta es, señala Caracciolo, **particularista**. En este sentido, en cuanto es imposible predecir sobre las características de supuestos de conflictos de principios, es también imposible predecir la respuesta correcta en cada uno de esos conflictos.

2 |

Esta detallada argumentación que he intentado reproducir conduce a la paradójica conclusión de que, por un lado, parece claro que la inclusión de los principios en la decisión judicial elimina la discreción fuerte, en cuanto asegura, en cualquier caso, una respuesta jurídicamente correcta. Sin embargo, es esta misma inclusión que permitiría obtener respuestas correctas, lo que elimina la posibilidad de satisfacer la exigencia de previsibilidad de las decisiones correctas, incluida en el ideal del *rule of law*. La discreción débil, que tiene que ver con la aplicación de principios, también es incompatible con ese ideal.

Sin embargo, las conclusiones a las que arriba Caracciolo son algo menos dramáticas que la tensión que muestra su argumento. Caracciolo admite que no se puede concebir de la misma manera la aplicación de una Constitución cuando se trata de resolver un conflicto de derechos, todos concedidos *prima facie* mediante los principios incorporados en las cláusulas constitucionales, dado que allí no es posible arribar a soluciones generales, como sí lo sería en una legislatura democrática. Esta postura de Caracciolo se contrapone a la posibilidad de tratar los supuestos de indeterminación parcial del derecho, en los que los jueces deberían suspender el juicio, en vez de adoptar decisiones discrecionales, para que la

legislatura determine en forma general cuál es la solución jurídicamente correcta. Esta circunstancia tiene como consecuencia que el *rule of law* no pueda ser satisfecho de manera generalizada, lo cual refuerza la necesidad de preservar otra dimensión de esa exigencia normativa a través de la actuación de los jueces, quienes vendrían a constituir una herramienta necesaria para preservar la garantía de la defensa en juicio.

Alguien podría discutir la relevancia que le asigna Caracciolo a los resultados de las decisiones judiciales como orientadores de conductas necesarios dentro de un estado de derecho. Al respecto, la pregunta sería si este mandato de certeza que Caracciolo le asigna, también a las decisiones de los jueces, no es una ampliación infundada de las obligaciones que les caben sólo a los legisladores. Mi impresión es que sí. El argumento que presenta Caracciolo no me resulta convincente, al menos en los extremos en los que lo presenta. Pero vayamos por partes: en primer lugar, me gustaría mostrar que habría casos en los que, pese a que los jueces no se encuentren en las mejores condiciones para resolver una controversia debido a los problemas que presenta una norma, la posibilidad de que el legislador clarifique suficientemente la norma también es de imposible cumplimiento. Mi interés aquí estará en mostrar qué alternativas tiene un juez ante una situación semejante y cuál debería, finalmente, llevar adelante. Quisiera pensar estos problemas en la resolución de conflictos desde los casos que se presentan en el derecho penal, sólo para dramatizar la tensión, dado que es allí donde los problemas de indeterminación y la violación del *rule of law* tendrían otras consecuencias —seguramente, bastante más gravosas que en otros ámbitos del derecho—. ⁽⁴⁾

Es posible señalar que uno de los requisitos del *rule of law* vinculado con el derecho penal es el principio de legalidad penal. De este modo, es requisito constitucional (art. 18 CN) que la asociación normativa de una pena a una persona requiera como condición necesaria (aunque no suficiente) que ésta haya ejecutado un hecho previamente identificado como punible por la ley. En efecto, la ley penal debe prescribir un hecho y asociarlo a una pena. El hecho en cuestión y la pena deben ser reconocibles —es decir, posibles de ser conocidos— y por eso la ley debe ser anterior, lo cual signi-

(4) Sobre esta discusión, véase los recientes trabajos de Bacigalupo (2012) y Sarraýrouse (2012).

fica que cada ciudadano en particular pueda calcular jurídicamente antes de decidir qué ha de realizar y qué consecuencias normativas la ley ha asociado a ciertos hechos (Spolansky, 1995: 215). El principio de legalidad penal, como he señalado, es tradicionalmente establecido con el postulado *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Está claro que, sin perjuicio de que en un mundo en el que los acuerdos morales son los que se expresan en normas jurídicas, el resultado de esa transformación debe ser comunicada a los ciudadanos por adelantado para que tengan en cuenta qué conductas pueden desencadenar una sanción penal y qué conductas no.⁽⁵⁾ Muchas de estas conductas afectan a prohibiciones básicas, tales como el homicidio o el robo y son consideradas prácticamente por todos como conductas punibles; pero otras, como el lavado de dinero y la evasión tributaria, no son tan claramente punibles, y es aquí donde el principio de legalidad cumple una función de advertencia previa cuyo incumplimiento origina la posibilidad de ser llamado a defenderse de una acusación pública (Duff, 2002: 99). Sin embargo, la cuestión principal que debo plantear aquí tiene que ver, siguiendo el argumento de Caracciolo, con la posibilidad de asegurar, en alguna medida, la aplicación irrestricta del principio *nullum crimen*, la cual se enfrenta directamente con la posibilidad de arribar a la solución justa en muchos casos.

En este sentido, una cuestión previa a tratar es determinar, sencillamente, cuáles son los requisitos mínimos que debemos exigirle a la ley penal para que su comprensión sea posible y para que, en consecuencia, su aplicación sea justa. Asimismo, qué elementos deberían conformar las leyes penales y qué elementos deberían ser dejados sin determinar para que sean establecidos por el juez en el caso en concreto. El problema se plantea en los siguientes términos: **a mayor generalidad del objeto regulado por una disposición legal, menor será la exactitud o precisión que debe alcanzar la determinación de la ley; mayor también será en cambio, la capacidad del aplicador del derecho de realizar interpretaciones que complementen el sistema de imputación sólo establecido en la**

(5) Roxin, por su parte, interpreta la regla *nulla poena sine lege*, considerando no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también, la clase de pena y su posible cuantía estén legalmente fijadas antes del hecho. Ver Roxin (2003: § 5/4 y ss.).

ley en algunos puntos "fijos" (Sancinetti, 2003: 17). Si uno acepta que la exigencia constitucional a la que hago referencia importa determinar, de una manera clara y precisa, los hechos punibles de forma tal que no hubiera ninguna duda o discusión posible a la hora de determinar si una conducta concreta es o no punible, parecería que uno debería concluir que, en la medida en que no se abandone el lenguaje natural, el mandato del "*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*" nunca podría ser cumplido. En su caso, la otra opción es aceptar la decisión judicial, sin más. Como puede verse, estamos nuevamente ante la incertidumbre que planteara Caracciolo en su trabajo.

Estas dos alternativas me llevan, de todos modos, a preguntarme si la decisión de tomar alguno de los dos caminos le quitaría legitimidad a cualquier sanción penal que impusiera el Estado. La respuesta es que no necesariamente debe ser así, aunque al momento de tener que decidir si determinada norma es aplicable o no a un caso ubicado en la zona de penumbra de su significado, es innegable que muchos casos quedarán inequívocamente dentro o fuera del ámbito de aplicación de la norma. Así, hay casos en los que evidentemente la indeterminación de la ley es tan "clara" que el Juez que deba resolver la cuestión, debería no aplicar una sanción penal. Sin embargo, me gustaría mostrar un caso en el que quizá no fuera posible tomar ninguna de estas dos posibilidades, o al menos, no como lo ha planteado Caracciolo en su texto.

3 |

Quisiera discutir un caso y analizar los argumentos que utilizaron los jueces para resolverlo. Hace un tiempo, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, dictó un fallo que puede ser utilizado para estudiar este problema.⁽⁶⁾ En esa oportunidad, se confirmó el procesamiento sobre dos imputados como coautores del delito de robo con arma en grado de tentativa. Los imputados habían intentado apoderarse de un juego de llaves y un par de zapatillas mediante la utilización de una botella de vidrio y una baldosa. Para decidir, los jueces tuvieron que

.....

(6) CNCrim. y Correc., Sala I, 06/05/2004, "A., M. G. y otros", publicado en el diario *La Ley* del 23/06/2004. Los jueces que votaron fueron Gustavo A. Bruzzzone (en disidencia parcial), Edgardo A. Donna y Carlos A. Elbert.

tomar partido respecto de si tales elementos eran “armas” en los términos del art. 166, inciso segundo, del Código Penal. De la lectura de sus votos se puede ver que los jueces discuten sobre dos posibles definiciones del término “arma”. Tales definiciones serían las de “arma propia” y “arma impropia”. Las dos definiciones son explicadas en su voto por el juez Donna:

“...por arma propia debe entenderse aquellos instrumentos que han sido fabricados *ex profeso* para ser empleados en la agresión o defensa de las personas y por arma impropia, debe entenderse, aquellos instrumentos que han sido fabricados con otro destino, pero que en el caso, tienen un poder ofensivo capaz, *ex ante*, de lesionar a una persona o de darle mayor poder ofensivo, como ser un pedazo de vidrio, un palo de ciertas dimensiones etc.”.

Misma distinción hizo el juez Elbert al momento de dictaminar; él dijo que: “...es arma tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa (arma propia) como el que, eventualmente, por su poder ofensivo puede utilizarse para ese fin (arma impropia)”. Por su parte, el juez Bruzzone, en voto en disidencia, sostuvo algo diferente explicando que:

“...la utilización de una botella y una baldosa, para concretar el desapoderamiento padecido por la víctima no puede ser considerado *robo con armas*, porque esos objetos no son, técnicamente, armas, simplemente porque no lo son. Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma...”.

Fácilmente se advertirá que, en el contexto del fallo citado, la palabra “arma” es vaga ya que alude a distintos conjuntos de características definitorias; esto se ve claramente si se tiene presente que la designación de una palabra determina los casos denotados por ella. Para los jueces Donna y Elbert (que, en este caso, conformaron la mayoría) el concepto “arma” utilizado en el art. 166, inc. 2, Código Penal denota ciertos objetos llamados por la dogmática como “armas propias” y “armas impropias”. Para el Juez Bruzzone el concepto “arma” utilizado en la ley sólo denotaría a las llamadas “armas propias”. Viendo estas opiniones encontradas, debería preguntarme qué

criterio se debería utilizar para determinar cuál es el significado de la palabra "arma" incluida en la ley.

Parece claro que si se pretende que los ciudadanos conozcan qué conductas les están permitidas o prohibidas, es importante que el lenguaje legal recoja las distinciones que se presentan en el lenguaje común. De esta manera, el objetivo de que todos los destinatarios de las normas puedan saber qué es lo que está prohibido no se tornará ilusorio. No obstante, hay situaciones en las que, aun siguiendo esa directiva, el intérprete, en este caso el ciudadano, no podría optar con seguridad. El caso del término "arma" es uno de ellos. Sin duda, las personas cotidianamente ubican bajo esa categoría las llamadas "armas propias", más concretamente los instrumentos creados para un fin determinado: agresión/defensa. Sin embargo, también podrían describir la utilización de las "impropias", como armas. No hay que olvidar aquí que el significado usual de una palabra no se determina sólo por su utilización efectiva sino también por la disposición de la gente a admitir o rechazar o criticar un hipotético uso del término.

Concretamente, un ciudadano no puede ajustar su conducta a derecho cuando los conceptos utilizados para resolver los casos concretos son tan indeterminados. En el fallo, el juez Bruzzone toma una definición técnica de arma, pero no explica de dónde la extrae. El juez Donna, por su parte, sostiene que la definición por él adoptada respeta la voluntad del legislador pero no explica cómo llega a determinarla. La propia definición de "arma impropia" utilizada por los jueces Donna y Elbert es demasiado vaga como para poder transmitir una certeza necesaria como le inscribe Caracciolo al *rule of law*. Así, la idea expuesta por ambos de que el "arma impropia" es cualquier elemento que brinde mayor capacidad ofensiva es demasiado amplia; en esta medida, prácticamente cualquier cosa puede ser una "arma impropia", incluso un manual de derecho penal. La definición que, finalmente, se le dé a un término utilizado en una ley necesariamente modificará el alcance de la norma formulada a través del texto y, con ello, nuestras conductas si deseáramos adecuarlas al derecho ahora vigente. En casos como éste, la discreción lejos de ser débil o fuerte se parece más a una ilegal o delegada. Las consecuencias en el derecho penal, por diversas razones, son lo suficientemente graves para justificar un análisis estricto de la cuestión. Así, y particularmente, en el conjunto normativo que constituye el derecho penal, cualquier mo-

dificación puede traer consecuencias sumamente drásticas. En el caso del fallo que comento: la aplicación del tipo penal agravado del art. 166, inc. 2 CP prevé, como máximo, una pena de nada menos que de 15 años de prisión, frente al máximo establecido para el robo simple que se fija en 6 años.

Habiendo llegado a este punto, se abren un sinfín de dificultades. Cada una de estas definiciones que fueron presentadas sufre también, por efecto de la textura abierta del lenguaje, un marco de imprecisión donde la aplicación de la palabra a un caso concreto se hace sumamente difícil. Esto es así dado que los términos que se utilizan en las definiciones en cuestión también son vagos y ambiguos. Si tuviéramos la posibilidad de legislar sobre el punto, aunque también decidir sobre la norma existente, uno debería preguntarse, por ejemplo: ¿cuáles son los criterios utilizados para considerar a una botella como un arma? En este caso, deberíamos tener un criterio lo suficientemente claro para evitar considerar que una persona que concurre a un supermercado y compra varias botellas para realizar una fiesta en su casa es un posible agresor. Alguien podría decir que el ejemplo es absurdo. Podríamos reconocer la crítica y circunscribirlo sólo a su utilización o su posible utilización. En este punto, la acción voluntaria llevada a cabo por el sujeto es relevante. Sin embargo, el criterio para considerar que cualquiera que levanta una botella hacia otro sería un agresor, también es demasiado amplio. Habría que considerar el tipo de botella, su tamaño, su peso, etc. Si no fuera su carácter intrínseco, sino su uso específico, cabría preguntarse si un revólver tiene más utilidades que la defensa o la agresión, lo cual nos lleva de nuevo a la pregunta inicial. Tomando el caso de la baldosa, por ejemplo, habría que considerar en qué momento, de qué modo y las circunstancias precisas en las que van a dotar al agresor de mayor poder ofensivo. Así, y considerando esto, el uso de una baldosa de unos pocos centímetros contra un grupo de cinco personas no otorgaría a alguien mayor poder de agresión.

Todas estas dudas darían fundamento para sostener que, por el principio jurídico "*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*", el hecho punible debe ser descrito de forma tal que el marco de penumbra no sea sumamente amplio. Aquí se presenta, sin duda, cierto conflicto: por un lado, el mandato de certeza exige la mayor precisión posible —ello seguramente se lograría enunciando todos los casos posibles—; pero, por otro, conlleva el riesgo de que numerosos supuestos que sin duda entrarían en el campo de aplicación de una clase de conductas sancionadas penalmente queden

excluidos por no habérselo previsto expresamente. Asimismo, el legislador tampoco puede prever todo el espectro de conductas que pueda llevar a cabo un ser humano (la propia evolución humana así lo indica); aún en el caso de que esto fuera posible, es muy dudoso que una ley determinada pueda ser comprendida (y cumplida) si cada artículo abarca varias páginas y, además, si la ley en sí misma alcanza dimensiones inabarcables. El problema nos sitúa en una posición difícil. Por un lado, existe una cuestión fáctica innegable: el tipo penal difícilmente puede prever todas las alternativas posibles de todas las conductas; por otro lado, sacrificar en su totalidad el principio de legalidad tampoco resulta plausible. Es cierto que, como he señalado, el marco de penumbra temido no es la regla habitual dentro de la legislación vigente. En apariencia, se trata más bien de casos marginales y concretos.

4 |

Dejemos de lado la posibilidad de legislar y situémosnos en la posición de los jueces del caso. Sería posible criticar la posición de la mayoría fácilmente, por su falta de fundamentación y por la aplicación de una categorización *ad-hoc* que tiene como objetivo imponer un castigo más grave. El voto del juez Bruzzone se orientó teniendo en cuenta esta circunstancia; sin embargo, su argumentación también es particularista.⁽⁷⁾ Pero, más allá de lo que uno pueda decir de la decisión de los jueces, la pregunta es qué podrían haber dicho sobre el caso.

Una primera opción es pensar el caso desde la ponderación de principios. Retomando algunas de las preocupaciones de Caracciolo en su texto, algunas de sus afirmaciones se presentan en la discusión más moderna de la llamada teoría de los principios defendida por Robert Alexy, para quien **la ponderación** es la forma específica de aplicación de los principios (Alexy 1985: 71). En el caso en concreto, habría que determinar cuáles serían los principios en juego para la aplicación de la agravante del uso de armas y cuál sería su peso. Por un lado, claramente el principio de culpabilidad. Del resumen del caso, se establece que al cometer el robo, el agresor utilizó una botella y una baldosa, lo cual debe ser ponderado contra el otro principio en juego: como vimos, es el principio de legalidad penal. La ponderación podría

(7) Recientemente estas opiniones han sido resumidas también en Bruzzone (2012).

determinar aquí que, en el caso en concreto, tiene más peso el principio de legalidad penal, por lo cual, la agravante no debería ser aplicado. Si consideramos, por un lado, la indeterminación de la palabra “arma”, y teniendo en cuenta que, pese a todo, el principio de culpabilidad estaría asegurado ya con el castigo por el robo, la agravante debería dejarse de lado. El argumento, claro está, es la indeterminación del concepto de “arma” en abstracto y, en particular, en este caso en concreto.

Entiendo que es posible advertir que, en todas las variantes y los argumentos que presenté, la casuística es relevante, tal como lo advirtió Caracciolo respecto de la ponderación también. Quizá habría que admitir que Caracciolo está en lo correcto al presentar su dilema. Sólo resolviendo caso por caso, se podrá llegar a una solución correcta. Sin embargo, en todos los casos, la resolución tampoco nos otorga ninguna certeza para el comportamiento futuro o, al menos, no con la generalidad a la que se refiere Caracciolo en su trabajo. En definitiva, si se resolviera no agravar el robo por el uso de una baldosa y una botella de vidrio, sólo podríamos considerar que sólo esta forma de atacar a alguien no es más grave que hacerlo sin ningún elemento extra. Por lo demás, la exigencia se trasladaría hacia el poder legislativo para que resuelva esta controversia. La cuestión es que, desde este punto de vista, lo que puede hacer el legislativo es bastante poco. Por el momento, se me ocurre que podría establecer específicamente que el robo con una baldosa y un vidrio debe ser considerado como un agravante, decidir que esta forma de robo no puede agravar, o decir que sólo el robo con determinados elementos —por ejemplo, un arma de fuego o un cuchillo— constituyen agravantes. Ello, obviamente para que sean considerados dentro de la llamada **discreción delegada**. Las opciones contrarias sólo nos pondrían en el marco de una **discreción ilegal**, en los términos de Caracciolo.

5 |

En este punto sería posible decir que casos como el que presenté previamente no pueden ofrecer soluciones plausibles, ni desde el punto de vista del legislador ni desde el punto de vista del juez. Sin embargo, la plausibilidad de la solución la estoy haciendo depender de la exigencia de Caracciolo, vinculada con su propia definición del *rule of law*.⁽⁸⁾

(8) En un sentido similar a Caracciolo, pero centrados en un aspecto específico del esto es, el principio *nullum crimen sine lege*, ver Alchourrón/Bulygin (1971: 196).

En general, el punto de vista de Caracciolo es compartido, quizá con mayor optimismo por algunos penalistas. Por ejemplo, Claus Roxin señala que la forma de poder interpretar ciertas leyes penales, debe efectuarse siempre en el caso en concreto. Agrega que se sostiene a partir de la idea de que **el legislador crea con el tenor literal de un precepto** un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez, quien por otra parte, efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (Roxin, 2003: §5/28). Propuestas como las de Roxin intentan zanjar una discusión antigua, mediante una formulación intermedia, entre la teoría subjetiva de la interpretación que atiende a la voluntad del legislador histórico y la teoría objetiva, que considera decisivo el sentido objetivo de la ley, independiente de aquél y que en su caso puede irse modificando (Roxin, 2003: §5/32).⁽⁹⁾ Acerca de esta cuestión, por ejemplo, también Luigi Ferrajoli refirma la intuición de Caracciolo, pero no advierte las consecuencias trágicas que la casuística le asigna al *rule of law*, señalando que un modelo penal garantista resulta en gran medida ideal, en parte porque la realidad determina en cada caso algo distinto. De este modo, Ferrajoli señala que el juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. Agrega que la idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde a una ilusión metafísica (Ferrajoli, 1998: 38).

Sin embargo, si tomamos objetivos más modestos, la circunstancia común en estos casos es que el *rule of law* no puede ser satisfecho ni por la norma, ni por la decisión judicial. No es posible en ningún caso definir con precisión qué es un arma. Dejando de lado las armas de fuego, cualquier otra cosa podría ser un arma. No habría posibilidad, por un lado, de legislar un concepto semejante y, por el otro, tampoco de tomar en cuenta definiciones de casos concretos que surjan de resoluciones judiciales. En casos

(9) Sin embargo, el intento de este autor resulta igualmente difícil de ser llevado a la práctica. Así lo demuestran los ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana, elegidos para ejemplificar su formulación: quien lesiona a otro mediante la utilización de ácido clorhídrico responde por "lesiones con armas" según la establecido por el §223a, del StGB (Código Penal Alemán), en virtud de que el lenguaje corriente maneja el concepto de "arma química"; mientras que no responde quien golpea a otro contra una pared, contra el suelo firma o mediante la utilización de una roca.

como éste, cualquier ciudadano no podría anticipar cuál debería ser su comportamiento para evitar que, siguiendo el delito del caso discutido, un robo sea agravado por el uso de algún elemento que pueda ser caracterizado como un arma. La pregunta que hay que hacerse es si, en casos como estos, lo que queda desvirtuado es el *rule of law*, con la correspondiente consecuencia de asumir que el punto de vista de Caracciolo no es defendible en estos casos o de determinar que la pretensión del *rule of law* de Caracciolo es demasiado estricta. Por un lado, es cierto que es necesario saber cuáles son las conductas que nosotros como ciudadanos podemos llevar adelante y cuáles no. Habría una amplia cantidad de conductas que, siguiendo intuiciones morales compartidas, están prohibidas, actos que de por sí son siempre inherentemente malos como matar a otro (*mala in se*). Entre ellos, por ejemplo se encuentran delitos tales como el homicidio, el robo, la violación, entre otros. Por otra parte, hay delitos que quizá requieran de alguna explicación adicional, incluso difícil de precisar en una norma jurídica, esto es, conductas que serán o no prohibidas a partir de cierta decisión legislativa, como el lavado de dinero (*mala prohibita*).⁽¹⁰⁾ En definitiva, la pretensión de Caracciolo es demasiado exigente para que su cumplimiento pueda producirse efectivamente. Sin embargo, el problema que plantea en su trabajo no sólo nos daría la posibilidad de pensar el problema específicamente vinculado a delitos determinados que conllevan problemas relacionados con la criminalización de conductas y la aplicación de un castigo penal, sino que también nos sugiere la posibilidad, ante circunstancias como éstas, de reflexionar sobre conceptos como el de *rule of law*. Es así que, quizá, la forma de pensar el *rule of law* deba ser acotada a lo que nuestro propio lenguaje nos permite lograr. Ésta sería, según entiendo, una forma de resolver esa tensión que Caracciolo nos presenta al comienzo del trabajo. Quisiera ampliar un poco esta respuesta.

Siguiendo esta intuición, nuestra pretensión al respecto debería ser más moderada. Esta idea tendría como consecuencia pensar en ciertas reglas básicas que permitan orientar el comportamiento de los ciudadanos, al menos parcialmente. En el derecho penal, la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* puede ser de utilidad. Quizá no sea necesario conocer distintas alternativas que se preveen para el homicidio; bastaría con que la comunidad esté de acuerdo en que matar a otro es algo reprochable.

.....
(10) Sobre esta distinción ver Duff (2007) y Husak (2008).

Otras variantes pueden ser introducidas también en la discusión, como la violencia de género y algunas agravantes particulares. Sin embargo, es probable que no sea necesario que una norma o un juez transmitan concretamente los requisitos que debe tener en cuenta para evitar incurrir en el delito de lavado de dinero: sería suficiente con que, someramente, cada uno de nosotros sepa de qué se trata la conducta y se busque la forma de legislarla de forma clara y sencilla. Si partimos de la idea de que son nuestros acuerdos morales y políticos los que se materializan en las normas jurídicas, la cuestión sería bastante más sencilla. En definitiva, todos sabremos de qué hablamos cuando hablamos de lavar de dinero o estaríamos de acuerdo en que matar a otro es incorrecto. En esta discusión sólo importan las normas; sin embargo, el acuerdo moral previo es el que determina qué está prohibido y qué no.

Este precompromiso democrático quizá también nos haría vincularnos más fuertemente con nuestras propias decisiones y evitaría buscar en el otro la responsabilidad por determinadas circunstancias legales. En definitiva, una idea fuerte de democracia implica que los ciudadanos se reconozcan en las normas que rigen sus conductas, en principio porque han participado deliberando, discutiendo y estableciendo qué está prohibido y qué permitido en una comunidad determinada. Si existen esos acuerdos políticos y morales, la cuestión normativa estará clara y, posiblemente, los problemas legales se reduzcan notablemente.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1971.
- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1985.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, “Sobre la Justicia y la Seguridad Jurídica en el Derecho Penal”, en Juan Pablo Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- BRUZZONE, GUSTAVO, “Acerca del concepto de arma impropia” (prólogo), en Cristian Penna, *Robo con armas y armas impropias*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.
- CARACCILO, RICARDO, “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, en AAVV, SELA 2000, *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- DUFF, R. A. , “Crime, Prohibition, and Punishment”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, n° 2, 2002.

- DUFF, R. A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 3º ed., Perfecto Andrés Ibañez et. al (trads.) Madrid, Trotta, 1998 [1989].
- HUSAK, DOUGLAS, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Luzón Peña et. al. (trad.) Madrid, Civitas, 2003.
- SANCINETTI, MARCELO, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, edición bilingüe, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- SARRABAYROUSE, EUGENIO, “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en Juan Pablo Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- SPOLANKSY, NORBERTO, “El hecho criminal y los destinatarios de la ley”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, n° 1, Córdoba, 1995.

Reglas y conocimiento⁽¹⁾

Comentarios sobre el conocimiento de normas en R. Caracciolo

por **HERNÁN G. BOUVIER**⁽²⁾

I |

Voy a realizar algunos comentarios al análisis que hace Ricardo Caracciolo sobre el problema del conocimiento de normas en el texto "Conocimiento de normas" (Caracciolo, 2009, de ahora en adelante CN). El texto se ocupa de la posibilidad de conocer reglas y en especial de si es posible sostener al mismo tiempo cierta concepción sobre las reglas y la pretensión de conocerlas de manera "objetiva". El punto que aborda Caracciolo es de central importancia. Si no es posible conocer normas entonces una actividad teórica dirigida a ese objetivo carece de sentido.

Voy a comentar, de manera previa, algunos aspectos de lo que podría llamarse el contexto de escritura y aparición del texto de Caracciolo. Esto es relevante porque hay importantes puntos de contacto entre la idea sostenida por Caracciolo y la sostenida por Kripke y porque los textos fueron producidos casi de manera contemporánea. Sin embargo, no creo que

.....

(1) Trabajo seleccionado de los presentados en el *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

(2) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Doctor por la Universidad de Génova (Italia). Docente de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de CONICET (Argentina).

los textos se ocupen del mismo problema. Luego de indicar los puntos en que los textos no se parecen me centraré en la idea de Caracciolo para indicar algunos problemas. En este sentido me interesa señalar dos cosas: por un lado, cuestiones relacionadas con la teoría del derecho en general y cómo se concibe la actividad de la teoría del derecho según cierto punto de vista; por el otro, indicar algunas tensiones que surgirían dentro de la obra de Caracciolo si se asumen todos los puntos que se siguen de CN.

2 |

“Conocimiento de normas” fue publicado por primera vez en idioma alemán en el año 1994 en *Rechtstheorie* con el título “*Überlegungen zur Normenerkenntnis*”. Podríamos traducir el título como “Consideraciones sobre el conocimiento de normas” o “Reflexiones sobre el conocimiento de normas”. Tal como se aclara en la versión castellana del 2009, aunque fue publicado recién en 1994, CN fue presentado en el primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho en octubre de 1982. De manera apretada, podría decirse que se presentó oralmente en castellano en 1982, se publicó en alemán en 1994 y su publicación en castellano recién llegó en 2009.

El texto se ocupa en el año 1982 del tema relacionado con cómo leer Wittgenstein y el problema del seguimiento de reglas, arribando a conclusiones similares a las de Kripke en un libro aparecido el mismo año (Kripke, 1982).⁽³⁾ Según entiendo, quienes conocen la génesis y contenido de ese artículo consideran lo siguiente: que el texto coincide con algunos puntos de Kripke, pero no lo sigue. Es decir, fue escrito sin conocimiento de la lectura que hace Kripke de Wittgenstein. Digamos que coincide con (pero no sigue a) Kripke.

No me interesa la discusión —si alguno quisiera plantearla— sobre si Caracciolo escribió CN habiendo leído a Kripke o no. Esto por dos razones: porque parece verosímil que no lo había leído y porque considero que la obra de Caracciolo tiene el suficiente peso específico en filosofía como para ser tomada tan en serio como Kripke, aunque concluyéramos que CN es sólo un resumen del libro de Kripke.

Efectivamente el texto de Caracciolo coincide en algunos puntos. Pero creo que están pensando en cosas diferentes. Me ocuparé entonces de realizar un breve contrapunto. El contrapunto será breve e introducirá ad-

(3) De ahora en adelante WORPL.

más de manera frontal algunos puntos de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas (Bouvié, 2012). Luego de eso me ocuparé de Caracciolo.

3 |

Una cosa parece clara en las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein, si es que hay alguna: ciertas formas de caracterizar qué es una regla y qué implica su seguimiento son paradójicas. He aquí la reconstrucción frontal.

Primero, si para mostrar el contenido de la regla “sumar más dos” se apela a otra regla (de la matemática o la lógica) entonces el problema de desplaza y lleva a un regreso al infinito o a una circularidad. Siempre cabe repetir la pregunta acerca de cómo se identifica el contenido de la regla subsiguiente que determina el contenido de la regla bajo análisis.

Segundo, si se apela a un hecho del pasado (lo recuerdo así), a una imagen mental, a una sensación o a una disposición, tengo que mostrar o bien cómo se pasa de un hecho a una norma o regla (problema de la guillotina de Hume), o bien o cómo se pasa de sensaciones o estados mentales (no son necesariamente equivalentes) a criterios de corrección, o bien cómo sé que el par ordenado que vincula cierta acción con cierto hecho es el correcto o el mismo. Si apelo a sensaciones (lo siento así), siempre se me puede preguntar cómo sé que lo que siento es correcto de acuerdo a la regla. Si apelo a estados mentales (incluso incorregibles) no queda espacio alguno para distinguir entre creo que p y p. O bien apelo a hechos que en principio carecen de normatividad, o bien a sensaciones que no permiten sin clarificación ulterior mostrar cómo se discrimina entre lo correcto o incorrecto, o bien a estados mentales no aptos para discriminar (sin autorreferencialidad) entre creo que p y p, o deseo que p y p, que es precisamente lo que se necesita para distinguir entre creer seguir una regla y seguirla.

Voy a asumir —como realizan múltiples autores incluyendo a Caracciolo— que sostener que existen reglas equivale, al menos, a decir que existe la posibilidad de discriminar entre alternativas correctas o incorrectas de al menos alguna acción (Caracciolo, 2009). Es decir, que existe la posibilidad de hablar de error. Para hablar de esta propiedad asociada a las reglas utilizaré alternativamente la expresión “criterios de distinción”.⁽⁴⁾

.....

(4) El uso que aquí hago de esta expresión es diferente e independiente de la discusión wittgensteiniana acerca de la distinción entre “síntoma” y “criterio”. Tampoco supongo que

Es suficientemente claro que el problema del seguimiento e identificación de reglas tiene un efecto racimo y afecta numerosos dominios. Es plausible sostener que si una regla equivale a la posibilidad de discriminar entre alternativas o la posibilidad de contar con criterios de distinción entre lo correcto e incorrecto entonces se ven afectados los siguientes dominios o conceptos. El de verdad pues supone, cuanto menos, distinguir entre afirmaciones verdaderas y falsas (o supone poder definir una relación “verdadero de”, “falso de” y por tanto dominios y contradominios); el de sintaxis, que implica poder discriminar entre fórmulas bien formadas y mal formadas o, si se quiere, entre signos ordenados de cierta manera y signos que no satisfacen esta propiedad; el de percepción, y por supuesto la relación entre números, cálculos y acciones. Dicho de manera frontal: el ámbito de la matemática, de la semántica, de la percepción y de la verdad suponen la identificación de pares ordenados (percepción-objeto, enunciado-hecho, regla-acción). Los pares ordenados detentan esta propiedad de acuerdo a una regla y es precisamente esta noción la que está buscando clarificación. Si no tenemos respuesta a cómo identificar reglas, no tenemos respuesta a la idea de orden, y por tanto todos los dominios citados entran en crisis.

Otra cosa parece clara en Wittgenstein: quienes participan en la práctica de seguir reglas, aunque no puedan articular en qué consiste el contenido de la regla, conocen de alguna manera cómo distinguir entre comportamientos correctos e incorrectos. No es claro qué conclusiones hay que sacar de esto. Al menos, parece sugerir que los participantes conocen las reglas, o que para ellos hay reglas. Es tema debatido si esto excluye que otros las conozcan o puedan conocer.

4 |

Kripke realiza lo que para muchos es una lectura escéptica y radical aunque incluso existen versiones de versiones que discuten si su lectura es efectivamente escéptica. No puedo detenerme en todas estas cuestiones. Sí es un hecho que la lectura que hace Kripke es un paso obligado que parece (subrayo, parece) una visión en algún sentido escéptica y que generó una

.....

.....
 contar con criterios de distinción equivale a poder articularlos en un lenguaje oral o escrito sofisticado.

discusión que todavía no se apaga, aunque el oleaje se ha reducido.⁽⁵⁾ De manera esquemática: Kripke indica un problema. Muestra que estamos frente a una cierta forma de leer la atribución de significados, estados mentales y sensaciones que llevaría al escepticismo: propone una salida de este problema, y la salida parece dejarnos otra vez frente a un problema escéptico.

Kripke asume que el problema se genera si uno quisiera dar cuenta del contenido de una regla (y todos sus dominios aledaños, como percepción, verdad, significado, etc.) en términos puramente individuales y apelando a sensaciones, pareceres o estados mentales individuales desconectados de un grupo social. Según Kripke, la paradoja se genera por buscar en un lugar equivocado (las atribuciones del propio sujeto). Su propuesta invita a mirar a otro lado. Su argumento demuestra, si es que lo hace, que el argumento escéptico funciona plenamente contra la pretensión de buscar la normatividad en un individuo autorreflexivo. En ese sentido, el argumento escéptico hace mella si se asume que sólo hay individuos autorreflexivos con cierto aparato o estructura psíquica física. Su punto de preocupación es, en algún sentido, lo que se deriva de un cartesianismo individual, de los problemas e imposibilidades que genera el acceso privilegiado a pareceres, ideas, reglas, pautas de conducta, sensaciones y cómo eso no puede llevar a normatividad alguna. Si el "lenguaje" privado es equivalente a incorregible, entonces no es reglado y por tanto no es lenguaje. Si se acepta: a) que las sensaciones son estados incorregibles, y b) que todo lo que hay son estados incorregibles, c) que los estados incorregibles son hechos, d) que de los hechos

(5) Sea cual fuere la íntima idea de Kripke, el hincapié en el acuerdo colectivo, formas de vida (no explicables o explicitables) y los criterios de atribución de dolor y pensamiento, conducen a leerlo como escéptico en algún sentido. Al menos porque desplaza la cuestión a una propuesta a la que se aplican todas las consideraciones que Kripke mismo ha visto que no funcionan para mostrar qué es una regla o cuál es su contenido. Ver WORPL, p. 96 y ss. Es obvio que un "acuerdo" supone la identificación de pensamientos y de acciones "concordantes". Hay que decir que hay sujetos que piensan "lo mismo". Lo cual presupone o necesita una regla para identificarse o medirse, y es esto lo que está en discusión. Idéntico problema para "miembro de una comunidad" pues supone la pertenencia de un objeto o individuo a un conjunto. Pero no hay distinción que hacer entre los objetos que pertenecen o no pertenecen a un conjunto si no hay regla, propiedad o criterio que defina ese conjunto diferenciándolo de otros. Es obvio que el problema de sumar +2 también se aplica a la teoría de conjuntos, y por tanto a la idea de comunidad. El problema tampoco se soluciona si se dice que lo que otorga normatividad no es la comunidad, sino las condiciones de aserabilidad que surgen de esa práctica (como parece sugerir enfáticamente Kripke, 1982, en pp. 74, 86, 90 y 111).

no se pueden pasar a las reglas, entonces no hay reglas ni distinción que hacer entre correcto e incorrecto. Es la pregunta “cómo se yo que x” (donde x está por el contenido de una regla) la que genera el problema y la consecuencia escéptica (y, según Kripke, la vía que habría que abandonar si aprendemos la terapia de Hume frente al escepticismo). Explorada la salida propuesta por Kripke —se sostiene— cambiamos de habitación, pero seguimos con el problema escéptico.⁽⁶⁾

5 |

El texto de Caracciolo se ocupa de un problema relacionado, pero no idéntico. No es el problema de si yo sé qué regla estoy siguiendo ni el problema de la posibilidad de obtener la normatividad a partir de un cierto tipo de sujeto que inspecciona autorreferencialmente recuerdos, sensaciones y pensamientos. No es el problema del cartesianismo individual, sino de lo que llamaré el cartesianismo social (caracterizado por “cómo se yo que él/ellos”). Cómo sabemos lo que piensa un grupo, incluso asumiendo que ellos lo saben o que pueden saberlo. Esto tiene directa repercusión en la posibilidad de hablar de conocimiento del derecho si se asume que el derecho es un conjunto de normas en el sentido de reglas que usa un grupo.

De manera rudimentaria entonces el problema del cartesianismo individual es éste “cómo se yo lo que tengo que hacer”, mientras que el del cartesianismo social podría formularse así: “como se yo lo que ellos deben hacer” (eventualmente de acuerdo a como ellos lo consideran).

El problema del cartesianismo individual no implica necesariamente el del cartesianismo social, no al menos bajo cualquier interpretación. Si se deja de lado un escepticismo radical (no hay reglas, ni verdad, ni conocimiento para nadie, ni en primera persona ni en tercera persona) todavía pueden darse las siguientes opciones.

.....

(6) Varios autores, entre ellos Colin McGinn, han indicado que al sugerir Kripke que para abandonar la paradoja no hay que sucumbir a la interpretación solipsista y mentalista Kripke toma otra calle, pero también equivocada, que es la de buscar otros fundamentos, o en todo caso otras formas de “interpretar”, y que eso desatiende precisamente el párrafo 201 de las *Investigaciones filosóficas* en donde se dice que NO hay que buscar una interpretación (en el sentido de apelar a otro tipo de hecho o una reformulación de la regla en otros términos, y en algún sentido apelar a la asertabilidad comunitaria lo es).

Es posible aceptar que un individuo sabe lo que hace, pero un tercero no lo sepa. Y la inversa también vale. Para un sujeto pueden ser opacas sus propias reglas, las reglas que pretende seguir, o que se dictó, pero no necesariamente para un tercero. Es esto lo que viene implicado por la afirmación según la cual uno no es el mejor juez de sus propios actos o que en determinadas circunstancias uno no puede o no debe ser juez y parte, y por los argumentos sobre la imparcialidad cuando presuponen que el creador tiene que ser distinguible en algún sentido del aplicador. Claro que esto no puede sostenerse irrestrictamente.

Si se acepta —como hacen algunos discursos sobre la división de poderes— que cuando creador y aplicador coinciden será imposible distinguir entre seguimiento y violación de una regla entonces hay que aceptar que el ideal de individuo autónomo es imposible. En efecto, en ese ideal —al menos bajo una interpretación— el mismo individuo que se dicta reglas, las sigue y aplica (es creador, seguidor y aplicador). Esto quiere decir que no se puede sostener la división de poderes como una condición necesaria y conceptual para distinguir entre seguimiento y no seguimiento de reglas en conjunción con el ideal de individuo autónomo antes indicado. Si la coincidencia entre creador y aplicador de reglas disuelve la posibilidad de hablar de reglas entonces disuelve la idea de autonomía al menos bajo una interpretación. Pero más allá de esta posible contradicción en la que podría incurrir un discurso hay un sentido que en el lenguaje cotidiano la existencia de una regla no depende de que el curso de acción que ella indica sea transparente para el sujeto que pretende seguirla. Es eso lo que parece implicado por argumentos de la imparcialidad como “no se puede ser juez y parte” o “uno no es el mejor juez de sus propios actos”. Y la inversa, como dije, también vale. En la expresión “no entendés lo que estoy haciendo” viene implicado conversacionalmente que quien habla lo sabe, pero el tercero no. Y casos de escepticismo radical aparte, esa frase parece tener sentido y, además, consideramos que puede ser verdadera. Es eso lo que alegamos cuando alegamos “incomprensión”. Con estas consideraciones pretendo advertir que hay al menos algunas interpretaciones de lo que aquí se llama “cartesianismo individual” y “cartesianismo social” que permiten tomarlos como independientes.

Caracciolo se preocupa del problema de cómo conoce un observador lo que los otros hacen y, en especial, las reglas de un grupo social. Cómo es

posible el conocimiento objetivo de esas reglas. Para eso indica lo que entenderá por conocimiento objetivo de la siguiente manera:

“I) este conocimiento es siempre susceptible de ser formulado lingüísticamente, II) los enunciados que lo expresan tiene que ser objetivamente verdaderos; III) las expresiones de carácter directivo (normas, mandatos, órdenes) como así también las que expresan deseos, preferencias o valoraciones, no son aceptables en el discurso “objetivo”, puesto que no es posible su calificación en la dicotomía verdadero-falso; IV) los enunciados cognoscitivos transmiten información que puede ser aceptada (cuando son verdaderos) o rechazada (cuando son falsos) mediante acuerdos intersubjetivos; V) el rechazo o aceptación del conocimiento objetivo no son arbitrarios, se produce recurriendo a razones” (Caracciolo, 2009).

A esto agrega que el conocimiento objetivo así caracterizado excluye entonces diferencias cognoscitivas irreductibles entre clases de individuos (sea porque no hay lenguaje común, sea porque sólo algunos de ellos tienen acceso a los criterios de verdad por ella expresados). Esto es semejante a establecer una “tesis de la igualdad de posibilidades epistémicas” por utilizar una expresión de Bayón (1996). No es claro de cuáles de las tesis I-V se sigue esta tesis. Quizás de la IV (i.e. de que sean susceptibles de acuerdo intersubjetivo).

Luego Caracciolo recorre diferentes estrategias para mostrar el contenido de una regla, como la recurrir a hábitos, regularidades o hechos, o apelar al significado o entidades intencionales, o contenidos proposicionales, o estados mentales inaccesibles, que presuponen lo que hay que probar: que se tiene alguna idea de cómo se identifican reglas, o que hay reglas.

Hecho esto, muestra cómo la idea de conocimiento objetivo es incompatible con la idea de que las reglas dependen del punto de vista interno y éste de la aceptación de los llamados participantes. O dicho de otra manera, si las reglas dependen de un punto de vista, dentro de un contexto, se necesitan reglas para identificar la correlación entre pautas de conducta correctas en ciertos contextos (por oposición a las incorrectas en ese u otros contextos) ¿Cómo puede un observador externo identificar esa correlación entre contexto y corrección y traspasar el velo opaco de la mera regularidad y de los meros hechos consecutivos?

Como es conocido, el punto de Caracciolo se dirige contra quienes conjugan algunas nociones de Wittgenstein (como “práctica”, “participante”, y “formas de vida”), con la idea de punto de vista interno, aceptante y participante (núcleo central de la obra de Herbert Hart).

De acuerdo a esta conjugación o intersección para conocer hay que pertenecer a esa práctica, forma de vida, que incluiría aceptación. Por tanto, se “conoce” si se forma parte, si se tiene el punto de vista interno, y se tiene el punto de vista interno si se acepta. Pero de ello se sigue que

“solamente los usuarios del lenguaje normativo —los que participan del punto de vista interno— están habilitados para tener un acceso genuino al conocimiento de normas, en la medida en que es imposible un metalenguaje neutral acerca de su significado, susceptible de corroboración más allá de los límites de la comunidad lingüística. De ello se sigue que semejante conocimiento no puede ser objetivo” (Caracciolo, 2009).

No resulta claro si aquí “no puede ser objetivo” se debe a que no es intersubjetivo (sólo lo conoce un grupo privilegiado y se viola la tesis de la igualdad epistémica) o porque la aceptación implica necesariamente una actitud conativa como los deseos y por tanto no doxástica. En el primer caso, se viola la restricción IV (?); en el segundo, la restricción III según la cual los enunciados deben ser susceptibles de V o F.

6 |

¿Qué conclusiones hay que sacar de lo que ha dicho Caracciolo? ¿Que no es posible conocer las reglas que están siguiendo otros? ¿o que no es posible conocer las reglas que siguen otros si las reglas son caracterizadas de cierta manera? Dejo de lado el análisis de la primera opción según la cual no es posible conocer las reglas que están siguiendo otros pues con ella cerraré el trabajo.

Veamos la opción según la cual no sería posible conocer objetivamente las reglas que tienen o siguen los otros si se caracterizan las reglas de determinada manera (básicamente, como algo que depende del punto de vista interno y la aceptación). Hay varias cosas para decir al respecto. Haré observaciones sobre el texto de Caracciolo, pero también sobre algunas

cuestiones que tocan cómo se concibe dentro de cierto ámbito los problemas que enfrenta una teoría del derecho (puntos e, f y g). Las observaciones son las siguientes:

- a. Wittgenstein no utiliza una idea tan robusta de aceptación como la que usa Hart. Es más, no creo que use una idea de aceptación ni parecida (si es que usa alguna).
- b. Caracciolo parece concluir —dado el dilema al que llegamos— que “semejante conocimiento” no puede ser objetivo. Pero su propio texto puede ser leído de otra forma. Frente a un dilema de este tipo tenemos dos opciones: concluir que no hay posibilidad de conocimiento objetivo de normas si se caracteriza así a las normas o caracterizar así las normas y cambiar lo que se entiende por conocimiento objetivo. Caracciolo deja intacta su postulación de “conocimiento objetivo” y rechaza la caracterización de las normas de la teoría por él presentada, según él la presenta. Uno podría operar al revés y decir: dado que las normas parecen ser esto y aquello, y dado que el “conocimiento objetivo” (según se caracterizó) es imposible, no se ve muy bien por qué deberíamos tender a un ideal imposible de conocimiento normas. En especial si se acepta el debe implica puede, como creo que acepta Caracciolo. Así que si el ideal de conocimiento de normas es imposible, quizás no deberíamos intentar hacer eso si queremos conocer lo que parecen ser las normas. El dilema que propone Caracciolo no necesariamente elimina la noción de norma como aceptación y punta de vista interno sino que podría ser visto como objetando el ideal (ahora imposible) de conocimiento. Habría que abandonar el ideal de conocimiento, no la idea de norma.
- c. Una cosa es decir que no hay conocimiento de normas sin conocimiento del punto de vista interno, y otra es decir que el punto de vista interno es incognoscible, que es lo que lleva al cartesianismo social de corte escéptico (esto es, a que el punto de vista de un grupo sea impenetrable).
- d. Del hecho de que se asuma, por ejemplo, que sólo hay normas si hay aceptantes, no se sigue que hay conocimiento sólo para los aceptantes. Una cosa es la condición de posibilidad para la existencia de conocimiento (tienen que ocurrir ciertas cosas, si no están esas cosas, entonces no se las puede conocer) y otra es decir que aunque existan son incognoscibles.
- e. Todavía se puede decir, respondiendo al punto de vista anterior, que si se da el fenómeno de aceptación, y por tanto se lo puede de alguna manera conocer, cualquier observador no aceptante lo verá como meros hechos y entonces se tratará de meras regularidades. Es posible responder a esto de la siguiente manera. Del hecho que sean meras regularidades no se sigue que todas las regularidades sean igual de interesantes. Si los hechos son los suficientemente interesantes, ¿por qué desecharlos como objeto de una disciplina que entonces podría indicarnos un caso de “frecuencia” muy especial y en su caso a qué atenernos? Todos los hijos tienen una madre, pero no hay

una madre de todos los hijos. Aun asumiendo que hay mera “facticidad” (lo cual supone abandonar un punto de vista escéptico radical frente a toda regla, porque implica poder contar o sumar hechos) todavía hay espacio para algún tipo de conocimiento interesante. Será predecible o medible, supongo, la lluvia y la coacción, pero eso no quiere decir que sean iguales. El punto es importante frente a cómo vienen planteadas las cosas en la teoría del derecho (en especial de corte anglosajón y analítico). Es usual encontrar en la literatura la siguiente idea: si sólo queda por constatar meras regularidades, entonces no hay espacio alguno para una teoría del derecho interesante, y tampoco espacio para la actividad filosófica. No creo que la idea según la cual el mundo es mera regularidad sea sostenible, pero el (pre)juicio frente a la reducción de la actividad teórica a ciencia empírica lleva a lo siguiente: dado que no hay solamente meros hechos o regularidades, la teoría y filosofía del derecho no se ocupa de cuestiones de hecho, ni empíricos ni sociológicos. Eso favorece actividades completamente especulativas que dan la espalda a cualquier empiria, llevando al siguiente resultado indeseable: dado que no nos ocupamos sólo de hechos, no nos ocupamos de ningún hecho. Surge aquí una actitud filosófica que tiende a mantener al mundo lejos.

- f. La preocupación por el punto de vista interno, su adquisición o su penetración, aunque interesante, tiene todos los visos de una pregunta algo forzada. En efecto, hay juristas que se preguntan si entienden a los juristas (?) ¿Cuál es el misterio del punto de vista interno para filósofos del derecho que estudian abogacía, han sido o quieren ser jueces o abogados? ¿Qué es lo impenetrable aquí? Si (subrayo si) hay algo mínimamente familiar en la noción o concepto de punto de vista interno, ¿que querría decir que nosotros juristas no entendemos el punto de vista interno de la clase de los juristas o aceptantes del sistema jurídico?
- g. En la inaccesibilidad del punto de vista interno se descuida además el fenómeno de lo que voy a llamar *check-in* y *check-out*. Hemos aprendido dónde está la broma en donde antes no la veíamos, y hemos aprendido una práctica de reconocimiento, aceptación y rechazo (¿qué otra cosa es aprender un lenguaje?). Es decir, tenemos experiencia en el ingreso a una práctica compleja de aceptación, crítica y rechazo (*check-in*). También conocemos el fenómeno *check-out*. Esto es, dejar de reírse de bromas que antes nos causaban gracia (como aquellas sobre las mujeres o sobre los “maricones”) o dejar de aceptar cosas que antes aceptábamos. Del hecho que el punto de vista interno pueda ser ajeno no se sigue que sea impenetrable (es decir, parece que hay *check-in*) y tampoco se sigue que no sea abandonable (parece que hay *check-out*). Por supuesto, se puede estipular que una vez que se lo abandona ya no se lo conoce, porque conocer es aceptar o —bajo la idea de Caracciolo— más bien porque cuando se lo aceptó no se conocía, y cuando se lo dejó de aceptar no se conocerá más. Bajo esta estipulación, no se puede ocupar al mismo tiempo el estado de aceptación y conocimiento lo cual nos lleva al punto siguiente.

- h. Si se dice que el punto de vista interno implica aceptación, y la aceptación un estado conativo de dirección de ajuste mundo a la mente no susceptible de verdad o falsedad no se puede sostener irrestrictamente la compatibilidad entre realismo moral y positivismo jurídico como realiza Caracciolo en un texto con el título "Realismo moral vs. positivismo jurídico" (Caracciolo, 2009). En efecto, Caracciolo no sostiene que el realismo moral sea una concepción mal formada o contradictoria sino que posee ciertas tesis (no contradictorias) y que tales tesis no serían incompatibles con el positivismo jurídico. De manera simplificada puede decirse que para el realismo moral hay hechos normativos objetivos que hacen verdaderas o falsas a las afirmaciones sobre el mundo moral, que algunas de estas afirmaciones son verdaderas, y que los hechos morales son cognoscibles. Ahora bien, dejando de lado cómo se conocen estos hechos morales realmente existentes existe una restricción para el realista moral que es inescapable por razones conceptuales. Es ampliamente reconocido que en el plano del realismo u objetivismo moral no puede decirse al mismo tiempo "sé o conozco que es Obligatorio p, pero no lo acepto". Si se sostiene que se conoce, por ejemplo, que moralmente es Op y no se lo acepta se da lugar a una contradicción de tipo pragmática semejante a la implicada en "veo un gato sobre el tapete pero no lo creo". Para sostener que es posible una teoría como el realismo moral, que ella es sustentable, que no entra en contradicción con el positivismo jurídico y que implica las tesis y compromisos antes indicados se debe abandonar la idea de que las nociones de aceptación y conocimiento se excluyen mutuamente. La incompatibilidad entre ambos conceptos es tributaria de la idea de que por detrás se encuentran estados mentales con diferentes direcciones de ajuste de manera tal que uno excluye al otro. Pero lo que razonablemente se puede decir sobre esta idea es lo siguiente: del hecho que sean conceptos diferentes (aceptar no es conocer, conocer no es aceptar) no se sigue que si un sujeto ocupa uno de estos estados no pueda ocupar el otro. Si el realismo moral es una teoría conceptualmente sustentable según la cual se puede conocer hechos, y si quien sostiene que se puede conocer hechos incurre una contradicción si no los acepta, entonces se concede que más que una incompatibilidad existe una relación (posible) de implicación y que no necesariamente uno excluye al otro. De este modo no hay problema alguno en sostener que hay aceptación y conocimiento objetivo al mismo tiempo. Por lo demás, si se concede que hay contradicción entre el acto de conocimiento de un valor o hecho moral y el rechazo o no aceptación de ese hecho, se asume que estos enunciados detentan algún valor relacionado con la verdad o falsedad. Esto es contradictorio con la idea que Caracciolo parece sugerir en CN (tesis III citada más arriba) según la cual los actos que expresan actitudes normativas propias del punto de vista interno no son susceptibles de verdad o falsedad. Una opción a esta encrucijada es sostener que no hay deberes, valores, razones o hechos morales de ningún tipo. Esto nos lleva de nuevo directamente a las ideas de Caracciolo.

- i. La obra de Ricardo Caracciolo sugiere en muchos de sus textos una posición anarquista, al menos en el sentido de que la autoridad heterónoma no puede crear razones para la acción (Caracciolo, 2009, textos VI y XII). Un anarquista, al menos algún tipo de anarquista (si ha de ser distinguible del escéptico o el nihilista práctico) conoce que sólo ciertas cosas son aceptables. Y entonces cree, pese a lo que pueda decir en ciertos textos, que conoce y acepta sólo ciertas cosas (paradigmáticamente las que vienen de su libro juicio y no las que vienen de una autoridad). De esto se sigue que un anarquista no puede negar que las actitudes de rechazo y aceptación excluyen el conocimiento. Presumiblemente tendrá que decir que lo suponen, si es que han de ser en algún sentido racionales.
- j. Dije un poco antes que hay dos formas de leer lo de Caracciolo. Una la acabo de analizar. Esto es, que su propuesta sugiere lo siguiente: no es posible conocer las reglas que siguen otros si las reglas son caracterizadas de cierta manera (*brevitatis*, à la Hart). La otra forma de leerlo es la siguiente: no es posible conocer las reglas que están siguiendo otros, sea como sea que se las caracterice, lo cual llevaría al cartesianismo social de corte escéptico. Si se dice que no es posible conocer las reglas que siguen otros (ya sean jurídicas o reglas en general, pues todo el argumento está tomado de una consideración general sobre las reglas) no se puede mostrar que un autor o un grupo de autores está en contradicción con sus propias ideas, ni mucho menos qué piensa el autor o autores sobre A o B. Esto es contradictorio pragmáticamente con creer que se puede identificar qué reglas de pensamiento y división del mundo tiene en mente tal o cual autor y también con la pretensión de mostrar que Carnap o Raz se contradicen cuando dicen una cosa y luego dicen otra. Esto quiere decir que es en principio contradictorio un cartesianismo social de corte escéptico con la idea de que podemos evaluar cómo piensan otros (ya sea de acuerdo a sus propias ideas —contradicción interna de una teoría—) o de acuerdo a cómo pensamos nosotros frente a ellos.

7 |

Existen, como se ha visto, algunas diferencias entre los temas de preocupación que ocupan a Kripke y a Caracciolo. Los temas que preocupan a Caracciolo son relevantes porque han preocupado de manera constante a la filosofía analítica del derecho y son en este sentido representativos de un clima de época. No es claro que todos los temas de este clima de época sean igual de interesantes o preocupantes (como se vio con respecto a la pregunta del punto de vista interno, formulada por los propios juristas). Tampoco es claro si Caracciolo puede sostener al mismo tiempo lo que ha indicado en CN sobre el conocimiento objetivo con lo que pien-

sa en general sobre el razonamiento práctico y las razones para la acción. En especial con respecto a la incompatibilidad entre aceptar y conocer. Lo que resulta claro es que CN parece ocuparse de lo que aquí se ha llamado cartesianismo social o cómo sabemos qué piensan otros, y que bajo ciertas asunciones pareciera que el resultado es escéptico. No sería posible conocer lo que piensan o aceptan otros (al menos bajo ciertos puntos de partida). El análisis de la obra de Caracciolo podría continuar con consideraciones más profundas para mostrar qué piensa en el fondo Caracciolo sobre la penetrabilidad del pensamiento de terceros. Sin embargo, voy a elegir una salida simple a este problema. Es fácil mostrar que pese a que Caracciolo en CN se está ocupando del cartesianismo social (*i.e.* de cómo sabemos qué piensan ellos) no cree que los pensamientos o reglas, o criterios, o ideas de los otros sean incognoscibles. Si uno ha tenido oportunidad de llevarle alguna idea imperfecta a Caracciolo y ha disfrutado del privilegio de escuchar su lectura de nuestras propias ideas habrá escuchado decir a Caracciolo muchas cosas diferentes. Una, cuanto menos, no dejó de escuchar. Caracciolo nos ayuda a pensar y a mejorar nuestros textos iniciando su intervención de la siguiente manera: “vos en realidad estás pensando en esto”, lo cual es contradictorio con decir que no se puede conocer lo que otros aceptan o piensan.

Bibliografía

- BAYÓN, J. C., “Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto”, en P. Comanducci e R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 47/63.
- BOUVIER, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje positivista en el ámbito práctico*. Barcelona, Marcial Pons, 2012.
- CARACCILO, R., *El derecho desde la filosofía. Ensayos*. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2009.
- KRIPKE, S., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

Caracciolo y la normatividad del derecho: la crítica al iusnaturalismo sofisticado⁽¹⁾

por EZEQUIEL MONTI⁽²⁾

I | Introducción

Hay cierto acuerdo entre los teóricos del derecho contemporáneos en que es una condición de adecuación de cualquier teoría del derecho el que resuelva satisfactoriamente lo que se ha llamado “el problema de la normatividad del derecho”.⁽³⁾ Por lo tanto, realizar una reconstrucción apropiada del problema, esbozar una taxonomía de las alternativas que abre, y evaluar sus méritos y deficiencias, constituye, creo, una tarea central en la filosofía del derecho contemporánea.

.....

(1) Este artículo es una versión reducida del trabajo presentado en el *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

Agradezco los comentarios y observaciones que fueron realizados en esa oportunidad. Previamente, tuve la posibilidad de discutir el trabajo en el marco del Seminario de Lógica y Filosofía del Derecho que dirigen Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta, de cuyos miembros (especialmente de Horacio Spector) recibí valiosas críticas y observaciones. Quisiera también agradecer a Marcelo Alegre quien leyó un borrador del trabajo, realizando, como siempre, comentarios sumamente enriquecedores. Por último, agradezco al referí anónimo, cuyos señalamientos y críticas me han ayudado a evitar algunos errores y a repensar el problema.

(2) Abogado - Licenciado en Filosofía. Relator en Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

(3) O que, por lo menos, dé cuenta de por qué no se trata de un problema genuino.

En este trabajo, mi intención es realizar algunos avances, aunque sean mínimos, en ese sentido. En primer lugar, intentaré determinar los alcances y el estatus del problema. En segundo lugar, reconstruiré una posible vía de solución, que ha sido defendida, entre otros, por Nino y Bayón. Finalmente, analizaré las críticas que Caracciolo dirige contra esta tesis, sosteniendo que están mal encaminadas.

2 | El problema de la normatividad del derecho como dificultad conceptual y como dificultad práctica

2.1 | La tesis de las fuentes sociales y la Ley de Hume

En términos generales, el problema de la normatividad del derecho se refiere a la tensión (o eventual tensión) entre tres tesis caras al positivismo, a saber: (1) la tesis de que el derecho consiste en un conjunto o sistema de normas; (2) la tesis de las fuentes sociales del derecho; y (3) la denominada “Ley de Hume”⁽⁴⁾ (rechazo de la “falacia naturalista”).

Según la tesis de las fuentes sociales, “para la identificación de la existencia y del contenido del derecho no es necesario recurrir a ningún argumento moral” (Raz, 1981: 73). En este sentido, “qué es y qué no es derecho es una cuestión de hechos sociales” (Raz, 2009: 37).

La Ley de Hume, por su parte, es una regla que establece que es inválido el paso inferencial desde premisas únicamente descriptivas a conclusiones normativas/evaluativas, esto es, de enunciados acerca de lo que es el caso a enunciados acerca de lo que los individuos deben hacer o tienen razones de cierto tipo para hacer. El problema puede ser formulado, en términos muy generales, de la siguiente manera.⁽⁵⁾ Si el derecho es un conjunto de

(4) La denominación “Ley de Hume” no implica que ésta sea una regla que el propio Hume haya defendido. Ver Rabossi (2002).

(5) Para presentaciones similares del problema, ver, entre otros, Shapiro (2011: 45/50); Bayón (1991:17/40) y Postema (1982).

normas cuya existencia y contenido depende exclusivamente de hechos, ¿no implica eso una transgresión de la Ley de Hume? ¿No supone la tesis de las fuentes sociales aceptar la derivación de enunciados normativos a partir de enunciados exclusivamente descriptivos? O, más directamente, una vez que se acepta que el derecho es un sistema de normas, ¿no son incompatibles la tesis de las fuentes sociales y la Ley de Hume? En este orden de ideas, el problema consiste en explicar cómo el derecho puede cumplir su función **normativa** de guiar conductas y suministrar razones para la acción y, **a la vez**, depender exclusivamente de la verificación de ciertos **hechos**.

2.2 | La normatividad del derecho como problema conceptual. Un concepto “débil” de norma y un concepto descriptivo de validez jurídica

Hay, creo, dos interpretaciones básicas de este problema general. Según la primera, se trata de un problema conceptual, vinculado bien con el concepto de **norma**, bien con el de **validez jurídica**.

En el primer caso, se afirma que la noción de **norma** está conceptualmente vinculada a la de razones para la acción, de manera que X es una norma sólo si X suministra razones operativas para la acción.⁽⁶⁾ Por lo tanto, si una norma no provee razones operativas para la acción, entonces no constituye una norma en absoluto. Ahora bien, si se parte de la idea de que la existencia de las normas jurídicas depende exclusivamente de la verifi-

.....

(6) La noción de “razones operativas para la acción” corresponde a Raz, quien las define del siguiente modo “Llamaré a una razón, una razón operativa si, y sólo si, la creencia en su existencia implica tener una actitud práctica crítica” (1999: 33). La expresión más general “razones para la acción” se utiliza en muchos sentidos. Es probable que muchos de los problemas filosóficos en relación a la “racionalidad práctica” estén vinculados a confusiones entre sus diferentes significados. Por lo pronto, hay una distinción ya usual entre “razones para la acción” en sentido explicativo y “razones para la acción” en sentido justificatorio (Nino, 1987: 82/83; Bayón, 1991: 43/44). Aquí, salvo aclaración en contrario, utilizaré la expresión en el sentido justificatorio. La distinción entre norma “en sentido fuerte” y norma “en sentido débil” que realizo más adelante es, en este sentido, correlativa a la distinción entre explicación y justificación. La creencia/aceptación en/de una norma es suficiente (en conjunción con las creencias —y quizás deseos— que sean del caso) para **explicar** una acción. Sin embargo, sólo si la norma es válida/verdadera la acción está **justificada**. En el primer caso, la norma provee razones para la acción en sentido “explicativo”. En el segundo, la norma provee razones para la acción en sentido “justificatorio”.

cación de ciertos hechos, entonces deberíamos aceptar que hay razones operativas para la acción que dependen exclusivamente de la verificación de ciertos hechos. Esto, sin embargo, parece violar la Ley de Hume. Por lo tanto, la existencia de normas jurídicas no puede depender exclusivamente de la verificación de ciertos hechos.

Creo que esta forma de plantear el problema está desencaminada. Supone atribuir a quienes sostienen la tesis de que el derecho es un sistema de normas, una concepción demasiado robusta de norma. El problema puede disiparse si se opta por un concepto “débil” o “formal” de norma.⁽⁷⁾ En este sentido, que un enunciado N sea una norma **significa** que si un individuo X cree que es verdadero o lo acepta como válido, entonces, X cree que, satisfechas ciertas condiciones de hecho, un individuo Z tiene razones para realizar una acción A y que la exigencia de la acción A a Z está justificada⁽⁸⁾ (siendo la acción A un caso de la acción-tipo indicada como obligatoria o un caso de omisión de la acción-tipo indicada como prohibida), o bien que la exigencia de una acción A a un individuo Z está injustificada⁽⁹⁾ (siendo la acción A un caso de la acción-tipo indicada como permitida).

(7) Bulygin identifica cuatro sentidos en los que se predica que una norma “existe”. Uno de ellos es la noción formal de existencia. En este sentido, señala que “A veces los juristas tratan como existentes normas que no son aceptadas ni eficaces, que no pertenecen al sistema normativo en cuestión (por no haber sido dictadas por una autoridad competente) y que no son consideradas obligatorias. Tales normas existen (en sentido amplio) o bien cuando han sido formuladas por alguien (que no necesita ser una autoridad jurídica), o bien si son consecuencias lógicas de normas formuladas” (1987: 510). Si se agregase que existen también en el caso de que sean, meramente, pasibles de ser formuladas, tal caracterización sería, creo, coextensiva con la que se ofrece aquí. En todo caso, lo relevante es que hay un concepto “formal” de norma que no implica que sea aceptada, ni eficaz, ni vigente, ni perteneciente a un sistema, ni obligatoria. Bulygin observa que “Este tipo de existencia (...) es la cenicienta de la teoría general del derecho; los filósofos jurídicos apenas han reparado en él y, sin embargo, es muy importante, pues en cierto sentido es la noción básica de existencia” (1987: 510).

(8) Esta adición pretende excluir de esta caracterización las razones para la acción que dependen de los deseos o preferencias del agente. No es mi intención discutir en este contexto si los deseos o preferencias son o no razones para la acción. Voy a presuponer que un deseo justifica una acción sólo si no hay razones de otro orden (prudenciales, morales, etc.) que establezcan que, en todas las cosas consideradas, la acción no está justificada. Esta es la tesis que, aparentemente, sostiene Bayón (1991: 88). No obstante, también asumiré que mis deseos o preferencias no son suficientes ni necesarios para justificar la exigencia a otro de que realice una determinada acción. Asumiré, asimismo, que los deseos y preferencias del individuo a quien le exijo la acción tampoco son necesarios ni suficientes en este sentido. Esta asunción es, creo, un poco más controversial.

(9) El punto de esta cláusula es hacer lugar a las normas permisivas y facultativas. En este sentido, las normas permisivas no justifican, *per se*, una acción. Establecen que la exigencia

A la creencia de que una acción particular o la exigencia de una acción particular está justificada/injustificada, la denominaré **juicio normativo**. En este orden de ideas, una **norma** es un enunciado del que es posible inferir, en conjunción con enunciados descriptivos, juicios normativos.

A este tipo de inferencias las llamaré **razonamientos normativos**. Los razonamientos o argumentos normativos son aquéllos en los que, al menos, una de sus premisas es una norma y cuya conclusión es una norma o un juicio normativo. La justificación de un juicio normativo es siempre un razonamiento normativo.⁽¹⁰⁾ Un juicio normativo está justificado si y sólo si es la conclusión de un razonamiento normativo lógicamente válido cuyas premisas son válidas o verdaderas.

Si un juicio normativo está justificado, podemos decir que hay razones normativas para la acción (aquí el término "acción" se refiere a una acción particular). También es posible afirmar que hay razones normativas para la acción cuando una norma es verdadera o válida (aquí el término "acción" se refiere a una acción-tipo). En cualquier caso, lo relevante es que las normas proveen razones normativas para la acción si y sólo si son verdaderas o válidas. Sin embargo, un enunciado puede ser una norma y no proveer razones para la acción (si es falsa o inválida).

No me importan demasiado los detalles de esta caracterización que, seguramente, es perfectible. Me interesa, en cambio, la estrategia general de vincular la noción de norma con su rol en el razonamiento práctico⁽¹¹⁾ y con la idea de justificar acciones y exigencias.

.....

de omitir la acción permitida, invocando cierto tipo de razones, está injustificada. O, en otras palabras, que no hay razones de ese tipo para omitir la acción permitida. Así, si una norma moral establece que X está permitido, ello quiere decir que no hay razones morales para omitir X (que X no está moralmente prohibido). En el mismo orden de ideas, si una norma moral establece que X es facultativo, ello quiere decir que no hay razones morales para hacer ni para omitir X (que X no es moralmente obligatorio, ni está moralmente prohibido). Advertida esta diferencia, se podría cuestionar si son "normas genuinas" o, más bien, si se trata de enunciados descriptivos metanormativos (esto es, un tipo especial de proposición normativa) que simplemente informan que no es el caso que haya normas que establezcan razones para hacer u omitir la acción. Esta es, aparentemente, la tesis de Ross (1971: 121/122, 140/147).

(10) La Ley de Hume establece, además, que la justificación de una norma también es siempre un razonamiento normativo.

(11) Sigo, en este sentido, la orientación general de la estrategia de Raz (1999).

En el segundo caso, se acepta el concepto formal de norma, pero se afirma que el concepto de **validez jurídica** está conceptualmente ligado al de razones para la acción, de modo que una norma es jurídicamente válida si y sólo si provee razones operativas para la acción. El problema, entonces, se replica: el que la validez jurídica de una norma dependa sólo de ciertos hechos (como señala la tesis de las fuentes), parece violar la Ley de Hume.

Nuevamente, el positivista podría defenderse indicando un concepto menos robusto (descriptivo, no valorativo) de validez jurídica. En este sentido, podría argüir que hay dos sentidos de validez: validez en sentido moral o normativo (como fuerza obligatoria) y validez en sentido jurídico (pertenencia). Una norma es moralmente válida sólo si hay razones normativas para hacer lo que tal norma establece como obligatorio, prohibido o permitido.⁽¹²⁾ Las normas jurídicas pueden o no ser válidas en sentido moral. Si no hay razones para hacer lo que tales normas establecen, entonces no son moralmente válidas. Una norma es, en cambio, jurídicamente válida cuando satisface los criterios de identificación de normas jurídicas aceptados por ciertos integrantes de una sociedad (pongamos, por caso, los jueces). Podría, además, aclarar que es la validez jurídica de las normas y no su "existencia" la que depende de ciertos hechos. Las normas son enunciados de cierto tipo cuya "existencia" es independiente de cualquier hecho; es su carácter de **norma jurídica válida** el que depende de ciertos hechos.⁽¹³⁾

La respuesta del positivista es, según creo, conceptualmente satisfactoria. Sin embargo, aquí no se terminan los problemas; más bien, recién empiezan. En efecto, hay una segunda forma en la que puede plantearse el problema de la normatividad del derecho.

(12) Esta caracterización deja abierta la posibilidad de que haya razones para hacer lo que una norma establece como obligatorio, prohibido o permitido sin que ello implique que es una norma moralmente válida.

(13) Esto supone atribuirle al "positivista" lo que Alchourrón y Bulygin han denominado una concepción hilética de las normas (1981: 122). Esta concepción de las normas estaba sujeta, creo, tanto en el modo en que formulé la "objección normativista" como en el modo en que caractericé a las normas. Bajo esta caracterización, la existencia de una norma no depende de ciertos hechos. En efecto, como señala Caracciolo, "hablar de la existencia de normas en este sentido equivale a admitir que son entidades que carecen de dimensiones temporales y espaciales: no comienzan a existir ni dejan de existir ni su existencia puede ser afectada por hecho alguno". Sin embargo, esto es perfectamente compatible con la tesis de que la pertenencia de una norma a un sistema normativo determinado o su validez, sí depende de ciertos hechos (Caracciolo, 2009 [1996]: 191).

2.3 | El problema de la normatividad del derecho como una inteligibilidad de la práctica jurídica como una práctica racional

Esta segunda forma de plantear el problema parte de una constatación empírica. En los hechos, en las sociedades en las que hay derecho (en un sentido descriptivo), los individuos (o, al menos, ciertos individuos, por caso, los jueces) invocan normas jurídicas para **justificar** sus acciones y exigencias. Ahora bien, si la validez de una norma jurídica depende exclusivamente de ciertos hechos, entonces, tales individuos son, por así decir, sistemáticamente falaces. Nuestra conclusión en el apartado precedente fue, precisamente, que validez jurídica y validez moral eran dos cosas distintas, y que sólo la segunda presuponía que había razones para la acción. La validez jurídica de una norma sólo significaba que dicha norma satisfacía los criterios de identificación de normas que aceptaban ciertos individuos. Pero que una norma satisfaga tales criterios no la “vuelve” moralmente válida. Esto es, el hecho de que una norma satisfaga ciertos criterios contingentes no constituye una razón para actuar conforme a ella. Aceptar lo contrario, parece, en efecto, una violación a la Ley de Hume. En este sentido, el problema de la normatividad es un problema no porque alguna de las tesis del positivista sea falsa sino porque, bajo su luz, la práctica de justificar y exigir acciones invocando normas jurídicas se vuelve, sistemática y evidentemente, injustificada. Quizás hay quien sostenga que éste es un resultado inaceptable para una teoría del derecho. En cualquier caso, parece ser un resultado lo suficientemente relevante como para merecer **algún** tipo de comentario (cuanto menos, la afirmación de que no es un resultado problemático).

3 | El iusnaturalismo sofisticado: las normas jurídicas como razones auxiliares

Frente a este problema, se pueden seguir diversas estrategias. Una de ellas es la que denominaré iusnaturalismo sofisticado.⁽¹⁴⁾ La idea básica es que es posible identificar razones **morales** para obedecer las normas **jurí-**

(14) En otro trabajo, distinguí entre estrategias “internalistas” y “externalistas” frente al problema de la normatividad. Lo que distingue al iusnaturalismo a secas del iusnaturalismo so

dicamente válidas. Sin embargo, esto no implica, se afirma, aceptar la tesis iusnaturalista estándar según la cual una norma es **jurídicamente** válida si y sólo si es **moralmente** válida.

En este sentido, la tesis es que puede haber razones morales para obedecer normas que sean, simultáneamente, jurídicamente válidas y moralmente inválidas/falsas.

Nino (1985, Cap. VII) y Bayón (1991: 729/739) han seguido esta estrategia. Su posición puede resumirse en los siguientes términos. Las normas morales (o, al menos, algunas normas morales) son condicionales. Tienen, pues, la siguiente forma "En las circunstancias C, los miembros de la clase A, deben realizar X". Las normas morales son, además, normativamente objetivas (su "existencia", "obligatoriedad" o validez no depende, a su vez, de ningún hecho: es lo que Nino llama la **autonomía** de las razones justificatorias operativas). Finalmente, para que un razonamiento práctico sea válido, al menos una de sus premisas debe ser normativamente objetiva (**razón operativa**).

Ahora bien, dado que las normas morales son condicionales no son suficientes por sí mismas para que una acción deba realizarse. Es necesario, además, verificar la ocurrencia de los hechos del antecedente (**razón auxiliar**). En este sentido, sólo la **conjunción** de la norma moral y del enunciado que afirma que concurre el hecho del antecedente de la norma moral constituye una **razón completa** para la acción que la norma moral requiere.

En este orden ideas, se pueden distinguir entre **razones operativas** para la acción (la norma normativamente objetiva o autónoma), **razones auxiliares** para la acción (el enunciado que afirma el hecho del antecedente) y **razones completas** para la acción (el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido). Ciertamente, las normas jurídicas no pueden ser razones operativas porque no son normativamente objetivas.

.....
 sofisticado es que el primero es internalista y el segundo externalista. En este sentido, aquél introduce la validez moral como condición necesaria de validez jurídica, mientras que éste afirma que, aún cuando la validez jurídica de una norma es independiente de su validez moral, quienes invocan una norma jurídica para justificar o exigir una acción, implícitamente aceptan una norma moral que establece la obligación de obedecerla (aún cuando no sea ella misma una norma moral que aceptarían en virtud de su contenido).

Sin embargo, nada impide que las normas jurídicas operen como razones auxiliares. Así, si las normas jurídicas estuviesen presentes en el antecedente de una norma moral válida, entonces podrían modificar lo que debe realizarse aún sin constituir ellas mismas normas morales válidas. En ese caso, el razonamiento normativo tendría la siguiente forma:

1. Si N (si C, entonces obligatorio A) es una norma jurídicamente válida (en S), entonces N⁽¹⁵⁾ (para los sujetos a S) [normal moral NM; razón operativa]
2. N es una norma jurídicamente válida [razón auxiliar]
3. Si C, entonces obligatorio A (para los sujetos a S)
4. C
5. Obligatorio A (para los sujetos a S)

Por supuesto, uno no tiene por qué aceptar la razón operativa así enunciada. Podrían estipularse condiciones adicionales, por ej., "Si S es un sistema jurídico democrático y N es una norma jurídicamente válida (en S), entonces N (para los sujetos a S)".

La única restricción en este sentido es no incorporar el requisito de que las normas jurídicamente válidas enunciadas en el antecedente sean, además, moralmente válidas (esto es, válidas en función del contenido; en ese caso, tendríamos una posición, sino idéntica, prácticamente indistinguible del iusnaturalismo clásico).

Sin embargo, si se acepta una norma moral de este tipo, entonces esta estrategia provee, en principio, una "solución" al problema de la normatividad del derecho. Los individuos que invocan normas jurídicas para justificar acciones no están sistemáticamente injustificados; se trata, simplemente, de razonamientos entimemáticos.

En este sentido, todo razonamiento jurídico tiene, implícitamente, una premisa moral que establece que las normas jurídicamente válidas deben ser obedecidas (al menos si concurren ciertas circunstancias).

(15) Esta formulación puede resultar algo confusa. Debe leerse del siguiente modo: "Si la norma N, según la cual es obligatorio realizar A en las circunstancias C, es una norma jurídicamente válida de S, entonces es moralmente obligatorio realizar A en las circunstancias C para los sujetos a S".

4 | Caracciolo y el problema de la normatividad del derecho: la crítica al iusnaturalismo sofisticado

Caracciolo (1998) ha sostenido que el iusnaturalismo sofisticado tiene serias dificultades. En este sentido, sostiene:

- T1: que el objetivismo moral⁽¹⁶⁾ es incompatible con la existencia de autoridades prácticas y, en general, con la idea de que pueda haber normas que impongan deberes genuinos (normativamente objetivos) independientemente de su contenido; y
- T2: que, en virtud de (1), la noción de **norma jurídica** no debe ser analizada en términos del concepto de “razón objetiva para la acción”.

En lo que sigue, intentaré analizar críticamente sus argumentos en favor de T1 y T2. Sin embargo, para comprender la argumentación, es preciso, primero, decir algo acerca del modo en que Caracciolo reconstruye el problema de la normatividad.

4.1 | El problema de la normatividad del derecho como un caso del dilema de Eutifrón

En este sentido, comienza advirtiendo que, en la literatura actual, el problema de la normatividad del derecho suele reconstruirse en términos de la noción de **autoridad legítima**. En segundo lugar, señala que, a su vez, la noción de autoridad legítima se reconstruye en términos **morales**: “decir que un cierto conjunto de individuos puede ser calificado de autoridad legítima implica admitir la validez de una norma que prescribe obedecer sus requerimientos (...) esta norma tiene que tener —insiste el argumento— un carácter moral” (Caracciolo, 1998: 206).

.....

(16) Por “objetivismo moral” Caracciolo parece entender la conjunción de las siguientes tesis: 1) hay normas morales objetivamente válidas; 2) las normas morales son “objetivamente válidas” en el sentido de que su validez es una función de su **contenido**, independientemente de las creencias, comportamientos, actitudes o deseos de los individuos (y, en general, de cualquier circunstancia empírica); 3) sólo las normas morales son objetivamente válidas; 4) sólo las normas objetivamente válidas imponen deberes genuinos; 5) hay razones objetivas para realizar X si y sólo si una norma objetivamente válida requiere X; 6) las razones objetivas para actuar son jerárquicamente superiores a las razones subjetivas para actuar.

Según Caracciolo, esta estrategia provoca un notorio problema conceptual. Las normas morales son objetivas, en el sentido de que su validez o "existencia" no dependen de los comportamientos, creencias, actitudes, deseos o intenciones de individuo alguno (podemos llamarla, sugiere Caracciolo, "objetividad normativa"). En principio, las normas jurídicas **no** son **objetivas** en este sentido (su existencia y su validez jurídica dependen de hechos de ese tipo).

Las normas jurídicas son **objetivas** sólo en el sentido de que su validez o "existencia" es una función de la ocurrencias de ciertos hechos (podemos llamarla, para distinguirla de la objetividad normativa, "objetividad empírica").

Si esto es así, ¿cómo pueden las normas jurídicas imponer deberes? En otros términos, ¿cómo pueden suministrar razones normativamente objetivas para la acción?

Este problema tiene, según Caracciolo, la misma estructura lógica que el dilema de Eutifrón. El objetivista que cree que existe una autoridad legítima (AL) (esto es, que cree que existe un deber moral de obedecer las normas dictadas por AL) se compromete con la verdad del siguiente enunciado (al que, siguiendo a Wright, Caracciolo denomina "ecuación básica"):

- EB: Para cualquier norma jurídica N y para cualquier autoridad legítima AL, N es válida (en sentido normativo) si y sólo si N ha sido promulgada por AL.

Ahora bien, si EB es verdadero, entonces, también debe serlo alguno de lo siguientes enunciados:

1. Para cualquier N y para cualquier AL, si la AL promulga N es **porque** N es válida.
2. Para cualquier N y para cualquier AL, si N es válida es **porque** la AL la promulga.

Si se opta por (1), entonces, la AL es redundante y, en sentido estricto, no es una autoridad práctica, dado que **no altera las razones para actuar**.

Por otro lado, (2) no parece una alternativa aceptable para el objetivista moral. Según el objetivista, sólo las normas normativamente objetivas pueden imponer deberes genuinos (ser válidas en sentido normativo); en otras palabras, las acciones de la AL no pueden "crear" normas que impongan deberes genuinos (por definición, las normas que imponen debe-

res genuinos son independientes de lo que cualquier individuo o grupo de individuos, incluida la AL, haga o deje hacer). Según Caracciolo, los intentos por explicar la normatividad del derecho (su carácter práctico) y, por tanto, la posibilidad de autoridades legítimas, pueden ser pensados como intentos de escapar a este dilema. La estrategia consiste en mostrar algún otro sentido en que las autoridades legítimas “imponen” deberes genuinos (un sentido compatible con la idea de que los deberes genuinos son normativamente objetivos).

Sin embargo, todos los intentos (incluido el del iusnaturalismo sofisticado) están condenados al fracaso: en última instancia, **se tendrá que** optar por uno de los cuernos de dilema.

4.2 | La crítica de la “divergencia potencial”

Hay dos formas de interpretar el argumento de Nino y Bayón según el carácter que se adjudique a la razón operativa (premisa (1)) en el razonamiento jurídico-práctico reproducido *ut supra*. Una primera alternativa es interpretar que existe una lista **finita** de normas NM, cada una de las cuales establece que una norma NJ1, individualizada en virtud de su contenido,⁽¹⁷⁾ debe ser obedecida si es una norma jurídicamente válida. Así, por ejemplo, tendríamos una norma NJ1 que establece “si llueve, es obligatorio usar paraguas” y una norma NM1 correspondiente según la cual “si NJ1 es una norma jurídicamente válida, entonces NJ1”.⁽¹⁸⁾ Las normas NM serían las normas operativas que deberían reemplazar a la “norma-esquema” (premisa (1)) del razonamiento jurídico-práctico.

Bajo esta interpretación, el argumento de las razones auxiliares es, según Caracciolo, evidentemente insuficiente. Su argumento es el siguiente. La lista de normas NM, en tanto normas morales, es independiente de las normas que sean efectivamente normas jurídicas válidas (en sentido descriptivo). Por lo tanto, las NJ previstas en dicha lista, pueden coincidir o no con las normas NJ que efectivamente sean normas jurídicas válidas. Esto

(17) Esto es, individualizada en virtud del antecedente (un caso-tipo X, por ej., “si llueve”) y el consecuente (una acción-tipo calificada deónticamente, por ej., “obligatorio usar paraguas”).

(18) Esta norma debe leerse del siguiente modo “Si NJ1, según la cual es obligatorio usar paraguas si llueve, es jurídicamente válida, entonces es moralmente obligatorio usar paraguas si llueve”.

es, hay una **divergencia potencial** entre las normas NJ que efectivamente se dicten y las normas NJ que figuran en las normas NM (y que, sólo por este motivo, constituyen razones auxiliares). Si la autoridad dicta una norma NJ jurídicamente válida que no constituye una razón auxiliar, entonces tenemos, nuevamente (como en el dilema de Eutifrón al que se pretendía escapar), sólo dos alternativas:

- O bien la norma no impone ningún deber (porque no es normativamente objetiva ni es una razón auxiliar de una norma normativamente objetiva), en cuyo caso su invocación para justificar y exigir acciones es injustificada.
- O bien “se insiste que aún así tales directivas **deben** ser obedecidas, *ie.* que los requerimientos de la autoridad **constituyen** para sus destinatarios razones objetivas para la acción. Ello significa que tales actos no pueden ser considerados simples razones auxiliares y que, en verdad, el contenido de las normas es irrelevante” (Caracciolo, 1998: 219).

4.3 | La crítica a la norma de obediencia general: normas y proposiciones metaéticas

Una segunda alternativa es interpretar que la norma de la premisa (1) no es una “norma-esquema” sino una **verdadera norma moral que tiene carácter general**. En este caso, las normas NJ que constituyen razones auxiliares no están identificadas en virtud de su contenido en el antecedente de una NM correspondiente sino que, por el contrario, hay **una única** norma NM tal que si una norma NJ satisface un criterio de identificación independiente del contenido (por ej., que sea dictada por una autoridad legítima o, en términos más generales, que sea una norma jurídicamente válida), entonces debe ser obedecida (sea cual sea su contenido). Ésta es, como admite el propio Caracciolo, la alternativa que Nino defiende explícitamente. Al argumento de las razones auxiliares así interpretado, Caracciolo dirige dos críticas.

En primer lugar, sostiene que “el argumento que afirma que los actos de promulgación cambian *objetivamente* las razones auxiliares no sirve para avalar la justificación de N_0 [esto es, lo que nosotros hemos identificado como premisa (1)]⁽¹⁹⁾ porque tales actos sólo pueden funcionar como razones auxiliares si es que se justifica previamente la validez de N_0 ”

(19) En rigor, la reconstrucción no es exactamente equivalente. Ver nota 27.

(1998: 221). El argumento, entonces, es que habría un razonamiento circular. Esta crítica está, creo, totalmente desencaminada. Ni Nino, ni Bayón, argumentan que la norma de obediencia general es válida **porque** las normas jurídicas son razones auxiliares para la acción. Por el contrario, afirman que si una norma de obediencia general fuese válida, entonces las normas jurídicas serían razones auxiliares para la acción. Esta reconstrucción podría explicar por qué los individuos que invocan normas jurídicas para justificar acciones y exigencias no son sistemáticamente irracionales (resuelve el “problema de la normatividad”). Sin embargo, no afirma que dado que una norma así resolvería el problema de la normatividad, entonces es válida. La validez de tal norma debe ser justificada independientemente. Por otro lado, puede que incluso no sea siquiera necesario que una norma de ese tipo sea verdadera para resolver adecuadamente el problema de la normatividad; quizás sea suficiente con que los individuos creen que lo es (o que la mayoría crea que lo es, o que los jueces creen que lo es, o que algunos jueces creen que lo es, o que los jueces actúen **como si** lo fuera,⁽²⁰⁾ etc.).

La segunda crítica, como el propio Caracciolo advierte, constituye “una razón más fuerte para desechar el argumento como uno destinado a mostrar la posibilidad de autoridades normativas legítimas en un esquema objetivista” (1998: 221). Este argumento es, pues, el argumento crítico para sostener T1, esto es, la tesis de que el objetivismo moral es incompatible con la existencia de autoridades prácticas y, en general, con la idea de que pueda haber normas que impongan deberes genuinos (normativamente objetivos) independientemente de su contenido.

En este sentido, Caracciolo sostiene que la fuerza persuasiva del argumento de las razones auxiliares se sustenta en un equívoco, producto de un solapado cambio de significado de los términos “derivar” y “razón auxiliar”.

Así, señala, en primer lugar, que en el razonamiento práctico que reproducimos no es cierto que la norma N se “derive” de la conjunción de NM (premisa (1)) y la afirmación de que N es una norma jurídica válida (o que ha sido promulgada por la autoridad legítima). El argumento es que, en rigor, NM es una norma metalingüística respecto del lenguaje que se utiliza en los actos de promulgación; por lo tanto, simplemente se **refiere** a N

(20) Esta parece ser la tesis que sostiene Bayón (1991: 729/739).

(como a todas las normas jurídicas válidas o todas las normas promulgadas por la autoridad legítima). Esta idea es un poco oscura (más adelante, intentaré explicitarla); en cualquier caso, lo que Caracciolo tiene en mente queda claro cuando nos pide que consideremos más detenidamente la razón operativa que, según los iusnaturalistas sofisticados, está implícita en todo razonamiento jurídico-práctico (esto es, en el ejemplo, NM). Él la reconstruye del siguiente modo (similar al modo en que fue explicitada más arriba):⁽²¹⁾

- N_0 : Para todas las circunstancias C y para todas las acciones p, si C se debe hacer P si, y sólo si, la AL dice que se debe hacer p si ocurre C

Esta norma, argumenta Caracciolo, se nos presenta como una norma moral. Sin embargo, **no es una norma genuina**. ¿Por qué? Porque no constituye una razón operativa. En efecto, no menciona acción alguna que deba llevarse a cabo: “las letras C y p son variables que tiene que ser reemplazadas por descripciones de hechos y de acciones para obtener una norma dirigida al comportamiento, ie. para obtener una ‘razón operativa’ para la acción” (1998: 222). Lo que determina cuáles son esos hechos y esas acciones son las normas jurídicas o los actos de promulgación de la AL. Éstos obran como **criterios de sustitución** de modo que, “el hecho de que la AL enuncie “si C entonces se debe realizar p” es una **condición necesaria y suficiente** para la **existencia** del deber de realizar p en caso de que C, esto es, para que el **contenido** de esa enunciación adquiera el estatus de una norma válida [...] Antes que algún acto de ese tipo se lleve a cabo no hay acción que deba ser realizada y el término “obediencia” se refiere de manera elíptica al conjunto de descripciones que pueden sustituir a las variables de acción” (1998, p. 222).

(21) No hay ninguna diferencia, a los efectos de esta discusión, entre afirmar “la AL dice que se debe hacer p si ocurre C” y afirmar “N (si C, entonces p) es una norma jurídica válida”. La AL podrían ser los individuos que aceptan ciertos criterios de identificación de normas jurídicas y las normas “dictadas” por ellos, las normas que satisfacen tales criterios. El punto es que hay normas cuya “existencia” o “validez jurídica” es una función de los comportamientos y creencias de ciertos individuos y el interrogante es saber si las normas así identificadas constituyen o no razones para la acción y en qué sentido. Hay, sin embargo, una diferencia que sí parece relevante. Mientras que NM es un condicional material, N_0 es un bicondicional. Sin embargo, la cuestión carece de relevancia porque Caracciolo aclara que el dominio de esa afirmación son las normas promulgadas (o, en términos más generales, las identificadas en función de la “regla de reconocimiento”) y, para ellas, vale el bicondicional (si el dominio son todas las normas es claro que el bicondicional no vale: la validez de las normas morales no tienen como condición necesaria su promulgación por una AL).

Si N_0 no constituye una norma genuina, esto es, si no constituye una razón operativa para la acción, entonces, por definición, las normas jurídicas no pueden operar como "razones auxiliares". Por lo tanto, o bien no se explica la normatividad del derecho (el hecho de que imponga deberes genuinos o altere las razones para la acción) o bien las normas jurídicas constituyen verdaderas **razones operativas** para actuar y, en ese caso, se habrá optado por el segundo cuerno del dilema de Eutifrón que, consistentemente, un objetivista debe rechazar (porque permite la inferencia de normas válidas del comportamiento de ciertos individuos y, por tanto, admite la validez de normas que no son normativamente objetivas).

En este sentido, N_0 **no es** una norma de la cual se puedan derivar otras normas sino que establece un **criterio de identificación** de normas válidas: "afirmar, como lo hacen Nino y Bayón, que un cierto hecho H (un acto de autoridad) constituye 'una razón auxiliar' no significa que H habilita la derivación lógica de una norma, sino que H es un criterio para **identificar** normas válidas" (1998, p. 222). Por "razón auxiliar" entonces, ya no se entiende el enunciado descriptivo que afirma el antecedente de una norma moral (razón operativa) sino uno que afirma la concurrencia de un hecho que un criterio de identificación liga **conceptualmente** con la existencia/validez de una norma. Un criterio de identificación que permite el tipo de inferencias que, en virtud de la Ley de Hume y de la autonomía o normatividad objetiva de los juicios morales, un objetivista rechaza.

5 | Examen de la crítica de Caracciolo. Los alcances de la Ley de Hume: ¿en qué condiciones se satisface el requerimiento de normatividad objetiva?

El núcleo de la crítica de Caracciolo es que se están "haciendo pasar" enunciados metaéticos por enunciados éticos (juicios o normas morales). En este sentido, podría considerarse que los "criterios de validez" son a las normas lo que los "condiciones de verdad" son a las proposiciones. Así, del mismo modo que afirmar "P es verdadero" es equivalente a afirmar "P", afirmar que "N es válida" es equivalente a afirmar "N". Si esto es así, parece un movimiento prohibido que un juicio moral altere las con-

diciones de validez de otro, así como lo es que una proposición altere las condiciones de verdad de otra. Pero esto es precisamente lo que hace la "norma" N_0 de obediencia general. Por lo tanto, **no puede** ser una norma sino que debe considerársela un enunciado metaético. Pero, como tal, es incompatible con otros enunciado metaéticos que el objetivista afirma (en particular, el requisito de objetividad normativa de las normas morales y la Ley de Hume).⁽²²⁾

Esta conclusión tiene vastas repercusiones en la teoría moral, más allá del problema de la autoridad. Tomemos, por caso, la norma moral según la cual "es obligatorio cumplir las promesas" (llamémosla NP). Esta norma parece equivalente, en lo relevante, a la norma N_0 . Por lo tanto, en rigor, no es una norma sino un criterio de validez que establece la validez de las promesas. Es decir, no es un enunciado moral sino metaético/conceptual. Los individuos pueden o no hacer promesas, pero no pueden hacer promesas que no tengan el deber (por lo menos *prima facie*) de cumplir.

Ahora bien, la crítica de Caracciolo era que el objetivista no podía consistentemente aceptar N_0 . Pero, si ese es el caso, tampoco podría aceptar consistentemente NP. Por lo tanto, la sorprendente conclusión del argumento de Caracciolo es que el objetivista no puede aceptar la obligatoriedad de las promesas.⁽²³⁾ Por supuesto, esta es una conclusión que el obje-

(22) El requisito de normatividad objetiva se sigue de la Ley de Hume. Los comportamientos de los individuos son hechos empíricos. Por lo tanto, inferir una norma a partir de ellos es una transgresión de la Ley de Hume.

(23) Searle apeló a la institución de la promesa para generar un argumento *contra* la Ley de Hume (1964: 43/58). El argumento de Searle es que uno puede derivar obligaciones de hechos institucionales. Los hechos institucionales presuponen reglas constitutivas, que deben ser distinguidas de las reglas regulativas. Estas últimas regulan actividades que son independientes de las reglas; las reglas constitutivas, en cambio, constituyen o definen (y también regulan) tipos de actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas. Searle cree que la derivación de enunciados normativos de enunciados descriptivos no necesariamente presupone una norma moral. No creo que Searle tenga razón, al menos para el caso de enunciados normativos morales. En este sentido, espero que, en lo que sigue, quede claro el modo en que uno podría defender que la institución de la promesa (al menos si uno cree que hay una obligación moral de cumplir las promesas y que ese es el rasgo definitorio que define a las promesas) presupone una norma moral que valida la inferencia del hecho de prometer a la obligación de cumplir lo prometido. Sin embargo, creo que esto se debe a un rasgo de la **institución del discurso moral** (la autonomía de los juicios morales) que sí presupone (como acepta, por ej., Nino) una regla constitutiva que define qué es tener una obligación moral (un criterio de identificación de las normas morales) y qué no

tivista no puede aceptar (independiente de su concepción del derecho y sus creencias sobre la autoridad).⁽²⁴⁾ ¿Qué podría decir en su favor?

No estoy seguro. El problema con términos como “promesa” o “autoridad” es que sus condiciones de aplicación consisten en una serie de enunciados descriptivos, mientras que sus consecuencias de aplicación consisten en una serie de enunciados normativos. Por lo tanto, parece que si uno acepta la Ley de Hume entonces debería rechazar esos conceptos dado que incorporan inferencias materialmente incorrectas.⁽²⁵⁾ No obstante, esto no es tan claro. En efecto, **nadie** estaría dispuesto a aceptar que comprometerse con la Ley de Hume implica rechazar las normas condicionales. Sin embargo, las normas condicionales son, precisamente, enunciados del tipo “Si H (cierto hecho), entonces O (cierta obligación)” y, por lo tanto, permiten el pasaje de hechos (los hechos del antecedente) a obligaciones (la obligación del consecuente).

Esto podría interpretarse como un argumento **contra** la Ley de Hume. Tomemos, por ejemplo, a los siguientes enunciados:

1. Si llueve, entonces es obligatorio usar paraguas.
2. Si la mayoría cree que es obligatorio usar paraguas, entonces es obligatorio usar paraguas.

Estos enunciados son, aparentemente, lógicamente idénticos. Sin embargo, estaríamos dispuestos a invocar la Ley de Hume contra el segundo y

.....

es a su vez una norma moral. Por lo tanto, no **cualquier** obligación sino sólo las obligaciones **morales** presuponen una norma moral que la respalde. Por otro lado, veremos que explicar el funcionamiento de instituciones como las promesas necesitan, sí, cierta calificación de la Ley de Hume.

(24) El referí anónimo observa que esta conclusión no se sigue. En este sentido, afirma que Caracciolo no niega que las normas producto de una promesa sean obligatorias. Simplemente niega que sean obligatorias **en virtud de** una norma como NP. Por lo tanto, no habría ninguna conclusión que el objetivista no pueda aceptar. Sin embargo, si no es en virtud de una norma como NP, ¿cómo es que las promesas son moralmente obligatorias? Necesitamos **algo** que vincule el **hecho** de prometer con la **obligación** de cumplir lo prometido. Si no es una norma como NP, ¿qué es? Y si vale para las promesas, ¿por qué no podría valer para el derecho?

(25) Sobre los conceptos de “condiciones de aplicación”, “consecuencias de aplicación” y la idea de que pueden rechazarse conceptos porque incorporan inferencias materialmente incorrectas, ver las elaboraciones de Brandom (1998: 116 y ss.) sobre el modelo de Dummett (1993: 453 y ss.).

no contra el primero. El argumento contra la Ley de Hume podría, entonces, resumirse en los siguientes términos. Si aceptamos (1), entonces no hay ningún problema lógico en pasar de enunciados descriptivos (llueve) a enunciados normativos (es obligatorio usar paraguas). Por lo tanto, dado que (2) es lógicamente idéntico a (1), no hay razones **lógicas** para rechazar (2). Si rechazamos (2) es, simplemente, porque creemos que es un enunciado falso o inválido.

Creo que este argumento no es concluyente. Lo que necesitamos es una clarificación de los **alcances** de la Ley de Hume. En este sentido, tenemos que intentar establecer cuál es la diferencia entre diversos tipos de enunciados condicionales que involucran enunciados normativos, esto es, establecer la diferencia entre enunciados como (1) y enunciados como (2).

Para ello, creo que es preciso distinguir entre verdad/pertenencia moral y validez/obligatoriedad moral.⁽²⁶⁾ Una norma es **verdadera**⁽²⁷⁾ (perteneciente al sistema de normas morales) si satisface el criterio de identificación de normas morales —en Nino, por ej., su aceptación como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes (2007: 117)—. Una norma es válida si debe ser obedecida. Todas las normas morales verdaderas son válidas pero no necesariamente todas las normas morales falsas son inválidas.⁽²⁸⁾

A la luz de esta distinción, podemos ahora preguntarnos ¿qué compromisos asume exactamente quien afirma (1)? Bien, cabe suponer algo como lo siguiente. Hay un criterio de identificación de normas morales, esto es, un

(26) Para la distinción en el marco jurídico ver Bulygin (1966). Sin embargo, en ese marco, Bulygin define obligatoriedad de un modo distinto al que se usa en el texto; así, señala: "Una norma es obligatoria si, y sólo si, las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber (prescripto por otra norma) de aplicarla" (1966: 364).

(27) Aquí hablaré de normas "verdaderas" en un sentido impropio. Las normas pertenecen o no al sistema moral; son las proposiciones normativas que afirman que una norma pertenece o no al sistema moral las que son susceptibles de verdad o falsedad (no las normas mismas). Esto, sin embargo, no afecta al fondo de la discusión. Si mantengo la expresión "norma verdadera" es para recoger la terminología de Nino.

(28) El punto de Nino y Bayón es, precisamente, que puede haber normas jurídicas falsas (no pertenecen al sistema de normas morales) que son, no obstante, válidas (deben ser obedecidas).

criterio que establece cuándo una norma pertenece al sistema de normas moral (Sm) o, en otros términos, cuándo es una norma moral verdadera. Quien afirma (1) considera que (1) es una norma verdadera o perteneciente a Sm. Ahora bien, cabe preguntarse también qué compromisos asume quien afirma (1) respecto al consecuente de (1), esto es, respecto al enunciado “es obligatorio usar paraguas”.

Una posibilidad sería considerar que quien afirma (1) considera que si llueve, entonces “es obligatorio usar paraguas” es un enunciado **verdadero** o, en otros términos, que satisface el criterio de identificación/pertenencia/verdad de las normas morales. Sin embargo, esto no es aceptable. Por un lado, la lluvia no tiene ninguna relación con los criterios de identificación de normas morales. Sería una concepción metaética muy extraña la que vinculara el hecho de que llueva con la verdad o pertenencia de las normas morales. Por otro lado, cabría aquí, nuevamente, dos interpretaciones. Una interpretación sería que “es obligatorio usar paraguas” es una norma verdadera, o que pertenece al sistema, **cuando y mientras** llueve. Este criterio de pertenencia es absurdo. Otra interpretación sería que “es obligatorio usar paraguas” es verdadera si alguna vez llueve. Esta afirmación es también absurda desde el punto de vista metaético pero, además, parece no reflejar adecuadamente el significado de (1). A mi entender, éste es el tipo de inferencias que pretende precluir la Ley de Hume, esto es, de la verdad de ciertos hechos a la verdad de ciertos enunciados normativos.

Una segunda posibilidad, que es, creo, la forma estándar de interpretar los compromisos de alguien que afirma (1), es la siguiente. Quien afirma (1) considera que, si llueve, entonces el enunciado “es obligatorio usar paraguas” es válido, esto es, que es **actualmente** obligatorio (ya no condicionalmente obligatorio). Esto no significa que “es obligatorio usar paraguas” sea una norma moral verdadera, sino, meramente, que la obligación de usar paraguas **ahora** se sigue de las normas que pertenecen al sistema. Este tipo de inferencias no presuponen una teoría metaética implausible y, de hecho, no parece que haya ninguna razón para inhibirlas. La Ley de Hume aquí parece inadecuada y, por lo tanto, cabe restringir sus alcances.

Pasemos ahora al enunciado (2). ¿Qué compromisos asume exactamente quien lo afirma? Una primera alternativa es considerar que quien lo afirma sostiene que (2) satisface los criterios de identificación de normas morales.

En ese caso, sería una afirmación idéntica a (1). Sin embargo, así analizado, parece ser un enunciado falso. No creo, empero, que esta sea la interpretación estándar. Quien afirma (2) no sostiene, en principio, que (2) sea una norma moral verdadera. Tampoco sostiene que (2) sea una norma moral válida. Se trata, más bien, de un enunciado **metaético o conceptual**. La idea es que el consecuente “es obligatorio usar paraguas” es una norma verdadera o válida **porque** la mayoría cree que es obligatorio usar paraguas y ello no en virtud de otra norma moral (como en el caso de (1)), sino por razones metaéticas o conceptuales. La Ley de Hume parece vedar también la aceptación de condicionales materiales de este tipo, esto es, que condicionan la verdad o validez de las normas morales a hechos y ello sólo por razones conceptuales, esto es, sin sustento en otra norma.⁽²⁹⁾

Este argumento pretendió mostrar que los enunciados (1) y (2) son enunciados de distinto tipo y, de este modo, rechazar el argumento contra la Ley de Hume. Sin embargo, al hacerlo, hemos aclarado, calificado, sus alcances.

Una analogía puede ilustrar este punto. Consideremos el siguiente enunciado: “No es legítimo inferir enunciados no-tautológicos de enunciados tautológicos”. ¿Qué estatus tiene este enunciado? ¿Qué proscribe y qué no? Evidentemente, la siguiente inferencia está vedada:

- 1) Si A, entonces A
- 2) B

Sin embargo, consideremos el siguiente argumento:

- 1A) (A, entonces A) entonces (B)
- 2A) A, entonces A
- 3A) B

Uno creería que la regla que veda la inferencia de (1) a (2) en el primer argumento también establece que un enunciado del tipo (1A) debe re-

(29) Sin embargo, una regla que valida este tipo de inferencias podría subyacer a la práctica del discurso moral. Los hechos aludidos en el antecedente serían, empero, de un tipo muy particular, como por ej., los que alude Nino. En este sentido, él sostiene que la regla constitutiva del discurso moral “escapa” a la Ley de Hume. Sin embargo, ésta se aplica a todo otro enunciado normativo (moral).

chazarse pues, en efecto, permite esa inferencia (es más, parece que debe rechazarse aún cuando sea verdadero, como sucedería si, efectivamente, es el caso que B). Los objetivistas no podrían sostener que la Ley de Hume tiene este mismo estatus. En este sentido, creo que debería distinguirse entre pertenencia/verdad y obligatoriedad/validez. La Ley de Hume tendría diversos alcances según se refiera a la verdad de enunciados normativos o a la validez de enunciados normativos. Si se dirige a la verdad, funciona como la regla que veda inferir enunciados tautológicos de enunciados no-tautológicos. Así, no vale:

- H [enunciado descriptivo]
- N es verdadera [enunciado normativo de pertenencia]

Ni:

- Si H, entonces N es verdadera/válida [enunciado metaético/conceptual]
- H [enunciado descriptivo]
- N es verdadera [enunciado normativo de pertenencia]

En este caso, (1) es un enunciado normativo metaético/conceptual y es el tipo de enunciados que la Ley de Hume nos veda aceptar.

Sin embargo, referida a la validez, la Ley de Hume no funciona del mismo modo. Así, es cierto que no vale:

- H [enunciado descriptivo]
- N es válida [enunciado normativo de validez]

Sin embargo, **sí vale**:

- Si H, entonces N es válida [enunciado normativo de pertenencia]
- H [enunciado descriptivo]
- N es válida [enunciado normativo de validez]

Este argumento vale sólo referido a la validez de N y sólo si (1) es un enunciado normativo de pertenencia (esto es, si se lo afirma como una norma moral verdadera). Por supuesto, la conclusión, en este caso, será verdadera sólo si (1) es efectivamente verdadera. ¿Cómo se determina la verdad de (1)? Es verdadera sí y sólo si satisface los criterios de identificación/pertenencia de las normas morales.

Ahora bien, ¿de qué modo estas aclaraciones nos sirven para responder al desafío de Caracciolo en nombre de los objetivistas? El argumento de Caracciolo puede ahora reconstruirse del siguiente modo. Los objetivistas, que aceptan la Ley de Hume, aceptan el siguiente argumento que está vedado por ella, a saber:

- Si la AL dicta una norma cualquiera N, entonces esa norma N es moralmente válida
- AL dictó la norma N
- N es moralmente válida

¿Es cierto, como afirma Caracciolo, que este argumento está vedado por la Ley de Hume (o, en sus términos, que viola el requisito de normatividad objetiva de la moral)? Según lo que hemos visto, la cuestión se reduce a determinar si (1) es un enunciado metaético/conceptual o un enunciado normativo de pertenencia (esto es, la enunciación de una norma que, se pretende, satisface los criterios de pertenencia/verdad moral). El argumento de Caracciolo para considerarlo un enunciado metaético es que funciona como un criterio de identificación de normas válidas. ¿Es este un argumento suficiente? Parece, por lo menos, un argumento correctamente orientado. En efecto, algo similar podríamos decir respecto de "Si la mayoría cree N, entonces N es válida" que, según hemos afirmado, en su interpretación estándar, constituye una afirmación metaética. Sin embargo, no creo que el hecho de que funcione como un criterio de identificación de normas válidas sea suficiente para mostrar que es una afirmación metaética/conceptual.

En este orden de ideas, uno podría reconstruir el argumento de los objetivistas de un modo más explícito. Así, el argumento se vería como sigue:

1. Si AL dicta una norma cualquiera N, entonces N es válida (esta es equivalente a No)
2. Un sujeto X es una AL si y sólo si se dan los hechos H pertinentes relativos a X (por ejemplo, X es democrático, o la regla de reconocimiento establece que las normas dictadas por X son normas jurídicas)
3. Se dan los hechos H pertinentes relativos a X
4. X es una AL
5. X dictó la norma N
6. N es válida

(1) es un enunciado metaético/conceptual que establece cuáles son las consecuencias de aplicación del término “autoridad legítima”. (2), por su parte, establece cuáles son las condiciones de aplicación del término “autoridad legítima” y, en este sentido, es también un enunciado metaético/conceptual. Sin embargo, ¿qué consideraciones deberíamos hacer para saber si la inferencia material que el concepto de autoridad legítima habilita es una inferencia que debemos rechazar o una que debemos aceptar, a la luz de la Ley de Hume? Creo que la respuesta es que deberíamos considerar si se trata de una **norma moral verdadera**. Si lo fuese, entonces, el argumento sería un argumento válido porque el concepto de AL está **sustentado** en una norma moral y, por lo tanto, la validez de N no se predica por razones **meramente** metaéticas o conceptuales sino, fundamentalmente, por razones morales. Éste es exactamente el **mismo test** que aplicamos a la afirmación “Si la mayoría cree N, entonces N”. El punto es que las consideraciones conceptuales y las consideraciones normativas no son siempre fácilmente discernibles. Tanto el concepto de autoridad legítima como el de prometer, habilitan la inferencia de ciertos enunciados descriptivos a enunciados normativos. Éstas no son necesariamente malas inferencias. No lo son si no pretenden concluir la verdad de una norma (sino su validez) y si, a la vez, se sustentan en una norma verdadera. Éste es el alcance que cabe atribuir a la Ley de Hume. Por lo tanto, si, como los objetivistas aducen, hay una norma moral verdadera que permite pasar de los hechos que son la condición de aplicación del término “promesa” a la validez de las normas que constituyen la consecuencia de su aplicación, entonces los razonamientos prácticos mediados por promesas son razonamientos válidos. Y otro tanto cabe decir respecto de los razonamientos mediados por autoridades legítimas.⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

.....

(30) Si el concepto de “autoridad legítima” genera más discusiones, es porque la verdad de la norma moral que supone no está clara. Sin embargo, la verdad de la norma moral detrás de las promesas parece ser más “evidente”; está vinculada con la idea de que los individuos son autónomos, esto es, que pueden asumir nuevas obligaciones morales (que no es lo mismo que reconocer la verdad de una norma moral). La idea de autoridad legítima supone que los individuos son también heterónomos, esto es, que otros pueden **imponerles nuevas obligaciones morales**. Por supuesto, la justificación de la heteronomía es más difícil. Sin embargo, la disputa es **normativa** y **no metaética** (aunque las cuestiones conceptuales constituyan un obstáculo habitual; la tarea del filósofo es, en parte, disolver las dificultades conceptuales para poder examinar la cuestión moral).

(31) El referí anónimo hace aquí una observación pertinente, a la que intentaba responder en la versión más extensa que presenté en el *Work-Shop*. Señala que la norma que permitiría pasar del hecho de prometer a la obligación de cumplir con lo prometido no podrían ser

6 | Conclusiones

Si el problema de la normatividad del derecho es un problema genuino, es, en todo caso, un problema práctico. La dificultad surge porque la conjunción de dos tesis plausibles, a saber, que la identificación de normas jurídicas es una función de ciertos hechos y que no puede inferirse normas morales verdaderas/válidas sólo de hechos (Ley de Hume); tornan a la práctica extendida de invocar normas jurídicas para justificar acciones y exigencias en un práctica **sistemáticamente injustificada**.

El iusnaturalismo sofisticado se propone ofrecer una vía de solución a este problema. Caraccioli rechaza este intento. La crítica de Caraccioli es que los objetivistas pretenden justificar la validez/verdad de una norma en consideraciones conceptuales que ligan ciertos hechos con ciertas consecuencias normativas, lo que, so pena de ser inconsistentes, no pueden hacer, dado su compromiso con el requisito de la objetividad normativa de las normas morales y la Ley de Hume. Si la crítica de Caraccioli es correcta, entonces el objetivista no sólo no podría aceptar la existencia de autoridades legítimas sino que también debería rechazar la noción de que las promesas establecen obligaciones y, quizás, también la idea de normas condicionales. Esto implicaría no sólo que el objetivista es inconsistente sino que, además, debería abandonarse la Ley de Hume. Contra la crítica de Caraccioli yo argumenté que:

- I. Debe distinguirse entre verdad y validez de las normas morales.
2. La Ley de Hume impide inferir la verdad de normas morales de hechos en cualquier caso.

.....
 una norma moral verdadera porque no es una razón operativa (ie., no indica ninguna acción). Primero, tengo dudas acerca de si la caracterización del concepto de razón operativa de Caraccioli es correcta (por lo pronto, no es equivalente a la de Raz). Segundo, si lo fuera, entonces creo que debería abandonarse la tesis de que toda norma moral verdadera constituye una razón operativa para la acción. Quizás de esto se siga, además, que las promesas y las normas jurídicas no son meras razones auxiliares. Sin embargo, el problema relevante no es si N_0 o NP son o no razones operativas, sino si suponen o implican una transgresión del requisito de normatividad objetiva. He intentado argumentar que no.

El referí observa, además, que todo el punto de Caraccioli es sostener que N_0 no es una norma de conducta sino una norma de competencia. Se trata, creo, de una buena reconstrucción de la tesis de Caraccioli; pero es incompleta. En este sentido, creo que Caraccioli sostiene, además, que la existencia de normas morales de competencia es incompatible con el requisito de objetividad normativa. En este trabajo intenté **negar** esta segunda tesis y no la primera. Es más, argumenté que difícilmente pueda darse cuenta de la práctica de las promesas a menos que se acepte que hay normas morales de competencia.

3. La Ley de Hume no impide inferir la validez moral de normas de hechos siempre que tal inferencia esté respaldada por una norma moral verdadera. Esto es, el requisito de objetividad normativa no se aplica a la validez.
4. El argumento del objetivista no se basa en consideraciones exclusivamente conceptuales o metaéticas. Realiza afirmaciones conceptuales. Pero las inferencias materiales que los conceptos que utiliza involucran ("promesas", "autoridad legítima") están respaldadas por normas morales. Por lo tanto, el argumento del objetivista no está vedado por la Ley de Hume o el requisito de objetividad normativa, correctamente entendidos.

Por lo tanto, el argumento de Caracciolo no es un argumento suficiente contra el iusnaturalismo sofisticado. Sin embargo, sí permite concluir que el objetivista debe calificar su compromiso con la Ley de Hume (o, en términos de Caracciolo, con la normatividad objetiva).

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO (1981), "La concepción expresiva de las normas", en Alchourrón Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 121/153.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BRANDOM, ROBERT, *Making it Explicit*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998.
- BULYGIN, EUGENIO (1966), "Sentencia judicial y creación del derecho", en Alchourrón Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355/369.
- BULYGIN, EUGENIO (1987), "Validez y positivismo", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 499/519.
- CARACCILO, RICARDO (1996), "Existencia de normas", en Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 183/203.
- CARACCILO, RICARDO (1998), "La relevancia práctica de una autoridad normativa. El argumento de las razones auxiliares", en Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 205/225.
- DUMMETT, MICHAEL, *Frege: Philosophy of Language*, Second Edition, Harvard University Press, 1993, pp. 453 y ss..
- NINO, CARLOS S. , *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- NINO, CARLOS S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, (2ª edición), Buenos Aires, Astrea, 2007.

POSTEMA, GERALD, "Coordination and Convention at the Foundation of Law", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, 1982, pp.165/203.

RABOSI, EDUARDO, "Diálogo, Falacias y Retórica. El caso de la falacia naturalista", *Manuscrito*, XXV, 2, 2002, p. 353/380.

RAZ, JOSEPH, "La pureza de la Teoría Pura", en *Análisis Filosófico*, Vol. 1, n° 1, 1981, pp. 71/88.

RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2009.

ROSS, ALF, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, 140/147, pp. 121/122.

SEARLE, JOHN, "How to Derive 'Ought' From 'Is'", en *The Philosophical Review*, Vol. 73, No.1, 1964, pp. 43-58.

SHAPIRO, SCOTT, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2011.

Sobre los derechos colectivos⁽¹⁾

por **ANDRÉS ROSSETTI**⁽²⁾

I | Palabras previas

Es un honor para mí participar en esta publicación en homenaje a quien considero, y lo he dicho tantas veces antes por lo que no me cuesta repetirlo aquí, el mejor profesor que me ha tocado conocer en mí ya largo paso por las aulas de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC (¡Y son ya 33 años!), tanto como estudiante primero, adscripto y docente después.

Conocí a Ricardo Caracciolo allá en los comienzos del año 1985. Yo acababa de recibirme de abogado en diciembre del año anterior, había cursado ya las 30 materias que requería entonces la carrera y poseía mi título universitario. Lo había logrado fundamentalmente repitiendo definiciones, clasificaciones, naturalezas jurídicas y artículos de códigos, ya que en todas las materias, con la sola excepción de filosofía del derecho en el último año, bastaba con repetir y se aprobaba. No se fomentaba el razonamiento, ni el análisis crítico, el pensamiento lógico, las reflexiones personales o cosas por el estilo. Sólo se exigía "memoria". Por tanto, decidí pedir, a más de en derecho constitucional que era la materia que ya había elegido y en

(1) Trabajo seleccionado de los presentados en el *workshop* dedicado a la discusión de la obra del Profesor Ricardo Caracciolo, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 5 y 6 de septiembre de 2012.

(2) Abogado (UNC). Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Lund, Suecia (2000) y Doctor en Derechos Humanos, Universidad de Palermo, Italia (2007). Profesor Titular en Derecho Constitucional e Investigador del CIJS, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC.

la que era una especie de ayudante alumno, la adscripción en filosofía del derecho, en la cátedra cuya titularidad se le había restituido a Caracciolo.

Así fue como conocí a este profesor joven y brillante, simpático y a veces algo parco al mismo tiempo, inteligente y agudo como pocos y siempre disponible a escuchar con atención y dar su calificada opinión sobre el tema que alguien le planteaba. Empecé a asistir, junto con algunos de los que fueron luego sus más brillantes “discípulos”, como Cristina Redondo, Pablo Navarro y Sergio Raponi, a los “míticos” seminarios de los sábados a la mañana que organizaba la reconstituida cátedra B de filosofía del derecho, con la vuelta a la democracia y la reincorporación de sus expulsados miembros durante el período de la dictadura militar más feroz que conoció nuestro país. Con el pasar de los años seguí asistiendo a ese seminario coordinado por Caracciolo, fui su adscripto en 1988, compartimos en 1990 un curso de post-grado que él dictaba y que me ofreció generosamente que colaborase en las partes vinculadas con el derecho constitucional (materia que finalmente elegí y en la que enseñé precisamente desde ese mismo año en la UNC) y así todo fue haciendo que Caracciolo se volviese una persona fundamental en mi vida: por su talento, por su bondad, por su sabiduría, por su decencia, por su magisterio, por su generosidad, por su ejemplo y por su hombría de bien.

Caracciolo, además, es de esos pocos profesores que han pasado por nuestra casa de estudios que reúne dos características que por aquí escasean: pasión docente y, directamente relacionada con ella, formación de recursos humanos. Un verdadero maestro, que puede pasar horas escuchando y discutiendo con su discípulo o interlocutor del momento un tema teórico o práctico. Y así es que ha tenido discípulos y discípulas brillantes, tanto en Córdoba como en otros lugares del mundo en los que ha enseñado, entre los que se pueden citar, a más de los ya nombrados, tantos y tantas más, como por ejemplo Hugo Seleme, Paula Gaido y prefero no enumerar más para no olvidarme de nadie.

Caracciolo además, tiene una particularidad admirable, que yo trato de imitar: con sus doctorandos/as y con las personas que le solicitan consejos sobre sus escritos, trabajos o ideas, él no trata —al dar esos consejos o incluso al criticar o formular sus aportes para que el trabajo mejore— de imponer su visión en base a su posición, sino que logra ponerse en la postura de quien lo interroga, y por tanto sus sugerencias son hechas desde la posición de su interlocutor, con un notable nivel de agudeza, lo que lo

vuelve incluso más destacable ya que no es lo que suelen hacer los directores o consejeros de tesis en el mundo jurídico normalmente.

De Caracciolo he aprendido mucho: aprendí a pensar el derecho y a no repetirlo, aprendí a enseñar planteando la duda y no ofreciendo la solución, aprendí a respetar y escuchar todas las preguntas y aprendí que para enseñar primero hay que estudiar, entre tantas otras enseñanzas no sólo en el campo del derecho. Lo dicho, es verdad, son cuestiones básicas, pero tan poco comunes en nuestra casa de estudios que me parece importante destacarlas. Me siento su discípulo, como más de una vez le dije, y de allí mi alegría por participar en este homenaje, aun cuando en realidad sé perfectamente que no lo soy ya que me he dedicado a otros sectores del derecho diferentes a los que él enseña. Por eso mismo, he leído sólo una parte de su obra, aunque lo he escuchado mucho.

Creo, por tanto, que este homenaje es inmensamente merecido, ya que el homenajeado es una persona que ha hecho como pocos muchísimo por el bien de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNC y sólo me queda por decir: ¡gracias querido Profesor Caracciolo!

2 | Introducción

En el punto anterior se concentra lo que más me interesaba decir en este escrito, pero el “protocolo” exige un breve comentario sobre algún texto de la obra de Ricardo Caracciolo. Mi elección ha sido por un trabajo sobre los derechos colectivos, que leí en el año 2005 y que escuché en el mismo año presentado en una brillante exposición que nos dio en un seminario anual que hacemos en la ciudad de Jesús María, Provincia de Córdoba. La elección de este artículo se debe, fundamentalmente, a que me causó mucha impresión su lectura, fundamentalmente porque me obligó a pensar mucho —como siempre— pero esta vez lo raro es que no logró —probablemente por tozudez o incapacidad de mi parte— convencerme en su postura. Aprovecho, por tanto, para volver sobre el tema con el fin de ver si logro cerrar, o al menos avanzar, en mis ideas al respecto.

El artículo está escrito “a lo Caracciolo”, en el que no sobra nada, pero a su vez nada falta, con esa perfección y simpleza que tienen sus escritos y que se asemejan tanto, en el campo jurídico, a los de ese escritor inmenso (y más allá de lo polémico de algunas cuestiones de su vida, la compara-

ción debe ser interpretada sin dudas como un gran elogio) que fue Jorge Luis Borges, cuya maestría al escribir también hace que nada sobre, que nada falte y que todo sea importante en sus cuentos, ensayos y poesías. En definitiva, usaré este artículo porque me interesa el tema y creo que es bien importante seguir profundizándolo.

Me detengo, en el punto siguiente, a presentar el texto de Caracciolo y luego, en el punto 4, formulo un par de cuestiones y algún interrogante vinculado con este excelente escrito, para finalmente esbozar algunas conclusiones.

3 | Lo que dice Caracciolo: presentación del texto

El artículo en el que me concentro muy brevemente es el titulado “¿Existen los derechos colectivos?” (Caracciolo, 2002), que consta de tan sólo 7 páginas. Allí Caracciolo se propone indagar, desde una perspectiva filosófica, sobre la “existencia” (o no) de los llamados derechos colectivos. Advierte, por cierto, que la respuesta al planteo depende, en buena parte, de lo que se entienda por ellos. Por tanto, señala algunas estipulaciones, como que los derechos colectivos se contraponen a los individuales por su contenido u objeto y que el objeto de un derecho colectivo es un bien colectivo, que pertenece a un grupo y no a los diferentes individuos que lo integran.

Simplifica, a su vez, la discusión, concentrándose en los llamados derechos culturales (para preservar o conservar un rasgo cultural de un grupo), que son los que más controversias generan. Afirma el autor: “Son, entonces, derechos de grupos a un cierto *statu quo*, a la subsistencia de la propia existencia del grupo, en tanto entidad distinta de los individuos que lo componen, en tanto se postula que semejantes rasgos culturales constituyen su propia identidad” (Caracciolo, 2002: p. 267). La identidad, al menos parcialmente, se determina por medio de la pertenencia a un grupo. Sin embargo, advierte que no se tienen criterios claros de identidad de grupos y que tampoco se conocen cuáles son los rasgos culturales que les confieren identidad.

Plantea, a su vez, que se debe suponer que los individuos no pueden ser titulares de derechos a la conservación del *statu quo* que define el grupo.

Da por supuesto, a su vez, que es posible encontrar (y comparto, tal como diré más adelante) respuestas a estos planteos, pero considera que la sub-

sistencia de la cultura se basa en prácticas sociales, y estas no dejan de ser individuales. Y luego afirma “son acciones de conservación del rasgo cultural” (Caracciolo, 2002: p. 269).

Luego analiza dos “reduccionismos” (fuerte y débil) en los que caerían quienes defienden los derechos colectivos, vinculados con lo que podría llamarse la “inevitabilidad” de los derechos individuales, para luego presentar 6 enunciados posibles que va descartando, por distintas razones (moviéndose dentro del campo de la dimensión moral), manifestando que, en definitiva “en la dimensión normativa, la cuestión de la existencia de derechos colectivos, es, en última instancia, un problema de conflicto de juicios de valor” (Caracciolo, 2002: p. 271). Y concluye que, para abordar esto, o bien se cae en el relativismo ético (todos los grupos —suele decirse pero no está en el texto que comento— todas las culturas valen e incluso para algunas posiciones todas valen igual) o bien se debe recurrir a una “concepción meta ética objetivista”, con los problemas que esto conlleva. En definitiva, concluye sobre la no necesidad de utilizar la categoría de los derechos colectivos.

4 | Algunos comentarios

Me parece que el impecable análisis de Caracciolo —que espero haber presentado fidedignamente en el resumen muy acotado que acabo de hacer— muestra que su visión es escéptica sobre la existencia de los derechos colectivos por las razones ya señaladas (fundamentalmente, que siempre se “sigue tratando” de derechos individuales).

Sin pretender hacer un planteamiento desde la lógica, la filosofía y la teoría del derecho, campos que manejo sólo rudimentariamente, me parece, en cambio, que puede aceptarse —no sin problemas— la existencia de los derechos colectivos (entendidos como derechos de grupos), no sólo como “simples” derechos, sino incluso como derechos fundamentales, tal como ya sucede en la realidad jurídica y que hay argumentos válidos para defender esta posición. Intentaré justificar lo dicho y para ello parto aceptando la “existencia” (o la posibilidad de ella) de los derechos colectivos,⁽³⁾ y trato de reflexionar sobre su utilidad, ventajas y riesgos. En efecto, había estudiado

(3) No veo impedimentos para que el derecho pueda reconocer derechos a los grupos, como tampoco en el orden moral creo que se den los mismos.

sobre relativismo (enfrentando la postura mayoritaria “universalista”, como así también fundamentalmente sobre los derechos de las minorías y de las poblaciones indígenas) y me había interesado de sobremanera la posición del llamado derecho a la diferencia y demás postulados sostenidos desde estas posiciones en las que los derechos colectivos están involucrados (Rossetti, 2001 y 2004). Si bien hoy tengo menos entusiasmo que antes en estas posturas, me cuesta aceptar la idea de su no existencia o imposibilidad.

Podría afirmarse, y esto por cierto no se le escapa a Caracciolo, que los derechos colectivos “ya existen”, puesto que estamos llenos de normas que se aplican y que los consagran como derechos humanos o fundamentales. Al respecto, basta señalar los arts. 1 de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos principales de Naciones Unidas consagrados en el año 1966 (el de Derechos civiles y políticos como así también el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que prevén el derecho a la autodeterminación de los pueblos, o bien aquellos derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional en los art. 41 y 42 (sobre derechos ambientales y de usuarios y consumidores, respectivamente, que tienen por cierto características distintas) o lo establecido en estos temas en las nuevas constituciones latinoamericanas como las recientes de Ecuador y Bolivia. Cabe cuestionarse: ¿qué quiere decir “existencia”? ¿Y existencia de un derecho? La respuesta “descriptiva”, parafraseando a Guastini, podría ser que existen porque hay una norma que los consagra y basta con ello. También puede plantearse, en un escalón superior, que hace falta algo más, es decir que existe el derecho pero que debe contarse con la posibilidad de exigencia, de reclamo, mientras que una última posición diría que sólo “existe” (o se tiene) el derecho si además de la norma y la posibilidad de exigencia, ésta última es “efectiva”, realmente acatada (Guastini, 1990: p. 179 y ss.). Creo que en el caso de los derechos colectivos, puede afirmarse que se da, también, en la realidad, no sin resistencias, incluso ésta última posición.

Muy velozmente me detengo en algunos breves comentarios e interrogantes sobre el trabajo que analizo, para finalmente luego esbozar algunas conclusiones.

- a. No me queda clara la razón del por qué deben “contraponerse”⁽⁴⁾ necesariamente los derechos colectivos con los individuales. Si bien, como sucede

(4) Caracciolo (2002: p. 267) afirma: “En primer lugar, los derechos colectivos se contraponen a los derechos individuales por su contenido u objeto”.

siempre entre los derechos, puede haber colisiones y conflictos entre ellos, no parece que inevitablemente ellos deban siempre darse, y así lo han planteado distintos autores, entre ellos Kymlicka (Kymlicka 2009)⁽⁵⁾ incluso dentro de una posición “liberal”. Que se tengan derechos colectivos no quiere decir que no se tengan, a su vez, derechos individuales y que entre ellos puedan convivir, con los normales problemas con los que conviven los distintos derechos.

- b. No siempre, al menos en el uso común que se hace del término “derechos colectivos”, el bien objeto del derecho es un bien común.⁽⁶⁾ Efectivamente, la mayoría de las veces lo es (ambiente, democracia, paz, etc.), pero puede darse el caso de los derechos de los usuarios y consumidores, considerados colectivos, en los que los bienes que se protegen son individuales, pero en forma homogénea o colectiva. Y esto me da pie para resaltar que los derechos colectivos —más allá que existe una enorme gama y variedad de ellos que justificaría hacer algunas distinciones— no se determinan y caracterizan “solo” por el objeto que protegen, sino también por los sujetos titulares de ellos. En este sentido, es muy válida la clasificación realizada por Eide y Daes (2000), quienes, con referencia a los derechos de las minorías, distinguían cuatro tipos diferentes de derechos que tienen los integrantes de los grupos minoritarios, y que vale la pena recordar aquí:
1. Los derechos humanos generales que son aquellos que les corresponden a todos los seres humanos. Se trata de derechos individuales.
 2. Los derechos adicionales específicos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas que les corresponden sólo a esas personas. Se trata de derechos individuales pero que requieren de un elemento colectivo (la pertenencia al grupo). Es el caso del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.
 3. Los derechos especiales de los pueblos indígenas y de los indígenas que son derechos de “grupos” y por tanto son derechos colectivos. La propiedad comunitaria de la tierra, consagrada en nuestro art. 75 inc. 17 CN sirve de ejemplo en este sentido.

(5) En este trabajo Kymlicka dice: “Colectivistas e individualistas discrepan en la cuestión de si las comunidades pueden tener derechos o intereses independientemente de sus miembros individuales. Este debate sobre la primacía del individuo o de la comunidad es uno de los más antiguos y venerables de la filosofía política. Pero espero que haya quedado claro cuán inútil resulta a la hora de evaluar la mayoría de los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias occidentales. La mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes” (2009: 25/26)..

(6) Caracciolo (2002: p. 267) dice: “El objeto de un derecho colectivo es un bien colectivo, un bien que pertenece a un grupo y no a los individuos que lo integran”.

4. Los derechos de los pueblos en relación con la autodeterminación que son únicamente colectivos. Vale pensar en los ya mencionados arts. 1 de los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966.
 5. Lo señalado lleva a reflexionar si el objeto es el único criterio para caracterizar los derechos colectivos, o también los sujetos, sus legitimaciones y sus derechos subjetivos y formas de reclamo, permiten que calificuemos a los derechos como tales. A su vez, muchas veces los derechos que se protegen son indivisibles y sólo pueden ser realizados por el grupo, como por ejemplo el ya citado derecho al autogobierno (autodeterminación), que es, indudablemente, del grupo.
- c. La cuestión de la falta de criterios “claros” para determinar los grupos,⁽⁷⁾ seguramente comporta un problema, pero es una característica más (y común) de las regulaciones jurídicas que, justamente, suelen basarse en normas que no tienen criterios netamente claros para determinar las cuestiones que regulan. Me parece evidente que el derecho no es exacto como la matemática, por lo que siempre nos movemos con márgenes de indeterminación, cuando de lo jurídico se trata, que no pueden evitarse, y lo mismo vale, por cierto, para la determinación de los grupos, pero de esto no puede derivarse o excluirse que existan diversas posibilidades y criterios para determinar a los grupos.
- d. Las acciones, si bien son “físicamente” individuales, pueden estar concebidas grupalmente, y, a su vez, no siempre están destinadas a “conservar”,⁽⁸⁾ ya que perfectamente pueden, dichas acciones, estar destinadas a cambiar, pero en base a los intereses, las decisiones y los criterios de cambio del grupo.
- e. Me pregunto si realmente tiene que ser la opción siempre blanco o negro: ¿relativismo o “absolutismo” ético?⁽⁹⁾ Creo que existen —y eventualmente además pueden construirse— posiciones intermedias y el derecho se mueve casi

.....

(7) Caracciolo (2002: p. 268) dice: “Hay, por supuesto, numerosas cuestiones sin revolver implicadas en esta idea. La primera es, sin duda, que no se tienen criterios claros de identidad de grupos (Mackinson, 1989)”.

(8) Afirma Caracciolo (2002: 268/9): “No obstante, subsiste un problema para los partidarios de la existencia independiente de derechos colectivos. En efecto, a menos que se postule una misteriosa ontología de los rasgos culturales, su subsistencia depende, de hecho, de la subsistencia de prácticas sociales, esto es, de conjuntos de acciones individuales (...) Esto es, derecho cuyo contenido son acciones de conservación del rasgo cultural. Por supuesto, es posible construir un concepto de “derecho individual” sobre semejantes acciones que pueda satisfacer las expectativas de los que defienden el valor de ese *statu quo*, pero se corresponden con deberes de acción y de omisión de otros individuos, en especial de los órganos de un Estado multicultural (...) Se tratan, por ejemplo, de derechos a practicar una religión o de usar una lengua”.

(9) Caracciolo (2002: 272) dice: “Se tienen dos concepciones meta éticas para abordar este problema. A veces se afirma que el relativismo ético implica el respeto de todos los rasgos culturales y, así, es la alternativa para sostener la tesis fuerte de los derechos colectivos (...) Parece, entonces, que para afirmar, al menos, la versión débil de los derechos colectivos hay

siempre en ellas, lo que quizás le hace perder coherencia y lógica, pero gana, creo, en “realidad” y consenso. Por tanto, no estoy seguro que la cuestión tenga que plantearse así en modo tan “terminante”: relativismo vs. objetivismo moral, ya que no necesariamente se presentan de esta forma en la realidad cotidiana de los aspectos jurídicos. Hay buenas razones para creer que los derechos humanos pueden derivar de una u otra posición (o incluso de ninguna o de ambas)⁽¹⁰⁾ por lo que parece razonable también pensar los derechos colectivos desde esas posiciones intermedias.

5 | Conclusiones

Hay una enorme variedad de derechos que se los considera colectivos que exceden al análisis de los vinculados con los derechos culturales, y que llevan a sostener la existencia de los mismos tanto en el plano conceptual, como normativo y pragmático (Rodríguez Abascal, 2002), lo que no quiere decir, como sucede cuando de derecho se trata, que deban aceptarse todos dentro de la categoría, ni que todos persigan fines “beneficiosos”, si es que puede utilizarse este término cuando de derechos se trata.

Creo que no puede obviarse en el análisis sobre los derechos colectivos la discusión sobre los derechos humanos y si ellos son derechos morales o derechos jurídicos. No pretendo profundizar aquí la cuestión, y por tanto me baso en la posición de Carrió cuando dice que como es abogado y no filósofo, prefiere considerarlos jurídicos,⁽¹¹⁾ más allá de la base ética y moral (y en este último campo se mueve Caracciolo) que, obviamente, tienen.

.....

que recurrir a una concepción meta ética objetivista que incluya criterios de jerarquía entre diversos juicios de valor”.

(10) Dice López Calera (2004: 296) basándose en M. Freeman: “El reconocimiento de los derechos humanos colectivos y la reconciliación de lo colectivo con los derechos humanos individuales diluye la distinción entre las concepciones individualistas y colectivistas de los derechos. Esto no elimina los desacuerdos sobre valores y políticas entre individualistas y colectivistas, pero crea un “tercer espacio” (*third space*) en el que los defensores de estas dos clases de sistemas de valor pueden comprometerse a dialogar y reconoce el valor de la autonomía individual y de la solidaridad colectiva. El concepto de derechos humanos colectivos, por tanto, sirve a reconciliar los valores del universalismo liberal y el pluralismo cultural, y de este modo proporciona un marco teórico para políticas prácticas que pueden reconciliar la justicia y la paz”.

(11) Ver Carrió (1990: 23), quien respecto de la disputa conceptual en relación al tema entre Carlos Nino y Eduardo Rabossi “No sabría cómo expedirme en este debate. Como no soy filósofo y sí abogado me seduce la propuesta de Rabossi. Aunque no sea más que porque me exige de adentrarme en terrenos peligrosamente metafísicos. Pero me doy cuenta de que la solución Rabossi deja muchas preguntas abiertas. Una de ellas: ¿pero antes de que

Asimismo, se mezclan en la discusión la determinación de las características de los derechos humanos: ¿son ellos inalienables, absolutos, universales, eternos y basados en la dignidad humana como suelen muchas veces ser presentados o más bien, como alternativas, son en cambio construidos socialmente, contingentes, particulares de cada cultura, históricos y basados en su utilidad y su poder? (Steiner, Alston y Goodman 2007: p. 475 y ss.). Según las respuestas, cambia por cierto la visión de los derechos en general y de los colectivos en particular: en relación con el segundo grupo de características parecen no existir problemas con el reconocimiento de la existencia de los derechos colectivos, pero en relación con las características mencionados en primer lugar, si bien también pueden fundarse, se presentan mayores dificultades. Todo esto se relaciona con la concepción que se adopte sobre que es el derecho y, más claramente aún, sobre cuál es la función y el rol del derecho. Si se considera, en referencia con esto último, que se trata de una herramienta o instrumento —que eventualmente puede servir para la cooperación social, para facilitar la convivencia, etc., pero también para mantener el *statu quo* o bien directamente para fomentar y avalar situaciones claras de dominación— seguramente los derechos humanos en general, y los derechos colectivos en particular caen dentro de las características generales de los derechos, derechos humanos incluidos, y por tanto pueden ser usados en variada forma y con variados resultados, lo que no es una característica exclusiva de los derechos colectivos. En definitiva, la categoría de los derechos colectivos se vincula siempre con las características generales de los derechos, con todo lo que esto implica.

A su vez, vivimos en un mundo individualista y cada vez más “occidentalizado” en relación con la concepción de los derechos humanos, por lo que cuesta aceptar concepciones distintas de los derechos,⁽¹²⁾ que vienen de realidades culturales muy diferentes. Sin embargo, la aceptación de los derechos de los grupos (y de las minorías y de las poblaciones indígenas entre ellos) pasa por valorar aspectos claves como el pluralismo, el multiculturalismo, la tolerancia, la merituación de cuáles son las necesidades básicas en las diferentes culturas (que pueden tener “concepciones” colectivas) y la

comenzara el reciente fenómeno de la consagración y protección internacionales de los derechos humanos, no era posible dar de éstos una justificación sólida y seria?”.

(12) Dice López Calera (2004: p. 269) “En un mundo profundamente individualista, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos. Domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa”.

aceptación de esas posturas diferentes a la propia. Seguramente hay serios problemas, como por ejemplo el tema de la representación del grupo.⁽¹³⁾ Pero si hablamos de “derechos”, y en particular, entendidos como derechos subjetivos, pueden establecerse a los grupos como titulares de ellos. Esto lleva a la cuestión de quienes son (o deben ser) titulares de derechos humanos (o fundamentales): no sólo los individuos, sino también los grupos (y hay muchos “grupos”, al menos en el sentido amplio del término: niños, mujeres, trabajadores, discapacitados, etc., pero aquí me refiero a los grupos que son entendidos como sujetos como tales, en tanto y en cuanto grupo). Creo que la categoría “grupo” como titular de derechos puede, incluso, ser un caso más fácil de regular que otros sujetos en cuanto a la definición de su titularidad en relación con los derechos fundamentales: piénsese, por ejemplo, en las discusiones actuales sobre los derechos de los animales (y cuáles de ellos entre la enorme gama de seres que entran en su categoría), de los embriones congelados, de los robots, etc.

Creo, y esto vale por cierto para los autores liberales, comunitaristas, igualitaristas y demás, que hay que pensar el derecho desde nuevas categorías y lógicas más abiertas, sabiendo, por cierto, que siempre se trata precisamente de “derecho” y que, por tanto, es un instrumento (del poder y del contrapoder) que será utilizado como tal, pero que a su vez sirve como “arma” también para combatir la opresión, y si los grupos —en concepciones culturales fuertes que no necesariamente son las nuestras— sienten que su identidad y su misma “esencia” depende de la existencia del mismo (y máxime aún si se trata de minorías o sectores postergados, vulnerados, discriminados o maltratados histórica, económica o políticamente), me parece que los inconvenientes son menores que las ventajas en el hecho que se les reconozcan derechos especiales a ellos (que tengan bases históricas, culturales, ancestrales, axiológicas, morales u otras) en cuanto tales, siempre y cuando nos movamos con criterios más o menos razonables en relación con el cumplimiento de otros derechos humanos básicos de los demás grupos e individuos que conforman la sociedad toda.

Para terminar, cabe reconocer que es verdad que sin sujetos individuales no hay derechos colectivos, pero los “derechos colectivos emergen, pues,

.....

(13) “El problema quizás más vivo o acuciante es considerar cómo se expresan las razones y los deseos de las colectividades y, en definitiva, cómo los sujetos colectivos ejercen sus derechos” (López Calera, 2004, p. 288).

de una necesidad de la individualidad que no termina en sí misma" (López Calera, 2004: p. 293).

Creo, como siempre, que el artículo de Ricardo Caracciolo, como toda su obra, nos obliga a seguir pensando el derecho (y en este caso los derechos colectivos y los derechos humanos) y es lo que he tratado de hacer aquí, pero lo seguiré haciendo porque el tema está lejos de encontrarse cerrado.

Bibliografía

- CARACCILO, RICARDO, "¿Existen los derechos colectivos?" en Susana Pozzolo (ed.) *La legge e i diritti*, Turín, 2002, Giapichelli, pp. 267/273.
- CARACCILO, RICARDO, *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 261/267.
- CARRIÓ, GENARO R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DE LUCAS, JAVIER, "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", en Susana Pozzolo (ed.) *La legge e i diritti*, Turín, Giapichelli, 2002, pp. 221/229.
- EIDE, ABSJORN y ERICA DAES, "Prevención de la discriminación y protección de las minorías. Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas", Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, documento E/CN. 4/Sub. 2/2000/10, 19 de julio de 2000, versión en español traducida del inglés por Naciones Unidas.
- GARCIA AÑON, JOSÉ, "Derechos colectivos y diversidad: el exilio de los derechos", en Susana Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Turín, Giapichelli, pp. 231/250.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1990, traducción de Jordi i Ferrer Beltrán.
- KYMLICKA, WILL, "Derechos individuales y derechos colectivos", en María Paz Avila Ordoñez y María Belén Corredores Ledesma (eds.) *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 3/25.
- LOPEZ CALERA, NICOLÁS, "El concepto de derechos colectivos", en Jerónimo Betegón y otros (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2004, pp. 269/296.
- RODRIGUEZ ABASCAL, LUIS, "El debate sobre los derechos de grupo", en Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), *Estado, Justicia, Derechos* Madrid, Alianza, 2002, pp. 209/434.
- ROSSETTI, ANDRÉS, "Perspectivas de los derechos de las minorías en el ordenamiento jurídico argentino después de la reforma constitucional de 1994", en *Anuario V (1999-2000)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de

Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Copista 2001, pp. 71/88.

ROSSETTI, ANDRÉS, “La universalidad de los derechos humanos en el derecho Internacional”, en *Derechos y libertades*, Año IX enero/diciembre 2004, n° 13, pp. 67/85.

STEINER, HENRY J.; PHILIP ALSTON y RYAN GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3ra edición, Oxford, OUP, 2007.

TAYLOR, CHARLES, “La política del reconocimiento”, en Jürgen Habermas y Charles Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milán, Feltrinelli, 1998. El artículo original es de 1992 y la traducción del inglés al italiano es de Gianni Rigamonti.

VITALE, ERMANN0 (2002) “Carneade e i diritti collettivi” en Susana Pozzolo (editora) *La legge e i diritti*, Giapichelli, Turín 2002, pp. 251/265.

Índice de autores citados

- AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2007.
- AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO (1981), “La concepción expresiva de las normas”, en Alchourrón Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 121/153.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpression, Buenos Aires, Astrea, 1971.
- ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1985.
- ALTHUSSER, LOUIS, *La filosofía como arma de la revolución*, México, FCE, 2010 [1968].
- ALTHUSSER, LOUIS, *La revolución teórica de Marx*, México, Siglo XXI, 1979 [1965].
- ALTHUSSER, LOUIS, *Para leer el Capital*, México, FCE, 2010 [1967].
- ASEFF, LUCÍA MARÍA, *Argumentación jurídica y semiosis social*, Rosario, Iuris, 2003.
- ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 2006.
- AUBREY, JOHN, “Una breve vida de Thomas Hobbes”, en AAVV, *La muerte de los filósofos en manos de los escritores*, Bs. As., La bestia equilátera, 2009.
- AYÓN, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en *Revista Discusiones*, n° 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2000, pp. 65/94.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, “Sobre la Justicia y la Seguridad Jurídica en el Derecho Penal”, en Juan Pablo Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- BADIOU, ALAIN, *La ética. Ensayo sobre la conciencia del Mal*, en AAVV, *Batallas éticas*, Bs. As., Nueva Visión, 1995.
- BARNES, JULIAN, *El loro de Flaubert*, Barcelona, Anagrama, 2009 [1984].
- BARTHES, ROLAND, *El placer del texto*, Madrid, Siglo XXI, 2003 [1978].
- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto”, en P. Comanducci e R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 47/63.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2006.
- BENHABIB, SEYLA, *El Ser y el Otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- BOLÍVAR, SIMÓN, *Discurso de Angostura* [en línea], <http://www.analitica.com/bitlibio/bolivar/angostura.asp>, 1819.
- BOURDIEU, P., *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997.
- BOURDIEU, PIERRE, *Poder, Derecho y clases sociales*, Desclee de Broker, S.A, 2001.
- BOUVIER, H., *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Barcelona, Marcial Pons, 2012.
- BRANDOM, R., *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, España, Siglo XXI, 2002.
- BRANDOM, R., *Making it explicit. Reasoning, representing and discoursing commitment*, Cambridge/Massachusetts/London, Harvard University Press, 1994.
- BRUZZONE, GUSTAVO, “Acerca del concepto de arma impropia” (prólogo), en Cristian Penna, *Robo con armas y armas impropias*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.
- BULYGIN, EUGENIO (1966), “Sentencia judicial y creación del derecho”, en Alchourrón Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355/369, 1991.
- BULYGIN, EUGENIO (1987), “Validez y positivismo”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499/519, 1991.
- CARACCILO, R. “Conocimiento de normas”. Ponencia presentada en el *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho de La Plata*, 1982.
- CARACCILO, R., “Acción colectiva y justicia”, en *Derecho y Humanidades*, n° 12, pp. 95/102 [en línea], <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16198/16739>, 2006, consultado el 16 de mayo de 2012.
- CARACCILO, R., *El derecho desde la filosofía. Ensayos*. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2009.
- CARACCILO, RICARDO, “¿Existen los derechos colectivos?” en Susana Pozzolo (ed.) *La legge e i diritti*, Turín, 2002, Giapichelli, pp. 267-273).
- CARACCILO, RICARDO, “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, en AAVV, SELA 2000, *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- CÁRCOVA, CARLOS, “Acerca de las funciones del derecho”, en Mari, E. *et.al. Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- CÁRCOVA, CARLOS, *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.
- CARLYLE, THOMAS, *Oliverio Cromwell: Introducción a las cartas y discursos de Oliverio Cromwell, con un estudio preliminar de José Luis Romero*, Bs. As., Nova, 1946.
- CARRIÓ, GENARO R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- COFFA, J. A., *The semantic tradition from Kant to Carnap. To the Vienna Station*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

- COLLI, GIORGIO, *El nacimiento de la filosofía*, Madrid, Editora Nacional, 2002 [1975].
- CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA [en línea], <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/NCPE>, 2009.
- CONSTITUCIÓN DE ECUADOR [en línea], <http://www.utelvt.edu.ec/NuevaConstitucion.pdf>, 2009.
- CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA [en línea], <http://www.egr.gob.ve/contenido.php?Cod=048>, 2009.
- CORTEZ, D., “Genealogía del ‘buen vivir’ en la nueva constitución ecuatoriana”, en Raúl Fornet-Betancourt (Hg.) *Gutes Leben als humanisiertes Leben. Vorstellungen vom guten Leben in den Kulturen und ihre Bedeutung für Politik und Gesellschaft heute*, *Dokumentation des VIII. Internationalen Kongresses für Interkulturelle Philosophie. Denkraditionen im Dialog. Studien zur Befreiung und Interkulturalität. Band 30.* Wissenschaftsverlag Main, pp. 227/248, [en línea], <http://homepage.univie.ac.at/heike.wagner/SUMAK%20KAW-SAY%20EN%20ECUADOR.%20DAVID%20CORTEZ.pdf>, 2010.
- CORTINA, ADELA, *Justicia cordial*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- CORTINA, ADELA, *Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria*, Salamanca, Editorial Sígueme, 1995.
- CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- CHÁVEZ L., PATRICIA, “Cómo pensar la descolonización en un marco de interculturalidad”, en *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria [en línea], <http://www.rebellion.org/docs/132769.pdf>, 2010.
- DE CABO DE LA VEGA, A., “El Fracaso del Constitucionalismo Social y la Necesidad de un Nuevo Constitucionalismo”, en Marco Aparicio Wilhelmi *et al.*, *Por una Asamblea Constituyente. Una Solución Democrática a la Crisis*, Madrid, Sequitur, Fundación Ceps - “Democracia+” Grupo de Investigación Interuniversitario sobre Poder Constituyente y Nuevo Constitucionalismo [en línea], <http://www.rebellion.org/docs/147698.pdf>, 2012.
- DE LUCAS, JAVIER, “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, en Susana Pozzolo (ed.) *La legge e i diritti*, Turín, Giapichelli, 2002, pp. 221-229.
- DE SOUSA-SANTOS, BOAVENTURA, “Una Cartografía Simbólica de las Representaciones Sociales. Prolegómenos a una Concepción Posmoderna del Derecho”, en *Nueva Sociedad*, n° 116, noviembre-diciembre, 1991 pp. 18/33.
- DELEUZE, GILLES y GUATTARI, FÉLIX, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pre-textos, 2006.
- DELEUZE, GILLES, *Conversaciones*, Valencia, Pre-textos, 1996.
- DUFF, R. A., “Crime, Prohibition, and Punishment”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, n° 2, 2002.
- DUFF, R. A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- DUMMETT, MICHAEL, *Frege: Philosophy of Language*, Second Edition, Harvard University Press, 1993.
- DUQUELSKY, DIEGO, *Entre la ley y el derecho: una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Bs. As., Estudio, 2000.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

- DWORKIN, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Traducción castellana de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- EIDE, ABSJORN y ERICA DAES, “Prevención de la discriminación y protección de las minorías. Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas”, Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, documento E/CN. 4/Sub. 2/2000/10, 19 de julio de 2000, versión en español traducida del inglés por Naciones Unidas.
- ELSTER, J., *Ulyses and the Syrens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- ENTELMAN, RICARDO “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico”, en Legendre, P. et. al., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982.
- ENTELMAN, RICARDO: “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en Mari, E. et.al., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- FAIRCLOUGH, NORMAN y WODAK, RUTH, *Análisis crítico del discurso*, en Van Dijk, Teun (comp.), *El discurso como interacción social*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- FEINMANN, JUAN PABLO, “Peronismo: Filosofía política de una obstinación argentina”, en *Página 12*, año 23, n° 7727, 2010.
- FEINMANN, JUAN PABLO, *La filosofía y el barro de la historia*, Buenos Aires, Planeta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995 [1989].
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía*, n° 19, México, ITAM, 2003, pp. 226/240.
- FERRY, L. y A. RENAUT, *Heidegger y los modernos*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- FOUCAULT, M., *Defender la sociedad*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FOUCAULT, MICHEL, “Frente a los gobiernos, los derechos humanos”, en *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Editorial Altamira, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL, *La Hermenéutica del sujeto*, Madrid, La Piqueta, 1994.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.
- FOUCAULT, MICHEL, “Sexo, poder y política de la identidad”, en *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 2010.
- FRASER, NANCY, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- FREGE, G., *Estudios sobre semántica*, edición castellana, Madrid, Hyspamérica, 1971.

- FRICKER M. y Hornsby, J. (comp.), *Feminismo y Filosofía. Un compendio*, Barcelona, Idea Books S.A., 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “*La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GARCÍA AÑÓN, JOSÉ, “Derechos colectivos y diversidad: el exilio de los derechos” en Susana Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Turín, Giapichelli, pp. 231-250.
- GARGARELLA, R., “Constitución y democracia”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GOLDMANN, L., *La Ilustración y la sociedad actual*, Caracas, Editorial Prisma. 1968.
- GUARIGLIA, OSVALDO, “*Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Jordi i Ferrer Beltrán (trad.), Barcelona, Gedisa, 1990.
- GUASTINI, RICCARDO, *Estudios de Teoría Constitucional, Edición y Presentación Miguel Carbonell*, México, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara/Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GUTHRIE, WILLIAM K. C., *Historia de la filosofía griega*, volumen I, Madrid, Gredos, 1992 [1962].
- HABERMAS, JURGÜEN, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1985.
- HABERMAS, JÜRGEN, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Buenos Aires, Paidós, 2004.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, Madrid, 2005.
- HABERMAS, JÜRGEN, “La Soberanía Popular como Procedimiento”, Bolívar de Echeverría (trad.), *Cuadernos Políticos*, n° 57, [en línea], <http://www.bolivare.unam.mx/traduccion/Soberan%EDa%20como%20procedimiento.pdf>, mayo/agosto 1989.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos de democracia: sobre un concepto de una política deliberativa”, en *Revista Debats*, n° 39, Valencia, 1992, pp. 18/21.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Un fragmento (1977): Objetivismos en las ciencias sociales”, en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- HART, H. L.A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HINTIKKA J. y HINTIKKA M., “Wittgenstein and Language as the universal medium”, en *Lingua universalis vs. calculus ratiocinator: an Ultimate Presupposition of Twentieth-Century Philosophy*. Jaakko Hintikka Selected Papers 2, Kluwer Academic Publishers, 1996.
- HINTIKKA, J., “El lugar de C. S. Peirce en la Historia de la Lógica”, en *El viaje filosófico más largo*, Gedisa, 1998.
- HOBBS, THOMAS, *Leviathan: on the matter, forme and power of a Commonwealth ecclesiasticall and civil*, ed. by Michael Oakeshott with an introduction by Richard S. Peters, New York, Touchstone, 1997.

- HOBBSAWM, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1998.
- HOLMES, S., “Precompromiso y la paradoja de la democracia,” en J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- HUSAK, DOUGLAS, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KAHN, CHARLES, “Acerca de la lectura de Heráclito”, en AAVV, *Lecturas sobre presocráticos I*, Bs. As., OPFYL, 2001.
- KRIPKE, S., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- KUHN, THOMAS S., “La estructura de las revoluciones científicas”, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica.
- KYMLICKA, WILL, “Derechos individuales y derechos colectivos”, en María Paz Avila Ordoñez y María Belén Corredores Ledesma (eds.), *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 3/25.
- LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL, *Hege- monía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987.
- LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Bs. As., FCE, 2005.
- LACLAU, ERNESTO, *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Bs. As., Nueva Visión, 2000.
- LEFORT, CLAUDE, “The question of democracy”, en *Democracy and Political Theory*, Minneapolis, University of Minnesota.
- LENK, H., *Wittgenstein y el giro pragmático en filosofía*, Ediciones del Copista, 2005.
- LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Losada, 2002 [1690].
- LOGIUDICI, E., *Agamben y el estado de excepción*, Buenos Aires, Herramienta, 2007.
- LOPEZ CALERA, NICOLÁS, “El concepto de derechos colectivos”, en Jerónimo Betegón y otros (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2004, pp. 269/296.
- MACHEREY, PIERRE, “A propós de la rupture”, en *Nouvelle Critique*, mayo de 1965.
- MARCHART, OLIVER, *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*, Bs. As., 2009.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Elementos de epistemología comparada*, Bs. As., Puntosur, 1990.
- MARÍ, ENRIQUE E., “El mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales y jurídicas”, en AAVV, *El discurso jurídico Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs. As., Hachette, 1982.
- MARÍ, ENRIQUE, E., “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso calificadorio de la modernidad”, en Mari, E. et.al., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Neopositivismo e ideología*, Bs. As., Eudeba, 1974.
- MARÍ, ENRIQUE, “Moi, Pierre Riviere...Y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”, en Legendre, P. et. al., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982.
- MARMOR, A., *Philosophy of law*, Pinceton University Press, 2011.

- MARTYNIUK, CLAUDIO E., “Matando el tiempo. Paul Feyerabend y la ciencia”, en *Artefacto*. n° 2, Buenos Aires, 1998.
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *El Manifiesto Comunista*, [1848], [en línea], <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>
- MARX, KARL, *Introducción general a la crítica de la economía política*, Bs. As., Almagesto, 1992 [1857].
- MILLER, J. A., “Suture: elements of the logic of the signifier”, en *Screen*, invierno de 1977-78 vol. 18, n° 4, pp.23/24 (citado por Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal (1987), *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987).
- MORESO, J. J., *La constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- MOUFFE, CHANTAL, *En torno a lo político*, Bs. As., FCE, 2009.
- MOUFFE, CHANTAL, “Política y pasiones: las apuestas de la democracia”, en Arfuch, Leonor (comp.), *Pensar este tiempo. Espacios, afectos, pertenencias*, Bs. As., Paidós, 2005.
- NARVÁEZ MORA, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, 2003.
- NARVAJA, ELVIRA, *Análisis del discurso*, Bs. As., Santiago Arcos, 2006.
- NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- NINO, CARLOS S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- NINO, CARLOS S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- NINO, CARLOS, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NINO, CARLOS S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” [en línea], <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>, 2007.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, A.; CRIADO DE DIEGO, M., “La Constitución Colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, n° 13, pp. 15/49, [en línea], <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/733/73318918002.pdf>, enero/junio, 2011.
- OFFE, CLAUS, *Contradictions of the Welfare State*, comp. por John Keane, Londres, 1984.
- PARRINGTON, VERNON L., *El desarrollo de las ideas en los Estados Unidos, Las ideas coloniales: 1620 a 1800*, Biblioteca Interamericana, t. 1, 1941.
- PEREGRIN, J., “Inferentialism. Why rules matters”. Complete Draft 22.02.2012 (inédito) 2012.
- PERNOUD, RICARD, *Los orígenes de la burguesía*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, 1962.
- PIRENNE, HENRI, *Las ciudades de la Edad Media*, Madrid, Alianza, 5ta ed, 1981.
- PLANTIN, CHRISTIAN, “Panorama actual de los estudios sobre argumentación: de la deslegitimación a la reivindicación”, en Doury y Moirand (eds.), *La argumentación hoy: Encuentro entre perspectivas teóricas*, España, Montesinos, 2008.

- POSTEMA, GERALD, "Coordination and Convention at the Foundation of Law", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, pp.165/203, 1982.
- POULANTZAS, NICOS, *Clases sociales y poder político en el estado capitalista*, México, Siglo XXI, 1969.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. 2009. *Apuntes de Teoría del derecho*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- RABOSI, EDUARDO, "Diálogo, Falacias y Retórica. El caso de la falacia naturalista", *Manuscrito*, XXV, 2, 2002, p. 353/380.
- RAFFIN, M., *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.
- RANCIÈRE, JACQUES, *El odio a la democracia*, Bs. As., Amorrortu, 2006.
- RANCIÈRE, JACQUES, "¿Quién es el sujeto de los derechos del hombre?", en *Derecho y Barbarie*, primavera 2010, Año 3, Número 3.
- RAWLS, JOHN, *A theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press. Traducción al español de María Dolores González, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979 [1971].
- RAWLS, JOHN, "Liberalismo político", Facultad de Derecho/UNAM – Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- RAZ, JOSEPH, "La pureza de la Teoría Pura", en *Análisis Filosófico*, Vol. 1, n° 1, pp. 71/88, 1981.
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2009.
- ROBESPIERRE, MAXIMILIEN, *La razón del pueblo, Estudio preliminar, selección, traducción y notas de Horacio Sanguinetti*, Buenos Aires, La Bastilla, 1972.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, LUIS, "El debate sobre los derechos de grupo", en Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), *Estado, Justicia, Derechos* Madrid, Alianza, 2002, pp. 209-434.
- ROSS, ALF, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971.
- ROSSETTI, ANDRÉS, "La universalidad de los derechos humanos en el derecho Internacional", en *Derechos y libertades*, Año IX, enero/diciembre 2004, n° 13, pp. 67-85.
- ROSSETTI, ANDRÉS, "Perspectivas de los derechos de las minorías en el ordenamiento jurídico argentino después de la reforma constitucional de 1994", en *Anuario V (1999-2000)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Copista 2001, pp. 71-88.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Luzón Peña et. al. (trad.) Madrid, Civitas, 2003.
- RUIZ MANERO J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre la función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- RUIZ, ALICIA, "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría radical del derecho)", en Marí, E. et.al., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- RUIZ, ALICIA, *Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo*, en Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada*, Bs. As., Eudeba, 2000.

- SANCINETTI, MARCELO, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, edición bilingüe, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en Oscar Alba S. y Sergio R. Castro (coord.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 19-33, [en línea], <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>, 2005.
- SARRABAYROUSE, EUGENIO, “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración”, en Juan Pablo Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- SARTRE, J.-P., *Crítica a la razón dialéctica I y II*, Buenos Aires, Losada, 2004.
- SARTRE, J.-P., *El ser y la nada*, Buenos Aires, Losada, 2006.
- SEARLE, JOHN, “How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’”, en *The Philosophical Review*, Vol. 73, No.1, pp. 43/53, 1964.
- SHAPIRO, SCOTT, *Legality*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SPOLANKSY, NORBERTO, “El hecho criminal y los destinatarios de la ley”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, n° 1, Córdoba, 1995.
- STEINER, HENRY J.; PHILIP ALSTON y RYAN GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3ª edición, Oxford, OUP, 2007.
- SUGAR, G. “Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)”, versión modificada y ampliada del artículo homónimo aparecido en *Ex Legibus. Revista de Derecho*, año 1, n° 2, 2012.
- TAYLOR, CHARLES, “La política del reconocimiento”, en Jürgen Habermas y Charles Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milán, Feltrinelli, 1998.
- VAN DIJK, TEUN, “Análisis crítico del discurso”, en *Anthropos* (Barcelona), n° 186, septiembre-octubre 1999.
- VAN DIJK, TEUN, *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- VAN HEIJENOORT, J., “Logic as Calculus and Logic as Language”, en *Synthese*, 17, 1967.
- VERNANT, JEAN PIERRE (1962), *Los orígenes del pensamiento griego*, Bs. As., Eudeba, 1965.
- VIGO, RODOLFO L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., Facultad de Derecho, Editorial La ley/ Universidad de Buenos Aires, 2004.
- VITALE, ERMANNO (2002) “Carneade e i diritti collettivi” en Susana Pozzolo (editora) *La legge e i diritti* (Giapichelli, Turín 2002, pp. 251-265).
- VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdes (inédita), 1963.
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press. Traducción al castellano de Águeda Quiroga y José Luis Martí: *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- WATSON, A., “Comparative Law: Law, Reality and Society (First three chapters of the forth-

ÍNDICE DE AUTORES CITADOS

coming book), University of Belgrade, School of Law - Alan Watson Foundation, Belgrade, [en línea] http://www.alanwatson.org/law_reality_society.pdf, 2007.

WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1988.

WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Alianza, 1973.

WROBLEWSKY, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio Editorial universitario del país vasco. Argitarapen Zerbitzua, Euskal Herriko Unibersitatea, 1989.

Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en noviembre de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar