

BRUNO CAMILLOTO, DAVID F. L. GOMES E LEANDRO MARTINS ZANITELLI
(COORD.)

TEORIAS DO DIREITO DA JUSTICA E DA DEMOCRACIA NA COMUNIDADE DE LÍNGUA LATINA

Este livro reúne trabalhos sobre teorias do direito, teorias da justiça e teorias da democracia produzidos por intelectuais que têm como "primeira língua" algum idioma integrante do que seria uma "comunidade de língua latina".

Logo, publicá-lo é, dentre outras coisas, um gesto de esperança na possibilidade de uma maior aproximação entre nós, no Brasil, e tantas e tantos colegas aqui tão perto – na nossa América. Não é apenas a determinação geográfica que nos une, queiramos ou não. Muito mais do que isso, temos uma história social assemelhada, uma estrutura econômica não muito distinta, tradições – muitas delas, funestas e indefensáveis; outras, casos justificados de orgulho – que foram ao longo do tempo aproveitando-se do caráter poroso de toda e qualquer fronteira para avançar sobre muitos países de uma mesma região. Quanto teríamos a aprender reciprocamente se conseguíssemos conversar um pouco mais entre nós!

ISBN 9786589904199



9 786589 904199 >

 **CAPES**

UFMG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CAMILLOTO, Bruno, GOMES, David F. L., ZANITELLI, Leandro Martins (orgs)

Teorias do Direito, da Justiça e da Democracia - Na Comunidade de Língua Latina

Organizadores: Bruno Camilloto, David F. L. Gomes e Leandro Martins Zanitelli.
Belo Horizonte, Editora Expert 2021.

ISBN: 978-65-89904-19-9.

1. Filosofia do Direito 2. Teoria do Direito - Brasil 3. Direito I. Título.
CDD:340.2

Esta contratação esta sendo custeada por recursos do PROEX 1218/2019
Proc. 23038.018994/2019-15 / Programa de Excelência
Acadêmica/ Custeio

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

**TEORIAS DO DIREITO, DA
JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA -
NA COMUNIDADE DE LÍNGUA
LATINA**

TEORIAS DO DIREITO, DA JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA - NA COMUNIDADE DE LÍNGUA LATINA

Coordenadores:

Bruno Camilloto
David F. L. Gomes
Leandro Martins Zanitelli

Autores:

Augusto Fernando Carrillo Salgado
C. Ignacio Giuffré
Dennis José Almanza Torres
Gonzalo Scivoletto
Gustavo Pereira
Luis Gonzalo Inarra Zeballos
María Rita Moreno
Natalina Stamile
Nicolás Emanuel Olivares
Ricardo Marquisio Aguirre
Santiago Prono

Belo Horizonte, Brasil.

Sumário

Introdução: Teorias do Direito, da Justiça e da Democracia - Na Comunidade de Língua Latina.....	12
--	----

A atualidade do debate sobre a razoabilidade como critério de decisão em casos difíceis e controvertidos

Natalina Stamile

1. Introdução.....	17
2. A ambivalência semântica da razoabilidade	19
3. Entre a igualdade e a (ir)razoabilidade.....	23
4. Conclusões	29
Referências	37

Aportes del realismo jurídico norteamericano a nuestros sistemas jurídicos

Dennis José Almanza Torres

I. Introducción	42
II. La rigidez del formalismo norteamericano	46
III. El surgimiento y la consolidación de la escuela realista norteamericana	51
IV. La senda de Holmes y la ingeniería social de Pound	55
V. El Realismo Jurídico Norteamericano, la (in)determinación del derecho y las decisiones judiciales	61
VI. A manera de conclusión: las consecuencias de la decisión judicial y el análisis económico del derecho.....	65
VII. Referencias bibliográficas.....	67

Constructivismo, justicia y derecho

Ricardo Marquisio Aguirre

1. El problema de la normatividad del derecho	70
2. Del positivismo jurídico al paradigma de la metanormatividad ...	73
3. Constructivismo práctico.....	77
4. Un argumento constructivista sobre la necesidad del punto de vista jurídico	81
5. La justicia como identidad práctica	85
6. Conclusiones	88
7. Referencias bibliográficas.....	89

Democracia deliberativa

Un análisis de sus presupuestos filosóficos y sus aportes al Estado democrático de Derecho

Santiago Prono

1. Introducción.....	93
2. Democracia deliberativa. Una presentación general.....	94
3. Teoría de la acción social y pragmática universal del lenguaje como (parte de los) fundamentos filosóficos de la política deliberativa.....	95
3.1. Racionalidad consenso-comunicativa y el carácter parasitario de la racionalidad estratégica	95
3.2. Pragmática universal del lenguaje	99
4. Democracia deliberativa. Planteamiento teórico	104
5. Democracia deliberativa: (algunos) aportes al mejoramiento de la calidad institucional del Estado democrático de derecho.....	106
6. Consideraciones finales.....	115
7. Referencias bibliográficas.....	117

Dialogic Turn in Constitutionalism: An Analysis of the Conditions for its Appearance

C. Ignacio Giuffré

1. Introduction	122
2. The objections against constitutional jurisdiction.....	124
3. The deliberative turn in democracy	127
3.1. The core of the model.....	127
3.2. Contributions to the development of dialogic constitutionalism ..	133
3.3. Limitations to address the objections against constitutional jurisdiction	134
4. The Emergence of Dialogic Constitutionalism.....	136
5. Conclusions	140
Bibliography	141

El medio en trance, o el ejercicio benjaminiano de una finalidad sin fin

María Rita Moreno

1. Introducción	147
2. Sobre el derecho	150
3. Sobre el lenguaje.....	154
4. El medio en trance	158
5. Palabras finales.....	162
Referencias	164

Elementos constitutivos de una teoría crítica de la justicia

Gustavo Pereira

I	168
II	173
III	177
IV	180
V	189
Conclusión	193
Bibliografía	194

Importance of Schmitt-Heller debate to contemporary democracies

Augusto Fernando Carrillo Salgado

1. Introduction: crisis of contemporary democracies	197
2. The case of Weimar Republic	199
3. Carl Schmitt arguments	201
4. Hermann Heller position	207
5. Conclusions	212
References	217

Lenguaje y comprensión intercultural: aportes desde la hermenéutica trascendental de K.-O. Apel

Gonzalo Scivoletto

1. Introducción	220
2. Comprensión y argumentación	222
3. Comprensión, validez y referencia al mundo	226
4. Pretensión de comprensibilidad	228
5. Hermenéutica trascendental como norma práctica	233
5. Pretensión de comprensibilidad (sentido) y traducción	239

Conclusión	242
Bibliografía	244

Republicanismos contemporáneos en disputa. Perspectivas, instituciones y sujetos del siglo XXI

Nicolás Emanuel Olivares

1. Introducción.....	251
2. Un republicanismo representativo	253
3. Un republicanismo reflexivo	260
3.1 Republicanismo crítico y reflexividad.....	263
3.2 Enfoque deliberativo sistémico y minipúblicos	268
4. Conclusión	272
Bibliografía	276

Tradiciones filosófico-políticas en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: herencias, innovaciones y disonancias

Luis Gonzalo Inarra Zeballos

1. Preludio.....	280
2. Tradiciones filosófico-políticas en la historia del constitucionalismo latinoamericano y boliviano.	281
2.1 La tradición conservadora	281
2.2 La tradición liberal	284
2.3 La tradición radical	289
3. El modelo de Estado Plurinacional	292
4. Herencias e innovaciones en la Constitución boliviana de 2009 .	297
4.1 Instituciones heredadas del conservadurismo.....	298
4.2 Instituciones heredadas del liberalismo.....	299
4.3 Instituciones heredadas del radicalismo y algunas innovaciones..	301
5. El cuerpo viejo que rechaza los injertos: algunas disonancias ...	303
6. Algunas conclusiones	303
Referencias bibliográficas	303

Introdução:

Teorias do Direito, da Justiça e da Democracia - Na Comunidade de Língua Latina

O caráter incontornável da obra “Uma teoria da justiça”, de John Rawls, para o debate contemporâneo sobre o tema da justiça ajuda a explicar o porquê de esse debate estar tão talhado, desde a década de 1970, nos moldes da comunidade anglófona. Pelo menos dois comentários adicionais, porém, são necessários para que essa explicação não soe demasiado arbitrária, nem se pareça como uma espécie de reducionismo linguístico-estruturalista.

Em primeiro lugar, a centralidade que a obra rawlsiana alcançou só pode ser pensada exatamente como o centro de um campo de estudos que, de alguma maneira, já estava em desenvolvimento: J. Rawls é expressão de uma comunidade de pesquisa mais ampla em torno do problema da justiça e, a um só tempo, o catalisador de um campo que a partir dele vai constituir-se com traços mais nítidos.

Em segundo lugar, a referência à comunidade anglófona não é uma referência meramente ao idioma inglês, mas a todo um conjunto de características de fundo que se consubstanciam em manifestações linguísticas mais visíveis e audíveis, e, por isso mesmo, tanto mais específicas. Em outras palavras, a referência à comunidade anglófona significa também uma referência a histórias sociais específicas, a tradições culturais singulares, a problemas próprios – que não necessariamente são exclusivos dessa comunidade, mas não podem, sem mais, ser tomados de imediato como universais.

No que diz respeito à teoria do direito e à teoria da democracia, o protagonismo anglófono também se faz presente. Mas agora esse protagonismo vem compartilhado com outras tradições culturais e teóricas, sobretudo na comunidade germanófona. Como quer que seja, a velha língua latina, guardiã por tantos séculos de uma erudição que, por definição, deveria àquele tempo expressar-se num idioma enges-

sado, parece ter vindo progressivamente perdendo espaço à medida que a modernidade mesma avançava e estilhava tudo o que queria permanecer simplesmente o mesmo.

Não há, claro, motivo algum para suspeitas quanto à qualidade do que se elabora teoricamente nas comunidades de pesquisa anglófona e germanófona. Sem dúvida, nelas também há produções de menor rigor, menos qualidade e menos impacto. Mas algumas das maiores formulações da razão humana dão-se a ver sem dificuldades ali. Por outro lado, quanta coisa de qualidade se perdeu e segue sendo perdida por esse misto – nunca facilmente decifrável – de auto-seletividade científica e hetero-seletividade geopolítica... Quanta coisa de qualidade foi esquecida e não veio a integrar o acervo cultural comum da humanidade inteira simplesmente por ter sido produzida fora dos limites das comunidades de língua inglesa ou germânica.

Esta é uma primeira justificativa para a publicação deste livro: reunir produções teóricas de qualidade advindas de fora das comunidades anglófona e germanófona, tentando contribuir para que esse processo de desperdício seja ao menos um pouco atenuado.

Uma tal empreitada, todavia, traz consigo muitos riscos. O primeiro deles seria o de uma frágil e contraditória essencialização de culturas, línguas, localizações territorial-econômico-sociais enfim. Na América Latina, por exemplo, tem felizmente crescido nos últimos anos o interesse pelo desenvolvimento de elaborações teóricas autônomas. Contudo, não poucas vezes esse interesse vem imbricado com uma pré-concepção essencialista acerca de quais elaborações teóricas poderiam ser legitimamente elaborações latinas autônomas – em regra, destacam-se como tais elaborações sobre a população indígena, sobre a continuidade do colonialismo, sobre a degradação ambiental andina e amazônica ou sobre o caráter periférico do capitalismo. Não é raro que aquilo que ultrapassa esses temas receba sem rodeios a crítica que já estava pronta de antemão: mera importação de saberes do Norte.

A proposta de um livro que traz expressamente no título uma alusão “à comunidade de língua latina” está longe de compatibilizar-

-se com esse essencialismo sempre pouco frutífero. Ao contrário, seu propósito é exatamente mostrar que também sobre aqueles temas e campos de predomínio anglófono e germanófono – de protagonismo absoluto eurocêntrico, ou melhor, Norte-centrado – intelectuais latinas e latinos igualmente têm algo a dizer. Nisso reside a segunda justificativa para a publicação deste livro.

Afinal, como mencionado acima, em um campo epistemológico e metodológico tão dominado pela comunidade anglófona, por exemplo, como é a teoria da justiça faz-se compreensível que a relevância de temáticas e problemas inicialmente postos nesse campo revelem algo de próprio àquela comunidade. Isso não significa, entretanto, que a teoria da justiça, com seus marcos conceituais fundamentais, necessite ela mesma ficar restrita a tais temáticas e problemas. Antes, o desafio consiste precisamente em tomar os marcos precípuos e as intuições fundantes da teoria da justiça para fazê-los transcender as fronteiras de seu lugar social de nascimento: o contexto de gênese de uma teoria nunca define, por si só, a extensão possível de seu contexto de validade. E o que vale para a teoria da justiça vale igualmente para a teoria do direito e para a teoria da democracia.

Ademais, e insistindo no aspecto não essencialista, não linguístico-estruturalista da referência à ideia de uma comunidade linguística – seja ela anglófona, germanófona ou latinófona –, nada impede que dentro da comunidade de língua latina sejam produzidos reflexões e textos em outros idiomas. É assim que, por exemplo, dois dos capítulos deste livro vêm escritos na língua inglesa.

Um terceiro motivo faz ressoar, uma vez mais, o entrelaçamento entre ciência e geopolítica. Um das facetas mais óbvias da permanência do colonialismo entre nós mostra-se no modo típico de integração internacional de intelectuais e grupos de pesquisa: uma integração vertical, por meio da qual professoras e professores, pesquisadoras e pesquisadores da periferia do sistema-mundo incluem-se de maneira mais ou menos subordinada a pesquisas e discussões do centro global, ou, caso se prefira, do Norte do mundo. O complemento dessa integração vertical e subordinada costuma ser a ausência de diálogo inter-

namente à própria periferia, a ausência daquilo que alguém como E. Dussel chama – num apelo que só aos poucos vai conseguindo encontrar amparo – de “diálogo Sul-Sul”.

Publicar este livro é, dentre outras coisas, um gesto de esperança na possibilidade de uma maior aproximação entre nós, no Brasil, e tantas e tantos colegas aqui tão perto – na nossa América. Não é apenas a determinação geográfica que nos une, queiramos ou não. Muito mais do que isso, temos uma história social assemelhada, uma estrutura econômica não muito distinta, tradições – muitas delas, funestas e indefensáveis; outras, casos justificados de orgulho – que foram ao longo do tempo aproveitando-se do caráter poroso de toda e qualquer fronteira para avançar sobre muitos países de uma mesma região. Quanto teríamos a aprender reciprocamente se conseguíssemos conversar um pouco mais *entre nós*!

No entanto, nem só de América Latina constitui-se a comunidade de língua latina. Países europeus como Espanha e França também a constituem – e, em termos rigorosos, até Romênia e Moldávia também se incluem no conjunto de unidades sociais em que línguas de origem românica têm hoje um papel preponderante. Mas nenhum deles assemelha-se mais à América Latina do que a Itália, sobremaneira neste momento de sua história. As contradições ainda não resolvidas da unificação, a desigualdade interna daí derivada, a história política, a história social, a história cultural. Ao mesmo tempo, a pertença comum ao sistema romano-germânico sempre fez com que a Itália continuasse sendo uma referência importante do ponto de vista estritamente jurídico.

Por tudo isso, embora geograficamente distante, também a Itália permanece próxima. E temos, assim, uma quarta justificativa para a publicação deste livro: a vastidão da comunidade de língua latina, sua pluralidade interna, suas conseqüentes potencialidades múltiplas.

Apresentadas essas justificativas, não cabe muito mais no espaço de uma introdução. Resta deixar um convite enfático à leitura, o convite para que leitoras e leitores possam adentrar as páginas que se seguem e aproveitar a riqueza do material nelas contido: textos distin-

tos, vindos da Argentina, da Bolívia, da Itália, do México, do Peru, do Uruguai.

Cabe também registrar que este livro origina-se de trajetórias de pesquisa que seus organizadores vêm desenvolvendo ao longo dos últimos anos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP e em parcerias entre ambos os Programas de Pós-Graduação, parcerias alocadas institucionalmente no Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça e Pluralismo, devidamente cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq.

Por fim, gostaríamos de agradecer às pessoas e às instituições que estiveram presentes no seminário de mesmo título deste livro, realizado virtualmente no segundo semestre do conturbado ano de 2020. Foi naquele contexto que emergiu a ideia desta publicação. Mais especificamente, gostaríamos de agradecer à Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito pela organização daquele evento e, pelo apoio, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e à Diretoria de Relações Internacionais da UFMG.

Belo Horizonte e Ouro Preto, abril de 2021

Bruno Camilloto

Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP

David F. L. Gomes

Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG

Leandro Martins Zanitelli

Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG

A atualidade do debate sobre a razoabilidade como critério de decisão em casos difíceis e controvertidos

Natalina Stamile¹

1. Introdução

Os últimos anos são caracterizados por uma forte explosão de desigualdade que a pandemia gerada pela COVID-19 ainda mais acentuou e exacerbou de maneira dramática. Sem dúvida, hoje estamos em frente da manifestação de uma “nova ordem liberal”, às vezes alimentada por uma aliança perversa e paradoxal entre o populismo e o liberalismo, e assim como as políticas liberais tentam demolir a legislação trabalhista e suas garantias e, conseqüentemente, as antigas formas de subjetividade coletiva baseadas na igualdade e nas lutas comuns pelos direitos comuns². Tudo isso, também, ameaça, mina e coloca em perigo não apenas o princípio de igualdade como formulado nas constituições democráticas da segunda metade do século XX, mas também a forma do Estado de Direito e a mesma democracia.

Existem muitos e variados fatores que determinam e influenciam o crescimento contínuo e cada vez maior da discriminação e da desigualdade. São apenas alguns exemplos, a crise do Estado de bem-estar e da esfera pública, a globalização dominante também na economia, as catástrofes naturais e ambientais, os fluxos migratórios,

1 “Assegnista di ricerca” em Filosofia do direito sobre “Nuove tecnologie, Diritto e Disuguaglianze” pela Universidade de Brescia (Itália), Professora de “Filosofia e informática jurídica” da Universidade de Bergamo (Itália) e professora de “Espanhol jurídico” da Universidade Carlo Bo de Urbino (Itália). Foi professora das disciplinas de “Teoria da argumentação jurídica” e de “Ragionevolezza, Uguaglianza e giustizia costituzionale” no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pós-doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo” pela Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro (Itália). E-mail: natalinastamile@yahoo.it. Gostaria de agradecer a David F. L. Gomes pelas discussões sobre o tema e por auxiliar na revisão do texto.

2 Ver: José Antonio S. Pontes e Pasquale Bronzo (orgs. e trans.). “Entrevista com Luigi Ferrajoli”, em **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, Campinas, Vol. 2, n. 1, pp. 31 – 50, 2019.

os ataques terroristas e o deslocamento dos conflitos que tomam o ciberespaço e as tecnologias como campo das novas operações. Neste contexto, em geral o termo “crise” quase sempre está relacionado com o de “emergência” e consequentemente com o Estado de emergência, criando um binômio e uma combinação “assustadora”: os “espaços de crise” sempre exigem “respostas de emergência”³.

Neste contexto, é próprio o princípio de igualdade que deveria assumir aquele papel fundamental e determinante como valor político por si só, e também como principal fonte de legitimidade democrática das instituições públicas; assim como princípio da razão, capaz de informar uma política alternativa às políticas irracionais atuais e de enfrentar os desafios globais dos quais depende o nosso futuro⁴. A partir desta reflexão, Luigi Ferrajoli, já no prefácio do “Manifesto pela igualdade”, afirma que o princípio de igualdade é um princípio político do qual direta e indiretamente são deriváveis todos os outros princípios e valores políticos⁵. Isso significa que

é equivalente ao igual valor associado a todas as diferenças de identidade e ao desvalor associado às desigualdades nas condições materiais de vida; identifica-se com o universalismo dos direitos fundamentais, sejam eles políticos ou civis ou de liberdade ou sociais; é o princípio constitutivo das formas, e, ao mesmo tempo, da substância da democracia; forma a base da dignidade das pessoas só porque “pessoas”; é a principal garantia do multiculturalismo e da laicidade do direito e das instituições públicas; representa o fundamento e a condição da paz; é a base da soberania popular; é até um fator indispensável

3 Ver, por exemplo: Massimo Cuono e Enrico Gargiulo, “Emergenza, crisi, sicurezza. Decisioni extra-ordinarie tra governo centrale e amministrazioni locali” em **Diritto & Questioni Pubbliche**, 2017/2, pp. 15-36.

4 Para mais detalhes, ver: Luigi Ferrajoli, **Manifesto per l'uguaglianza**, Laterza, Bari-Roma, 2018.

5 Luigi Ferrajoli, **Manifesto per l'uguaglianza**, Laterza, Bari-Roma, 2018, p. IX.

para um desenvolvimento econômico equilibrado e ecologicamente sustentável; finalmente, constitui o primeiro lugar de solidariedade e, portanto, é o termo de mediação entre as três palavras clássicas da Revolução Francesa.⁶

Portanto, o presente estudo tem como objetivo analisar a relação entre a igualdade e a (ir)razoabilidade, especialmente na justiça constitucional italiana, tentando demonstrar a sua atualidade. Cabe aqui sublinhar que o tema da justiça constitucional é objeto de atenção constante não apenas por partes dos constitucionalistas, mas também por parte dos teóricos e filósofos do direito. Na primeira parte procuro apresentar, embora brevemente, determinadas características da razoabilidade, destacando especialmente a sua ambiguidade semântica. Na segunda parte, concentrarei a minha atenção sobre algumas das mais relevantes reflexões doutrinárias e também jurisprudenciais, tratando a relação entre igualdade e (ir)razoabilidade na justiça constitucional italiana. Na última parte, levantando algumas conclusões, tentarei sublinhar, por um lado, a atualidade do debate sobre a razoabilidade como “parâmetro”, “critério” ou “técnica” de decisão em casos difíceis e controvertidos; por outro lado, destacar os riscos de que o Tribunal constitucional possa revisar o mérito da decisão das instâncias inferiores.

2. A ambivalência semântica da razoabilidade

O conceito de razoabilidade tem contornos indefinidos e também obscuros, às vezes a sua essência parece contraditória. De acordo com alguns estudos, a palavra razoabilidade deriva do latim *rationabilitas* ou *rationabilis*, que podem ser conduzido ao termo *ratio* e, portanto, ao verbo *reor* que assume o significado de “pensar” em contraposição ao verbo composto *computo* que tem uma conotação mais técnica,

⁶ Luigi Ferrajoli, **Manifesto per l'uguaglianza**, Laterza, Bari-Roma, 2018, p. IX.

ou seja, “contar”⁷. Por outro lado, existe uma reconstrução semântica diferente da palavra “ratio”, idônea em indicar tanto o objeto quanto a faculdade de aprendizagem⁸. Além disso, parece que o primeiro a usar o termo razoabilidade foi Apuleio, o qual gostava de cunhar e elaborar novas variações e/ou matizes linguísticas, partindo da raiz da palavra. Assim, criou novos termos, como *rationabilis*, *rationabiliter* e *irrationabilis*, os quais, porém, têm apenas um mero caráter retórico e foram considerados “palavras de escolas”⁹.

Ainda hoje, especialmente na linguagem comum, o termo razoabilidade mantém essa ambivalência semântica: evoca, por um lado, o uso da razão para julgar e considerar situações, problemas e, por outro, a experiência prática, o sentido comum que governa o comportamento humano e também o equilíbrio e a ponderação¹⁰. Portanto, Francesco Viola sublinha que a razoabilidade deve ser entendida como aquela disposição que permite levar em conta

as consequências das próprias ações para o bem-estar dos outros, isto é, como uma atitude que predispõe a participar de uma cooperação justa, respeitosa com o outro como livre e igual e marcada pela reciprocidade. Ser razoáveis significa reconhecer que os outros têm os mesmos direitos de perseguir seus próprios fins e que, então, precisa-se buscar considerações que sejam aceitáveis para todos.¹¹

7 Gino Scaccia, **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2.

8 Ver exemplo Annarita Ricci, **Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato**, CEDAM, Padova, 2007, p. 2.

9 Gino Scaccia, **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2.

10 Anna Moscarini, **Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge**, Giappichelli, Torino, 1956, p. 88.

11 Francesco Viola, “Ragionevolezza, cooperazione e regola d’oro” em **Ars Interpretandi, annuario di ermeneutica giuridica**, vol. II, 2002, p. 117.

Ademais, Gustavo Zagrebelsky destaca que “ser razoável” é perceber que a necessidade de chegar à composições em que haja espaço não para apenas uma, mas por muitas razões¹². Assim, a razoabilidade seria a virtude de conhecer e também a virtude inspirada ao equilíbrio e os meios justos¹³. Em outras palavras, a razoabilidade refere-se a uma argumentação racional (o discurso persuade pela qualidade dos argumentos expostos) e aos seus resultados (a experiência prática e o sentido comum guiam os comportamentos humanos, isto é, a razoabilidade como sinônimo de equilíbrio, ponderação e também de justiça).

Nesse quadro é impossível descrever uma posição unânime e pacífica sobre o que é a razoabilidade e, conseqüentemente, quando, como e quais são as suas funções e os seus usos pontuais. Analisando a jurisprudência constitucional italiana, é claro que há muitas decisões onde emerge uma presença conspícua e frequente da razoabilidade. São várias as decisões do Tribunal constitucional italiano com as quais se julga a legitimidade de uma lei com base na razoabilidade. Contudo, na maioria das vezes que os juízes do mesmo tribunal mencionam *expressis verbis* a razoabilidade, são axiomáticos, ou seja, usam-na sem defini-la ou descrevê-la. Deste modo, o Tribunal constitucional evoca uma solução eficaz porque resolve o caso, mas dá origem a uma série de problemáticas. Também é claro que um juízo baseado sobre a razoabilidade caracteriza-se por uma linguagem de tipo perifrástico; os limites teóricos, lógicos e de aplicação são amplamente indefinidos e assim o seu uso tem um valor fortemente sugestivo e alusivo, ou seja, perifrástico mas não referencial. A mesma definição do objeto de reflexão afunda as raízes em um “húmus linguístico” inadequado para uma esfera unitária de significado¹⁴.

12 Gustavo Zagrebelsky, **Il diritto mite**. Legge diritti giustizia, Einaudi, Torino, 1992, p. 203.

13 Ver também Franco Modugno, **Ragione e ragionevolezza**, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.

14 Gino Scaccia, **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2.

Além disso, uma das características marcantes no uso da razoabilidade é que ela se adapta a qualquer situação e por isso o Tribunal a modela em relação ao caso concreto. Portanto, com muita prudência e cuidado se poderia tentar atribuir à razoabilidade “uma consistência operacional juridicamente verificável”¹⁵, mas tendo sempre presente a sua intrínseca multiformidade¹⁶. Assim, poder-se-iam descrever pelo menos quatro técnicas argumentativas baseadas na razoabilidade: 1. como justificação da diferença, ou seja, a razoabilidade expressaria a necessidade de justificar a diferença de tratamento; 2. como predicado do conteúdo de uma disposição, ou seja, a razoabilidade como juízo de avaliação do dispositivo normativo que pode ser ou não razoável; 3. no sentido de coerência, racionalidade e não contraditoriedade da legislação; 4. enfim, como justiça na aplicação da lei, isto é a “razoabilidade *tout court*”¹⁷.

Sem entrar nos detalhes da análise, aqui o que me interessa destacar é que a razoabilidade tem um significado problemático e por vezes ambíguo, mas é precisamente esta característica que determina a sua peculiaridade de adaptar-se a muitas e variadas áreas jurídicas e também de cumprir uma pluralidade de funções. Ademais, chegaria a desempenhar um papel de protagonista principal, especialmente na justiça constitucional. O ponto crucial, por tanto, seria estabelecer quando um argumento jurídico pode ser considerado válido e razoável.

15 Jörg, Luther, “Ragionevolezza delle legge”, em **Digesto Dir. Pubb.**, vol, XII, Torino, 1997, p. 341.

16 A este respeito, ver, por exemplo, Anna Moscarini, **Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge**, Giappichelli, Torino, 1956, esp. p. 166 que aponta como a razoabilidade assume tanto um significado pragmático (quem usa ou pode usar a razão) como um significado teórico (no sentido de racionalidade). Deste modo, “na passagem de uma linguagem para a técnica jurídica, o termo, muitas vezes utilizado contextualmente com ‘racionalidade’, é enriquecido com novos significados: é possível traçar pelo menos quatro diferentes significados e regras de uso do termo ‘razoabilidade’”.

17 Anna Moscarini, **Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge**, Giappichelli, Torino, 1956, p. 88 e ss. Para mais detalhes sobre as várias tentativas de esquematisação do juízo de razoabilidade, ver Natalina Stamile, **I limiti della (ir)ragionevolezza nella giustizia costituzionale**, no prelo.

3. Entre a igualdade e a (ir)razoabilidade

Nesta parte do estudo, concentrarei minha atenção sobre algumas reflexões úteis para entender como se desenvolve a relação igualdade-(ir)razoabilidade ao longo do tempo. Além disso, aqui, uma exegese detalhada e minuciosa ou também um comentário sobre a vasta bibliografia seria não somente pouco eficaz quanto também repetitiva¹⁸.

Em termos de controle de constitucionalidade, a realidade não parece ser simples como descrita em um nível puramente teórico, pois o Tribunal constitucional tem que considerar tanto os elementos normativos e positivos como os elementos factuais. Em vista disso, é necessário refletir, ainda que brevemente, sobre a relação entre o princípio da igualdade e da (ir)razoabilidade, que se tornou o parâmetro mais invocado nos julgamentos de legitimidade a partir da década de 1970 na Itália. Essa interpretação se baseia no artigo 3 da Constituição italiana que afirma:

Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sócias.

Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País¹⁹

18 Para mais detalhes ver, por exemplo, Natalina Stamile, **I limiti della (ir)ragionevo-lezza nella giustizia costituzionale**, no prelo.

19 Cf: Artigo 3 da Constituição italiana: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. A tradução em português da Constituição ita-

Assim e por exemplo, segundo Paolo Barile, se poderia começar a falar sobre o princípio da razoabilidade a partir do momento em que o princípio da igualdade nasceu e, portanto, ambos os conceitos seriam considerados especulares e perfeitamente sobrepostos²⁰. Todavia, o Tribunal constitucional italiano inicialmente mostrou-se prudente em usar a razoabilidade, e só depois se pode reconhecer uma espécie de abertura para um encaminhamento propenso à sua utilização. Além disso, nota-se que expressões como razoabilidade, proporcionalidade, adequação, não arbitrariedade e/ou termos similares aparecem desde o começo nas várias e diferentes decisões, porém nem sempre é possível atribuir um correspondente e determinado conteúdo, conceito ou noção²¹. Tal uso difundido implica uma necessidade geral de justiça das leis²² que tende a garantir ao mesmo Tribunal constitucional, nas suas avaliações, margens de elasticidade maiores do que aquelas típicas das cláusulas gerais.

Na década de 1970 o pensamento jurídico italiano é dominado principalmente por Carlo Lavagna e Aldo Sandulli. O primeiro afirmava que falar de razoabilidade, definida como uma espécie de ponte entre o direito e a ação, significava analisar a relação entre “direito” e “razão”²³. Assim, por um extremo da ponte, haveria a presença de prescrições abstratas e gerais e, por outro, a irrepetível realidade do caso concreto. Portanto, através da razoabilidade, “a casca vazia re-

liana está disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 mar. 2021.

20 Paolo Barile, “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p. 2.

21 Ver por exemplo, Livio Paladin, “Esiste un ‘principio di ragionevolezza’ nella giurisprudenza costituzionale?” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p. 163. O autor usa a expressão “de meras fórmulas verbais”.

22 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 30.

23 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 30.

presentada pela prescrição legislativa é às vezes preenchida com conteúdos normativos que variam (eles devem variar) precisamente em relação à possível evolução dos contextos humanos e de acordo com a variedade do caso”²⁴.

Deste modo, note-se que a presença da razoabilidade nos julgamentos de legitimidade não pode faltar, também levando em consideração que estão envolvidas duas prescrições: uma ordinária e outra constitucional. Assim, Carlo Lavagna sublinha que tudo isso implica uma dupla maneira de recorrer à razoabilidade, na construção da norma de comparação (constitucional) e na identificação da norma comparada (legislativa)²⁵. À luz disso, seria possível identificar diferentes tipos de recurso à razoabilidade, ou seja:

a) *um julgamento sobre a finalidade*, visando estabelecer a rastreabilidade ou não do fim, concretamente perseguido pela lei, ao fim mais geral indicado pela Constituição;

b) *um julgamento de relevância (pertinência)*, que consiste em determinar se entre os meios normativos assumidos na realização de uma determinada finalidade existe uma relação de razoável instrumentação, ou se não estão totalmente desvinculados da finalidade, pelo menos declarados;

c) *um julgamento de congruência*, relativo à idoneidade dos meios escolhidos pelo legislador com respeito à realização do fim²⁶.

Enfim, Carlo Lavagna termina suas considerações afirmando que cabe ao juiz estabelecer as fundações para essa ponte entre as prescrições - fontes e a realidade e, certamente, ele não pode ser considerado “um aplicador automático de leis idolatrizes, mas construtor crítico e responsável de normas concretas, sobre a base, e de prescri-

24 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 646.

25 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 648.

26 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 648.

ções, e de razoabilidade [...]”²⁷ e conclui que isso torna a ponte da razoabilidade visível e funcional consistindo na obrigação da motivação.

Mais em geral, então, pode-se distinguir, por um lado, um julgamento de coerência que olha para a contradição intrínseca das prescrições legislativas e, por outro, um julgamento de evidência, que faz mais uso de conteúdos externos que permitem afirmar o erro da lei com base no conhecimento comum, pacífico e universal²⁸. Ademais, Carlo Lavagna parece antecipar a distinção que faz Norberto Bobbio, na sua palestra inaugural do Congresso “La ragione del diritto”, organizado pela Universidade de Bolonha e coordenado pelo prof. Enrico Pattaro, em 1984, em homenagem à memória de Guido Fassò²⁹. Norberto Bobbio, refletindo sobre a complexidade, amplitude e variedade da relação entre “razão” e “direito”, distingue entre “lei da razão” ou “lei racional” e “razão jurídica”³⁰. Com a primeira expressão, lei da razão, entende-se uma razão forte, isto é a capacidade de compreender a essência ou natureza das coisas. A segunda expressão, razão jurídica, por sua vez, refere-se a uma razão débil, ou seja, à capacidade de raciocinar, como uma operação pragmática e instrumental³¹. Em síntese, essa distinção, permite analisar dois níveis distintos: se existe um direito racional, e estabelecer em que consiste e em que se distingue o raciocínio jurídico das outras formas de raciocínio. Em outras palavras, tal distinção demarca temporalmente o contexto da descoberta

27 Carlo Lavagna, “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973, p. 655.

28 Ver, por exemplo, Luigi D’Andrea, **Ragionevolezza e legittimità del sistema**, Giuffrè, Milano, 2005, p. 32.

29 Ver, Carla Faralli e Enrico Pattaro (eds), **Reason in Law**. Proceedings of the Conference, Bologna, 12-15 dicembre 1984, An International Series on Philosophy and Theory of Law, vol. I, II, III, Giuffrè, Milano, 1987.

30 Norberto Bobbio, “La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)” em **Doxa**, 2, 1985, pp. 17-26.

31 Norberto Bobbio, “La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)” em **Doxa**, 2, 1985, pp. 17-26; Norberto Bobbio, **Contributi ad un dizionario giuridico**, Giappichelli, Torino, 1994. Para mais detalhes sobre a análise de Bobbio da relação entre “razão” e “direito”, ver também: Natalina Stamile, ““Legge della ragione” e “ragione giuridica”: una relazione controversa”, pp. 145-166 em Michele Saporiti (org.), **Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile**, Giappichelli, Torino, 2016.

do direito daquele da justificação ou se preferir o momento da criação daquele da interpretação³².

Diferente da impositação de Carlo Lavagna é a reflexão de Aldo Sandulli, que descreve o princípio de razoabilidade como a relação entre a lei e todo o sistema normativo³³. Ele parte da consideração de que cada norma jurídica, por sua própria essência, necessariamente precisa de modificações no pré-existente quadro de situações subjetivas e das relações intersubjetivas, e por isso que poderia afetar o princípio da igualdade e não apenas nos casos expressamente declarados no artigo 3 da Constituição italiana, mas também

todas as vezes que uma inovação é introduzida no ordenamento (isto é, cada vez que uma norma é dada à luz), colocando, na base da modificação do precedente quadro, dados a considerar – no quadro do sistema legislativo (e ou seja, no contexto geral do ordenamento) – como logicamente irrelevante para os objetivos (admitidos apenas porque são constitucionalmente consentidos) que a legislação propõe-se prosseguir, dessa forma incluindo ou excluindo, injustificadamente, sujeitos, relações, situações e, portanto, criando uma disparidade em contraste com o sistema³⁴.

32 Ver: Norberto Bobbio, “La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)”, em **Doxa**, 2, 1985, pp. 17-26; Norberto Bobbio, **Contributi ad un dizionario giuridico**, Giappichelli, Torino, 1994. Para mais detalhes sobre a análise de Bobbio da relação entre “razão” e “direito”, ver também: Natalina Stamile, ““Legge della ragione” e “ragione giuridica”: una relazione controversa”, pp. 145-166 em Michele Saporiti (org.), **Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile**, Giappichelli, Torino, 2016. Também ver Riccardo Guastini, **Interpretare e argomentare**, Giuffrè, Milano, 2011; Riccardo Guastini, **L'interpretazione di documenti normativi**, Giuffrè, Milano, 2004.

33 Aldo Sandulli, “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale” em **Diritto e Società**, 3, 1975, p. 561 ss, agora também em Aldo, Sandulli, **Scritti Giuridici**, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, p. 665 ss.

34 Aldo Sandulli, “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale” em **Diritto e Società**, 3, 1975, p. 561 ss, agora também em Aldo, Sandulli, **Scritti Giuridici**, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, p. 665 ss.

O legislador, então, está vinculado ao princípio de coerência, que exige que cada norma jurídica tenha a forma do caráter da universalidade até o limite máximo. As diferenciações e/ou as assimilações devem sempre ser feitas de maneira compatível com a lógica do sistema. Além disso, Aldo Sandulli destaca também que dentro do sistema pode existir o que ele chama de “vício de irrazoabilidade” que afetaria o resultado do ato e não o mesmo ato, porque neste último caso o vício seria comparável ao excesso de poder, figura típica do direito administrativo³⁵.

O “vício de irrazoabilidade” apresentar-se-ia através de duas figuras. Por um lado, colocam-se todos os casos de aplicação que excedem as fórmulas elásticas que a Constituição atribui como limite teleológico à atividade do legislador e, por outro lado, todos os casos de incoerência normativa ou da lei. Essa última pode assumir as seguintes formas: contrariedade, impertinência e não adequação. A contrariedade surge quando as previsões da lei são irreconciliáveis com os objetivos estabelecidos no texto da mesma lei ou com o sistema em sua totalidade; a impertinência, quando falta a correlação lógica de funcionalidade do mecanismo legislativo em relação aos objetivos a serem perseguidos; finalmente, a não adequação verifica-se quando o legislador utiliza instrumentos desproporcionais em relação ao objetivo, tanto pelo excesso quanto pelo defeito³⁶. Assim, Aldo Sandulli, nas suas reflexões, parece estar ciente dos riscos que derivam de um uso excessivo da razoabilidade e como a mesma pode arrastar o Tribunal constitucional de um julgamento sobre a legitimidade a um julgamento sobre o mérito das questões constitucionais.

35 Para mais detalhes sobre a relação entre a razoabilidade e o excesso de poder no direito administrativo e sobre a relação entre a razoabilidade e o excesso de poder legislativo, ver Aldo Sandulli, **La proporzionalità dell'azione amministrativa**, CEDAM, Padova, 1998 e também Natalina Stamile, **I limiti della (ir)ragionevolezza nella giustizia costituzionale**, no prelo.

36 Aldo Sandulli, “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale” em **Diritto e Società**, 3, 1975, p. 561 ss, agora também em Aldo, Sandulli, **Scritti Giuridici**, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, p. 665 ss.

4. Conclusões

As contribuições de Carlo Lavagna e de Aldo Sandulli, aqui parcialmente referidas, ainda podem ser consideradas atuais. Por exemplo, Gustavo Zagrebelsky argumenta sobre a possibilidade de uma tripartição conceitual da razoabilidade, ou seja: racionalidade, razoabilidade e justiça. O primeiro aspecto, a racionalidade, seria determinado pela relação com o princípio de igualdade. Zagrebelsky, sublinha que, inicialmente, na maioria dos casos, o Tribunal Constitucional, frequentemente recorria ao princípio de razoabilidade através de um esquema trilateral, característico e típico das questões de discriminação. Assim, se estaria frente à irracionalidade em todos os casos, sem se excluir a possibilidade de diferenciações, de quebra da inteira coerência do ordenamento jurídico, mas apenas daquelas incompatíveis com a lógica do sistema³⁷. O ponto focal é a *ratio* que introduziria o tratamento diferenciado, através da referência a uma norma que, colocando-se como *tertium comparationis*, permitiria observar dita quebra ou a tensão que atravessa o ordenamento jurídico. É por isso que Aldo Corasaniti destacou que a razoabilidade nesse sentido seria somente um “mero artifício” e que as questões “de” igualdade precisam ser resolvidas em termos de problemas de interpretação, mais especificamente, mediante a técnica de analogia, e não de razoabilidade³⁸.

O segundo aspecto, a razoabilidade, individualizado por Zagrebelsky, daria vida a um controle de razoabilidade visando a manter a coerência do ordenamento e baseando-se nas meras avaliações sobre a plausibilidade³⁹. Por último, o controle segundo a justiça parece se

37 Gustavo Zagrebelsky, “Su tre aspetti della ragionevolezza” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p. 179.

38 Aldo Corasaniti, “Introduzione ai lavori” e também “Le considerazioni conclusive” ambos em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, pp.1 ss e pp. 265 ss.

39 Gustavo Zagrebelsky, **La Giustizia Costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 154 ss., ver também Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, **La giustizia costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 2012.

caracterizar por um controle externo porque se tornam relevantes os critérios de justiça *a priori* com respeito aos conteúdos do ordenamento jurídico⁴⁰. Assim, uma lei será inconstitucional se parece intrinsecamente arbitrária ou se parece totalmente sem qualquer *ratio* e/ou contra a natureza da coisa regulamentada⁴¹. A contribuição de Zagrebelsky apresenta-se original, porém com algumas falácias. Afirmar que um dos aspectos que caracterizam a razoabilidade seja a justiça determinaria uma perda de contato com a dimensão abstrata e geral da normatização, com a consequência inevitável da perda da certeza do direito. Além disso, os dois primeiros aspectos (racionalidade e razoabilidade) parecem relacionar-se aos juízos de valores que, pela sua própria natureza, não permanecem imóveis e estáveis dentro de um ordenamento jurídico e que, pelo contrário, estão sempre em movimento e em constante dinamicidade. A esse respeito e, mais especificamente em relação à ponderação, Riccardo Guastini sustenta que “a ponderação estabelece uma hierarquia axiológica móvel” entre os princípios em conflito e, isso, consequentemente implica um poder discricionário demasiado amplo. Sopesar, então,

não significa (apesar do que poderia sugerir o termo empregado, ou o que dizem fazer os juízes), “ponderar” ou “encontrar um ponto de equilíbrio” entre os direitos em conflitos, mas sim “sacrificar”, “pôr de lado” um princípio ou um direito em favor do outro, mesmo que apenas em relação a um específico caso concreto.⁴²

40 Gustavo Zagrebelsky, **La Giustizia Costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 155. Nota-se que o autor analisou mais detalhadamente este aspecto em Gustavo, Zagrebelsky, “Su tre aspetti della ragionevolezza” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p. 179 e ss.

41 Gustavo Zagrebelsky, **La Giustizia Costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 156. Ver também Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, **La giustizia costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 2012.

42 Riccardo Guastini, “Principi di diritto e discrezionalità giudiziale”, pp. 85-103, esp. pp. 98-99 em Luciana, Cabella Pisu; Luca, Nanni (eds.), **Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**, CEDAM, Padova, 1998.

É o intérprete que estabelece, para cada caso, uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios em conflito, ou seja, uma relação de valor que não se baseia nas fontes, mas em um juízo de valor autônomo⁴³.

Nesse sentido, e na tentativa de uma compreensão mais ampla das críticas assim forjadas, é preciso indagar o que está em jogo também na dimensão prática. Por exemplo, o Tribunal constitucional italiano, na sua sentença número 42 de 2017, enfrentou uma questão bastante discutida e controvertida, formulando uma interpretação constitucional da disciplina legislativa relacionada com o ensino universitário realizado em línguas diferentes do italiano. O “Politécnico di Milano” ativou, a partir de 2014, cursos de graduação e de doutorados exclusivamente na língua inglesa, mas juntos com um plano para a formação dos docentes e também dos estudantes. A reforma universitária italiana conhecida como “reforma Gelmini” introduz a “internacionalização” das Universidades, ou seja:

fortalecimento da internacionalização também através de uma maior mobilidade dos professores e dos estudantes, programas integrados de estudo, iniciativas de cooperação interuniversitária para atividades de estudo e pesquisa e ativação no contexto de recursos humanos, financeiros e instrumentais disponíveis sob a legislação atual, de ensinamentos, de cursos de estudos e de forma de seleção desenvolvida em uma língua estrangeira⁴⁴.

Ver também: Riccardo Guastini, “**Interpretare e argomentare**”, Giuffrè, Milano, 2011; Riccardo Guastini, **L’interpretazione di documenti normativi**, Giuffrè, Milano, 2004.

43 Muitas vezes os tribunais constitucionais recorrem à ponderação em detrimento das técnicas usuais de resolução de conflitos entre normas. Embora a literatura sobre as antinomias seja quase infinita, ver Alchourrón Carlos E., Bulygin Eugenio, **Normative Systems**, Springer, Wien, 1971.

44 Cf. Legge 30 de dezembro de 2010, n. 240: “Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l’efficienza del sistema universitario”, conhecida simplesmente como “lei Gelmini” ou “reforma Gelmini”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&data-gu=2011-01-14&task=dettaglio&numgu=10&redaz=011G0009&tmstp=1295259517551>.

Alguns professores universitários do Politécnico recorreram da decisão de ativar os mencionados cursos em língua inglesa perante o juiz administrativo⁴⁵ (Conselho de Estado, sexta seção jurisdicional - *Consiglio di Stato, sezione sesta giurisdizionale*), o que levanta a questão de legitimidade constitucional ao Tribunal constitucional sobre a disposição da reforma Gelmini, porque estaria em contradição e em contraste com diferentes normas constitucionais, em particular com o reconhecimento do italiano como língua oficial (artigo 6 da Constituição italiana)⁴⁶ e com a liberdade de ensino (artigo 33 da Constituição italiana)⁴⁷.

Acesso em 24 Mar 2021.

[“rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera.”]

45 Os professores universitários do Politécnico recorrem ao Tribunal Administrativo Regional da Lombardia (*Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - TAR Lombardia*) obtendo a anulação do referido ato administrativo (ver Sentença do TAR Lombardia n. 1348 de 2013). O Politécnico de Milão e o Ministério da Educação, Universidade e Pesquisa apelaram da decisão do Tribunal Administrativo Regional da Lombardia e é neste contexto que o Conselho de Estado (seção jurisdicional - *Consiglio di Stato, sezione sesta giurisdizionale*) discorre sobre a legitimidade constitucional do dispositivo impugnado.

46 Cf. Artigo 6 da Constituição italiana: “A República tutela, mediante normas específicas, as minorias linguísticas”. A tradução em português da Constituição italiana está disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 Mar 2021.

47 Cf. Artigo 33 da Constituição italiana: “A arte e a ciência são livres como livre é o seu ensinamento.

A República dita as normas gerais sobre a instrução e institui escolas públicas para todos os níveis e graus.

Entidades e particulares têm o direito de fundar escolas e institutos de educação, sem ônus para o Estado.

A lei, ao fixar os direitos e as obrigações das escolas particulares que requerem a equiparação, deve assegurar às mesmas plena liberdade e aos seus alunos um tratamento escolar equivalente àquele dos alunos das escolas públicas.

É previsto um exame oficial para a admissão nos vários níveis e graus de escolas ou para a conclusão dos mesmos e para a habilitação ao exercício profissional.

As instituições de alta cultura, universidades e academias, têm o direito de fixar ordenamentos autônomos nos limites determinados pelas leis do Estado.”

A tradução em português da Constituição italiana está disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 Mar 2021.

A decisão do Tribunal constitucional italiano tem uma estrutura complexa. Declara a questão de inconstitucionalidade infundada, mas especifica que não é inconstitucional se interpretada corretamente. O Tribunal constitucional italiano reitera a “*primazia*” do italiano como língua oficial e reconhece o perigo de que o processo de globalização enfraqueça o papel e a função da língua italiana, um perigo que deve ser combatido pela defesa do uso da “nossa” língua (italiano), especialmente nas escolas e nas universidades: por isso considera ilegítima a disposição da “reforma Gelmini” se interpretada “no sentido de que as universidades estão autorizadas a preparar uma oferta educacional geral que inclua cursos inteiros de estudo dados exclusivamente em uma língua que não seja a italiana”⁴⁸, porque a exclusividade da língua estrangeira, de fato, eliminaria completamente e indiscriminadamente a língua oficial da República do ensino universitário e de todo o ramo de conhecimento. Portanto, o Tribunal constitucional recorre à razoabilidade e também faz uma explícita referência ao princípio de igualdade, e afirma que:

As legítimas finalidades da internacionalização não podem reduzir a língua italiana, dentro das universidades italianas, a uma posição marginal e subordinada, obliterando essa função, que é própria dela, de vetor da história e da identidade da comunidade nacional, bem como do seu ser, em si, patrimônio cultural a preservar e valorizar.⁴⁹

Além disso, o Tribunal constitucional conectou o primado da língua italiana com o princípio de igualdade sob o perfil da paridade

48 Cf.: Corte costituzionale n. 42 del 2017. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 Mar 2021.

49 Cf.: **Corte costituzionale n. 42 del 2017**. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 mar. 2021. [“Le legittime finalità dell’internazionalizzazione non possono ridurre la lingua italiana, all’interno dell’università italiana, a una posizione marginale e subordinata, obliterando quella funzione, che le è propria, di vettore della storia e dell’identità della comunità nazionale, nonché il suo essere, di per sé, patrimonio culturale da preservare e valorizzare.”]

no acesso as instrução, “direito esse que a República, nos termos do artigo 34, terceiro parágrafo, da Constituição, tem o dever de garantir, até os mais altos graus de estudos, aos capazes e merecedores, mesmo que faltem os meios”⁵⁰. Portanto, a disciplina censurada acabaria impondo, como condição de acesso aos cursos, o conhecimento de uma língua diferente do italiano,

assim impedindo, na ausência de apoios formativos adequados, àqueles que, embora capazes e merecedores, não a conhecem de forma alguma, para alcançar “os mais altos graus de estudos”, se não ao custo, tanto em termos de escolhas para a própria formação e o próprio futuro, bem como em termos econômicos, de optar por outros cursos universitários ou mesmo por outras universidades⁵¹.

O sentido desta passagem fundamental do aparato argumentativo do Tribunal constitucional é claro: o ensino universitário, realizado exclusivamente em uma língua diferente do italiano, é um obstáculo real à liberdade e à igualdade dos cidadãos e das cidadãs, e, como tal, suscetível de ser removido nos termos do artigo 3, segundo parágrafo, da Constituição italiana. Além disso, realizar-se-ia uma lesão também

50 Cf.: **Corte costituzionale n. 42 del 2017**. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 mar. 2021. Ver também o Artigo 34 da Constituição italiana: “A escola é aberta a todos.

A instrução de primeiro grau, ministrada durante pelo menos oito anos, é obrigatória e gratuita.

Os alunos capazes e aplicados, mesmo se carentes de meios económicos, têm direito de atingir os graus mais altos de estudo.

A República torna efetivo esse direito mediante bolsas de estudo, subsídios às famílias e outras medidas, que devem ser concedidas por concurso”.

A tradução em português da Constituição italiana está disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 Mar 2021.

51 Cf.: **Corte costituzionale n. 42 del 2017**. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 Mar 2021. [“così impedendo, in assenza di adeguati supporti formativi, a coloro che, pur capaci e meritevoli, non la conoscano affatto, di raggiungere ‘i gradi più alti degli studi’, se non al costo, tanto in termini di scelte per la propria formazione e il proprio futuro, quanto in termini economici, di optare per altri corsi universitari o, addirittura, per altri atenei.”]

da liberdade de ensino, porque iria “afetar significativamente a modalidade com a qual o professor é obrigado a realizar sua atividade, subtraindo a escolha em como se comunicar com os alunos, independentemente da sua familiaridade com a língua estrangeira”⁵².

Enfim, o Tribunal constitucional afirma que a disposição pode ser interpretada de modo conforme a Constituição, ou seja: “É razoável que, em consideração às peculiaridades e especificidades dos ensinamentos individuais, as universidades podem, no âmbito da própria autonomia, optar por ativá-los também apenas numa língua estrangeira, [...]”, mas que seja “uma oferta educacional global que respeita a primazia da língua italiana, bem como o princípio da igualdade, o direito à educação e liberdade do ensino”⁵³.

Agora bem, sem se tratar toda a complexidade da relação entre a igualdade e a razoabilidade dentro do controle de constitucionalidade italiano, de maneira simples e à luz do caso e das reflexões analisadas, poder-se-iam formular algumas conclusões finais. Definir a razoabilidade permanece algo muito discutido e, na ausência de uma disposição constitucional explícita que estabeleça, defina o seu conteúdo, ela continuará a ser usada em diferentes níveis de investigação, sem qualquer tipo de regularidade. Ademais, destaca-se que não falta quem duvide da existência mesma da razoabilidade, perspectiva segundo a qual o Tribunal constitucional recorreria nas suas motivações a esse princípio todas as vezes em que não soubesse como decidir ou argumentar⁵⁴. Seja qual for a tese adotada, o que parece certo é que,

52 Cf.: **Corte costituzionale n. 42 del 2017**. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 mar. 2021.

53 Cf.: **Corte costituzionale n. 42 del 2017**. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 mar. 2021. [“È ragionevole che, in considerazione delle peculiarità e delle specificità dei singoli insegnamenti, le università possano, nell’ambito della propria autonomia, scegliere di attivarli anche esclusivamente in lingua straniera, [...] una complessiva offerta formativa che sia rispettosa del primato della lingua italiana, così come del principio d’eguaglianza, del diritto all’istruzione e della libertà d’insegnamento.”]

54 Como exemplo, ver Livio Paladin, “Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?”, em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p. 163 e ss.; Aldo Corasaniti, “Introduzione ai lavori” e também “Le considerazioni conclusive” ambos

citando o mesmo Tribunal constitucional, a razoabilidade na verdade seria “um dado que caracteriza tanto o nosso sistema de justiça constitucional como, de forma mais geral, o nosso modo de conceber o ordenamento jurídico e as fontes do direito”⁵⁵.

Segue, também que essa avaliação sobre a razoabilidade dos motivos, calcada no princípio da igualdade, obviamente determina certo tipo de solução em vez de outra. Isso inevitavelmente envolve enormes riscos, entre os quais o de não se julgar a legitimidade constitucional, mas de se efetuar um controle real sobre o mérito das escolhas do legislador. Esse ponto parece representar o aspecto mais delicado e também controverso das decisões, uma vez que diz respeito às relações entre a intervenção do Tribunal e o respeito pela esfera de descrição própria das escolhas políticas e, portanto, reservadas ao legislador. Talvez a razão pela qual a razoabilidade tenha sido ancorada ao princípio da igualdade resida precisamente na imposição de limites à invasão no mérito das escolhas legislativas pelo Tribunal constitucional e, assim, na preservação da divisão dos poderes.

Em conclusão, parece importante sublinhar que a razoabilidade não é uma invenção arbitrária, mas a consequência de entender o Direito, a função legislativa e a justiça constitucional de uma determinada maneira. É dotada de importantes e numerosas potencialidades tanto de tornar-se um princípio implícito⁵⁶ ou um princípio arquitetônico⁵⁷ de todo o ordenamento jurídico.

em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, p.1 e ss e p. 265 e ss.

55 Cf: **Corte costituzionale, n. 107 del 1981**, “[...] come un dato caratterizzante sia del nostro sistema di giustizia costituzionale, sia ancor più in generale, del nostro modo di concepire l’ordinamento giuridico e le fonti del diritto”. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em 24 mar. 2021.

56 Andrea Morrone, **Il custode della ragionevolezza**, Giuffrè, Milano, 2001.

57 Luigi D’andrea, **Ragionevolezza e legittimità del sistema**, Giuffrè, Milano, 2005.

Referências

Alchourrón Carlos E.; Bulygin Eugenio, **Normative Systems**, Springer, Wien, 1971.

Barile, Paolo. “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Bobbio, Norberto. “La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)” em **Doxa**, 2, 1985, pp. 17-26.

Bobbio, Norberto. **Contributi ad un dizionario giuridico**, Giapichelli, Torino, 1994.

Constituição italiana disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf.

Corasaniti, Aldo. “Introduzione ai lavori” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Corasaniti, Aldo. “Le considerazioni conclusive” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Corte costituzionale n. 42 del 2017. Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>.

Corte costituzionale, n. 107 del 1981 Disponível em <https://www.cortecostituzionale.it>.

Cuono, Massimo; Gargiulo, Enrico. “Emergenza, crisi, sicurezza. Decisioni extra-ordinarie tra governo centrale e amministrazioni locali” em **Diritto&Questioni Pubbliche**, 2017/2, pp. 15-36.

D’Andrea, Luigi. **Ragionevolezza e legittimità del sistema**, Giuffrè, Milano, 2005.

Faralli, Carla; Pattaro, Enrico (eds), **Reason in Law**. Proceedings of the Conference, Bologna, 12-15 dicembre 1984, An International Series on Philosophy and Theory of Law, vol. I, II, III, Giuffrè, Milano, 1987.

Ferrajoli, Luigi. **Manifesto per l’uguaglianza**, Laterza, Bari-Roma, 2018.

Guastini, Riccardo. “Principi di diritto e discrezionalità giudiziale”, pp. 85-103 em Cabella Pisu, Luciana; Nanni, Luca (eds.), **Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**, CEDAM, Padova, 1998.

Guastini, Riccardo. **Interpretare e argomentare**, Giuffrè, Milano, 2011.

Guastini, Riccardo. **L’interpretazione di documenti normativi**, Giuffrè, Milano, 2004.

Lavagna, Carlo. “Ragionevolezza e legittimità costituzionale” em **Studi in memoria di Carlo Esposito**, vol. III, CEDAM, Padova, 1973.

Legge 30 de dezembro de 2010, n. 240: “Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamen-

to, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario”, Disponível em <https://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-01-14&task=-dettaglio&numgu=10&redaz=011G0009&tmstp=1295259517551>.

Luther, Jörg. “Ragionevolezza delle legge”, em **Digesto Dir. Pubbl.**, vol, XII, Torino, 1997.

Modugno, Franco. **Ragione e ragionevolezza**, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.

Morrone, Andrea. **Il custode della ragionevolezza**, Giuffrè, Milano, 2001.

Moscarini, Anna. **Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge**, Giappichelli, Torino, 1956.

Paladin, Livio. “Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?”, em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Pontes, José Antonio S.; Bronzo, Pasquale (orgs. e trads). “Entrevista com Luigi Ferrajoli”, em **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, Campinas, Vol. 2, n. 1, pp. 31 – 50, 2019.

Ricci, Annarita. **Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato**, CEDAM, Padova, 2007.

Sandulli, Aldo. “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale” em **Diritto e Società**, 3, 1975, p. 561 ss.

Sandulli, Aldo. **La proporzionalità dell'azione amministrativa**, CEDAM, Padova, 1998.

Sandulli, Aldo. **Scritti Giuridici**, vol. I, Jovene, Napoli, 1990.

Scaccia, Gino. **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**, Giuffrè, Milano, 2000.

Stamile, Natalina. ““Legge della ragione” e “ragione giuridica”: una relazione controversa”, pp. 145-166 em Michele Saporiti (org.), **Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile**, Giappichelli, Torino, 2016.

Stamile, Natalina. **I limiti della (ir)ragionevolezza nella giustizia costituzionale**, no prelo.

Tribunal Administrativo Regional da Lombardia (*Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - TAR Lombardia*) n. 1348 de 2013.

Viola, Francesco. “Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro” em **Ars Interpretandi, annuario di ermeneutica giuridica**, vol. II, 2002, pp. 109- 129.

Zagrebelsky, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 1988.

Zagrebelsky, Gustavo. “Su tre aspetti della ragionevolezza” em AA. VV. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale**. Atti del seminario di studio, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Zagrebelsky, Gustavo. **Il diritto mite**. Legge diritti giustizia, Einaudi, Torino, 1992.

Zagrebelsky, Gustavo; Marcenò, Valeria. **La giustizia costituzionale**, Il Mulino, Bologna, 2012.

Aportes del realismo jurídico norteamericano a nuestros sistemas jurídicos

Dennis José Almanza Torres¹

I. Introducción

Durante los últimos años, los estudios sobre derecho y economía o análisis económico del derecho se han incrementado de forma considerable en los países de tradición jurídica romanista,² sin embargo, este incremento no ha logrado aun, desmitificar ciertas ideas que se tejen en torno a esta mecánica. Estas limitaciones, impiden entender y aplicar ciertas características funcionales que este movimiento comparte con corrientes jurídicas realistas.

El Análisis económico del derecho, entendido como el movimiento interdisciplinar, en el cual la economía trae para el sistema jurídico, elementos como el valor la utilidad y la eficiencia, buscando que estos sean aplicados en las diversas áreas jurídicas, desde el derecho de los contratos o la competencia, hasta el derecho penal o familiar³, tiene una notoria vinculación con el realismo jurídico.

El origen, a partir del realismo jurídico, se hace evidente al recordar que el proyecto de los realistas jurídicos era estudiar las leyes de la forma como, verdaderamente estas funcionan, y no como estas están previstas en los códigos y leyes.⁴

1 Doctor y Maestro en Derecho por la Universidade Federal de Paraná – (Brasil). Actualmente es Pos-doctorando en el PPGD de la UFPR (Brasil). Profesor en la Universidad La Salle y en la Universidad Nacional de San Agustín (Perú). Participó del XV *Harvard Course in Law and Economics*. Cambridge, Ma. (USA-2018). Pós-graduado en Prácticas Aduaneras Internacionales en Comercio Exterior (IEF-España). *Visiting researcher* en la Universidad de Zaragoza (España-2014). Autor de diversos libros y artículos. Miembro del Consejo Editorial de revistas especializadas. Abogado.

2 COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo. La economía, el derecho y sus consecuencias. In: COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (Directores). *Introducción al análisis económico del derecho*, p. 01.

3 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*, p. 69.

4 SALAMA, Bruno Meyerhof. o que é pesquisa em direito e economia?. In: *Cadernos*

En sentido similar se posiciona Chiassoni, para quien la “meta-jurisprudencia” del análisis económico del derecho, es decir el modelo normativo de ciencia jurídica que ejemplifica y propone, basada en una concepción determinada del derecho, de la interpretación, de razonamiento jurídico y de la función judicial,⁵ tendría sus cimientos en los modelos meta-jurisprudenciales relevantes en la cultura jurídica norteamericana del siglo XX, el formalismo jurídico y el realismo jurídico.⁶

En esa misma línea se posiciona Giacomuzzi, quien explica que el entendimiento del derecho para los realistas, quienes pugnaban por un derecho distante de valores y destacaban la separación entre derecho y política y entre el “ser” y el “deber ser”, sería la base para el nacimiento del análisis económico de derecho.⁷

Hernández, por su parte, complementa afirmando que, a partir de la década del cincuenta del siglo pasado, es posible identificar una segunda etapa del ala progresista del realismo jurídico norteamericano, esta vez representada por la Escuela de los Derechos Fundamentales de los años 60 y por la corriente del Análisis Económico del Derecho.⁸

Direito GV. N° 2, vol. 05, p. 10. En el mismo sentido ver: ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho, 10.

5 CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 12.

6 Si bien, nosotros expondremos un claro posicionamiento, la ubicación del análisis económico del derecho frente al formalismo y al realismo, aún no está totalmente esclarecida. Al respecto “Para algunos (...) el análisis económico del derecho es una forma llana y lisa de ‘nuevo formalismo’ (Grant Gilmore); para otros, se trataría en cambio de un heredero del ‘realismo’ (Bruce Ackerman); para otros todavía, se trataría de un movimiento híbrido, que comparte a la vez rasgos del ‘formalismo’ y del ‘realismo’ (Joseph Singer, Gary Minda); para otros en cambio, la ascendencia realista del análisis económico del derecho sería muy dudosa (Posner); para otros aún, en fin, en poner de relieve su carácter ‘pragmatista’, se contrapondría al ‘realismo’ (Minda)”. (CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 12.)

7 GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 183.

8 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 283.

Es común entre la doctrina, vincular el Análisis Económico del Derecho con aquella corriente surgida en Estados Unidos, el siglo pasado y cuyos seguidores se caracterizan por encarar las normas jurídicas de la forma como están establecidas en la realidad, considerando los resultados efectivos que esta produce en la realidad social.⁹

El realismo jurídico, desde sus orígenes,¹⁰ otorgó mayor importancia a la eficacia en lugar de la justicia o validez; contrariamente a lo que pregonaban corrientes normativistas o axiológicas.¹¹ De esta manera, el realismo no ve las normas como deben ser, sino como estas son.¹²

Los movimientos que históricamente podían ser catalogados como realistas (siendo el realismo jurídico norteamericano, uno de estos), no consideran al derecho como un conjunto de normas válidas, sino como normas que son efectivamente aplicadas en una determi-

9 HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 512.

10 Bobbio realiza una interesante construcción para reconocer los principales periodos donde se hizo visible esta forma de concebir el derecho. El profesor italiano señala que un primer periodo estaría representado por la Escuela Histórica del Derecho, donde destacan los trabajos de Federico Carlos Von Savigny y Federico Puchta; el segundo periodo está referido a un variado y vasto movimiento que surgió en Europa llamado Concepción Sociológica del Derecho, donde destacan los trabajos de François Geny y Eugenio Ehrlich; y un tercer periodo lo constituye la concepción realista del derecho que surgió en Estados Unidos, destacando los trabajos de Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y principalmente Jerome Frank. (BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, p. 33-36).

11 Como señala Campos Zamora, “en el plano jurídico el realismo se manifiesta ya no contra el idealismo y el psicologismo, sino contra normativismos y corrientes axiológicas de corte ingenuo, señalando siempre que más allá de la norma y los valores, el derecho significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres”. (CAMPOS ZAMORA, Francisco. *Nociones fundamentales de realismo jurídico*. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, p. 198). Destacando algunos desaciertos del normativismo, Haba explica: “Reconozco que ellas juegan un papel ciertamente importante dentro del razonamiento jurídico en general. La equivocación del normativismo no reside en el hecho de tomar en cuenta tal “momento” la dimensión semántica de las normas jurídicas, sino en: a) hipostasiarlo; y b) desgajarlo completamente de los otros ‘momentos’ – variantes ideológico-interpretativas, condiciones socio-económicas y políticas, preferencias del intérprete, etc. – que le impartirán sus direcciones concretas a esas normas”. (HABA, Enrique, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, p. 512).

12 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, p. 33.

nada sociedad. Así, se deja de lado la abstracción del jusnaturalismo, es decir la confusión del derecho real con las aspiraciones a justicia; y la abstracción del derecho positivo, la confusión con las reglas impuestas y formalmente válidas, las cuales algunas veces son también formas vacías de contenido.¹³

Resulta necesario señalar que la expresión “Realismo Jurídico”, como método que concibe el derecho como hechos, hace referencia a diversas escuelas con posiciones hasta cierto punto disimiles. Estos movimientos surgieron como una forma de reacción frente a otros modelos de ciencia jurídica o contra otras teorías generales del derecho. Las más difundidas en nuestro entorno son: el realismo escandinavo que surgió en oposición al idealismo borstroniano, el realismo americano como reacción al formalismo langdellino y el realismo genovés, opuesto al positivismo formalista y al constitucionalista.¹⁴

Núñez Vaquero, sin desconsiderar las notorias diferencias entre estas escuelas que pertenecen a esta corriente, consigue distinguir algunos puntos en común entre ellas, estos son:¹⁵

i) Común oposición tanto a las teorías del derecho iusnaturalistas y normativistas como a los modelos de ciencia jurídica formalista y axiológica.

ii) Si bien no comparten un conjunto homogéneo de tesis epistemológicas ni ontológicas, las tesis que presuponen estos autores des-

13 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, p. 33,34.

14 NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p 724

15 Nuñez Vaquero, además de los señalados, considera las siguientes características: “(i) crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos dogmáticos y teóricos. (ii) Rechazo a la hora de definir el concepto del derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho. (iii) Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar, en general, una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo”. (NUÑEZ VAQUERO, Álvaro Nuñez. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 725). En el mismo sentido, BITTAR y ALMEIDA agregan: “O que unifica as diversas tendências de realismo jurídico é o seu caráter antimetafísico” (BITTAR, Eduardo C.B. y ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*, p. s/p.).

cienden claramente de un único tronco filosófico común: el empirismo filosófico.

iii) Una teoría escéptica de la decisión judicial en general, y de la interpretación en particular.

iv) Crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos dogmáticos y teóricos.

v) Rechazo a la hora de definir el concepto del derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho.

vi) Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar, en general, una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo.

vii) Tesis de la indeterminación del derecho.

Para los fines del presente trabajo, abocaremos nuestro análisis al realismo jurídico norteamericano.

II. La rigidez del formalismo norteamericano

El acontecimiento que antecedió al movimiento realista norteamericano es la llamada “revuelta contra el formalismo”, esta revuelta formó parte de un movimiento mayor basado en el vertiginoso desarrollo demográfico, económico, científico y tecnológico de finales del siglo XIX. La “Revolución instrumentalista” – que es como algunos denominan a este movimiento – consistió en “la extensión del paradigma científico positivista a las disciplinas sociales y humanas, con el *darwinismo social* como una de sus manifestaciones más radicales”. Cabe mencionar que esta ampliación está referida a una versión superada del darwinismo, tratándose de un *spencerismo social*, es decir “una orientación más decantada hacia el reformismo antideterminista, hacia la manipulación de la realidad con fines prácticos, siendo el tecnólogo, más que el científico puro, el héroe del momento”.¹⁶

¹⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 100.

Esta nueva corriente que consistía en “pasar de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de fines individuales a fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas”,¹⁷ surgió como una fuerte reacción “contra a confiança excessiva em um pensamento dedutivo, formal, abstrato, ou dividido em disciplinas firmemente separadas e distintas”.¹⁸ Es así como el realismo jurídico norteamericano se abrió paso como una respuesta a la rigidez de este formalismo que se fue imponiendo en los Estados Unidos,¹⁹ tanto en la enseñanza del derecho, como en la ciencia jurídica.

El surgimiento del movimiento formalista en Estados Unidos, tuvo diversas causas, una de ellos fue el momento histórico posterior a la Guerra Civil por el que atravesaba ese país. Este periodo de recuperación que se prolongó hasta 1929, se caracterizó por un marcado crecimiento económico, una vasta explosión demográfica, concentración urbana, revolución tecnológica y la expansión del comercio, los transportes y las comunicaciones. Estos acontecimientos hicieron necesario la existencia de un Derecho más “racional-formal”, que proporcione instrumentos técnicos abundantes, complejos y previsibles; en síntesis, un Derecho que ofrezca seguridad jurídica. “El formalismo jurídico podía hacer compatibles ambas exigencias, porque suministraría orden y seguridad en el manejo de ese Derecho más abundante y complejo”.²⁰

El surgimiento del formalismo jurídico norteamericano estuvo acompañado de un nuevo enfoque en la enseñanza del Derecho en las universidades americanas. Su máximo representante fue Christopher C. Langdell, quien, cuando asumió el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard realizó mudanzas significativas

17 SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, N° 2, p. 176.

18 HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, p. 145.

19 LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 241.

20 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 85.

en el sistema académico, con el objetivo de que los estudios en este centro académico prioricen el carácter científico.²¹ Esta postura fue la reacción contra el enfoque artesanal del modelo Litchfield y contra el modelo de la lección magistral propuesto por Blackstone y Kent.

El reconocimiento de Langdell como el mayor exponente del formalismo en Estados Unidos se debe principalmente a lo siguiente:²²

(i) a la construcción de un sistema lógicamente consistente de principios y doctrinas generales basados en el estudio de sentencias concretas. Esta sistematización del Derecho que gira en torno a la *ratio decidendi* de la sentencia (abstrayendo circunstancias concretas de cada caso particular), permite la aplicación de las normas inducidas casi mecánicamente a nuevas situaciones. Por ello, para Langdell,

el estudio ‘científico’ del Derecho debía consistir en el dominio de un número relativamente reducido de principios y doctrinas básicas, y de que la vía más rápida y segura de alcanzar ese dominio era el análisis de una serie de ‘casos’ o sentencias cuidadosamente seleccionadas, en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. En consecuencia, el método de enseñanza del Derecho debía centrarse en el estudio de esos casos: el *case method*.²³

21 En un discurso pronunciado en 1866 durante la conmemoración del 250 aniversario de la fundación del Harvard College – explica Pérez Lledo – Langdell resalta el carácter científico del derecho y agrega: “Si el Derecho no fuera una ciencia, más le valdría a la universidad hacer honor a su propia dignidad renunciando a su enseñanza. Si no fuera una ciencia, entonces es una especie de artesanía, y la mejor manera de aprenderla será sirviendo como aprendiz de alguien que la practique. Pero si fuera una ciencia, entonces difícilmente podrá discutirse que se trata de una de las más nobles y difíciles de entre las ciencias y que precisa toda la luz que el más ilustrado centro del saber pueda arrojar sobre ella”. (PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 90).

22 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93-94.

23 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 90

De esta forma, los casos que se incluían en el *case book*, por el carácter normativo que se les atribuía, recibían un trato casi tan formalista como el que daría un jurista continental a los artículos de un código.²⁴

Conviene aclarar que el *case method* no refleja un formalismo “clásico”, al cual los países del *civil law* estarían acostumbrados. En el sistema Anglo-americano, se prioriza lo establecido en las sentencias concretas de los jueces, el estudio de fuentes primarias y la capacidad de argumentación jurídica. En el sistema Romano-germánico, tienen primacia las reglas generales y abstractas del Derecho legislado, los manuales doctrinales donde el Derecho está lógicamente sistematizado y la memorización de reglas previamente sistematizadas. Estas diferencias son determinantes para afirmar que en Estados Unidos nunca hubo un formalismo puramente lógico-deductivo, como si sucedía en los países del *Civil Law*.²⁵

En síntesis, Langdell y los formalistas buscaban hacer del derecho una ciencia utilizando un método inductivo puramente lógico o analítico para obtener conceptos jurídicos. Los formalistas “viam o Direito como um conjunto de *axiomas abstratos* que, retirados de um punhado de casos, deveriam ser aplicados mecanicamente em casos futuros”.²⁶ Por esta razón, los seguidores de Langdell, en líneas generales, sostenían que “los jueces decidían los casos basándose en reglas y razones distintivamente *jurídicas*, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizá en todos).”²⁷

(ii) El segundo motivo era el aislamiento del estudio del Derecho respecto a otras disciplinas sociales. El derecho como ciencia debe

24 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93-94.

25 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 75.

26 Al respecto aclara Giacomuzzi: “Em um sistema de Direito que “parte do caso”, era dessa forma abstrata e dedutiva (ao menos num segundo momento de aplicação) que os *Classical Legal Thinkers* entendiam o Direito”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. *As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA*. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 160, 161).

27 LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 241.

afirmar su autonomía y pureza en el sentido del formalismo más estrecho. Así, la ciencia política, la historia, la sociología o la economía, deben mantenerse distantes del estudio del derecho.²⁸

En resumen, los pilares propuestos por los formalistas, podrían ser sintetizados en tres ideas: (a) El derecho debe ser formal y producir resultados por sí solo, para tal, las decisiones jurídicas deben derivar de la simple aplicación de la norma dejando de lado la discrecionalidad judicial. (b) El derecho es un sistema coherente compuesto por conceptos y principios abstractos, de donde de manera lógica se deducen las normas que se aplicarán y, (c) el derecho es un sistema autónomo donde su contenido se origina íntegramente a partir de fuentes jurídicas y no de aspectos externos como la moral, la política o la filosofía.²⁹

Bajo estas propuestas, Langdell pretendía:

la configuración del derecho como un conjunto sistemático y coherente de conceptos, principios y reglas, ordenados y jerarquizados, y no como una colección empírica de casos, acumulados de manera casual y fortuita, que describían simplemente las decisiones tomadas por los diversos tribunales.³⁰

Fue justamente sobre estos postulados que surgieron las dos principales críticas a esta corriente: en principio, porque se afirmaba que el único contenido del derecho son los resultados de la deducción lógica obtenidos a partir de reglas preexistentes y, en segundo lugar, el conservadurismo político del formalismo que se manifiesta por la ne-

28 GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 160. Ver en el mismo sentido: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 96

29 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 269, 270.

30 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 269, 270.

cesaria fijación en el pasado y desconsideración de la conexión entre el sistema pasado y el sistema social vigente en ese periodo.³¹

Si bien el formalismo clásico llegó a imponerse en Estados Unidos, este triunfo fue tardío y menos duradero en comparación con lo sucedido en Europa,³² donde la Escuela de la Exegesis francesa y la Jurisprudencia de Conceptos alemana, albergaron un método formalista con características más estrictas,³³ diferente a lo que proponía la visión formalista en Estados Unidos.

III. El surgimiento y la consolidación de la escuela realista norteamericana

Podemos entender al Realismo Jurídico como una extensión del pragmatismo filosófico de Charles S. Peirce, William James y Jhon Dewey.³⁴ Este movimiento tiene sus fundamentos en las relaciones dinámicas que deben existir dentro del proceso cognoscitivo, interrelacionando las ideas y las experiencias, donde pensar no se limita solamente a descubrir fuerzas o regularidades ocultas, sino, a planear esquemas que permitan conducir la realidad. De esta manera, el significado de las ideas tiene como trasfondo las consecuencias prácticas que esta trae consigo.³⁵ “Para la filosofía pragmatista, conocimiento y

31 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 276.

32 Conviene señalar que posteriormente, en la década del 50 del siglo pasado, surgió la escuela del *Legal Process* representada por Harvard Henry M. Hart y Alberth M. Sacks, la cual pasó a ser una forma actualizada del clásico formalismo. (HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 283).

33 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 93.

34 Charles S. Peirce fue quien inicio este movimiento en 1870, siendo William James quien, posteriormente, se encargará de sistematizar sus principios. Al respecto se recomienda ver: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 116-149. En el mismo sentido: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 157.

35 Esto es explicado por Pound cuando afirma: “El pragmatismo considera que la validez reside en los actos, no en cuanto realicen una idea, sino en la medida en que poseen la efectividad necesaria para lograr su propósito, que es el de satisfacer un máximo de necesidades humanas”. (POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensa-*

acción, teoría y práctica, dejan de ser dos universos separados”;³⁶ así, para las diversas formas de pragmatismo, “la verdad radica en la utilidad y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar”.³⁷

A finales del siglo XIX, estas mudanzas epistemológicas fueron absorbidas por la comunidad jurídica, quienes además de discrepar abiertamente de los métodos e ideología jurídica dominante, anunciaban el surgimiento de un pensamiento jurídico de inspiración pragmática basado en una concepción funcional e instrumental del derecho.³⁸ Al respecto Pérez Lledó comenta:

Si la aparición del formalismo hacia 1870 nos sorprendió, lo que no debe sorprendernos es que la reacción contra él no se hiciera esperar demasiado, dado el peso de la larga tradición ‘sustantivista’ anterior a la Guerra Civil. Sería quizá exagerado decir que el formalismo en Estados Unidos fue simplemente un paréntesis relativamente breve, pero lo cierto es que algo similar al *Grand Style* comenzó a retornar (...) incluso ya desde los últimos años del siglo XIX – en pleno periodo formalista –, y en cierto sentido ello suponía que las aguas de la cultura jurídica norteamericana empezaban a volver a su cauce.³⁹

miento jurídico, p. 16)

36 SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, n° 2, p. 177,178.

37 CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 198.

38 Además, otro factor importante para el surgimiento de esta corriente fue el contexto económico, al respecto Solar Cayón explica: “En un momento de profunda crisis socioeconómica, el talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad social, sentida por diversos sectores progresistas, de articular un pensamiento político y jurídico alternativo, enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba en aquella coyuntura histórica”. (SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, N° 2, p. 178. Se recomienda ver también PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 20).

39 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 99.

Sin considerar sus diferencias tanto doctrinales como generacionales, a esta línea se agregan intelectuales como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound y otros destacados realistas.

Vale indicar que los “instrumentalistas pragmáticos”, – denominados así por Robert S. Summers⁴⁰ – no conformaban una escuela homogénea; por lo general, bajo esta denominación suelen incluirse a los adeptos al pragmatismo filosófico, a la jurisprudencia sociológica de Pound y a los defensores del realismo jurídico menos extremo. Si bien las diferencias entre estos grupos son notables,⁴¹ también comparten ciertos presupuestos básicos – una teoría general – respecto al derecho y a su uso.⁴²

El movimiento realista americano, que tenía como fundamento, nuevos planteamientos jurídicos críticos basados en enfoques empiristas y funcionales, poseía diferentes características no necesariamente presentes todas en sus diferentes vertientes; ello se debía a la heterogeneidad de autores, de trabajos y de interpretaciones presentes en esta corriente, esta pluralidad dificultó la sistematización de sus características,⁴³ llegando incluso a afirmar que “no existe una ‘Escue-

40 Al respecto: SUMMERS, Robert S. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use*. 66 Cornell Law Review 861 (1981).

41 Esta fue una de las principales críticas a este movimiento, tal y como lo explica Hart: “os juristas deste ativo grupo diferiam tanto quanto se assemelhavam uns aos outros. Todos, certamente, preocupavam-se em enfatizar as oportunidades legislativas dos tribunais e em dissipar os mitos do pensamento convencional que, acreditavam eles, as obscureciam. Alguns adicionavam a isso uma firme insistência de que, para se entender o direito, tudo o que importava era o que os tribunais faziam e a possibilidade de prevê-lo, não o que as regras escritas diziam, nem as razões dadas pelos juízes para suas decisões. Alguns sustentavam que o conhecimento do caráter, hábitos, ideias políticas, sociais ou econômicas do juiz, mesmo de seu estado de saúde, eram pelo menos tão importantes quanto uma doutrina jurídica para se prever, com sucesso, uma decisão. Outros cultivavam a visão de uma teoria do direito pé no chão, verdadeiramente científica, inspirada na crença de que o único estudo proveitoso, ou mesmo racional, do Direito eram as investigações, usando métodos das ciências naturais, sobre o curso das decisões judiciais e de seu efeito no comportamento dos homens”. (HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, p. 147).

42 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 101.

43 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 152,153.

la de realistas' propiamente dicha, que ellos se encuentran relacionados sólo en sus negaciones, su escepticismo y su curiosidad".⁴⁴

Lo cierto es que este movimiento llegó a ser el más importante en los Estados Unidos durante el siglo XX.⁴⁵ Salió a la luz para hacer frente al formalismo imperante en ese periodo, basándose para ello, principalmente en dos puntos: la necesidad de incluir la realidad social en la concepción y aplicación del derecho, considerando a este como un instrumento al servicio de la sociedad (instrumentalismo, funcionalismo) y el rechazo del método de abstracción como único modo de construcción de la ciencia jurídica, orientada al conocimiento y determinación de las normas jurídicas para su posterior aplicación mecánica a las nuevas situaciones.⁴⁶

Lo señalado permite identificar algunos puntos claves de donde se deslindan diferencias sustanciales entre esta corriente y el formalismo; así, una primera distinción, está referida a la forma como se adopta una decisión en el caso particular. En estas circunstancias el formalista piensa que los conceptos y reglas aplicados en una determinada situación siguen siendo válidas para ser aplicadas a situaciones presentes y futuras, estas no envejecieron y se mantienen vigentes tal y como está en la ley o en un caso precedente, posición contraria a la manifestada por los realistas quienes consideran que las reglas y sus conceptos envejecen y deben ser reformadas o sustituidas por una regla diferente.⁴⁷

Un segundo punto discordante, está referido a la metodología general. Los jueces formalistas aplican el derecho en su forma tradicional considerando que los contenidos y significados de los concep-

44 CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, p. 199.

45 "O Realismo é a maior, mais original e talvez a única contribuição que os Estados Unidos legaram à filosofia e à Teoria do Direito". (GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 158).

46 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 271,272.

47 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 280,281.

tos y reglas no se alteraron en el tiempo, siguen siendo válidos para situaciones venideras; por su parte los instrumentalistas consideran que los conceptos están desfasados por lo tanto corresponde sustituirlos por otros.

Finalmente, el tercer punto tiene que ver con la causa para la aplicación de las metodologías, es decir, porque unos jueces se inclinan por el formalismo y otros por el instrumentalismo. Al respecto, Hernández afirma que esto se debe a la concepción del derecho que se tiene, los formalistas buscan conservar las viejas reglas, mientras que los instrumentalistas buscan que el derecho se adapte a las nuevas necesidades sociales.⁴⁸ Estos últimos, explica Bobbio,

Procuraram apreender o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça em que os homens se inspiram ou dizem inspirar-se, não tanto nos ordenamentos jurídicos constitutivos, quanto na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seus comportamentos as regras de conduta que os governam.⁴⁹

IV. La senda de Holmes y la ingeniería social de Pound

El realismo jurídico tuvo como uno de sus máximos exponentes al Juez Oliver Wendell Holmes⁵⁰ quien, fue el primero en desautorizar

48 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 281.

49 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 42.

50 Catalogado como su “Ancestro Intelectual”. (LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 243). Para otros fue “o mais importante e influente pensador que o Direito Americano possuiu”. Sin embargo, la ideología de Holmes no mantuvo la misma línea durante su carrera, su pensamiento abrigó diversas corrientes; así Holmes fue “visto tanto como muito progresista e liberal, fortemente totalitário, um positivista, um realista pioneiro, um eterno soldado, e ultimamente como um utilitarista pragmático”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 165,168).

el tradicionalismo jurídico de los tribunales al realizar una interpretación evolutiva del derecho más sensible a los cambios de la conciencia social.⁵¹

Holmes, cuyas ideas han ejercido una enorme influencia en todo el sistema norteamericano,⁵² representa el límite entre la vieja y la nueva teoría jurídica estadounidense; su actitud y las mudanzas en el campo jurídico que generó, se vieron influenciadas, en gran medida, por su apego hacia la filosofía pragmática que era el común denominador en el *Metaphysal Club* de la Universidad de Harvard, lugar frecuentado por Holmes a partir de 1872. En estas reuniones compartía sus ideas con figuras como Charles Peirce, William James, Nicholas St. John Green, John Fiske, Francis E. Abbot y Chauncey Wright.

En una de sus principales obras titulada “*The Common Law*”, Holmes cuestiona la visión imperante del derecho caracterizada por ser un proceso rígidamente deductivo, basado en silogismos. En este texto, Holmes explica:

las sentidas necesidades del tiempo, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de políticas públicas, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los hombres comparten con sus congéneres, han tenido bastante más que ver que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales los hombres deben ser gobernados.⁵³

Para Holmes, el derecho no puede ser entendido como algo preexistente que el jurista debe descubrir, sino, como un producto cultural

51 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 46.

52 CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, p. 203.

53 “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.” (Traducción libre). (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*, p. 5)

forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas y principalmente como un poderoso instrumento de transformación social. De esta manera, el jurista debe priorizar el cumplimiento de los objetivos sociales frente a descubrimiento de naturalezas y principios jurídicos que perdieron toda conexión con la realidad.⁵⁴ Es por ello que tanto las instituciones, cuanto las disposiciones jurídicas deben ser analizadas y evaluadas según la capacidad para satisfacer las necesidades.

Para cumplir ese objetivo es necesario recurrir a otras disciplinas, las cuales pueden guiar al jurista en la labor de ponderar el valor de las distintas demandas y objetivos que tiene que cumplir el derecho.

Tal vez, la síntesis del pensamiento de Holmes sale a flote cuando responde a la interrogante ¿Qué es el Derecho?, a lo que él jurista responde:

Encontraréis algunos autores que os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, que es el resultado de una deducción a partir de ciertos principios éticos o axiomas aceptados, o algo similar, que puede coincidir o no con las decisiones judiciales. Pero, si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo, veremos que a él no le importan en absoluto los axiomas ni las deducciones y que lo que quiere saber es lo que los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra probablemente harán en realidad. Yo estoy muy de acuerdo con él. Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho.⁵⁵

54 SOLAR CAYON, José Ignacio. *Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano*. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 180.

55 HOLMES, Oliver Wendell. *La Senda del Derecho*, p. 59, 60.

Otro de los representantes de la Escuela Realista Norteamericana es Roscoe Pound, “considerado como el jurista teórico [*legal scholar*] más importante de todos los tiempos en Estados Unidos”.⁵⁶

Finalizada la primera guerra mundial, la *sociological jurisprudence* – teoría propuesta por este autor –, surgió como una respuesta al pensamiento jurídico formalista que aún predominaba en esa época; la *sociological jurisprudence* se caracterizaba por: la objetividad del derecho positivo, la naturaleza sistemática del derecho, el cognoscitivismo interpretativo, el cognoscitivismo doctrinal y el cognoscitivismo jurisdiccional.⁵⁷

La *sociological jurisprudence*, que es una de las escuelas que conforma el llamado “realismo jurídico norteamericano”, sentó las bases para el surgimiento de varias corrientes de pensamiento jurídico interdisciplinarias, no necesariamente convergentes, las mismas que pretendían analizar la problemática jurídica de forma más realista y pragmática. Entre estas destacan los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*)⁵⁸ y el Análisis Económico del Derecho.⁵⁹

Para Pound el derecho era un instrumento de orden social que tenía como objetivo controlar las relaciones humanas de tal forma que se pueda conseguir la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades con el menor costo posible.⁶⁰ Para ello, previamente se tiene que cambiar la concepción de lo que es “la ley”, así Pound consideraba a la ley como un instituto social para satisfacer la mayor cantidad de necesidades sociales con el menor esfuerzo posi-

56 ARJONA, Cesar. Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26, p. 387.

57 Al respecto ver: CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 13, 14.

58 Es vasta la bibliografía que aborda este movimiento, para fines de introducción en el mismo, se recomienda revisar: CARRINO, Agostino. Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los “Critical Legal Studies” In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 12, p. 115-153.

59 GICO, Jr. Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia no Brasil*, p. 07.

60 SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

ble, “na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas ou tais pretensões efetivadas por uma ordenação da conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada”.⁶¹

Para cumplir este objetivo, era necesaria una filosofía del derecho enriquecida con aportes de otras ciencias, las cuales consigan ponderar los distintos intereses que buscan reconocimiento social, así como medir el valor de los mismos para ser seleccionados y protegidos por el derecho.⁶² Esta medición – afirma Pound – debe realizarse sobre la base de la experiencia.

Desde esta perspectiva, “sería ilusorio pretender que la decisión judicial (*adjudication*) y la legislación, estén determinadas de una manera efectiva y completa por una ponderación científica de intereses y por el empeño en hallar la manera de conciliarlos en forma que se garantice el máximo con un mínimo de sacrificio”,⁶³ en tal sentido, la función del Juez consistiría en “generalizar las demandas de las partes como demandas humanas individuales” y “subsumir” las demandas así generalizadas en aquel esquema objetivo de articulación de los intereses conforme a principios o a fórmulas generales que aseguren la satisfacción de la mayor cantidad de intereses con el menor sacrificio.⁶⁴

Para Pound, resulta imposible concebir un sistema jurídico conteniendo solamente reglas que relacionen situaciones de hecho claramente definidos y detallados con consecuencias jurídicas estrictamente definidas, permitiendo que las decisiones sean tomadas y justificadas con, solamente, la subsunción de casos específicos a esas reglas. Además de las reglas de este tipo, los sistemas jurídicos están

61 POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*, p. 54.

62 SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

63 POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 185.

64 SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Lewellyn: algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 181.

compuestos por principios generales, algunos de los cuales están establecidos explícitamente, mientras que otros necesitan ser inferidos.⁶⁵

Estos principios no sirven sólo como guías para auxiliar en la decisión judicial cuando se está frente a una norma ambigua o indeterminada, o cuando no existe una regla de autoridad relevante formulada para ese caso

os tribunais não devem se considerar livres para legislar em tais casos, nem mesmo segundo suas concepções de justiça e de bem social, mas devem, em vez disso, buscar no sistema jurídico existente um princípio, ou princípios que, isoladamente ou em conjunto, servirão tanto para explicar as normas claras e existentes quanto para gerar um resultado específico para o caso em questão.⁶⁶

Es así que Pound, junto a Holmes, con base en la concepción instrumental del derecho y en los efectos sociales de las normas e instituciones jurídicas, se convierten en los precursores del Realismo Jurídico.

Estos autores criticaron la clásica visión del derecho que consideraba a este como un sistema lógico autónomo, donde asuntos como la justicia y la utilidad no tenían mayor trascendencia. Muy por el contrario, estos juristas veían el derecho como un instrumento para el bienestar social cuyo fundamento eran los programas y fines políticos antes que los principios jurídicos.⁶⁷

65 POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, p. 184.

66 HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, p. 150.

67 HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 273.

V. El Realismo Jurídico Norteamericano, la (in) determinación del derecho y las decisiones judiciales

El Realismo Jurídico Norteamericano, si bien compartía principios con corrientes cercanas, también poseía sus propias características; Karl Llewellyn, uno de sus más destacados representantes,⁶⁸ explica cuales serían los principales puntos de partida de este movimiento: (i) la concepción de un derecho dinámico, en movimiento, y de la creación judicial del Derecho. (ii) Entender el derecho como un medio para un fin social y no como un fin en sí mismo, de tal forma que cada parte del mismo deba ser frecuentemente examinada según sus fines y sus efectos, y ser analizada a la luz de ambos. (iii) Entender a la sociedad en movimiento con una mayor velocidad en comparación con el derecho, de tal forma que cuando alguna parte del derecho necesite ser reexaminada para adecuarse a la sociedad, siempre exista la posibilidad de que esta se realice. (iv) Una separación – o *divorcio temporal* – entre el “Ser” y el “Deber Ser” al estudiar el derecho; es decir, mientras que siempre se debe recurrir a juicios de valor cuando se fijen los objetivos de la investigación, durante la investigación sobre lo que “Es”, no se debe actuar de esta manera; en este segundo momento, las etapas como la observación, la descripción, y la creación de relaciones entre las cosas descritas, deben permanecer, dentro de lo posible, incontaminadas por los deseos del observador o por lo que él desearía que fuese o piense que debería (éticamente) “Ser”. (v) La desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales respecto a su pretensión para describir lo que hacen los tribunales y la gente en realidad; por ello se enfatiza el papel de las reglas como “predicciones

68 Karl Nickerson Llewellyn, es uno de los mayores representantes de este movimiento. Fue uno de los primeros en distinguir las “reglas de papel” (paper rules), de las reglas efectivas (real rules). Las primeras estaban conformadas por las normas plasmadas en leyes, reglamentos y en las sentencias que fundamentan los fallos de los tribunales. Las reglas efectivas son las que utilizan realmente los jueces para decidir el litigio. (CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones fundamentales de realismo jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, p. 205). Ver en el mismo sentido: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. In: *Direito & Justiça*. N° 2, p. 182.

generalizadas sobre lo que harían los tribunales”. (vi) Conjuntamente con la desconfianza hacia las reglas tradicionales también existe una desconfianza hacia la teoría que afirma que las tradicionales reglas prescriptivas son el factor más importante en la producción de decisiones judiciales. (vii) Creer que es más útil agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías menores que las que han sido generalmente utilizadas en el pasado. (viii) Insistir en la evaluación del derecho con base en sus efectos. (ix) Acometer sostenida y programáticamente los problemas jurídicos en base a estos postulados.⁶⁹

Los realistas norteamericanos enfatizaban el papel limitado de las reglas y conceptos jurídicos tradicionales. La importancia que se le otorga a las reglas como factor en las decisiones judiciales es menor de la que creían los formalistas. Ello porque en principio, “la lógica deductiva y el razonamiento analógico eran herramientas analíticas mucho más flexibles y abiertas [*open-ended*] de los que asumieron los autores formalistas”.⁷⁰

Los defensores del realismo, desafiaban la vigente teoría declarativa de la función judicial, a la cual la consideraban como una operación estrictamente lógica-deductiva donde se subsumía los hechos del caso particular en los conceptos y proposiciones normativas generales. El realismo buscaba acabar con esta concepción mecánica de la función judicial. Frente al carácter silogístico-deductivo del razonamiento judicial que imperaba en ese entonces, los seguidores de esta corriente presentaban elementos que hacían del proceso judicial un proceso “impresionista, idiosincrásico, informal e intuitivo”.⁷¹

69 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 155-157. Ver también: SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 185, 186.

70 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 171.

71 WHITE M. G. *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*. In: *Virginia Law Review*, vol 58, p. 999-1028. Apud: CAYON, José Ignacio Solar. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, p. 189. Al respecto, explica Cayón “para estos autores (...) el silogismo no puede funcionar en consecuencia como esquema predictivo debido a que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas guías o criterios suficientes fiables de predicción”.

De la misma forma, el cuestionamiento a la consistencia del “sistema”, resulta importante, pues para cualquier disputa concreta, es probable que dos reglas jurídicas sean igualmente relevantes, sin embargo, también opuestas; en tal sentido, incluso si se cuenta con herramientas lógicas eficaces, resulta imposible para los jueces obtener respuestas determinadas a partir de las reglas tradicionales.⁷²

Lo explicado refuerza la teoría respecto al carácter indeterminado del derecho para los realistas. En ese sentido, Leiter, señala que esta característica era entendida en dos sentidos: Primero, el derecho era *racionalmente* indeterminado, de tal forma que las razones de las que se disponían, no eran suficientes para justificar una decisión. En seguida, el derecho también era *causal* o *explicativamente* indeterminado, pues las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma como lo hacen.⁷³

Los realistas, al haber desvirtuado a las reglas formales como factores determinantes de las decisiones judiciales, pues la indeterminación del derecho conlleva a que las decisiones judiciales no sean la suma de enunciados normativos y método jurídico,⁷⁴ surge la interrogante respecto a qué es, entonces, lo que las determina. Esta pregunta es absuelta por los realistas en base a una de sus afirmaciones centrales: “al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas”.⁷⁵

Absolviendo la misma interrogante, Pérez Lledó consigue distinguir dos enfoques. El autor español los clasifica en “objetivistas” y “subjetivistas”. Para los primeros, factores sociales como su clase social, la educación recibida, su socialización, etc., inciden en la conducta del juez por encima de las reglas sobre el papel. Estos factores

72 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 172.

73 LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 243.

74 NUÑEZ VAQUERO, Alvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 738.

75 La mejor explicación del por qué los jueces resuelven de una u otra forma – Leiter explica – deben buscarse por fuera del derecho mismo. (LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 246).

hasta cierto punto objetivos podrían dar lugar a regularidades en el comportamiento de los jueces susceptibles de un estudio empírico mediante los instrumentos de las ciencias sociales, gracias a ello sería posible recuperar gran parte de la predictibilidad y seguridad perdidas dando paso al proyecto constructivista que defienden los realistas.

Por su parte los subjetivistas, sin desconsiderar los aspectos socioeconómicos y culturales, dieron mayor importancia a factores idiosincrásicos y subjetivos del juez. Factores como prejuicios psicológicos, intuiciones sobre lo que es justo o injusto en un caso particular, entre otros. En base a ello, para este grupo la posibilidad de reconstruir el derecho apelando a la ciencia era más complicada.⁷⁶

Es así que, según la respuesta que daban los jueces a hechos subyacentes, Leiter los dividía en dos grupos: el “A la Sociológica del Realismo”, cuyas decisiones caían dentro de patrones predecibles, infiriendo que son fuerzas “sociales” las que inducen a los jueces a responder de forma similar y predecible; y el “A la Idiosincrática del Realismo”, donde las respuestas de los jueces a hechos en particular tenían base idiosincrática relacionada a temas psicológicos o rasgos de la personalidad del juez.⁷⁷

Por otro lado, Núñez Vaquero, basado en factores generales y estables que expliquen las decisiones judiciales, es decir que sean compartidos por gran número de jueces y no varíen raudamente, establece dos tesis que buscaban explicar el comportamiento judicial: (i) Los jueces, por lo general deben tener en cuenta las consecuencias socio-económicas de las decisiones que toman y (ii) Los jueces tienden a adaptar su propia conducta a la de sus colegas.⁷⁸

76 PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 173, 174.

77 LEITER, Brian. Realismo jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, p. 249.

78 NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 35, p. 732.

VI. A manera de conclusión: las consecuencias de la decisión judicial y el análisis económico del derecho

Actualmente, en vista del dinamismo espacial y valorativo del derecho, las decisiones judiciales se basan en parámetros establecidos literalmente en el conjunto normativo creado por el legislador. Este análisis, sin embargo, con frecuencia, facilita la toma de decisiones basadas en el conjunto de valores personales del juez, sin medir el impacto y las consecuencias de sus decisiones frente a las partes y a toda la sociedad.⁷⁹

En tal sentido, si bien el método deductivo mantenido durante años, se demostró insuficiente debido a la natural abertura y complejidad del sistema, similar rumbo tomó el método argumentativo, debido al alto nivel de incertidumbre de las decisiones judiciales que presenta.

El análisis consecuencialista, a pesar de su poca utilización,⁸⁰ permite prever dentro de lo posible, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que una decisión judicial producirá en el futuro a la sociedad en general, donde los efectos se podrán percibir tanto inmediata como mediatamente.

Este tipo de análisis tendría una clara función de control respecto al impacto económico y social derivada de alguna decisión. A ello se puede arribar utilizando instrumentos analíticos de las ciencias económicas, específicamente examinando algunos fundamentos del análisis económico del derecho, los cuales servirían como instrumentos

79 VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consecuencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. V. III, p. 134.

80 Como explica Atienza: “Establecer cuáles son las consecuencias de una decisión (...) no es solo algo extraordinariamente difícil, sino que, en general, no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones judiciales, con la excepción de algunas áreas del Derecho (por ejemplo, el Derecho fiscal), donde es frecuente que se tengan en cuenta las decisiones judiciales – o administrativas – para actuar de una u otra forma en el futuro”. (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, p. 194)

teóricos muy útiles para analizar las consecuencias de las decisiones judiciales.⁸¹

El análisis económico del derecho, al ser un movimiento bastante vinculado al consecuencialismo, busca que las reglas que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, sean aplicadas y modificadas teniendo en consideración sus efectos en el mundo real; no siendo suficiente, el estar amparados en juicios de valor sin fundamentación empírica,⁸² siendo esta una importante cualidad compartida con el realismo jurídico norteamericano.

81 Al respecto ver: VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FA-CHIN, Luiz Edson y TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Dialogos sobre direito civil*. V. III, p. 142.

82 GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 18.

VII. Referencias bibliográficas

ARJONA, César. Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 26. Alicante: Universidad de Alicante, p. 387-415, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Lima: Palestra, 2006

BITTAR, Eduardo C.B. y ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Santa Fe de Bogota: TEMIS, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito* 3 ed. SP: Martin fontes, 2010.

CAMPOS ZAMORA, Francisco. Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico. In: *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 122, mayo/agosto 2010, p. 193-219.

CARRINO, Agostino. Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los “critical legal studies”. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 12. Alicante: Universidad de Alicante, p. 115-153, 1992.

COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo. La economía, el derecho y sus consecuencias. In: COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo (Directores). *Introducción al análisis económico del derecho*. Asunción: Thomson Reuters, 2018.

CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.* Lima: Palestra, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca das dicotomias, ideologia e pureza no Direito dos USA. In: *Revista Direito & Justiça*, 2005, v. 31. Nº 2, p. 155-190.

GICO, Jr. Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 17-26.

HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 25. Alicante: Universidad de Alicante, p. 503-531, 2002

HART, Herbert. *Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia*. São Paulo: Elseiver, 2010.

HERNÁNDEZ, José López. El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*. España: 2002, p. 267-298. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/257666.pdf. Acceso en: 18/11/2014.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *La senda del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 241-276

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Ciencia jurídica realista: Modelos y justificación. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 35. Alicante: Universidad de Alicante, p. 717-747, 2012.

PÉREZ LLEDO, Juan Antonio. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima: Palestra Editores, 2008.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Granada: Comares, 2004

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elseiver, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, Nº 2, março 2008, p. 5-58.

SOLAR CAYON, José Ignacio. Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, Nº 2. Madrid: Universidad Carlos 3, marzo/agosto 2012, p. 176-226

SUMMERS, Robert S. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use*. Cornell Law Review, 861, 1981.

VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Dialogos sobre direito civil*. V. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 133-151.

Constructivismo, justicia y derecho

Ricardo Marquisio Aguirre⁸³

1. El problema de la normatividad del derecho

Una parte importante de los debates de la filosofía contemporánea gira en torno al problema de la *normatividad* que engloba las razones para la acción, la creencia y, en general, todas las actitudes que pueden ser reconocidas a partir del reclamo de razones⁸⁴. Consideramos típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas. La propia idea de racionalidad implica esta habilidad que permite a los agentes, de forma reflexiva o deliberativa, reconocer que determinados hechos constituyen razones para ciertas cosas⁸⁵.

La normatividad es el ajuste de las conductas o creencias a un cierto ámbito de razones a que se hace referencia cuando se habla de normas. Como resume Wedgwood (2018), hay tres sentidos principales en que los filósofos usan la palabra *norma*: modelo o estándar para el pensamiento o la conducta; regularidad en el comportamiento de la (aproximada) unanimidad de miembros de un grupo o población; principio general acerca de cómo las personas, en tanto seres racionales

83 Profesor Agregado de Filosofía y Teoría General del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de la República (FDER-UDELAR). Montevideo, Uruguay.

84 Es muy arduo establecer un concepto de *razón* pues se trata de uno de los términos básicos a que puede reducirse la actividad de pensar: una razón para creer, desear o hacer algo es un hecho que cuenta en algún sentido a favor de ese algo. La circularidad parece imposible de evadir si no tomamos la razón como una idea primitiva: si preguntamos cómo algo puede contar a favor de otra cosa, la única respuesta disponible parece ser “porque es una razón para ello”. Es por ello que puede decirse de las razones que, en general, tienen peso relativo unas respecto de otras y que algunas desplazan por completo a las restantes competidoras, aunque hay situaciones donde no es posible determinar razones concluyentes para adoptar o no una creencia o un curso de acción (Scanlon, 1998; Parfit, 2011).

85 Lo que no quiere decir que ese reconocimiento involucre siempre reflexión actual, puesto que en muchos casos se basa en la experiencia, realizándose de forma mecánica o inconsciente, pero de modo tal que presupone la reflexión pasada y la disponibilidad de mecanismos racionales de control y corrección de las identificaciones erróneas (Raz, 2011).

les, deberían actuar o pensar. Los dos primeros sentidos dan cuenta de lo que se denomina *normatividad formal* y refieren a un vasto número de prácticas humanas tales como instituciones sociales, juegos basados en reglas, estándares de etiqueta, pautas de corrección de estilo, etc. La normatividad formal proporciona criterios de valor o acción solo en el marco de los requerimientos de la práctica de que se trate. Por ejemplo, si quiero jugar al fútbol debo tomar al reglamento del fútbol como estándar de corrección para mis acciones en el contexto del juego (por ejemplo, para no intentar convertir un gol con la mano) pues dispongo de razones para ello (quiero jugar) y, por ende, actuar de acuerdo con sus reglas. Pero nada garantiza que deba obedecer las reglas del fútbol *consideradas todas las circunstancias* (por ejemplo, si tengo razones morales o prudenciales para no hacerlo). Al tercer sentido de normatividad se le llama robusta y supone la existencia de criterios de acción que se aplicarían a todos los seres humanos en tanto seres racionales o agentes morales autónomos.

Los dos primeros sentidos parecen innegables, en tanto las acciones humanas resultan imposibles de comprender si no presuponen estándares de corrección que remiten a sistemas normativos. No podemos pensar en juegos sin reglas, razonamientos sin pautas de corrección o instituciones sin deberes atribuidos a sus miembros y que estos cumplan con regularidad. Necesitamos, en sentido instrumental, de la normatividad formal cualesquiera sean nuestros fines, intereses y ambiciones. Por eso el escepticismo normativo, esto es, la idea de que nada puede contar como una genuina razón para nadie, es una idea muy difícil de defender y hasta de entender.

El tercer sentido, en cambio, es más complejo pues requiere pensar en un sistema normativo no contingente u opcional, que sea aplicable a todos los seres dotados de racionalidad. Puede decirse que, como mínimo, los seres racionales están vinculados por las reglas de la racionalidad epistémica que obligan, por ejemplo, a tener en cuenta los hechos relevantes y las reglas de inferencia para arribar a la conclusión correcta sobre alguna cuestión. Pero incluso en este punto surge la pregunta abierta: ¿debo ser racional?

En el ámbito de la moral se advierte una dificultad adicional porque los estándares de corrección que verifican nuestros juicios tienen (al menos en una aproximación superficial) una existencia muy diferente a la de los hechos naturales, si es que tienen alguna, lo que ha dado lugar a un prolongado debate sobre la objetividad moral, con posturas que van desde el realismo robusto hasta el escepticismo radical⁸⁶.

Sin embargo, cualquiera sea la respuesta que se dé al problema de la *verdad moral*, el caso es que el *discurso moral* hace referencia a un sistema normativo aplicable a todos los individuos racionales, aquellos capaces de reconocer cierto tipo de razones y obrar de acuerdo con ellas. La moral pretende un tipo de normatividad necesaria, robusta o autoritativa, la cual, si sus pretensiones son justificadas, prevalece sobre los restantes sistemas de normativos contingentes que se aplican a algunas personas en función de sus particulares intereses, vínculos de pertenencia, roles, etc. Las reglas del fútbol se me aplican solo si quiero jugar al fútbol, el manual de buenas prácticas de una organización rige mi conducta si elegí pertenecer a ella. En cambio, las exigencias de la moral se aplicarían a cualquiera por el solo hecho de estar dotado de la capacidad de reconocerlas, sin que esté a su alcance evitar que constituyan estándares relevantes para juzgar su conducta.

El derecho puede considerarse, sin hesitaciones, como un sistema normativo formal en tanto posee una distintiva deontología institucional. Un sistema jurídico está compuesto por hechos institucionales de significación deontológica, esto es, productores de deberes. Una institución es una entidad a la cual se le atribuyen poderes deónticos y que tiene una específica deontología implicada por su descripción. Las instituciones se constituyen en base al uso de un lenguaje que crea realidades al representarlas como existentes. Lo hacen a través de reglas constitutivas (del tipo X cuenta como Y en el contexto C) que son declaraciones acerca de las condiciones bajo las cuales ciertos hechos institucionales serán creados. Estas declaraciones permiten estable-

⁸⁶ Para un resumen de las principales posturas en este debate, ver McPherson y Plunkett, 2018.

cer una compleja ontología de entidades que van desde una confederación de estados a un club social. Para crear y mantener una realidad institucional se requiere una intencionalidad colectiva, una asignación social de funciones de status y un lenguaje suficientemente rico como para formular declaraciones que atribuyan las funciones de status a través de reglas constitutivas (Searle, 2010).

El reconocimiento de un sistema jurídico, implícito en la postura de quien formula algún reclamo fundado en sus normas, supone aceptar como constitutivas ciertas declaraciones que atribuyen a algunas personas (autoridades) la posibilidad de crear (bajo determinadas condiciones) deberes que cuentan como razones para la acción. Siguiendo el análisis de Searle puede afirmarse que la ontología última del derecho se reduce a estas declaraciones, que, en una práctica dinámica de reconocimiento colectivo y actualización colaborativa, permite el cumplimiento de fines sociales muy amplios.

Ahora bien. Si aceptamos la posibilidad de una normatividad robusta, lo que supone sostener alguna forma de objetividad moral,⁸⁷ surge el problema de si el derecho puede poseer esa clase de normatividad. ¿Puede la obligación jurídica, por el hecho de ser tal, ser autoritativa considerando todas las circunstancias?

2. Del positivismo jurídico al paradigma de la metanormatividad

A lo largo de la historia se han contrapuesto dos grandes modelos de teoría jurídica: el positivismo y el iusnaturalismo. En esa dicotomía, cuyos términos pueden rastrearse hasta los sofistas y Platón,

⁸⁷ Existen distintas teorías metaéticas que afirman la idea de una moral objetiva. El realismo (en sus distintas variantes) es la más antigua pero también el constructivismo (en algunas de sus versiones) también sostiene que hay verdades morales. La teoría (anti) metaética de Dworkin (2011) es otra variante de objetivismo moral. La idea de normatividad robusta es compatible con la afirmación de distintos grados de objetividad moral (validez para todos los seres racionales o solo para algunos; reducción o no a hechos; construcción o descubrimiento de las razones morales) pero resulta incompatible con el escepticismo pues si ningún enunciado que afirme obligaciones morales es verdadero, entonces no tiene sentido hablar de (genuinas) obligaciones morales.

cada tradición ha representado una visión unificada sobre la naturaleza, la validez y la normatividad del derecho. El positivismo, asociado a las tesis del derecho como mero artefacto social, de la validez como forma o procedimiento de creación de reglas y de la normatividad jurídica como conceptualmente independiente de la obligatoriedad moral. El iusnaturalismo, vinculado a las tesis de las razones para la acción como rasgo esencial del fenómeno jurídico, la imposibilidad de separar por completo la validez jurídica del razonamiento moral y la introducción necesaria de consideraciones de moral y justicia a la hora de determinar la normatividad jurídica. (Marquisio, 2019).

Para la tradición iusnaturalista, el problema de la normatividad jurídica se entiende ligado al realismo moral en tanto sus defensores afirman, como supuesto constitutivo de la razón práctica, la existencia, pese a la variedad de opiniones y prácticas sociales, de estándares de conducta verdaderos y válidos para todos los seres humanos. Más allá de sus diferencias (principalmente en la relevancia que conceden al escepticismo a la hora explicitar los requerimientos de una moral objetiva), tanto la doctrina clásica del derecho natural como la moderna (aunque la primera es más clara en ese punto), encuentran su punto focal de discrepancia con el positivismo en el problema de la normatividad del derecho y no en la posibilidad de su identificación (donde incluso se llega a aceptar la verdad del positivismo). Lo fundamental es que el derecho, como guía de la conducta, tiene una doble condición inherente: normas autoritativas que provienen de decisiones pasadas de las autoridades de la comunidad organizada; razones destinadas a la deliberación práctica de los agentes humanos que pretenden actuar (justamente) de acuerdo con el derecho. Cuando las reglas de las fuentes sociales son moralmente defectuosas (al menos a partir de cierto grado) los estándares de la ley natural, objetivamente verdaderos deben aplicarse para corregirlas o, eventualmente, dejarlas de lado. La ley positiva es normativa en cuanto cumple un fin moral – de acuerdo con principios verdaderos independientes de las opiniones particulares – y deja de serlo cuando sus defectos graves le impiden cumplir tal finalidad (Finnis, 2011).

Como teoría jurídica, el positivismo en todas sus variantes⁸⁸ planteó que la descripción apropiada del derecho constituye una tarea valiosa y posible, asumiendo la necesidad de separar de manera estricta los juicios sobre el contenido de la ley actual de aquellos vinculados a los modos en que esta debería conservarse o ser modificada. A menudo ese supuesto metodológico ha estado acompañado de una metaética escéptica o relativista, o de la evitación del problema de la objetividad moral⁸⁹.

Lo que unifica las diversas visiones de los positivistas contemporáneos es considerar al derecho como *fundamentalmente* social en su naturaleza, un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no algún tipo de mérito moral.

Esta tesis es, por sí misma, *normativamente inerte*, es decir, refiere en exclusiva a las condiciones formales de validez jurídica y no provee ninguna guía sobre lo que alguien debería hacer en algún contexto determinado. La existencia del derecho socialmente identificado no determina (sin premisas adicionales sobre las bondades de cierto orden o de algún estándar en particular), desde un punto de vista normativo robusto, lo que deben hacer sus destinatarios (Gardner, 2001).

La ambición del positivismo contemporáneo es, entonces, deliberadamente mínima. Si tomamos a los dos problemas fundamentales de la teoría jurídica, la naturaleza y la normatividad del derecho, encontramos que el positivismo solo plantea respuestas parciales con relación al primero y no tiene nada que decir – *qua* positivismo – con relación al segundo. El positivismo jurídico no puede entenderse actualmente como una teoría completa sobre el derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista⁹⁰. La tesis social no rechaza-

88 Entre los más relevantes: Austin (1995), Kelsen (2011) y Hart (2012).

89 Sobre este punto es ilustrativo el análisis que se encuentra en Bulygin, 2004.

90 Es verdad que hay autores que continúan utilizando el término *positivismo* para hacer referencia a tesis que van mucho más allá de esa mínima ambición. Por ello, Raz –en su polémica con Alexy sobre el argumento de la extrema injusticia– concluye

da por ninguna concepción relevante del derecho⁹¹, por lo que puede decirse que el positivismo jurídico se ha impuesto universalmente al costo de tornarse trivial.

En los últimos años, se ha producido un significativo giro en la aproximación teórica al problema la normatividad del derecho. Con la cuestión de cómo caracterizar y justificar la posibilidad de una normatividad robusta o autoritativa en el centro del debate de la filosofía moral, se plantea la pregunta sobre la función del derecho en la agencia moral autónoma. Desde la teoría del derecho, los desarrollos de Raz (1975), Dworkin (2011) y Finnis (2011) se habían ocupado de la dimensión normativa del fenómeno jurídico bajo el supuesto de la unidad fundamental del razonamiento práctico, llevando la discusión sobre la relación entre el derecho y la moral a un punto que, a todas luces, excedía la tradicional contraposición *positivismo/iusnaturalismo*.

Lo distintivo de lo que podría denominarse *giro metanormativo* es el abordaje de la normatividad como una reflexión conjunta entre metaética y teoría general del derecho a partir de la constatación de las profundas conexiones entre los objetos propios de cada una de estas disciplinas (Plunkett, Shapiro y Toh, 2019).

Concebir a la teoría general del derecho como una disciplina metanormativa supone atribuirle propósitos similares a los de la metaética. El objeto de esta última es dar cuenta de cómo el pensamiento y el discurso moral, y aquello (si es que hay algo) a que refiere ese discurso, forman parte de la realidad (la totalidad de lo que es del caso). El propósito de la indagación metanormativa será entonces explicar el dominio completo del pensamiento normativo (ética, moral, derecho, entre otras disciplinas) y cómo ese dominio forma parte de la realidad. Una de los objetivos de esa indagación es dar cuenta de la normatividad robusta (razones genuinas para la acción, estándares no opciona-

en la conveniencia de dejar de lado la etiqueta *positivismo* por los malentendidos que genera en la discusión sobre las pretensiones normativas del derecho (Raz, 2007).

91 Tanto los iusnaturalistas (Finnis, 2011) como los antipositivistas (Dworkin, 2011) más relevantes aceptan algún tipo de versión de la tesis social y sus discrepancias con el positivismo se sitúan fundamentalmente en el plano de la metaética y la filosofía política, y no en la aceptación de un concepto de derecho como realidad institucionalmente construida.

les de valoración). El derecho, como se dijo, es normativo en el sentido débil o formal. Sin embargo, por el modo en que expresa sus demandas, parece que pretende ser autoritativo de modo robusto, es decir, exigir a sus destinatarios acciones o evaluaciones obligatorias considerando todas las circunstancias. Aclarar el sentido de esa pretensión, así como dilucidar si resulta verdadera implica el ingreso de la teoría jurídica en el proyecto metanormativo (Plunkett y Shapiro, 2017).

Mi propósito es presentar las bases de una justificación constructivista sobre la función normativa del derecho. A diferencia del positivismo clásico, un enfoque constructivista presupone la objetividad moral, pero, en contraposición con el iusnaturalismo, no se compromete con una metaética realista. El primer paso será presentar un marco teórico, basado en las teorías constructivistas de Korsgaard (kantiana) y Street (humeana) para luego argumentar sobre la necesidad moral del punto de vista jurídico y, finalmente, mostrar cómo la justicia puede concebirse como una especie de identidad práctica al servicio de la agencia moral autónoma.

3. Constructivismo práctico

Plantear las condiciones bajo las cuales el derecho puede cumplir una función al servicio de una normatividad robusta un marco teórico objetivista. El constructivismo constituye una visión sobre la normatividad, que defiende la posibilidad de verdad práctica y moral entendidos como no independientes de las posturas de los agentes prácticos y morales. A las preguntas *qué es el valor* y *cómo ingresa el valor al mundo*, el constructivismo responde que el valor es algo que confieren al mundo las criaturas que valoran y, por tanto, ingresa y desaparece junto con ellas (Street, 2012). La verdades normativas están determinadas por un proceso idealizado de deliberación, acuerdo o elección racional (Bagnoli, 2011) o, siguiendo a Street – que considera inadecuada la caracterización procedimental- como la postura según la cual la verdad de una afirmación normativa consiste en que sea implicada (lógica o instrumentalmente) desde el punto de vista

práctico – que incluye los valores, deseos, planes, intenciones y, en general, todos los juicios evaluativos que pueda realizar un agente – que proporciona la totalidad del material para la *construcción normativa* (Street, 2010) .

Existen múltiples versiones del constructivismo práctico pero el núcleo común a todas ellas es la idea de que los valores y normas morales no se descubren o revelan, sino que son contruidos por agentes humanos y para propósitos específicos. La idea de *construcción* es una metáfora –como también lo es la contraparte realista *descubrimiento*– que sugiere dos puntos esenciales. Por un lado, no hay verdades morales *allí afuera*, esperando por ser alcanzadas, independientes de nuestro punto de vista o set motivacional como agentes prácticos. Por otro lado, como una forma particular de creación, la construcción es un proceso que no resulta arbitrario o carente de límites (Bagnoli, 2013).

El uso del término *constructivismo* es reciente en la filosofía práctica, y una de las primeras propuestas que se autodenomina así es la desarrollada por Rawls (1980) cuando ofrece una interpretación de Kant según la cual, los estándares de objetividad que apelan a verdades metafísicas o a un orden de valores independiente de la mente humana, son inadecuados para el abordaje de las cuestiones prácticas. A partir de ese supuesto, Rawls interpreta su propia propuesta de justicia como una versión política del constructivismo, donde desde un procedimiento idealizado -la posición original- se justifican los principios de justicia que aceptarían, bajo adecuadas condiciones de reflexión, las personas que suscriben ciertos juicios normativos implícitos en la cultura pública de una sociedad liberal y democrática (que incluyen entre otros, la libertad e igualdad de las personas y la irrelevancia desde el punto de vista moral de ciertas características individuales)⁹².

92 Aunque en *A theory of Justice* no se utiliza la palabra *constructivism*, los rasgos fundamentales del método ya se encuentran. Justificando a favor de su propuesta de justicia como imparcialidad, Rawls crítica a las concepciones rivales intuicionistas – según las cuales existen una pluralidad irreductible de primeros principios de acción que los agentes pueden descubrir pero que no ofrecen un criterio decisivo de justificación de acciones e instituciones – como no genuinamente prácticas, lo que equivale a decir “no constructivas”, por cuanto, una vez que arribamos a esa pluralidad de principios

Existen múltiples versiones del constructivismo ético y metaético, pero aquí voy a tomar un marco teórico de *constructivismo práctico moral* que incluye elementos de las teorías de Korsgaard (kantiana) y de Street (humeana).

Para Korsgaard, la existencia de estándares objetivos en la moral puede explicarse a partir de lo que denomina *realismo procedimental*, por oposición al *realismo sustantivo*, que afirma que hay respuestas correctas a las cuestiones morales porque existen *hechos morales*. El realismo sustantivo, que transforma a la ética en una disciplina cognoscitiva (el conocimiento de una parte del mundo constituida por hechos morales), no puede dar cuenta de la autoridad práctica inherente de la moral. En contraste, el rasgo definitorio del constructivismo es, para Korsgaard, que la cuestión normativa surge únicamente ante la necesidad de la acción. En tanto agentes prácticos, tenemos la necesidad de actuar y, también desde esa condición, necesitamos saber cómo y por qué debemos hacerlo. Nuestras múltiples disposiciones nos dan motivos e impulsos para actuar, pero ellos deben someterse a un test (que no es cognoscitivo ni teórico), antes de que podamos considerarlos razones para la acción, lo que Korsgaard denomina apoyo *reflexivo*. Una razón puede considerarse un éxito reflexivo: si mi deseo constituye una razón para actuar es porque decidí, reflexivamente, apoyar ese deseo. El rasgo fundamental de la mente autoconsciente es, por tanto, una estructura reflexiva que nos obliga a tener una concepción de nosotros y a constituirnos en algo que está por encima de nuestros propios deseos. Korsgaard ofrece una interpretación de la idea kantiana del valor de la humanidad (que resume las exigencias categóricas de la moral), como derivada de la propia actitud de valorar: quien valora algo está comprometido, al mismo tiempo, a valorar la humanidad que hay en él. La implicación entre el punto de vista práctico formal y los valores sustanciales, se origina en que, si aceptamos que la reflexividad es constitutiva de la agencia práctica, la posibilidad de que nos

no existe un procedimiento de “orden más alto” (método o regla de prioridad) para “construir” criterios que permitan resolver disputas sobre la justicia (Rawls, 1971; ver O’Neill, 2003: 320).

distanciamos de nuestros deseos o impulsos, y de que podamos disponer de razones para hacer alguna cosa antes que otra, depende de que tengamos alguna concepción de nuestra identidad práctica. Mientras que muchas de las autoconcepciones que nos gobiernan resultan contingentes, lo que no es contingente es que uno deba ser gobernando por alguna concepción de la identidad práctica. La razón para ello, sostiene Korsgaard, deriva de la propia humanidad, de la simple identidad de alguien como ser humano: un animal reflexivo que necesita razones para actuar y vivir. Para Korsgaard, el reconocimiento de la propia identidad moral es la condición de la adopción de cualquier otra identidad práctica. Rechazar la propia identidad moral, implica desprenderse de la normatividad y la razón práctica. Y este reconocimiento tiene una consecuencia sustantiva fundamental: de la propia actitud de valorar se deriva el rechazo de ciertas identidades prácticas, por ejemplo, la de un mafioso o asesino, porque resultan incompatibles con el valor de la humanidad (Korsgaard, 1996).

Lo distintivo del *constructivismo humeano* de Street frente al kantiano de Korsgaard, es que niega que haya conclusiones morales sustantivas implicadas desde el punto de vista del juicio normativo caracterizado como la mera actitud de valorar (el punto de vista de cualquier criatura que valora), en tanto el contenido sustantivo de las razones de un agente es una función de su particular y contingente punto de vista de partida evaluativo. En esta visión, la *razón pura práctica* no compromete con valores sustantivos específicos. La sustancia debe, en última instancia, ser aportada por un particular conjunto de valores, con los cuales uno se encuentra existiendo como un agente. Si alguien ingresara al mundo con un set de valores radicalmente diferente a los que tiene entonces sus razones normativas también serían diferentes (Street, 2010).

Aunque Street denomina a su versión del constructivismo *humeano*, se trata de una propuesta que se apoya tanto en Kant como en Hume. Del primero, toma las ideas de que la agencia práctica requiere darse la ley a uno mismo, la constitución de un punto de vista práctico, el énfasis en la actitud de valorar, opuesta a la de mero desear, como

la clave para la comprensión del fenómeno de la normatividad, y la posibilidad de verdad o falsedad en el dominio normativo. De Hume, viene el escepticismo acerca de la viabilidad de la pura razón práctica para decirnos cómo debemos vivir y la necesidad de mirar a los estados mentales pasionales contingentes, como la fuente del contenido sustantivo de nuestras razones (Street 2012).

4. Un argumento constructivista sobre la necesidad del punto de vista jurídico

La construcción del punto de vista jurídico requiere hacer explícita una concepción de la autonomía moral para luego establecer de qué modo las instituciones y procedimientos del sistema normativo formal que es el derecho pueden cumplir una función para guiar las acciones de agentes autónomos. De esa manera tendremos una especie de mapa de los compromisos normativos de un cierto punto de vista (idealizado) que incluye distintos roles como ciudadano o gobernante, uno de los cuales – el de juez – resulta paradigmático para la teoría del derecho.

La atribución a los seres humanos de la condición de agentes morales autónomos es esencial para la propia inteligibilidad de un vasto número de prácticas sociales. Considerarnos unos a otros agentes autónomos es relevante para ser destinatarios de evaluaciones morales en las relaciones interpersonales, en tanto las expectativas recíprocas constitutivas de vínculos tales como los filiales, de pareja o amistad presuponen esa condición. También resulta una condición de las instituciones sociales que reconocemos como fundamentales, tanto políticas (la democracia implica que los ciudadanos, precisamente por estar dotados de autonomía moral, tienen derecho a decidir cuestiones que afectan las vidas de sí mismos y de otros) como jurídicas (el ideal del *rule of law* tiene entre sus componentes fundamentales la necesidad de que las normas puedan justificarse para destinatarios considerados como seres racionales y dotados de la capacidad de determinarse moralmente).

El ideal de autonomía moral es complejo en tanto involucra múltiples dimensiones. Por un lado, la idea de autenticidad (ser el propio yo), esto es, la capacidad de determinarse exclusivamente por influencias internas. Por otro, la necesidad de adoptar principios de acción objetivamente fundados que guíen el comportamiento futuro. La noción de agente autónomo no puede dejar de vincularse con la de agente responsable, que a su vez es uno de los sentidos básicos (aunque no el único) en que se es persona, es decir, miembro de la comunidad moral. Si, como afirma Korsgaard, la agencia moral es una especie de identidad práctica, puede decirse que el modo en que se desenvuelve esa identidad depende de las opciones que pueda tomar el agente, que condicionan el conjunto de responsabilidades que pueda asumir. La conexión entre la autonomía moral y un cierto conjunto de acciones disponibles, es decir, un ámbito de responsabilidades aparece, intuitivamente, como necesaria.

Cuando consideramos a alguien como destinatario de una norma moral o jurídica, la atribución de la condición de autonomía moral es un presupuesto de dicho juicio. La condición de agencia moral autónoma es, desde la óptica constructivista, una forma de *autoconstitución*: el punto de vista de alguien que, en primera persona, se pregunta qué debe hacer y, para decidir cómo actuar, realiza juicios evaluativos en función de las razones que se le aplican y el ámbito de responsabilidad que reconoce como propio. La disposición a autoconstituirse en agente moral implica: a) la capacidad de identificar razones morales y motivarse a actuar por ellas, sacrificando (hasta cierto punto) el autointerés por intereses de otros que juzga más relevantes; b) la capacidad de dar respuesta a expectativas sociales compartidas el agente reconoce por considerarse parte comprometida de diferentes vínculos con otros; c) adoptar como finalidad en cada acción –además de las metas contingentes del caso– la conservación de la propia autonomía (Marquisio, 2017a).

La posibilidad de que alguien adopte el *punto de vista jurídico* depende de que puedan identificarse razones proveídas por las instituciones que sirvan a una cierta necesidad de la agencia moral. Mi argu-

mento es que esa necesidad se concluye a partir de una comprensión de los rasgos conceptuales de las razones morales, de un entendimiento de la autonomía moral como responsabilidad por un conjunto de acciones disponibles al agente y del hecho de que la autonomía moral se ejerce inevitablemente en contextos sociales. En lo que sigue presento un brevísimo resumen del argumento⁹³.

En gran medida, la autonomía moral se ejercita en contextos sociales. La necesidad de identificar razones categóricas para la acción se presenta para los agentes en contextos donde cada uno tiene diferentes juicios sobre lo que constituye los criterios correctos de acción común en función del conjunto de intereses relevantes. La constitución de la autonomía involucra la necesidad de decidir sobre las cosas que importan – en sentido moral – teniendo en cuenta que el propio juicio puede ser conflictivo con el juicio de los demás, que también tienen su visión de las cosas que importan. Las deliberaciones y acciones de los agentes morales tienen sentido dentro del mundo social que habitan en común. Sobre los modos en que ese mundo podría ser configurado existen (real o potencialmente) desacuerdos fundamentales imposibles de erradicar. La necesidad de un marco institucional para que cada uno ejercite su responsabilidad moral, considerando los intereses de todos los demás, es la consecuencia el reconocimiento de que los individuos de una sociedad están inexorablemente ligados unos con otros.

Los rasgos de la autonomía moral, desde una caracterización constructivista de ésta, conjuntamente con el hecho de que la autonomía se ejerce en contextos sociales, permiten identificar obligaciones colectivas en los agentes prácticos que comparten la disposición normativa fundamental a constituirse en agentes morales. Se trata de obligaciones colectivas porque suponen la necesidad para los individuos que las identifican de actuar en forma conjunta, a partir de la finalidad de cumplir con ciertas motivaciones para actuar en el mundo (razones) y en función de ciertas representaciones acerca de cómo este es (creencias).

93 Para el argumento in extenso ver Marquisio, 2017b.

Las obligaciones colectivas implican la necesidad de asumir una agencia grupal pues se requiere que los individuos se relacionen unos con otros de una manera más o menos coordinada, cumpliendo roles similares o diferentes y bajo determinados arreglos. Entre las obligaciones que identifican los agentes morales y que los llevan a la necesidad de pensarse como *un grupo* que tiene que resolver conjuntamente problemas colectivos figuran: (i) adoptar decisiones sobre el mundo social común que tengan impacto en éste, alterando o conservando sus propiedades colectivas; (ii) incorporar en forma permanente información para que esas decisiones sean, en cada caso, realizadas sobre la base de las mejores razones disponibles, que incluyen una justa consideración de los intereses relevantes⁹⁴; (iii) establecer mecanismos para preservar la posibilidad de continuar decidiendo en el futuro (autonomía moral diacrónica).

La identificación de las obligaciones colectivas mencionadas da lugar a que los agentes morales deban reconocerse a sí mismos como integrando un grupo ideal al que puede denominarse *contexto de autonomía moral colectiva*. Se trata de un grupo ideal pero que tiene que ser pensado como necesario, en tanto los agentes que han identificado su ámbito de responsabilidad (que excede los límites del propio accionar individual porque se desarrolla en ámbitos sociales y los límites de la información actualmente disponible porque requiere la continua ampliación de esa información) están obligados a formar parte de él.

Concebir al conjunto de los agentes autónomos de una sociedad como un grupo ideal, unificado por una responsabilidad común que deriva en obligaciones colectivas es sostener la necesidad de una agencia y autonomía colectiva. Esto no plantea problemas ontológicos especiales para una caracterización constructivista de la agencia moral en tanto esta concibe a la agencia como un proceso de constitución normativa y no causal. Sí cada persona se constituye como agente autónomo reconociendo un ámbito de responsabilidad específico y el

94 A mi juicio hay una conexión fundamental entre la necesidad moral del punto de vista jurídico entendido como ejercicio de agencia y autonomía colectiva, y la democracia, entendida como la decisión colectiva bajo condiciones estrictas de igualdad política (Ver Marquisio, 2014 y 2016).

compromiso de actuar por razones morales, este modelo se aplica a las obligaciones que puede cumplir por su propia cuenta (como, por ejemplo, los deberes de no dañar a otros, de cuidar a los hijos o de auxiliar a alguien que necesita ayuda directa) como a aquellas que solo puede cumplir actuando junto con otros (establecer modos institucionales justos de decisión sobre el mundo social, creando y aplicando reglas para decidir conflictos morales).

El sustrato de la obligación de cumplimiento de las reglas jurídicas lo constituye una simetría fundamental entre el agente moral, que contribuye a constituir a su sociedad como grupo organizado que adopta decisiones orientadas a realizar el mundo social y el ciudadano que es el agente futuro a quien van destinadas esas regulaciones. El ciudadano que reconoce a las decisiones políticas como legítimas, porque las identifica como provenientes de un *nosotros necesario*, puede motivarse para cumplirlas, aun cuando no esté de acuerdo con ellas, si cree que esas decisiones: i) ha sido adoptadas considerando de manera justa los intereses relevantes; ii) con la incorporación y consideración de las mejores razones disponibles; iii) no han vulnerado intereses fundamentales⁹⁵; iv) pueden ser modificadas en el futuro porque la sociedad ha adoptado procedimientos que así lo hacen posible⁹⁶.

5. La justicia como identidad práctica

Un juez es alguien a quien la comunidad le ha conferido la función de resolver controversias morales, a través de reglas autoritativas, esto es prescripciones generales sobre cómo han de comportarse

⁹⁵ La prioridad de las libertades rawlsiana (Rawls, 1971) es una forma de asegurar esta condición.

⁹⁶ Todas las sociedades tienen instituciones destinadas a la creación, identificación y aplicación de reglas que determinan las propiedades colectivas del mundo social. Pero solo cuando se cumplen con ciertas condiciones (sustanciales y procedimentales) que se justifican desde la propia agencia moral autónoma puede atribuírseles la normatividad que exige el punto de vista jurídico. Esas condiciones son materia de debate entre las diferentes concepciones de justicia y, por supuesto, en tanto que hacen referencia a modelos ideales, tendrán solo realización (más o menos) aproximada en las sociedades reales.

los individuos en los casos que caen dentro de los términos predicados por las reglas (Alexander y Sherwin, 2008)⁹⁷.

El caso del juez es paradigmático del punto de vista jurídico en tanto adopta un compromiso expreso de llevar a cabo ciertas acciones de acuerdo con los criterios que las instituciones de una sociedad establecen bajo la forma de reglas. El ejercicio de función judicial es una forma de identidad práctica constituida por un sistema normativo formal: el derecho.

Una identidad práctica es una descripción bajo la cual cada uno se valora a sí mismo y encuentra sus acciones merecedoras de ser realizadas. Las personas tienen distintas identidades prácticas contingentes, que se originan en los roles que desempeñan y los grupos a los que pertenecen: madre o padre de familia, devoto de una religión, docente universitario, militante político, etc. Cada una de estas identidades prácticas gobierna un cierto ámbito de responsabilidades y elecciones, y constituye fuente de razones para la acción. Sin embargo, hay una identidad práctica que, una vez que se reconoce, resulta inescapable: la identidad moral⁹⁸. Los agentes autónomos se valoran a sí mismos bajo la descripción de valores no contingentes que se resumen en el ideal kantiano de humanidad. La idea de una identidad moral necesaria presupone la existencia de identidades locales contingentes que proveen la mayor parte de nuestras razones para la acción. Sin embargo, el conjunto de razones para la acción que un agente posee

97 El punto de vista del juez es obviamente el punto de vista moral si consideramos el tipo de razones que no puede invocar al justificar sus fallos. Que una sentencia se fundara en razones prudenciales –por ejemplo, que al juez le conviene fallar de cierta manera para evitar la crítica social o para tener mejores chances de ascender– causaría perplejidad y desaprobación tanto en los destinatarios de la sentencia como en la comunidad toda.

98 Aquí no es relevante el problema de la condición necesaria o contingente, para seres racionales, de la identidad moral que es el eje de la división entre los constructivistas kantianos y los humeanos. Para adoptar el punto de vista jurídico es necesario tener incorporado entre los compromisos normativos de la agencia, el ideal de autonomía moral. Eso no quiere decir que para los agentes reales sea claro y evidente cuáles son sus obligaciones morales concretas – esto requiere un constante esfuerzo reflexivo – pero sí que resulta una condición necesaria de la autonomía la disposición a constituirse como agente moral (actuando por razones morales) como compromiso normativo fundamental, que prevalece sobre las razones prudenciales y otras provenientes de sistemas normativos formales.

necesita ser validado, a través del *apoyo reflexivo*, por la identidad moral del agente (Korsgaard, 1996).

El caso ideal de punto de vista jurídico es aquel donde el juez encuentra, en las reglas que han establecido las fuentes sociales del derecho, criterios de decisión que pueden ser justificados desde su identidad moral. Esto no quiere decir que en todos los casos las reglas de las instituciones coincidan con sus propios criterios morales, sino que han sido adoptados en condiciones, sustanciales y procedimentales, cuya legitimidad no puede dejar de reconocer. Esto ocurrirá si la sociedad se acerca al contexto de condiciones de decisión que he denominado contexto de autonomía colectiva. Si esas condiciones no se cumplen, por defectos sustanciales o procedimentales habrá conflicto entre las identidades prácticas del juzgador y, en los casos extremos, el sistema normativo formal será inhábil para proveer al juez que reconoce sus compromisos morales fundamentales, criterios últimos de acción.

Solo las sociedades que satisfagan condiciones mínimas de justicia pueden aspirar a que sus jueces tengan razones normativas robustas para cumplir con sus leyes. El alcance de esas condiciones mínimas es, desde luego, discutible e interpretativo pues establecerlas requiere un complejo esfuerzo reflexivo de los compromisos fundamentales de la identidad moral, tanto individual como intersubjetivo. Identificar estas condiciones es una de las tareas de la agencia moral autónoma que está implicada por la propia irreductibilidad de la cuestión normativa, en tanto esta lleva a una compleja imbricación de la totalidad de nuestros juicios práctico normativos (éticos, morales, políticos y jurídicos) en una interminable búsqueda de coherencia⁹⁹.

⁹⁹ Sobre la continuidad entre el conjunto de nuestras posturas normativas y las implicancias que ella tiene para el tipo de objetividad que poseen los juicios prácticos ver Dworkin, 2011.

6. Conclusiones

El debate tradicional sobre la naturaleza y normatividad del derecho, eje divisorio entre positivistas y antipositivistas, se ha desplazado, desde el paradigma de la metanormatividad, a la caracterización de la función del derecho en el razonamiento práctico. Para las distintas variantes de escepticismo, en tanto no puede haber normatividad robusta, el derecho solo posee el tipo de normatividad formal que implica cualquier sistema de reglas que provee criterios de valoración a alguna práctica social. Si se sostiene una postura metaética objetivista sobre la moral, se tiene la carga de mostrar cómo el derecho puede proveer razones robustas para la acción.

A partir del argumento constructivista aquí presentado se responde que el sistema jurídico puede proporcionar a razones normativamente robustas siempre y cuando la sociedad, a través de sus instituciones, haya adoptado mecanismos de decisión sobre el mundo social que permiten considerarla un contexto de autonomía colectiva. En estos casos, la identidad práctica del juez puede, sin conflicto con su identidad moral, adoptar las reglas jurídicas como criterios de decisión de los conflictos que ha tomado la responsabilidad de resolver.

7. Referencias bibliográficas

Alexander, L. y Sherwin, E. (2008) *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press.

Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Cambridge University Press.

Bagnoli, C. (2011) “Constructivism in Metaethics”. *The Stanford Encyclopedia of*

Philosophy, Edward N. Zalta (ed.), URL =<<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/constructivism-metaethics/>>.

_____ (2013) “Introduction”. En Bagnoli, Carla (ed.), *Constructivism in*

Ethics. Cambridge (UK): Cambridge University Press, pp. 1-21.

Bulygin, E. (2004) “¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error?” *Doxa* 27, (2004), pp. 15-26.

Dworkin, R. (2011) *Justice For Hedgehogs*. Cambridge MA: Belknap Press.

Finnis, J. (2002) “Natural Law: The Classical Tradition”, en Coleman, Jules & Shapiro, S., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, pp. 1-60.

_____ (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2º ed.). New York: Oxford University Press.

Gardner, J. (2001) “Legal Positivism: 5½ Myths,” 46 *American Journal of Jurisprudence*, (2001), pp. 199-227.

Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3º ed.). New York: Oxford University Press.

Korsgaard, Christine M. (1996) *The Sources of Normativity*. New York: Cambridge University Press.

Kelsen, H. (2011), *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Colihue.

Marquisio, R. (2014) *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: FHCE.

_____ (2016) La idea de una autoridad democrática. *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, N° 40, pp. 177-207

_____ (2017a). “El ideal de autonomía moral”. *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, 43, pp. 55-92.

_____ (2017b) “El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico”. *UNA Revista de Derecho*. Universidad de los Andes. N° 2, 1-40. Disponible en <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>.

_____ (2019) “Argumentos positivistas en la era postpositivista”. *Revista de Derecho* (UCUDAL), N° 19, pp. 49-75.

McPherson, T y Plunkett, D. (2018) “The Nature and Explanatory Ambition in Metaethics”. En McPherson, T y Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*. New York: Routledge, pp. 1-25.

Parfit, Derek. (2011) *On What Matters*. New York: Oxford University Press.

Plunkett, D. y Shapiro, S. (2017). "Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry". *Ethics*, Vol. 124, N°4, pp. 37-68.

Plunkett, D., Shapiro S. y Toh. K. (2019). "Introduction". En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh. K. (eds.), *Dimensions of Normativity. New Essays in Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, xi-xiii.

Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

_____ (1980) "Kantian Constructivism in Moral Theory". *Journal of Philosophy*, 77, pp. 515-572.

Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press.

_____ (2007) "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing, pp. 17-36.

_____ (2011) *From Normativity to Responsibility*. New York: Oxford University Press.

Scanlon, T.M. (1998) *What We Owe to Each Other*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

Searle, J. (2010) *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. New York: Oxford University Press.

Street, S. (2010): "What is Constructivism in Ethics and Metaethics?". *Philosophy Compass* 5, pp. 363-384.

----- (2012): “Coming to Terms with Contingency: Humean Constructivism about Practical Reason”. En Lenman, J. y Shemmer, Y. (eds.) *Constructivism in Practical Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 40-59.

Wedgwood, R. (2019) “The Unity of Normativity” En Star. D. (ed.) *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*. New York: Oxford University Press, pp. 23-45.

Democracia deliberativa.

Un análisis de sus presupuestos filosóficos y sus aportes al Estado democrático de Derecho

Santiago Prono¹⁰⁰

1. Introducción

El presente trabajo se orienta fundamentalmente a la explicitación de los presupuestos filosóficos de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas, lo cual permite justificar su correspondiente planteo teórico. Además, se señalan también parte de los aportes que esta teoría política puede realizar para la legitimación de las prácticas políticas y la consolidación del sistema democrático. Para cumplir con estos objetivos, luego de una presentación general de la democracia deliberativa (1.) se explicitan los fundamentos sobre los que la misma se apoya (2.), los cuales estriban en una determinada concepción de la sociedad (2.1.) y del lenguaje (2.2.), lo cual permite explicitar su planteo teórico (3.). Como resultado de este abordaje conceptual de la teoría habermasiana, es posible, a su vez, explicitar y fundamentar también (una parte de) sus contribuciones al Estado democrático de derecho (4.). Las consideraciones finales solamente estriban en un breve resumen teórico que simplemente pretende mostrar los argumentos presentados en conexión con los resultados obtenidos (5.).

100 Doctor en Filosofía (Universidad de Buenos Aires), Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina), Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Lugar de trabajo: Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales del Litoral (CONICET – UNL), Santa Fe, Argentina.

2. Democracia deliberativa. Una presentación general

La idea de democracia implica, a la vez, un concepto descriptivo y normativo. Es descriptivo porque da cuenta del modo en que se toman las decisiones en un Estado democrático, por ejemplo, en el Parlamento donde se discute sobre determinadas cuestiones; pero también, y fundamentalmente, es normativo porque exige que las decisiones del gobierno sean el resultado de la participación, directa o indirecta, de la ciudadanía como uno de los criterios de su legitimación política. Ahora bien, el concepto habermasiano de la democracia deliberativa también implica deliberación, intercambio de opiniones antitéticas que, al menos en principio, tendrían que confrontarse en términos de argumentos para intentar llegar a la mejor decisión posible y lograr acuerdos racionalmente motivados. Este concepto de la política deliberativa adopta un carácter normativo y procedimental (pero también substantivo) cuyo principio básico es el principio del discurso, que establece que las decisiones políticas solamente son legítimas, y pueden ser reconocidas como tales, en la medida en que se adopten mediante un procedimiento democrático de deliberación llevado a cabo en términos del intercambio (público) de razones en busca de un consenso. Se trata, ante todo, de un modelo de toma de decisiones y de su correspondiente justificación (legitimación) intersubjetiva, que por principio se opone a toda pretensión de imponer determinadas posturas que se nieguen a exponer los fundamentos en los que se basa. De acuerdo con esto, y en relación con el punto de vista normativo, la democracia deliberativa no se limita a describir cómo es la realidad, o cómo se toman efectivamente las decisiones (aunque esto es algo que sin dudas tiene en cuenta), sino que en base a su carácter reconstructivo, que explicita los presupuestos del discurso argumentativo mediante el análisis de la dimensión pragmática del lenguaje, esta teoría política establece las presuposiciones normativas que se constituyen en criterio de posibilidad y validez de tales decisiones políticas adoptadas en contextos democráticos.

En este contexto, el planteo teórico de la democracia deliberativa de Habermas se apoya en una determinada concepción de la racionalidad y del lenguaje que respectivamente se expresa, en su teoría de la acción social, y en el sentido reconstitutivo que adopta su concepción de la pragmática universal del lenguaje. En lo que sigue se presenta un resumen de estas teorías que, veremos, en conjunto constituyen el trasfondo filosófico del concepto de la política deliberativa de este autor.

3. Teoría de la acción social y pragmática universal del lenguaje como (parte de los) fundamentos filosóficos de la política deliberativa

3.1. Racionalidad consenso-comunicativa y el carácter parasitario de la racionalidad estratégica

La *Teoría de la acción comunicativa* (Habermas, 1981) es una teoría de la acción social que centra su interés en el entendimiento comunicativo como procedimiento de coordinación de un tipo especial de interacción que no ha sido adecuadamente analizado por las teorías estándar de la sociología. De lo que se trata, es de clarificar el mecanismo en base al cual los actos de habla coordinan y regulan las interacciones sociales, lo cual a su vez implica un concepto amplio de racionalidad que se expresa de manera distinta en cada uno de los diferentes tipos de acciones.

Inspirado en lo que califica como la “versión no oficial de la teoría weberiana de la acción” (Habermas, 1987: 366 ss.), Habermas distingue entre una orientación para la acción estratégica, y una orientación para la acción que busca un entendimiento comunicativo con otros interlocutores. Una “acción estratégica” es una acción orientada al éxito que implica la observancia de reglas de elección racional tendientes a influir en las decisiones de un oponente, y por ello esta tiene lugar en el ámbito de las relaciones interhumanas del mundo social teniendo en cuenta los efectos previsibles de las decisiones propias

sobre las decisiones de quienes también participan en este tipo de interacción lingüística. Este tipo de acción domina tanto las operaciones económicas del mercado y la economía, en donde puede darse una complementariedad contingente de intereses, como así también (domina) las acciones políticas en cuanto sean concebidas y practicadas como mera lucha por el poder. Por su parte, una acción es “comunicativa” cuando los planes de acción que ella representa no dependen de un cálculo egocéntrico de utilidades, sino de la coordinación de actos de entendimiento. En otros términos, se trata de una relación comunicativa en el mundo social orientada al entendimiento intersubjetivo y a la formación de un consenso racionalmente motivado, considerado como válido por los/as interlocutores/as involucrados/as, que hace posible la coordinación no forzada de sus respectivos planes de acción:

Al definir la acción estratégica y la acción comunicativa como dos tipos de acción distintos, parto del supuesto de que las acciones concretas se pueden clasificar según estos dos puntos de vista. Cuando hablo de “estratégico” y de “comunicativo”, no solamente pretendo designar dos aspectos analíticos bajo los que *una misma* acción pudiera describirse como un proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, y como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de la vida, de otro. Sino que son las acciones sociales concretas las que pueden distinguirse según que los participantes adopten, o bien una actitud orientada al éxito, o bien una actitud orientada al entendimiento (Habermas, 1987: 367).

Por cierto que no toda acción comunicativa se orienta al *entendimiento*. En el nivel del análisis empírico-descriptivo de la sociología, el tipo de acción estratégica es el tipo de acción dominante en la sociedad moderna; incluso toda acción social en cierta medida se

puede explicar conforme a este modelo. Ahora bien, un análisis filosófico reconstructivo de las condiciones de posibilidad de la interacción humana demuestra sin embargo que este modelo explicativo es deficiente, y que la acción y el uso estratégicos del lenguaje son derivados y presuponen el uso comunicativo del lenguaje orientado al entendimiento. Así, los actos de habla sólo pueden servir al fin de ejercer una determinada influencia sobre el/a oyente, por ejemplo para satisfacer intereses subjetivos, si ocultan su verdadera intención y se muestran como orientados a lograr un entendimiento racional, no estratégico con el/a interlocutor/a: “si el oyente no entendiera lo que el hablante dice [o creyera que quiere engañarlo], este no podría servirse de actos comunicativos para inducirlo a que se comporte de la forma deseada” (Habermas, 1987: 388). Sobre esta base el filósofo distingue un acuerdo comunicativamente alcanzado respecto de uno meramente fáctico, en el sentido de un acuerdo, (, aquel,) que no es inducido o determinado por influencias externas, sino que es racionalmente aceptado. Ciertamente que hay acuerdos de hecho que son acuerdos forzados, pero esto no cuenta como un acuerdo genuino, el cual se basa en convicciones comunes¹⁰¹.

De este modo Habermas señala una prioridad conceptual del lenguaje orientado al entendimiento por sobre el uso puramente estratégico del mismo, en el que se pretende imponer las propias razones, persuadir con medios retóricos, o más simplemente engañar al/a oyente para privilegiar los propios intereses. Así, para el autor el empleo del lenguaje orientado al entendimiento es el *original modus* del mismo, respecto del cual el entendimiento indirecto, estratégico, representa un sentido parasitario o derivado, pues ya lo está presuponiendo y haciendo uso de él en sus propios fines de dominación o manipulación de los/as interlocutores/as. En este sentido pueden mencionarse la teoría de los juegos estratégicos, en la economía, por ejemplo, por cuanto son ciencias que como tales están construidas y corroboradas comunicativamente, sin las cuales no es posible seguir ninguna estrategia. Lo mismo cuenta con respecto a la política conce-

101 Cfr. Habermas, 1987: 368-369, 393.

bida en términos exclusivamente de relaciones conflictivo-estratégicas¹⁰². Sin embargo, con la formulación de un argumento en principio ya queda expresada la intención de alcanzar un acuerdo general y no forzado.

Esta prioridad conceptual de la acción comunicativa por sobre la acción estratégica que Habermas señala en su *Teoría de la acción comunicativa* (1981), también la sostiene posteriormente en *Pensamiento postmetafísico* (1988): “La utilización estratégica del lenguaje vive parasitariamente del uso normal de él, porque sólo puede funcionar si, al menos, una de las partes supone falsamente que el lenguaje está siendo empleado con vistas a entenderse” (Habermas, 1990: 75). Habermas subraya la importancia del uso comunicativo del lenguaje para la coordinación social como fundamento de este tipo de interacciones (aun cuando el uso estratégico también puede cumplir esta función, pero siempre dependiendo de aquel otro uso de la racionalidad). Sobre esta base el filósofo define lo que entiende aquí por “acción comunicativa”, en el sentido de un tipo de acción que

(...) depende de la utilización del lenguaje orientada al entendimiento, [en donde] los actores implicados tratan de sintonizar cooperativamente sus planes de acción en el horizonte de un mundo de la vida compartido y sobre la base de interpretaciones comunes de la situación (Habermas, 1990: 74; 1987: 378).

102 Esta es la cuestión empírica que se plantea en los enfoques “realistas” de tipo hobbesiano, característicos también de la teoría de juegos, pero también en el tipo de objeciones que sostienen que tal interacción no está mediada *fundamentalmente* por procesos de entendimiento, sino por relaciones de mercado o de poder. En el ámbito de la política esta postura se expresa en planteos críticos como los de Mouffe (2003), Rancière (1996), Shapiro (1999), Walzer (1999), Posner (2004a, 2004b). Para un análisis de este tema, cfr. Prono (2007, 2008, 2009). Por su parte, en opinión de McCarthy, la razón fundamental de este planteamiento habermasiano estriba en que el lenguaje no puede ser comprendido con independencia del acuerdo al que se llega con él, pues el acuerdo es el *telos* inmanente o función del habla (McCarthy, 1987: 333); cfr. Habermas, 1987: 368-369.

Está claro que siempre hay un “riesgo de disentimiento”, que por cierto Habermas reconoce, sin embargo, y nuevamente, no es posible explicar la interacción social exclusivamente mediante el carácter estratégico del uso del lenguaje, por el que los/as interlocutores actúan guiados/as de modo egocéntrico por sus propias preferencias y expectativas de éxito, ya que estas “desviaciones”, siempre presentes en la interacción social, no poseen un carácter fundante de la misma, pues la condición necesaria de posibilidad de toda articulación social, aun de la articulación estratégica y de las relaciones de poder en el ámbito de la política, radica en los procesos de entendimiento lingüísticamente mediados.

La teoría de la acción social de Habermas permite comprender entonces el carácter originario de la racionalidad comunicativa por sobre la meramente estratégica. Este es uno de los fundamentos sobre los que se apoyan las pretensiones de validez del planteo teórico de la democracia deliberativa antes señalado, que establece la viabilidad de una concepción de la racionalidad consenso-comunicativa como medio legítimo para justificar la validez de decisiones o normas democráticamente adoptadas, señalando, además, también el carácter parasitario de la racionalidad estratégica.

En este punto cabe mencionar también ya el análisis reconstructivo de la pragmática universal del lenguaje de Habermas, en la cual también se apoya su teoría de la democracia deliberativa para justificar su planteo teórico, en este caso, en lo que concierne a la justificación de la pretensión de racionalidad de las decisiones adoptadas en el marco de procedimientos intersubjetivos de confrontación de argumentos como medio para la definición del contenido específico de normas situacionales.

3.2. Pragmática universal del lenguaje

La reconstrucción racional de los universales pragmáticos del lenguaje implica un análisis de las presuposiciones de los sistemas de reglas que subyacen a todo uso comunicativo del lenguaje que, a

diferencia de la semántica referencial, que sólo atiende a la observación directa de determinados fragmentos de la realidad como medio para dar cuenta del significado, supone el reconocimiento del carácter esencialmente comunicativo de la racionalidad y de toda constitución de sentido intersubjetivo.

Desde C. Morris, cuando se habla del componente pragmático del significado, a diferencia del componente sintáctico (que estudia la relación de los signos con otros signos), o semántico (que analiza las relaciones de los signos con la realidad), se hace mención al análisis de las relaciones de los signos con sus usuarios/as, con su empleo y con sus efectos¹⁰³. En lo que respecta a la concepción habermasiana de la pragmática del lenguaje, esta se basa en la idea de que no sólo los rasgos fonéticos, sintácticos y semánticos de las oraciones, sino también, y de estos se ocupa, ciertos rasgos *pragmáticos* (en el sentido de la competencia comunicativa) admiten una reconstrucción racional en términos universales.

En su escrito de 1976 (“¿Qué significa pragmática universal?”) afirma el filósofo que la expresión o manifestación de un enunciado satisface tres tipos de pretensiones de validez; estas pretensiones tienen que ver con que los oyentes lo consideren verdadero en la medida en que refleje algo perteneciente al mundo, veraz en la medida en que exprese las intenciones del hablante, y normativamente correcto si afecta expectativas socialmente reconocidas (Habermas, 1997: 299 ss.). La pragmática universal del lenguaje analiza, más allá de la inteligibilidad que se exige a la dimensión gramatical de una oración, la capacidad de comunicación del/a hablante para hacerse entender por medio de determinados actos de habla que presuponen aquellas pretensiones de validez señaladas. En correspondencia con las mismas,

103 Cfr. Morris, 1938; Charadeau, y Maingeneau, 2002. En este sentido afirmaba Maliandi que en el contexto de la ética del discurso (de Apel, pero esta explicación también le cabe a Habermas), el término “pragmático debe ser entendido como referido a aquella parte de la semiótica (o teoría de los signos) que estudia la acción comunicativa, es decir, la relación que los signos lingüísticos tienen indefectiblemente con sus usuarios e intérpretes” (Maliandi, 2002: 60).

dicha capacidad del/a hablante se manifiesta en su aptitud pragmática para formular oraciones referidas a diversos contextos comunicativos, eligiendo el contenido enunciativo que permita dar cuenta de una experiencia o un hecho (pretensión de verdad),

manifestando sus intenciones de modo que la expresión lingüística exprese lo que verdaderamente piensa (pretensión de veracidad), y ejecutando el acto de habla en cuestión cumpliendo con ciertas normas reconocidas (pretensión de rectitud normativa)¹⁰⁴.

En estas pretensiones de validez que señala Habermas y con las que, respectivamente, las oraciones pueden emplearse en las funciones pragmáticas universales de exposición, de autopresentación, y de establecimiento de relaciones interpersonales, se expresa la competencia comunicativa para la que establece una investigación en términos de pragmática universal¹⁰⁵.

El núcleo de la concepción habermasiana del lenguaje apunta entonces a la reconstrucción de los presupuestos inherentes a la racionalidad comunicativa, los cuales dan cuenta de la base de validez del habla en términos de sus correspondientes reglas constitutivas, y que los interlocutores discursivos ya siempre de hecho presuponen puesto que las mismas posibilitan la formulación inteligible de enunciados y el consecuente entendimiento intersubjetivo. Habermas se propone así articular una concepción de la racionalidad sobre la base de una reconstrucción reflexiva de tales condiciones, adoptando para ello una concepción metodológica para el análisis de los actos de habla orientados al entendimiento intersubjetivo que pretende combinar el

104 Estas pretensiones (de verdad, veracidad, y rectitud normativa) se corresponden con las tres funciones del lenguaje de K. Bühler. En 1934 este filósofo alemán propuso un esquema de las funciones del lenguaje situando la expresión lingüística en su triple relación con, el mundo, el hablante y el oyente. Este autor observó que la función de exposición (*Darstellung*) o función expositiva es sólo una de las tres funciones cooriginarias del lenguaje. En este sentido su tesis es que el lenguaje representa un medio que cumple a la vez tres funciones distintas, pero internamente asociadas entre sí. Las expresiones empleadas comunicativamente sirven para exponer estados de cosas, para dar expresión a las intenciones de un hablante, y para entablar relaciones con un destinatario (Bühler, K.; *Sprachtheorie*, Jena, G. Fisher, 1934. Cfr. Habermas, 1990: 80, 109-110; para una lectura crítica de este autor, véase también Apel, 1994: 273 ss.).

105 Cfr. Habermas, 1997: 328-329.

punto de vista universal y el sociohistórico como condición de validez de las decisiones adoptadas¹⁰⁶.

Ahora bien, y este es el punto en cuestión que aquí interesa resaltar respecto de la pragmática universal del lenguaje y su “aporte teórico”, digamos, como fundamento de la democracia deliberativa, esta diferenciación entre pretensiones universales de validez que aquí señala el filósofo permite expandir el concepto mismo de validez, que tradicionalmente se lo vinculaba exclusivamente con la verdad. De lo que se trata, es de ampliar la comprensión de este concepto teniendo en cuenta las otras pretensiones, de corrección normativa y de veracidad, que son planteadas juntamente con esta pretensión de verdad (aunque siempre es una la que resulta preponderante respecto de las demás según el tema de que se trate). Esto permite “situar el problema de la validez en el terreno (...) de la dimensión pragmática del lenguaje, o de la comunicación y del discurso” (De Zan, 1993: 166), que es precisamente en donde conceptualmente se ubican las pretensiones teóricas de la democracia deliberativa. En efecto, la aptitud para justificar las pretensiones de validez respecto de determinados temas mediante confrontación de argumentos, es la nota definitoria de la idea misma de la racionalidad en cuanto racionalidad discursiva. En este sentido, el procedimiento intersubjetivo de fundamentación de decisiones y normas que establece la democracia deliberativa como condición de posibilidad de las mismas, exige que los/as interlocutores/as discursivos/as involucrados/as sólo se guíen, dice Habermas, por la “fuerza de coacción” que ejercen los mejores argumentos.

La teoría de la acción social y la pragmática universal del lenguaje constituyen, entonces, el trasfondo conceptual del planteo teórico de la democracia deliberativa. Respectivamente, esto se evidencia tanto en la viabilidad conceptual de un planteo teórico de justificación

106 Habermas habla de una razón “históricamente situada”, que, si bien rechaza los meros contextualismos que derivan en posturas relativistas, por otro lado también se niega a adoptar puntos de vista abstractos que pierdan de vista la facticidad propia del mundo de la vida (*Lebenswelt*). Esto se evidencia en su rechazo a caracterizar el sentido reconstructivo de su teoría lingüística en términos de “trascendental”, “a priori”, etc., como hacía su colega K.-O. Apel. Cfr. Habermas, 1994: 390 ss.

intersubjetiva de decisiones basadas en la confrontación de argumentos por parte de interlocutores discursivos orientados a la obtención de consensos racionalmente motivados, como así también teniendo en cuenta el carácter esencialmente intersubjetivo y comunicativo de la racionalidad, en base al cual se justifican las pretensiones de validez de las decisiones adoptadas en el marco de tal procedimiento intersubjetivo. Por estas razones afirma Habermas que esta teoría política se basa en las reglas del discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento (y en última instancia de la estructura de la comunicación lingüística) que son reconstruidas por la pragmática universal del lenguaje:

Es pues en nuestro contexto de intereses que, con estas consideraciones del proceso democrático, se establecen también los criterios o puntos de referencia (*die Weichen*) para una conceptualización normativa del Estado y la sociedad (...) que se basa, en última instancia, en la estructura de la comunicación lingüística y en el orden no sustituible de la socialización comunicativa (Habermas, 1994: 359-360)¹⁰⁷.

Aquí se expresa entonces dicho carácter reconstructivo que comporta esta teoría política (tanto en lo que refiere a la interacción social como así también a la dimensión pragmática del lenguaje), y en el que se basa la democracia deliberativa para abordar el problema de la fundamentación normativa de las decisiones políticas y del ordenamiento del Estado de derecho, adoptando a partir de aquí un sentido procedimental e intersubjetivo y discursivo para la toma de tal clase de decisiones.

Teniendo en cuenta los fundamentos filosóficos de la teoría mencionados hasta aquí, ahora es posible avanzar hacia una exposici-

107 Cfr. Habermas, 1999: 240.

ón de su planteo teórico como preludeo, a su vez, de la posterior explicitación los aportes de esta teoría para la legitimación de las prácticas políticas y la consolidación del Estado democrático de derecho.

4. Democracia deliberativa. Planteamiento teórico

Esta teoría política habermasiana establece un procedimiento intersubjetivo-deliberativo para la justificación de decisiones y normas como condición necesaria para garantizar la calidad epistémica de las decisiones así adoptadas. Si bien este aporte en realidad ya ha sido implícitamente señalado desde el comienzo, ahora es posible explicitarlo y fundamentarlo a partir de lo mencionado en el punto anterior.

En efecto, frente a otros procesos decisorios, como el voto o la negociación, la democracia deliberativa ofrece más posibilidades de tomar decisiones políticas correctas desde un punto de vista substantivo (aunque sin desconocer que en general en política es en base a tales procesos que se toman las decisiones). El proceso deliberativo permite el intercambio de información mediante confrontación de argumentos, favoreciendo la detección de errores fácticos y lógicos, controlando los aspectos emocionales y promoviendo el filtro de las preferencias irracionales, y por esto mismo también dificulta la manipulación de la información, la agenda y las preferencias políticas¹⁰⁸. De este modo, el status del procedimiento decisorio de la democracia deliberativa viene asegurado por el valor epistémico que posee. En este sentido afirma Estlund que “las leyes aprobadas democráticamente, están investidas de autoridad y son legítimas porque son el resultado de [un procedimiento] que tiende a tomar decisiones correctas”, aunque por cierto no es infalible. La democracia, así entendida, “en términos generales es el mejor entre todos aquellos modelos generalmente aceptables para una teoría de la legitimidad política” (Estlund, 2011: 33). En este contexto cabe señalar que un rasgo importante de la democracia deliberativa es que, aunque por supuesto constituyen

108 Cfr. Nino, 2003: 174 ss., Martí, 2006: 193-195.

un elemento importante del ordenamiento democrático, las decisiones mayoritarias no pueden ser el último criterio de validez porque, por ejemplo, discursos políticos contingentes y circunstancialmente mayoritarios podrían dar lugar a decisiones que nieguen, entre otros, la inviolabilidad de la persona, o ignoren su autonomía. El desarrollo y consolidación de la política deliberativa no depende de la suma de las acciones individuales de sujetos autointeresados, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. El principio básico de la democracia deliberativa no es, entonces, el principio de la mayoría, sino (como se señaló al comienzo) el *principio del discurso argumentativo*¹⁰⁹. Mediante el carácter intersubjetivo que representan los procesos de entendimiento, es posible configurar determinados escenarios en los que pueda tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y de la voluntad común sobre temas relevantes para el conjunto de la sociedad, como así también sobre los aspectos que requieran una regulación, y el modo de llevarla a cabo: incluso cuando sólo una minoría está en lo correcto acerca de algunos hechos, la dinámica del procedimiento decisorio así concebido tiende a expandir el reconocimiento de lo que legítimamente se considere como correcto, justo, o verdadero, logrando cada vez mayores niveles de aceptación¹¹⁰.

Por supuesto, este tipo de señalamientos respecto de las virtudes epistémicas que en efecto comporta la política deliberativa, constituye un rasgo común a todos los autores que suscriben a las tesis básicas de esta teoría política, en todas sus diferentes versiones. Ahora bien,

109 Este principio del discurso, también llamado “principio D” en el marco de la ética del discurso que comparten Habermas y Apel, se ha convertido en un término técnico específico de la Filosofía contemporánea, en especial a partir de su empleo en las obras de Habermas, que lo entiende como un examen crítico-argumentativo de las pretensiones de validez presupuestas en una afirmación determinada (Cfr. Habermas, 1971: 23 ss.). Tal examen, señalaba al respecto Maliandi, “es necesariamente dialógico y exige ante todo la simetría y la correspondiente igualdad de derechos entre quienes participan en él” (cfr. Maliandi, 2006: 231 ss. – esp. 234).

110 Cfr. Habermas, 2004: 242, 244.

lo que no todos tienen en cuenta, es el tipo de fundamentos que justifican el planteo de las pretensiones de validez que resultan inherentes a tales virtudes. Y para esto es necesario recurrir a una teoría del discurso y su correspondiente sentido reconstructivo de los presupuestos de la interacción social y de la dimensión pragmática de la argumentación, tal como hace Habermas para la justificación de su concepción de la democracia deliberativa, señalados en la sección precedente, y que en conjunto con este planteo teórico posibilita, a su vez, explicitar (parte de) sus contribuciones al Estado de derecho.

5. Democracia deliberativa: (algunos) aportes al mejoramiento de la calidad institucional del Estado democrático de derecho

Hasta aquí la explicitación y definición de la Filosofía teórica de Habermas para la conceptualización de su teoría política, según la cual el concepto de Estado de derecho con división de poderes extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Esa idea, señala el filósofo, no representaría más que un estándar crítico (*ein kritischer Maßstab*) para el análisis de la realidad constitucional. Se trata, sin embargo, de una idea que no se limita a oponerse abstractamente a una realidad, que tan poco se corresponde con ella; antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye a su entender, y tras el hundimiento del derecho natural racional, “la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingentes” (Habermas, 1994: 598-599).

Pues bien, teniendo en cuenta el trasfondo filosófico del planteo teórico de la democracia deliberativa antes explicitado, la misma puede contribuir de las siguientes maneras con esta idea de Estado de derecho, permitiendo así consolidar y ampliar el sistema democrático¹¹¹.

111 Por supuesto, este señalamiento no pretende ser excluyente: otros ejemplos de

.Crítica y democracia.

En primer lugar, cabe mencionar el papel de la crítica que Habermas señala en la cita precedente, explicitando las falencias o desviaciones del desempeño de las instituciones democráticas, y en términos generales del Estado¹¹². Respecto de este primer aporte, por supuesto, está claro que el riesgo que aquí hay que evitar es caer en lugares comunes, ya que en relación con el análisis de temas, por ejemplo, relacionados con la corrupción y la arbitrariedad de regímenes formalmente democráticos, o con la proliferación de regímenes autoritarios y dictatoriales que resultan violatorios de los derechos humanos o, también, con la creciente erosión del sistema democrático como consecuencia del proceso de globalización que podría poner en riesgo y disminuir la capacidad de acción de las instituciones democráticas, lo cual haría perentoria la necesidad de hallar y establecer bases democráticas a nivel internacional para contrarrestar el poder del mercado, etc., si bien son todos temas ciertamente importantes, también son obvios, ya que toda teoría política los concebiría como problemas que hay que solucionar¹¹³. Sin embargo, la democracia deliberativa, en la medida en que el punto de partida de su planteo teórico estriba en la explicitación de las condiciones de posibilidad de la reciprocidad discursiva, adoptando por esto un sentido netamente reconstructivo, es especialmente sensible y crítica de las asimetrías injustificadas que subsisten en los procedimientos decisorios, por ejemplo, para la generación legítima del derecho, aumentando así la probabilidad de que el discurso práctico resulte razonable y equitativo.

este tipo de aportes de esta teoría se relacionan con la justificación de, la conexión entre política y moral, la exigencia de motivación judicial, del constitucionalismo (control judicial), entre otros temas. Para un análisis sistemático de la democracia deliberativa de Habermas en este sentido, véase Prono, 2018.

112 Me refiero aquí tanto a las instituciones formales, constitucionalmente reconocidas del Estado democrático de derecho, como así también a aquellas cuasi-informales, como son las organizaciones de la sociedad civil, que tienen fuerte participación en la teoría de la democracia de Habermas, y que requieren en ocasiones de cierta regulación por parte del Estado, como ser el caso de las ONG's, o aquellas que poseen personería jurídica, entre otras.

113 Cfr. Maliandi, 2006: 218 ss.

Esta concepción de la democracia deliberativa como procedimiento crítico del desempeño de las instituciones del Estado de derecho, no debe interpretarse, tampoco, como una instancia externa al procedimiento deliberativo de confrontación de argumentos, ubicándose en una posición superior para desde allí analizar y juzgar las prácticas institucionales. El sentido crítico inmanente a la democracia deliberativa no se ubica en un nivel distinto de las prácticas habituales, sino que este se basa en el análisis de los presupuestos ya operantes en las mismas prácticas institucionales que se estudian y/o critican. En efecto, la política deliberativa no lleva a cabo su análisis crítico “desde arriba”, constituyéndose en una “guía” a seguir, sino que actúa, podría decirse, desde dentro, analizando las condiciones de validez de lo político, y de la idea de la democracia señalando los principios formalmente reconocidos, pero de hecho ignorados por las prácticas gubernamentales o legislativas de las democracias existentes.

El principio del discurso argumentativo, o principio D presupuesto por esta teoría política, puede ser concebido entonces como una “metainstitución de la crítica, (...)”, como una idea que ya se halla realizada especialmente en las instituciones de las democracias existentes, o como su propio sentido, más allá de las deficiencias o deformaciones de su realización empírica” (De Zan, 1991: 301); de lo que se trata, es de desenmascarar las falencias de las prácticas reales de aquellas instituciones. Este sentido en que hay que entender la crítica que puede realizarse desde los fundamentos conceptuales de la política deliberativa, en última instancia sólo explícita, y reactualiza, una idea que ya está presente en el origen mismo de las instituciones jurídico-políticas del Estado democrático de derecho y ha inspirado su fundamentación.

La teoría de la democracia deliberativa comporta entonces un criterio para la justificación de la validez de las decisiones políticas, y la consolidación de los sistemas democráticos del Estado de derecho llevados a cabo sobre la base de una adecuada reconstrucción de la Filosofía práctica. Naturalmente, esta concepción para la justificación y práctica de la democracia se presenta como un ideal al que debe-

ríamos tender para dirimir las diversas pretensiones de validez que en tal contexto se presenten, *sin* por ello concebir que pueda efectivamente alcanzarse en todos los casos un consenso¹¹⁴. Se trata de un ideal regulativo que orienta nuestros esfuerzos para *intentar* alcanzar tales consensos racionales como instancia válida para la justificación de decisiones y la resolución de conflictos.

Lo anterior nos introduce ya en el segundo tipo de contribución (aquí señalado) que la democracia deliberativa puede realizar para el mejoramiento del desempeño de las instituciones del Estado democrático de derecho. Se trata de la justificación filosófica de un principio constitutivo de todo ordenamiento político-democrático, siempre presupuesto en la efectiva posibilidad de este ejercicio de la crítica política.

. Igualdad y política deliberativa en el Estado democrático de derecho¹¹⁵.

Analizado desde un punto de vista socio-político que tenga en cuenta la participación ciudadana, el reconocimiento de la igualdad comporta una postura filosófico-política por supuesto ya planteada (al menos) desde Rousseau en sus *Discursos sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en donde pretendió resaltar las virtudes de un ordenamiento político en el que la igualdad fuese el fundamento del Estado, y también de las relaciones interpersonales: para Rousseau, un Estado no debe tener otro dueño más que las leyes

114 En Habermas es necesario no confundir el uso del término “deber”, o “tener que” (*müssen*), con el “deber” en el sentido del verbo alemán *sollen*, que comporta un sentido moral, porque con el uso de aquellos términos el autor sólo pretende dar cuenta de una necesidad lógica o pragmática explicitada a partir de la reconstrucción de los presupuestos operantes en la formulación de argumentos mediante el uso comunicativo del lenguaje. Hay que tener en cuenta que para el filósofo la “fuerza” de la normatividad y la racionalidad (entendida esta en el sentido de la racionalidad comunicativa) “se cortan y solapan (*überschneiden*) sobre el campo de la fundamentación de las convicciones morales que pueden obtenerse en un marco hipotético, y solamente puede guiarse por la débil fuerza de la motivación racional que en todo caso no puede por sí misma asegurar la traducción de las convicciones en acciones motivadas” (Habermas, 1994: 19).

115 Lo que sigue es un resumen, con algunas pocas modificaciones, de lo publicado en algunos trabajos en los que he analizado el tema de la igualdad desde la teoría del discurso (cfr. Prono, 2019, 2021).

creadas por los propios ciudadanos, en donde no haya ni demasiados ricos ni demasiados pobres, es decir, un ordenamiento político para una sociedad de iguales que permita anular todo germen de desconfianza, de la cual antes o después resultarán la desdicha para todos los ciudadanos y la ruina del Estado¹¹⁶. La reafirmación de la igualdad como fundamento de lo político también se encuentra en H. Arendt: ella sugirió que los miembros de una sociedad deberían adoptar un principio de igualdad de trato considerándose mutuamente como iguales, pero no teniendo en cuenta las posibles similitudes naturales entre ellos, sino porque tal principio posibilita una comunidad política que de otra manera no podrían tener¹¹⁷. Y más recientemente, para P. Rosanvallon, quien adopta un posicionamiento fundamentalmente histórico y socio-político para el análisis de este tema en orden a intentar “superar la brecha de desigualdad existente”, la necesidad de este reconocimiento del principio de igualdad se justifica porque restringe o limita lo que el mismo caracteriza como un proceso contemporáneo de disgregación social que, extendido en el tiempo, puede hacer vacilar al mismo régimen democrático: a su entender “la desigualdad es estructuralmente prolífica y, consecuentemente, políticamente tiende a transformarse en desigualdad destructiva” (Rosanvallon, 2015: 354). Por esta razón sugiere también el filósofo francés que una manera de hacer frente a este problema, es adoptar una definición de “ciudadano” que implique el ideal de igualdad de participación, en donde los ciudadanos se constituyan mediante la comunidad de pertenencia y de actividad cívica: la importancia filosófico-política de este tema ra-

116 Cfr. Rousseau, 2002: 96-97, 102, 103, 108, 177-178; 1973: 18-19; cfr. Rosanvallon, 2015: 315. En realidad, también en T. Hobbes se expresa una igualdad originaria, no sólo en el estado de naturaleza, sino fundamentalmente en el momento del contrato por parte de los individuos y la consecuente constitución de un ordenamiento político. Sin embargo, hay que tener en cuenta que precisamente es a partir de dicho momento cuando el filósofo termina traicionando la igualdad, al postular una delegación casi absoluta de los derechos de tales individuos en favor del gobernante (o asamblea de gobernantes), pasando aquellos a constituirse en “súbditos”, y éste (o éstos) a regir en términos absolutistas. Cfr. *De cive*, Cap.1, arts. 2-3, *Leviatán*, II: XVII-XVIII, XXI, XXX. Para un análisis exhaustivo de la Filosofía política de Hobbes, véase Strauss, 2006.

117 Arendt, H.; *Los orígenes del totalitarismo* (1951), citado en Waldron, 2017: 58-59; véase también de aquella autora 2005, 2008.

dica en el hecho de que si bien la idea de igualdad de oportunidades es actualmente dominante, paradójicamente ella en realidad “iguala en la consagración de la desigualdad”¹¹⁸. En este sentido corresponde tener en cuenta también la obra de R. Saba, para quien el problema de la desigualdad política, en su caso mayormente analizado desde una perspectiva del derecho constitucional, no debe resolverse teniendo en cuenta solamente el punto de vista individual, sino atendiendo también a las situaciones de desigualdad estructural, e involucrando para tal fin resolutivo a las acciones de los poderes tanto político-democráticos como así también jurídicos del Estado, principal responsable de la perpetuación de tales situaciones en amplios sectores de la población: la idea es “remover los obstáculos que los individuos no pueden erradicar por sus propios medios debido a una estructura social generada por normas y prácticas del Estado y del resto de las personas” (Saba, 2016: 300)¹¹⁹.

Como se subraya en estos estudios sobre el tema (y por supuesto también en muchos otros), no se trata solamente de garantizar la igualdad considerando exclusivamente situaciones individuales, sino teniendo en cuenta también su dimensión propiamente social, pues la igualdad es una cuestión tanto de justicia individual como así también de vida social que pertenece al ámbito de la justicia y de lo común. Ahora bien, ¿cómo abordar el problema del siempre necesario reconocimiento de la igualdad en el marco teórico de la democracia deliberativa, específicamente lo relativo a su propuesta de ordenamiento institucional del Estado de derecho? Frente a esta cuestión cabe señalar aquí que, en efecto, en esta teoría política el principio de igualdad resulta ya siempre e ineludiblemente presupuesto como condición de validez y legitimidad de las decisiones o acciones que, respectiva-

118 Cfr. Rosanvallon, 2015: 17-26, 313-314, 316. La referencia del autor a su señalado abordaje del tema en términos socio-políticos con el objeto de comprender la desigualdad y “poner la primera piedra para superarla”, se evidencia, entre otros lugares de esta obra, en la Introducción, en pp. 23-27, y en su bosquejo final, en p. 313 y ss.

119 Cfr. Saba, 2016: 289 ss. Respecto de la mencionada perspectiva desde la que el autor analiza el tema, en la introducción, y también en el epílogo de la citada obra, el mismo menciona que con ella se propone explorar una interpretación constitucional del principio de igualdad (cfr. Saba, 2016: 20, 300).

mente, se adoptan en las instituciones políticas formal y constitucionalmente programadas para la toma de decisiones colectivamente vinculantes, o se desarrollan en los espacios informales de la opinión pública y las organizaciones de la sociedad civil en ella contenidas, transformándose en demandas para que sean tenidas en cuenta y adecuadamente resueltas por los poderes políticos del Estado. Así, en estos ámbitos políticos, sistemáticamente relacionados en el diseño institucional inherente al concepto de Estado de derecho presupuesto por la democracia deliberativa, el principio de igualdad es reconocido desde el punto de vista de su implementación (también) a nivel social.

En lo que respecta al ámbito formal de las instituciones político-democráticas del Estado de derecho, estructuradas como están en términos jurídicos, las expresiones de los espacios informales de la ciudadanía son consideradas en igualdad de condiciones (y con los correspondientes derechos) para presentarse como tales, puesto que quienes se expresan en este ámbito democrático e informal del “mundo de la vida” (*Lebenswelt*) tienen que contar con la efectiva posibilidad de ser oídos/as: “los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho [...], permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión [...], formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos” (Habermas, 1994: 628). Se trata éste de un derecho igualitariamente conferido a los/as ciudadanos/as para poder expresarse y consecuentemente influir sobre las premisas de los procesos de deliberación y decisión del sistema político, reconociéndolos/as porque en parte de esto depende la pretensión de validez racional o epistémica, pero también (y fundamentalmente) de legitimidad política de las decisiones adoptadas en estos ámbitos¹²⁰.

120 Un análisis reciente del valor epistémico en relación con la igualdad y la legitimidad democrática de las decisiones así adoptadas se encuentra también en D. Gaus (2016), para quien “la legitimidad de los procesos deliberativos no sólo deriva de la realización de procesos justos e *igualdad política* a través de elecciones generales, sino también del hecho de que permite identificar la mejor opción política disponible, para lo cual se requiere de la *igual participación* [que propicia] la legitimidad democrática: de esto depende la capacidad epistémica de la democracia para establecer un con-

Y en referencia a las interacciones informales que se desarrollan en los espacios de la opinión pública política, la igualdad se encuentra ya siempre presupuesta también en las relaciones discursivas de los/as interlocutores/as participantes de estos ámbitos: “el espacio de la opinión pública (*Öffentlichkeit*) se distingue por una estructura de comunicación orientada al entendimiento, [pues] todo encuentro o interacción [en este ámbito de lo político] se nutre de la mutua atribución y suposición de libertad comunicativa, moviéndose en un espacio público constituido lingüísticamente [, es decir, en] una estructura espacial de encuentros simples y episódicos que (...) *se funda en la acción comunicativa*, en el sentido de actos de habla que asumen obligaciones ilocucionarias” (Habermas, 1994: 436-437 – subrayado agregado)¹²¹.

Teniendo en cuenta lo mencionado, aquí se evidencia ya un punto de apoyo para subrayar la importancia del principio de igualdad también en estos ámbitos informales de la democracia: la alusión a tal “estructura de comunicación”, y a los correspondientes presupuestos en que se funda la “acción comunicativa”, remite al señalado procedimiento de reconstrucción racional *qua* fundamento del marco teórico de la política deliberativa, y a consecuencia de lo cual es posible nuevamente identificar el importante rol (epistémico, normativo, y por supuesto también político) que la igualdad comporta como condición de validez de las decisiones así adoptadas y propuestas a las instituciones del Estado de derecho para que sean por ellas definidas y promulgadas.

senso racional entre todos los afectados” por las decisiones a adoptar (Gaus, 2016: 514 – subrayado agregado).

121 D. Bello Hutt ha propuesto recientemente una justificación de la igualdad en un sentido filosófico-político similar. Sin embargo, sus consideraciones sobre el tema se realizan señalando simplemente (y *de un modo implícito, y no explícito*) algunas pocas referencias marginales referidas a la prioridad de la racionalidad consenso-comunicativa por sobre la estratégica. Cfr. Bello Hutt, 2018: 89, 98, 101, 103. De hecho, ni siquiera cita el planteo habermasiano del tema en su teoría de la acción social, que junto con la pragmática del lenguaje constituye el trasfondo filosófico (no siempre tenido en cuenta) de la democracia deliberativa. Para un análisis de la relación entre uso consenso-comunicativo (en el sentido de no-dominación) y uso estratégico de la racionalidad, véase sección 2.1.

Cabe tener en cuenta también en este contexto que cuando Habermas alude a tales espacios informales de lo político, está pensando particularmente en las acciones desarrolladas por la opinión pública y la sociedad civil frente al Estado: a su entender las diversas organizaciones de la sociedad civil (grupos de intereses claramente definidos, asociaciones de fines político-partidistas, sociedades culturales, asociaciones para la preservación del medio ambiente o la protección animal, iglesias, etc.) constituyen la infraestructura sobre la que se apoya un espacio de la opinión pública que ejerce presión para que los problemas sean asumidos y resueltos por el sistema político, pero que no sólo los señala, sino que además también controla ulteriormente el tratamiento de los mismos al interior de dicho sistema formal de toma de decisiones¹²². Así entendidos, el concepto habermasiano de sociedad civil en general, y de opinión pública en particular, implica entonces un cierto tipo de manifestaciones político-democráticas cuyo reconocimiento sólo puede ejercerse sobre la base de una aceptación previa de la igualdad respecto de quienes integran tales asociaciones. En este sentido hay que tener presente que la concepción de lo político en esta teoría de la democracia no se centra ya en el Estado, pues se la malentiende si se la interpreta a partir del modelo de las clásicas teorías parlamentaristas: el lugar fundamental de la deliberación democrática, está para Habermas en los espacios públicos informales de la opinión pública y la sociedad civil a fin de que los/as ciudadanos/as intervengan en aquellos asuntos que afectan su convivencia democrática, promoviendo de este modo la equidad de oportunidades para ejercer influencia política (, especialmente en lo referente a la libertad discursiva de las minorías políticamente excluidas)¹²³.

Así, en el marco teórico de la democracia deliberativa la igualdad resulta explícitamente reconocida dada la importancia de hecho atribuida a estos espacios informales de lo político, justificando además el carácter normativo que tal reconocimiento (aceptación) comporta

122 Cfr. Habermas, 1994: 435, 430-431.

123 Cfr. Habermas, 1994: 461, 1999: 243-246; Knight y Johnson, 1997: 280; De Zan, 2008: 27-28.

como condición de validez de la pretensión de legitimidad democrática de los gobiernos: si en la democracia deliberativa los espacios público-políticos informales (así entendidos) ocupan un lugar fundamental en su planteamiento teórico, entonces lo mismo cabe señalar respecto del principio de igualdad.

A diferencia del riesgo que para algunos autores pueda representar la efectiva implementación de la igualdad democrática en el ordenamiento político¹²⁴, el planteamiento teórico de la política deliberativa se orienta a enriquecer la noción de ciudadanía mediante una concepción de la igualdad que promueve el involucramiento ciudadano, lo cual a su vez redundaría en un mejoramiento de la calidad democrática del Estado de derecho y de su consecuente desempeño práctico. A su vez, la explicitación de los presupuestos filosófico-políticos implícitos en la propuesta de diseño institucional de esta teoría de la democracia, permite otorgar así mayor respaldo teórico a las pretensiones de validez inherentes al reclamo acerca de la necesidad de reconocimiento de la igualdad política, respetando al mismo tiempo los derechos de los/as involucrados/as en las interacciones comunicativas expresadas en las diversas etapas de los procesos decisorios.

6. Consideraciones finales

La teoría de la democracia deliberativa es una de las teorías políticas contemporáneas que más viene siendo desarrollada en los últimos tiempos. Sin embargo, buena parte de los trabajos que suscriben a sus tesis básicas, sólo estriban en señalar las virtudes de una concepción deliberativa de la política, según la cual los mejores resultados se obtienen en base a un procedimiento en el que todas las partes involucradas alcanzan acuerdos como consecuencia de interacciones bienintencionadas, con las que todos/as se comprometen. El problema con estos planteos, no es lo que dicen, sino lo que callan, o igno-

124 Esta preocupación teórica se expresa en diversos autores, desde A. de Tocqueville y su señalamiento del “despotismo democrático” (*La democracia en américa* -1835-1840), hasta R. Espósito, para quien la idea de igualdad (cuando es demasiada) desemboca inevitablemente en la violencia recíproca (Cfr. Espósito, 2012: 274, 63-64).

ran, pues, en general, sólo parecen limitarse a sostener que “muchas cabezas piensan más y mejor que unas pocas”. Esto es enteramente correcto pero, así planteado, se soslaya el trasfondo teórico inherente al concepto de política deliberativa, que es precisamente aquél en el que se funda su valor epistémico. Por esta razón, en este trabajo se ha analizado la teoría de la democracia deliberativa de Habermas, adoptando para ello un método reconstructivo que ha permitido, no sólo dar cuenta de los presupuestos filosóficos sobre los que se apoya esta teoría política y su respectivo planteamiento teórico, sino también (algunas de) sus contribuciones al Estado de derecho.

El principio del discurso argumentativo, presupuesto por la democracia deliberativa, se refiere, primaria y principalmente (pero no excluyentemente), al nivel general de una orientación política básica, no a un programa político determinado. En este sentido dicho principio, y las exigencias teóricas de la política deliberativa, se constituyen en herramientas necesarias para la consolidación y ampliación de las instituciones del sistema político-democrático, sin por ello dejar de reconocer la posibilidad, y acaso necesidad, de revisión del contenido específico de las decisiones y normas adoptadas por los poderes democráticos del Estado.

Por supuesto, la democracia deliberativa aún tiene temas pendientes, como el de una mayor especificación de la regulación jurídica del sistema democrático, la generación y la aplicación del poder político, o la relación entre Estado e Iglesia, que últimamente Habermas ha intentado infructuosamente fundamentar. Temas como estos (y otros más) requieren de un estudio independiente y, ciertamente, comportan un cuestionamiento crítico. Pero lo que no hay que olvidar, es que solamente desde el punto de vista que representa el discurso argumentativo como condición de posibilidad para sostener y fundamentar pretensiones de validez, es posible que las objeciones y dudas puedan desarrollar toda su fuerza contra un concepto de política deliberativa justificado en términos de teoría del discurso.

7. Referencias bibliográficas

Apel, K.-O.; *Semiótica filosófica*, Buenos Aires, Almagesto, 1994.

Bello Hutt, D.; “Republicanism, Deliberative Democracy, and Equality of Access and Deliberation”, *Theoria*, 84, 2018, pp. 83-111.

Charadeau, P. y Maingeneau, D.; *Diccionario de análisis del discurso*, Buenos Aires, Amorrortu, 2002.

Arendt, H.; *La condición humana* (1958), Buenos Aires, Paidós, 2005.

- 2008; *Macht und Gewalt* (1969), München, Piper.

De Zan, J.; *Libertad, poder y discurso*, Buenos Aires, Almagesto, 1993.

- 1991, Significación moral de la democracia. En Apel, K.-O., Cortina, A., De Zan, J. y Michelini, D. (eds.). *Ética comunicativa y democracia* (297-320), Barcelona, Crítica.

- 2008; “Introducción”, en De Zan, J., Bahr, F. (eds.), *Los sujetos de lo político en la filosofía moderna y contemporánea*, Buenos Aires, Unsam Edita, pp. 17-54.

Esposito, R.; *Diez pensamientos acerca de la política*, Buenos Aires, FCE, 2012.

Estlund, D; *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Gaus, D.; “Discourse theory’s sociological claim: Reconstructing the epistemic meaning of democracy as a deliberative system”, in *Philosophy and Social Criticism*, Vol. 42(6), 2016, pp. 503–525.

Habermas, J.; *Theorie und Praxis*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971.

-1987; *Teoría de la acción comunicativa (I: Racionalidad de la acción y racionalidad social)*, Madrid, Taurus.

- 1990; *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus.

- 1994, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp.

- 1997; “¿Qué significa pragmática universal?” (1976), en Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos* (299-368). Madrid. Cátedra.

- 1999; *La inclusión del otro* (trad. Juan Carlos Velasco), Barcelona, Paidós.

- 2004; *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Buenos Aires, Paidós.

Knight, J., Johnson, J.; „What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?“, en Bohman, J. y Rehg, W. (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Massachusetts, Massachusetts Institut of Technology, 1997, pp. 279-320.

Maliandi, R.; “Hacia un concepto integral de democracia”. Apel K.-O., Cortina A., De Zan J., Michelini D. (eds.), *Ética comunicativa y democracia* (cit.) (257-296).

-2002; “Conceptos y alcances de la “ética discursiva” en K.-O. Apel”. *Tópicos*, Santa Fe, Nro. 10.

- 2006; *Ética: dilemas y convergencias*, Buenos Aires, Biblos.

Martí, J.L.; *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Barcelona, Gedisa, 2006.

McCarthy, T.; *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos, 1987.

Morris, C.; *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago, Chicago University Press, 1938.

Mouffe, Ch.; *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2003.

-2007; *En torno a lo político*, Buenos Aires, FCE.

Nino, C.S.; *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003.

Posner, R.; *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004a.

-2004b, “Smooth sailing”, *Legals Affairs*, N°41, http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2004/feature_posner_janfeb04.msp.

Prono, S.; “Política y racionalidad discursiva. Algunas contribuciones para la reconstrucción de la democracia”, *Cuadernos de Ética*, vol. 22, N° 35, 2007, pp. 83-61.

-2008; “Democracia, conflicto y poder. Un abordaje conceptual desde la racionalidad discursiva”, *Cuadernos filosóficos, Segunda época*, Universidad Nacional de Rosario, N° V, pp. 31-58.

-2009; „Deliberative Demokratie. Einige Annäherungen an das Problem von Konsens vs. Konflikten“, *Topologik. Rivista Internazionale di Scienze Filosofiche, Pedagogiche e Sociali*, Pellegrini, Cosenza, N° 6, 59-72.

- 2018; *Democracia deliberativa y Estado democrático de derecho. Análisis y contribuciones desde la teoría del discurso*, Santa Fe, Ediciones UNL, 2018.

- 2019; “Igualdad política y Estado de derecho. Una propuesta de justificación desde de la democracia deliberativa, *Páginas de Filosofía*”, vol. 20, nro. 23, pp. 23-58.

- 2021; “Ética, argumentación, e igualdad: Una propuesta de fundamentación filosófica del principio de igualdad desde la teoría ética del discurso”, en *Revista de Filosofía Diánoia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Vol. 86, nro. 66 (en prensa).

- 2019; “Igualdad política y Estado de derecho. Una propuesta de justificación desde de la democracia deliberativa, *Páginas de Filosofía*”, vol. 20, nro. 23, pp. 23-58. **ISSN 1853-7960 (Electrónico), ISSN 0327-5108 (Impreso).**

Rancière, J.; *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.

Rosanvallón, P.; *La sociedad de iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2015.

Rousseau, J.J.; *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1755), Madrid, Tecnos, 2002.

Saba, R.; *Más allá de la igualdad ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

Shapiro, I.; “Enough of Deliberation. Politics is about Interests and Power”, en Macedo, S. (comp.). *Deliberative Politics. Essays on ‘Democracy and Disagreement’*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 3-16.

Strauss, L.; *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis* (1952), Buenos Aires, FCE, 2006.

Waldron, J.; *One Another’s Equals. The basis of human equality*, Cambridge Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

Walzer, M.; “Deliberation, and What Else?”, en Macedo, S. (comp.) *Deliberative Politics. Essays on ‘Democracy and Disagreement’* (cit.), pp. 58-69.

Dialogic Turn in Constitutionalism: An Analysis of the Conditions for its Appearance¹²⁵

C. Ignacio Giuffré¹²⁶

CONTENTS: 1. Introduction. 2. The objections against constitutional jurisdiction. 3. The deliberative turn in democracy. 3.1. The core of the model. 3.2. Contributions to the development of dialogic constitutionalism. 3.3. Limitations to systematically address the objections against the constitutional jurisdiction. 4. The emergence of dialogic constitutionalism. 5. Conclusions.

1. Introduction

The main *purpose* of this article is to analyze the conditions under which the so-called dialogic, deliberative, or discursive constitutionalism emerged. For this purpose, such conditions mean any institutional and cultural—political, historical, social, legal, academic and constitutional—circumstances favoring or contributing to the emergence, explanation, consolidation, and improvement of a dialogic constitutionalism model and theory. The *claim* in this article is that dialogic constitutionalism emerged by the end of the 20th century because of two circumstances.

On the one hand, because of the structural objections made against constitutional jurisdiction. Since the second half of the 20th

125 This article is based on a paper presented at the XXIX IVR World Congress: *Dignity, Democracy, Diversity, Workshop 77-Alternatives to Liberal Constitutionalism: popular, political, deliberative* (University of Lucerne, Switzerland, 12-08-2019), with Mark Tushnet, Dimitrios Kyritsis, Akritas Kaidatzis, Eon Daly, Roberto Gargarella, Chiara Valentini, Ana Canilla, Donald Bello Hutt and Victoria Kristan. So I thank them for their generous comments to a preliminary draft of this work.

126 Trainee Predoctoral Research Staff (Universitat Pompeu Fabra); Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova and Universitat de Girona); Master in Constitutional Law (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales and Universidad Internacional Menéndez Pelayo); Specialist in Constitutional Law (Universidad Católica Argentina); Law (Universidad de Mendoza). Contact: ignacio.giuffre@upf.edu.

century and up to these days, multiple objections have been raised against the constitutional jurisdiction.¹²⁷ Criticism is mainly addressed at the so-called *counter-democratic difficulty* of judicial review. This challenge focuses on the lack of legitimacy and democratic credentials regarding the judicial power of reviewing the constitutionality of the rules which form the basic backbone of a society, even if against the preferences of its free and equal citizens or their political representatives. But this is only one of the challenges which had the highest impacts, and—as will be shown below—other equally significant aspects will be criticized.

On the other hand, because of the deliberative turn in democracy by the end of the 20th century, specifically because of its theoretical contributions to the development of dialogic constitutionalism, as well as its limitations to address the defects of courts. Deliberative democracy may be generally defined as a normative decision-making model championing a specific regulative ideal. Under this ideal, political measures are legitimate and impartial to the extent that they result from an inclusive and argumentative process among the people potentially affected by or interested in the pertaining measure.

Now, while the deliberative turn in democracy provided attractive tools to assess decision-making processes and the political institutions, it is also true that its scope has not been the same regarding the analysis of the institutional objections against constitutional jurisdiction. At the same time, despite the criticisms that began to be directed against constitutional jurisdiction in the second half of the 20th century and despite the deliberative turn of democracy in the late 20th century, contemporary constitutional theory and practice did not fully reflect on the potential of inclusive deliberation to mitigate the shortcomings of constitutional jurisdiction. This limitation became a problematic gap, as objections to the courts have not been specifically and fully addressed in the light of deliberative democracy.

127 In this article, *constitutional jurisdiction* generally means any constitutional courts with the power of judicial review in democratic systems which recognize rights.

However, this lack of attention has been slowly and gradually reversing based on the emergence of dialogic constitutionalism, whose proposal and content are in line with the claims of deliberative democracy, albeit focused on identifying, evaluating, and reversing the criticism against constitutional jurisdiction.

In this context, this article is justified because the analysis of the dialogic turn in constitutionalism contributes to show and fill in the gaps of both constitutionalist and deliberative democrats in the systematic analysis and moderation of the defects of constitutional jurisdiction in light of the normative principles of deliberative democracy.

The article is structured as follows. *First*, it reconstructs the main objections that are directed against constitutional jurisdiction as one condition for the appearance of dialogic constitutionalism. *Second*, it reconstructs the deliberative turn in democratic theory as another condition which gave rise to dialogic constitutionalism. *Third*, it examines the most relevant aspects of dialogic constitutionalism, specifically its potential in order to resolve, in light of the claims of deliberative democracy, the objection against the courts. *Finally*, it offers some provisional conclusions.

2. The objections against constitutional jurisdiction

In general, to study constitutionalism it is necessary to identify which are the problems addressed by the theoretical and empirical proposals of each current. In fact, in hindsight it is possible to realize that constitutionalism is always related to the need to put an end to a given problem. The different currents of constitutionalism always emerge *for something* and *against something*.¹²⁸ To illustrate this idea, it is worth mentioning the case of modern liberal constitutionalism, whose specific purpose was to limit political power and distribute it in different branches of government, to avoid tyranny and secure individual liberties.¹²⁹ Likewise, it cannot be ignored that constitutional

¹²⁸ Gargarella and Courtis 2009: 9.

¹²⁹ In connection with that, article 16 of the Declaration of the Rights of Man and the

currents—for example, neoconstitutionalism, popular constitutionalism, minimalist constitutionalism, conservative constitutionalism, democratic constitutionalism, Latin American constitutionalism—can also be based on particular objectives which may be different among themselves.

As dialogic constitutionalism emerged by the end of the 20th century to specifically address the main objections against constitutional jurisdiction, the starting point is to identify which are those objections made by different theories—some more solid and demanding than others.¹³⁰

The most prominent objection is the so-called *counter-democratic difficulty*.¹³¹ This criticism emphasizes the legitimacy deficit of the judicial power to declare the (un)constitutionality of political decisions, even against the preferences of the citizenry or its elected political representatives. While the original and most widely adopted term to illustrate this defect of constitutional jurisdiction is what Bickel calls *counter-majoritarian difficulty or objection*, Waldron has recently criticized this term. Instead, he proposes *counterdemocratic objection*, based on two reasons. First, because the majority rule is a decision-making method used by almost all collegiate bodies, even by courts, so courts are not countermajoritarian. Second, because the practice of submitting certain matters to the courts for a final decision reflects a preference of the judicial majority over the legislative majority, and it also reflects lack of trust in connection with democratic decision making, i.e., toward voters or their representatives, but it is not lack of trust regarding the majority rule.¹³²

But this objection is only one of the challenges which had the highest impact, and other equally significant aspects will be criticized.

Citizen of 1789 must be remembered.

130 This assertion is based on the argument that more limited democratic theories do not generally include aspects such as political freedom or collective self-governance as key issues, so they face no questioning in counter-democratic designs. Even so, some proposals agree that citizens are not trained to handle community matters (see, for example, Schumpeter 1983; Sartori 1999).

131 Bickel 1962: 16-20.

132 Waldron 2014: 18.

In this sense, the following objections can be mentioned: the purely substantial nature of the judicial review;¹³³ the low epistemic value, together with the deficit of impartiality, of the judicial decisions on public matters;¹³⁴ the offense against equal moral dignity, majority rule decision-making, the ideal of self-government, and the fact of disagreement over rights;¹³⁵ the extension of the notion of constitutional supremacy to the extreme of judicial supremacy;¹³⁶ the rigid and strict nature of the system of division of powers;¹³⁷ among others.

It is worth mentioning that these objections are explained from an abstract point of view, and not based on a specific social context. This is because the purpose of this article is just to offer a map or very general overview of the criticism against strong constitutional-justice systems. Anyway, this approach does not ignore that, even if any considerations in connection with the better structure and operations of constitutional jurisdiction are highly speculative, they likewise depend on the historical, sociological, and cultural features of every situation and on the empirical information about the dynamics of specific institutional arrangements and practices.¹³⁸ I am aware that the proper performance of courts should be assessed not only based on theoretical and critical parameters—in this case, parameters provided by democracy theories—, but also in connection with the particularities of every society and political system. In contrast, ignoring these aspects would entail, based on some regulatory ideal, that it is impossible to attain a desirable institutional architecture at any time and place.

The key objections against constitutional jurisdiction that were discussed above are one of the conditions which gave rise to dialogic constitutionalism. In other words, this context of structural defects is the crucial point giving rise to the emergence of dialogic constitutionalism. The focus on dialogic constitutionalism in recent years is due

133 Ely 1980: 97-214.

134 Nino, 1997: 273, *inter alia*.

135 Waldron 1993: 36-38.

136 Tushnet 1999: 6-32.

137 Gargarella 2014: 22-34.

138 Nino 1997: 250.

to the defects described. As an answer to those defects, institutional and theoretical experiences of dialogic constitutionalism came to explicit, explain, question, compare, change, and support the designs and practices of constitutional jurisdiction.

Although against such statement it may be said that this criticism is also the focus of other currents, the truth is that the perspective of dialogic constitutionalism, both from its institutional and theoretical dimensions, attempts to answer and reverse these problems in a specific and better manner than rival currents, the one that it is provided by the theory of deliberative democracy. So, the next part highlights the most salient features of a standard theory of deliberative democracy.

3. The deliberative turn in democracy

3.1. The core of the model

Since the 1980s, with the *deliberative turn in democracy* new conceptions of impartiality and political legitimacy have arisen. In general terms and without delving into its different versions,¹³⁹ deliberative democracy may be defined as the regulatory ideal according to which the impartiality and democratic legitimacy of political rules, institutions, and decisions depend on an intersubjective and public process of argumentative justification, involving those who are potentially affected by such measures.¹⁴⁰

Deliberative democracy describes a *regulatory ideal*,¹⁴¹ i.e., a state of things which should be attained as much as possible. This *norma-*

139 From a restricted perspective, the notion of deliberative democracy has different conceptions: conservative (for example, Burke), liberal (for example, Rawls, Gutmann, Thompson, Parkinson, Mansbridge), republican (for example, Pettit, Martí, Ovejero Lucas), ethical discursive (for example, Habermas, Dryzek, Rostbøll), epistemic (for example, Nino, Gargarella, Martí), *inter alia*.

140 Without prejudice to some differences, this standard definition is aligned with these works: Dryzek (2000); Gutmann and Thompson (1998); Nino (1997); Parkinson (2012); Rawls (1995); Habermas (2008); among others.

141 Habermas 2008: 297.

tive model is aimed at providing legitimacy and impartiality normative criteria to examine current political institutions and to suggest institutional reforms or designs correcting current defects, so as to enable impartial and deliberative democratic processes for arguing.¹⁴²

This system reflects an ideal of government in which the decision-making process is justified from a discursive perspective, consisting in reasoned, constant, and open debate, providing reasons for and against a political proposal, so as to convince the highest number of participants that a given proposal is the correct option. The impartiality and political legitimacy of decisions must be understood not as all-or-nothing, but as something *gradual* in nature, admitting various levels of observance and increasing while the process becomes more democratic and deliberative.¹⁴³

This concept of deliberative democracy may be broken down into the following elements: (1) the *procedure* is about how the discussion and decision process must be; (2) the *substance* deals with what should the adequate content of political decisions be; (3) *impartiality* is about considering all interests and perspectives involved; (4) *legitimacy* is about the moral force of political measures; and (5) *authority* is connected with who should be the agents who deliberate and decide.

These are the *structural postulates* of the deliberative democratic process for discussion and decision making:¹⁴⁴

(1) *Argumentation*. Unlike models which simply add up preferences established beforehand, the ideal here is to propose a communicative procedure to establish a government by way of discussion, enabling the formation, transformation, and orientation of the preferences of those who take part in the debate toward consensus;¹⁴⁵

142 Bohman 1998: 401, 413.

143 Martí 2006: 23, 30, 89, 122, *inter alia*.

144 Martí 2006: 90–97.

145 The deliberative model of democracy faces the challenge of reaching a *full reasoned consensus in society*. In this framework, argumentative dialogue cannot eliminate *disagreement*, even if it may mitigate disagreement and make disagreement more rational, so that participants are more aware of the reasons why they disagree. The practical consequence of this is the need to resort to mechanisms such as voting to articulate disagreement and decide—after deep and extended debate. In addition to

(2) *Openness*. The procedure must be, on the one hand, flexible regarding its form, but also regarding the contents of the decisions adopted; on the other hand, it must be open for consideration in terms of the adequacy and limits of the procedure itself, to question the legitimacy it pretends or to challenge any other structural principle;

(3) *Collectiveness*. This is a dialogic consideration process, not a monologue. Proposals, arguments, and assessments of each of these aspects are interrelated;

(4) *Continuity*. The discursive process never stops, nor does it stop examining new reasons, interests, information, and voices in favor or against results, which are provisional and may be re-thought or reversed at any time;

(5) *Inclusion*. All those who are potentially affected by a political decision must have the possibility of participating in the deliberative process aimed at adopting the pertaining measure;

(6) *Publicity*. On the one hand, the communicative procedure requires transparent opinions and, on the other hand, it requires public deliberations made by representatives, so that the responsibility of decision-making agents is ensured, as well as the accountability of representatives and the free formation of preferences;

(7) *Participant equality*. All must have the same capacity of political influence, i.e., the same possibility of taking part in the deliberation and decision, and this is based on the mutual respect for discursive capacities;

(8) *Freedom of interested parties*. This results in the possibility of those potentially affected to take part in the debate to propose the arguments they wish, to accept or reject what others offer, and to take part in the decision.

The deliberative democratic process for discussion and decision-making adopts a specific notion of *impartiality*, based on two

rationality and reasonability filters imposed by the deliberative democratic perspective on pluralism, which does not ignore that any disagreement is positive to strengthen the democratic system and to promote the reform of measures considered to be unfair, while in the case of *ineradicable disagreement* mutual respect must be observed (Martí 2006: 25–26).

claims. According to the first, one of the characteristics of societies is *the fact of reasonable pluralism*, i.e., the circumstance that any community entails both unequal contexts and multiple political preferences, as well as multiple conceptions about the law, the good, and fairness.¹⁴⁶ According to the second, given the differences regarding justice and moral truth of decisions, there is no other way than wide discussion, i.e., the so-called *supreme pragmatic imperative*.¹⁴⁷ The two claims are not unrelated; instead, the theoretical discussion about justice requires theoretical discussion about democracy and impartiality. In the ontological realm marked by pluralism in connection with the fairness of political decisions arise the procedural requirements to make impartial decisions (the epistemological realm).¹⁴⁸

The deliberative theory of democracy defends an *egalitarian and inclusive conception of impartiality*.¹⁴⁹ This conception assumes that decisions are impartial when they result from a consultation and discussion process among all interested persons so that they may have an instance to state and defend their preferences in front of others.¹⁵⁰ Impartiality is conceived as the discursive resolution of disputed validity claims.¹⁵¹ Nino believed that public decisions are impartial when,

146 Rawls 2015: 57.

147 Ackerman 1989: 9–10.

148 Nino believed that “intersubjective debate and decision are the most reliable procedures to access moral truth, as the exchange of ideas and the need to offer justifications to others not only increases the knowledge one has and identifies reasoning defects, but they also help to satisfy the requirement of impartial attention to the interests of all the persons affected” (1997: 161). Nino justifies these procedural requirements of impartiality based on the fact that it is very difficult for a person to monologically represent the interests of all the people involved, so that their proposals be near the impartiality requirement. According to him, impartiality “is what determines the validity of intersubjective moral principles” (2013: 209).

149 While many works on deliberative democracy understand impartiality as a condition for legitimacy, this article distinguishes both conditions. These words by Habermas are useful to explain that condition: “The legitimacy expectation—according to which recognition is due only to any rules which ‘are good for all to the same extent’—may be satisfied today only with the assistance of a procedure which, including all potentially affected people, ensures impartiality in order to consider all interests involved to the same extent” (2002: 292).

150 Cf. Nino 1997.

151 Habermas 2002: 292.

in the discursive procedure, certain requirements are ensured to the largest extent possible, which are external or independent of the extraordinary or altruist conditions, experiences, capacities, or motives of agents taking part in such procedure.¹⁵²

Under these circumstances, it is supposed that decisions are not unduly biased to the benefit of one individual or group and that they are not distorted by the pressure of the exclusive interests of decision makers, as there are no insurmountable obstacles to adequately foresee the experiences, claims, and contexts of others.¹⁵³ From this perspective, decisions are usually *partial* because of the ignorance of the interests or preferences of the people involved and also because a decision maker may believe that an option is universally acceptable, when it is actually not acceptable for some.¹⁵⁴

Also, the standard theory under analysis adopts a *mixed conception of the legitimacy* of political decisions.¹⁵⁵ Along this train of thought, in order for a political measure to be legitimate, it must be based on a deliberative and democratic procedure, meet some formal requirements, and observe some substantial principles without which participation in the public arena becomes impossible.¹⁵⁶ This conception combines three conditions:

(1) *formal*, regarding the observance of the formal requirements of legislation or the normative product (abstraction, generality, clarity, non-retroactivity, *inter alia*);

(2) *procedural*, in connection with the observance of statutory requirements set forth to create provisions and the observance of the deliberative democratic criteria established above in the process for the preparation of the provision; and

152 Nino 2013: 416, 605.

153 Nino 2013: 203.

154 Cf. Gargarella 1998.

155 While it exceeds the possibilities of this article, it must be remarked that it is not possible to confuse justice with a theory of mixed legitimacy. That confusion crops up when sustaining a purely substantialist theory of legitimacy, because legitimacy does not add anything here.

156 Cf. Brettschneider 2010; Habermas 2008; Lafont 2007; Nino 1997.

(3) *substantial*, in connection with the observance by the provision of certain basic liberties, basic rights, basic needs, social justice, and equal opportunities.

Finally, for the deliberative democratic system, *political authority* is not a unilateral matter, and is not located in a single place or institution; instead, it depends on open procedures for public justification.¹⁵⁷ The purpose is to locate the idea of deliberation at the center of a theory of separation of powers between government bodies and the society, based on the premise that no body, person, or group in particular is enough to ensure the consideration of all relevant concerns about a specific matter,¹⁵⁸ so as to ensure the impartiality and legitimacy of decisions.

The deliberative theory of democracy defends a community decision-making process ensuring the autonomy and the same political freedom for all inhabitants, who have the opportunity to be heard and influence the political desire which will afterwards be applied by political authorities. Based on this process, the resulting legal system may require the impartial and legitimate obedience obligation from autonomous citizens.

In sum, taking into account the most relevant points of deliberative democracy is necessary to show, in the next section of this article, that the contributions and limits of this current are another condition for the appearance of dialogic constitutionalism. As a matter of fact, below I will defend the reason why the deliberative turn in democracy contributes to the emergence of dialogic constitutionalism is twofold. On the one hand, precisely because the most significant features and claims of the deliberative theory of democracy play a key role in the emergence of dialogic constitutionalism. On the other hand, precisely because the limitations of the deliberative theory of democracy to

157 Habermas 2008: 555.

158 In connection with this, the notion of *distributed knowledge* is attractive. According to it, data, information, and reasoning are not unique of one person or group in privileged epistemic conditions, but they are distributed among the entire society (Linares, 2017). The same can be inferred from the Aristotelian adage: “four eyes see more than two.”

systematically examine and answer to the structural objections made against the constitutional jurisdiction are also a relevant aspect in the emergence of the dialogic current of constitutionalism.

3.2. Contributions to the development of dialogic constitutionalism

From its liberal origins, constitutionalism has traditionally had at least two purposes: limiting power and guaranteeing basic rights.¹⁵⁹ Since then and in spite of the deep criticism against the judiciary which started in the second half of the 20th century, the predominant current of constitutionalism remained indifferent to the principle of democratic deliberation.¹⁶⁰

However, this starts to be reverted with the subsequent progress of the deliberative turn in democracy, which favors the emergence of a denser conception of constitutionalism, i.e., dialogic constitutionalism.

In connection with the influence of deliberative democracy on the advent of dialogic constitutionalism, it must be said that when *Between Facts and Norms* was published in 1992, Habermas announced that what had started in the philosophy of language with the *linguistic turn* was materialized in a *discursive theory of law*. Even before such book was published a minority of constitutionalism scholars, albeit scattered and unsystematic, had acknowledged the deliberative turn in democracy or maybe had made their own dialogic turn—for example, Ackerman, Nino, Tully, and Sunstein.¹⁶¹

In line with the theoretical developments on deliberative democracy and also by the end of the 20th century, the *dialogic turn in con-*

159 For example, Kelsen 2009; Dworkin 1995; Nino 1997; Waluchow 2018. Nino felt strongly about this: “In general terms, everybody would agree that ‘constitutionalism’ means ‘limited government’” (1997: 15). He says that the second aspect, guaranteeing rights, strengthens the concept of constitutionalism, to the extent it adds a basic dimension (ibidem: 16).

160 Levy 2018: 351.

161 Chambers 2003: 3009.

stitutionalism crops up. “In line with” precisely because the most relevant features of the deliberative theory of democracy, i.e., deliberative debate, inclusion of society and public officials, reasoned justification, reciprocity, publicity, and particular conceptions of impartiality and legitimacy play a key role in the emergence and expansion of the body of dialogic constitutionalism.¹⁶²

While deliberative democracy and dialogic constitutionalism are not isolated or go through separate ways, it is true that there is a distinction between both theoretical approaches. The difference is not merely a label, or the chimera of believing that some structures and functions—such as those of democratic bodies—are political or ideological in nature, while others—such as those of courts—are legal, neutral, and technical. Instead, the matter is mainly about the subject matter on which they focus. In that sense, and as will be explained later, dialogic constitutionalism is concerned with filling the new fields—institutional, theoretical, contextual, *inter alia*—that had been neglected by deliberative democracy and constitutional theory.¹⁶³

3.3. Limitations to address the objections against constitutional jurisdiction

The deliberative democratic current has gone through three stages: normative, empirical, and systemic.¹⁶⁴ In the first one, which was eminently philosophical in nature, the defenders of the model were focused on outlining its conceptual principles and normative foundations. In the second one, the focus was on the institutional implications of adopting a deliberative position within an actual democracy—for example, public hearing, constitutional jury, deliberative referendum, deliberative forum, legislative deliberation in Parliament. The third one is characterized for including empirical and normative

¹⁶² While this article mentions several relevant aspects of dialogic constitutionalism, Gargarella only refers to two aspects: social inclusion or deliberation (2016a: 123).

¹⁶³ Levy 2018: 351.

¹⁶⁴ Chambers 2003; Steiner 2012; Ghosh 2018.

assumptions and knowledge, as well as making empirical studies and analysis in different deliberation contexts.

Throughout those stages, no systematic nor contextual analysis in the relevant literature answers the institutional objections against constitutional jurisdiction. Notwithstanding the extraordinary expansion of the deliberative model of democracy, including the issue of judicial review—in that respect, the studies of Habermas, Rawls, Nino, among others, must borne in mind—, this theory never went too far in the systematic and contextual exploration of the matters which are more intimately connected with constitutional jurisdiction. This is true particularly in connection with any structural objections against the judiciary. This leads to deduct that the exceptional number of discussions about deliberative democracy is not consistent with the attention given to the complete gamut of constitutional and jurisdictional dimensions of democracy.

In other words, deliberative democrats have not always recognized the access, creation, and formation of the deliberative democratic policy through constitutionalism.¹⁶⁵ Most contributions to the deliberative theory only refer to a general conception of the roles of law and the judiciary.¹⁶⁶ Habermas, for example, analyzes both politics and law from a level of generality that ignores the specific constitutional arrangements and practices of the constitutional jurisdiction. So much so that the German philosopher and sociologist treats constitutionalism and law from the highest level of abstraction. Omissions such as his are common in several works on these topics.¹⁶⁷

Therefore, while constitutionalism and the deliberative turn in democracy are deeply intertwined, such connection used to be general and theoretical, but the connection is as intense as in other fields. What is seen, instead, is that both ideals were not intertwined often in

¹⁶⁵ Levy and Kong 2018: 2

¹⁶⁶ Likewise, Gargarella emphasizes that deliberative theorizations, such as those made by Thomson or Nino, have made some interesting contributions as to how to join deliberative democracy and judicial review, but their proposals have not gone too far (2014: 13).

¹⁶⁷ Chambers 2003: 310.

the analysis and approach of the institutional practices and engineering of the judiciary.

4. The Emergence of Dialogic Constitutionalism

Dialogic constitutionalism is considered as “a subfield of deliberative democracy,”¹⁶⁸ as “a deliberative democratic approach to constitutionalism,”¹⁶⁹ as a “combin[ation of] theories of deliberative democracy and of constitutionalism” that provide “a more complete picture of constitutional legitimacy,”¹⁷⁰ or as “a field of scholarship that attempts to infuse constitutionalism with insights and teachings from deliberative democratic theory in order to strengthen the legitimacy of public power”,¹⁷¹ *inter alia*. These definitions show, as discussed before, that dialogic constitutionalism is based on very similar or analogous principles as those of deliberative democracy.

In similar terms, here dialogic constitutionalism is understood as the regulatory ideal according to which constitutional or public-morality matters must be articulated via a public, inclusive, argumentative, and continuing procedure of interpretation, deliberation, and decisions involving all branches of government, including constitutional jurisdiction, and also the society at large.¹⁷²

According to the dialogic approach of constitutionalism, limiting power is not everything. This is not enough to have a constitutionalism with dialogic features, but that also depends on the way constitutional power is generated, its addressees, and its purposes. In particular, communicative power must: on the one hand, result from a discursive exchange between citizens and public officials—not be created by a single authority; on the other hand, it must be distributed in a democratic and deliberative fashion—so that its exercise is not concentrated

168 Levy 2018: 351.

169 Ghosh 2018: 222.

170 Levy y Kong 2018: 7.

171 Cartier 2018: 58.

172 Notwithstanding some differences, this generic definition is consistent with the works of Bakker 2007, Gargarella 2016, Niembro Ortega, Young, among others.

in a single authority; and, last, it must be *aimed* at promoting democratic deliberation—its purpose cannot be attained by taking decisions without a previous and inclusive argumentative procedure.¹⁷³

It can be said that the pioneering empirical experience of dialogic constitutionalism is the adoption of the *notwithstanding clause*¹⁷⁴ in the Canadian Charter of Rights and Freedoms of 1982. While section 33 of the Charter admits that the Supreme Court may declare that a rule is unconstitutional, *the final word* lies in the Legislature, entitled to pass laws which will be valid *notwithstanding the rights in the Charter*. This section may be invoked *preventively*, i.e., when a law is passed and before the judicial review of the rule, and *reactively*, i.e., to reverse any decision issued by the court against the validity of a law, and to provisionally maintain its constitutionality.

This decisive landmark, followed by the experiences of the *New Commonwealth Model of Constitutionalism*,¹⁷⁵ is key to rethink the institutional arrangements and practices of the judiciary.¹⁷⁶ Since then, the dialogic perspective of constitutionalism has given rise to prominent academic production.¹⁷⁷ After forty years since the deliberative turn

173 On a similar train of thought, Kong and Levy make reference to a twofold link between deliberation and constitutionalism: deliberation-to-law and law-to-deliberation. Cf. Kong and Levy 2018: 628; Levy and Kong 2018: 1–13.

174 Section 33 states that: “(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

175 The label belongs to Gardbaum 2001 y 2013.

176 Tushnet 2009: 205, 206.

177 See, for example, the early article about the dialogic virtues of the Canadian Charter by Hogg and Bushell (1997) which is still relevant and the recent handbook about deliberative constitutionalism by Levy, Kong, Orr, and King (2018). See also the recent works of theorists such as Dixon, Gargarella, Young, Gardbaum, Linares, Niembro Ortega, *inter alia*.

in democracy, interest has been redirected to the practical implementation of deliberative democratic processes regarding constitutional matters,¹⁷⁸ as well as the application or the adjudication of the law.¹⁷⁹ Institutional practices and designs have begun to be approached in a broader and deeper fashion by this new trend of constitutionalism. In this context, theoretical developments about dialogic constitutionalism start to converge with institutional experiences until today. Both factors gain traction and help outline the theoretical guidelines of dialogic constitutionalism, as well as to gradually implement multiple statutory reforms, litigation practices, and institutional arrangements to reverse the objections to constitutional jurisdiction—e.g., public hearings, *amicus curiae*, public deliberation inside courts, deliberative separation of powers, reaching meaningful dialogues in the judicial enforceability of social rights, avoiding the judiciary’s final word in the judicial review of laws, *inter alia*.

As a matter of fact, institutional experiences of dialogic constitutionalism usually resort to its capability to promote a deliberative democracy.¹⁸⁰ The same happens with theoretical conceptualizations about this constitutional trend, to the extent that authors such as Bohman, Gargarella, or Alexy derive the definitions of constitutionalism from the deliberative theory of democracy,¹⁸¹ the theory of constitutional dialogue at the same time as the theory of deliberative democracy,¹⁸² or the theory in connection with the *discourse principle*, respectively.¹⁸³ That is why some scholars prefer the notion of *deliberative* constitutionalism, while others prefer the terms *dialogic* constitutionalism, and yet others choose the notion of *discursive* constitutionalism.

Dialogic constitutionalism fills in the gaps and builds bridges between constitutionalism and deliberative democracy. Under this view, both notions, democracy and constitutionalism, could be aligned in a

178 Parkinson 2018: 246.

179 Levy and Orr 2017: 11–16.

180 Levy 2018: 351.

181 Bohman 1998: 414.

182 Gargarella 2014: 9, 11.

183 Alexy 2006.

deliberative, dialogic, or discursive fashion. This would be a step forward with regard to the controversial types of connections that have been proposed between democracy and constitution. In a simplification effort, the following positions can be identified. On the one hand, some posit that there is an unsolvable tension and this is why some choose one of the ideals and prioritize one over the other: whether democracy¹⁸⁴ or constitutionalism.¹⁸⁵ On the other hand, some admit that there is a dialectic connection, but state that between both normative ideas there is a harmonious or co-originality relationship, as they are mutually dependent and are reciprocally related.¹⁸⁶

Anyway, in connection with the impact of this discussion on this article, it is worth proposing a new position, which, without ignoring the existing tension, considers that if a dialogic approach of constitutionalism is preferred and, at the same time, a deliberative approach of democracy is adopted, it is possible to moderate and harmonize the tension between both ideals.¹⁸⁷ It is even possible to reach farther than that if such confluence is materialized in the implementation of institutional arrangements and practices which, inspired in the common claims of such notions, avoid any objections raised against constitutional jurisdiction.

In sum, the potential of dialogic constitutionalism is to moderate—in light of deliberative democracy—the structural defects of constitutional jurisdiction which were detailed at the beginning of this article. In other words, the relevance of this trend is to explain and improve the constitutional practice in a deliberative and democratic manner.

184 Cfr. Dryzek 2000.

185 Dworkin 1995.

186 Habermas 2008, 2001.

187 Cf. Gargarella 2016.

5. Conclusions

The main purpose of this article was the analysis of the conditions for the emergence of dialogic constitutionalism. The thesis was to claim that dialogic constitutionalism emerged by the end of the 20th century based on two circumstances. First, due to the objections made against the constitutional jurisdiction. Second, due to the deliberative turn in democracy, specifically because of its theoretical contributions for the development of dialogic constitutionalism, as well as its limitations to address the defects of courts.

Within this framework, this article has had three specific aims. First, it systematized and rebuilt the main objections against the judiciary as one condition for the emergence of dialogic constitutionalism.

Second, it analyzed and rebuilt the deliberative turn in democracy as another condition for the emergence of dialogic constitutionalism. On that point, I expressly delved into two connections between deliberative democracy and the emergence of dialogic constitutionalism. The first is relative to the theoretical contributions of deliberative democracy to the configuration and expansion of dialogic constitutionalism. The second is relative to the limitations of deliberative democracy to systematically explore any matters which are intimately connected with constitutional jurisdiction.

Third, it examined the most relevant aspects of dialogic constitutionalism, particularly its potential in order to resolve, in light with the claims of deliberative democracy, the objection against the courts.

To conclude, these exploratory lines were not aimed at finding a single, final answer to all these questions. Instead, the claims made here were aimed at fostering a wider debate. Looking to the future, if this work was concerned about the conditions for the emergence of dialogic constitutionalism, then a critical balance of the conditions of continuity, reconfiguration, and consolidation of dialogic constitutionalism is still pending.

Bibliography

Bruce ACKERMAN, 1989: Why dialogue? *The Journal of Philosophy*, 86, 1. 5–22.

Robert ALEXYY, 2006: *Ponderación, control de constitucionalidad y representación. Jueces y representación*. Ed. Pedro Ibáñez and Robert Alexy. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. 1–18.

Bradley BAKKER, 2007: Blogs as Constitutional Dialogue: Rekindling the Dialogic Promise. *New York University Annual Survey of American Law*, 63. 215–266.

Alexander BICKEL, 1962: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill.

James BOHMAN, 1998: Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy. *Journal of Political Philosophy*, 6, 4. 400–424.

Corey BRETTSCHEIDER, 2010: *Democratic Rights: The Substance of Self-Government*. Princeton: Princeton University Press.

Geneviève CARTIER, Deliberative Ideals and Constitutionalism in the Administrative State. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Ed. Ron Levy et al. Cambridge: Cambridge University Press. 57–71.

Simone CHAMBERS, 2003: Deliberative Democratic Theory, *Annual Review of Political*, 1, 6. 307–322.

John DRYZEK, 2000: *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. United Kingdom: Oxford University Press.

Ronald DWORKIN, 1995: Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3, 1. 2–11.

John ELY, 1981: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.

Barry FRIEDMAN, 1998: The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review*, 73, 2. 1–240.

Stephen GARDBAUM, 2001: The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, 4. 707–760.

Stephen GARDBAUM, 2013: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Roberto GARGARELLA, 2014: ‘We the People’ Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, 67, 1. 1–47.

Roberto GARGARELLA, 2016a: Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism. *Democratizing Constitutional Law*. Ed. Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernández. *Law and Philosophy Library*, 113. 119–146.

Roberto GARGARELLA and Christian COURTIS, 2009: El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *CEPAL, Serie Políticas y Sociales*, 153. 1–44.

Eric GHOSH, 2018: Deliberative Constitutionalism: An Empirical Dimension. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Ed. Ron Levy et al. Cambridge: Cambridge University Press. 220–232.

Amy GUTMANN and Dennis THOMPSON, 1998: *Democracy and Disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.

Jürgen HABERMAS, 2008: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4th ed.). Madrid: Trotta.

Jürgen HABERMAS, 2001: Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, (2001) 29. 766–781.

Jürgen HABERMAS, 2002: *Verdad y Justificación*. Madrid: Trotta.

Jürgen HABERMAS, 2005: Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *Polis, Revista Latinoamericana*, 10. 1–9.

Peter HOGG and Allison BUSHELL, 1997: The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, 35, 1. 75–124.

Hans KELSEN, 2009: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Carl Schmitt and Hans Kelsen, 2009: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos. 289–366.

Hoi KONG and Ron LEVY, 2018: Deliberative Constitutionalism. *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Ed. Andre Bächtiger, John Dryzek, Jane Mansbridge, and Marke Warren (eds.). Oxford: Oxford University Press. 626–640.

Christina LAFONT, 2007: Democracia y deliberación pública. Roberto Arango, 2007: *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 125–146.

Ron LEVY, 2018: The 'Elite Problem' in Deliberative Constitutionalism. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Ed. Ron Levy et al. Cambridge: Cambridge University Press. 351–368.

Ron LEVY and Hoi KONG, 2018: Introduction: Fusion and Creation. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Ed. Ron Levy et al. Cambridge: Cambridge University Press. 1–13.

Ron LEVY and Graeme ORR, 2017: *The Law of Deliberative Democracy*. Oxford: Routledge.

Ron LEVY, Hoi KONG, Graeme ORR, Jeff KING (Eds.), 2018: *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sebastián LINARES, 2017: *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons.

José MARTÍ, 2006: *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.

Roberto NIEMBRO ORTEGA, 2019: La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Madrid: Marcial Pons.

Carlos NINO, 1997: *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa.

Carlos NINO, 2013: *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (4th reprint). Buenos Aires: Astrea.

Carlos NINO, 2014: *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

John PARKINSON, 2018: Ideas of Constitutions and Deliberative Democracy and How They Interact. *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Ed. Ron Levy et al. Cambridge: Cambridge University Press. 246–255.

John PARKINSON and Jane MANSBRIDGE, 2012: *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge: Cambridge University Press.

John RAWLS, 1995: *Liberalismo político*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.

Giovanni SARTORI, 1999: En defensa de la representación política. *Claves de razón práctica*, 91. 1–6.

Joseph SCHUMPETER, 1983: *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Orbis.

Jürg STEINER, 2012: *The Foundations of Deliberative Democracy: Empirical Research and Normative Implications*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mark TUSHNET, 1999: *Taking the Constitution Away from de Courts*. New Jersey: Princeton University Press.

Mark TUSHNET, 2009: Dialogic Judicial Review. *Arkansas Law Review*, 61. 205–216.

Jeremy WALDRON, 2005: *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Jeremy WALDRON, 2013: Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts. *Yale Law Journal*, 123. 1692–1730.

Wil WALUCHOW, 2018: Constitutionalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Zalta. Spring Edition. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/> (November 22, 2018).

Alison YOUNG, 2017: *Democratic Dialogue and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

El medio en trance, o el ejercicio benjaminiano de una finalidad sin fin¹⁸⁸

María Rita Moreno¹⁸⁹

1. Introducción

Parece oportuno comenzar explicando la alusión contenida en el título de este trabajo: se trata de una referencia a la increíble película de Glauber Rocha *Terra em transe* (1967). Con este guiño no queremos incurrir en un ornamento condescendiente, sino que procuramos convocar algo del contenido de esa película que resuena en las discusiones suscitadas en el Seminario *Teorias do Direito, da Justiça e da Democracia na Comunidade de Língua Latina – Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Itália e Uruguai*¹⁹⁰: Rocha insiste en desarticular un “principio político afirmativo y telúrico de un *ethos* latinoamericano” (Aguirre Aguirre, 2020, p. 4) y acentuar, en cambio, una potencia política divergente “que no centraliza un final, una receta o un devenir histórico del todo claro, sino un flujo hacia la puesta en *trance* de las certezas epistemológicas” (*Ibidem*, p. 6).

Con esa dirección, entonces, explicitamos el propósito que orienta este artículo: buscamos explorar ciertos nudos emergentes en

188 Este trabajo es una versión del publicado previamente en *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Vol. 24, Núm. 1 (2019), con el título *La Ilustración suspendida: fragmentos kantianos en el pensamiento de Walter Benjamin*, DOI: <https://doi.org/10.24310/Contrastescontrastes.v24i1.6710>

189 María Rita Moreno es Profesora y Doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo. Es becaria posdoctoral de CONICET en el Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales (INCIHUSA). Es docente de la Facultad de Derecho, la Facultad de Filosofía y Letras y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Ha publicado artículos y capítulos de libro sobre temas de Teoría crítica. Participa en grupos de investigación vinculados a los estudios críticos de la modernidad. Actualmente, su investigación se centra en la crítica a la racionalidad moderna en el marco del relevo de sentido de la Teoría crítica.

190 Evento llevado a cabo en el mes de octubre del año 2020, organizado en conjunto por la Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito (Brasil), la Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) y la Universidad de la República (Uruguay).

las disquisiciones de Walter Benjamin en torno al derecho y el leguaje. En concreto, relevamos algunos de los núcleos que aparecen en textos de la producción temprana del filósofo y, partir de ello, se bosquejan ciertos fragmentos del panorama teórico dentro del cual Walter Benjamin plantea aquella tensión tan particularmente dialéctica mediante la que, a pesar de objetar la Ilustración, reivindica la crítica como el modo inexcusable de actualizarse el pensamiento filosófico.

En relación a ello, es menester tener en cuenta que hacia 1918 Walter Benjamin ensaya una reflexión movido por la inquietud que suscitaba el problema de la actualidad de la filosofía – la cuestión según la cual, “en el marco de la modernidad de principios de siglo XX, la filosofía no constituye una actividad evidente en sí misma (Moreno, 2020, p. 319). En esta reflexión, volcada en *Sobre el programa de la filosofía venidera* [*Über das Programm einer kommenden Philosophie*] (1918), aparece ya la configuración de un problema cuya densidad puede ser rastreada tanto en la obra benjaminiana posterior como en las reflexiones de los miembros canónicos del Instituto de Investigación Social¹⁹¹ (en la medida que acogieron – aun polemizando – ciertos nodos conceptuales planteados por el filósofo berlinés¹⁹²).

Benjamin da inicio al escrito en cuestión con una aseveración contundente: él sostiene que la tarea central de la filosofía venidera consiste en extraer y hacer patentes las más profundas nociones de contemporaneidad en relación al sistema kantiano. Al discernir el sentido de esta afirmación no puede perderse de vista, advierte, la ceguera histórica y religiosa propia de la Ilustración y característica de toda la época moderna (Benjamin, 1998a, p. 77); esto es, el concepto

191 El problema de la actualidad filosófica constituye un tópico transversal en las disquisiciones que ocupan a la Teoría Crítica a principios del siglo XX. De manera elocuente, en 1931 Theodor Adorno titula una conferencia suya *La actualidad de la filosofía* y Max Horkheimer nombra a la lección inaugural del Instituto de Investigación Social *La situación actual de la filosofía social y las tareas de un instituto de investigación social*. Para una profundización de este tema, puede consultarse: Moreno, María Rita (2020). “Theodor Adorno y el problema de la racionalidad moderna: aristas germinales de una inquietud crítica”. *Universum*, vol. 35, n.1, Talca. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762020000100314>

192 Susan Buck-Morss ha mostrado que “la verdadera influencia formativa sobre Adorno tuvo lugar antes de 1931, y provino de Walter Benjamin” (2011, p. 16).

de experiencia “reducida a un punto cero, a un mínimo de significación” (*Ibidem*, p. 76) como consecuencia de su extracción del ámbito de las ciencias físico matemáticas. Sin embargo, a pesar de este magro abordaje del concepto de experiencia, fue el sistema kantiano el que “creó y desarrolló una genial búsqueda de certeza y justificación del conocimiento” a partir de la cual es posible “la aparición de una nueva y más elevada forma futura de experiencia” (*Ibidem*, p. 77). La teoría del conocimiento gestada bajo la matriz crítica es, consecuentemente, el vector en el que tienen que encauzarse los esfuerzos filosóficos cuyas pretensiones ostenten actualidad.

La propuesta elaborada por Benjamin parte de y se estructura en cierta ambivalencia. Por un lado, afirma que el desmoronamiento del concepto de experiencia y la reducción de sus posibilidades concretas encuentran su causa en el proyecto impulsado por la racionalidad ilustrada. Por otro lado, sostiene empero que las vías de superación de ese empobrecimiento de lo experiencial se abren a partir de la criticidad implicada en la teoría kantiana del conocimiento: “¿por qué [entonces] salvar a Kant y condenar la Ilustración?” (Villacañas y García, 1996, p. 44).

Diferentes especialistas han señalado que Benjamin salva a Kant porque fue él quien planteó el problema de las relaciones entre metafísica, experiencia y conocimiento. Thomas Weber, por ejemplo, indica (2014, pp. 483-487) que Kant trabó de manera definitiva el nexo entre conocimiento y experiencia, aspecto que impulsa a Benjamin a ensayar la purificación de la teoría de conocimiento kantiana tanto por el lado del concepto de experiencia como por el lado del concepto de conocimiento. Por su parte, Villacañas y García afirman (1996, p. 45) que para Benjamin lo central del pensamiento del filósofo ilustrado radica en la advertencia del vínculo de la experiencia como diversidad unitaria y continua del conocimiento. Múltiples son las respuestas que los propios textos benjaminianos otorgan para establecer aquellos nodos que hicieron mella en las reflexiones del filósofo berlinés. En función de focalizarnos en los ejes propuestos – el del derecho y el del lenguaje –, indagaremos una tangente entre el pensamiento de Benja-

min y el de Kant haciendo especial foco en *Sobre el lenguaje en general y el lenguaje de los humanos* (1916) y *Para una crítica de la violencia* (1921).

2. Sobre el derecho

Para una crítica de la violencia [Zur Kritik der Gewalt¹⁹³] fue escrita en 1921. En el título aparece una palabra de evidente origen kantiano; esto no es, claro está, una mera casualidad. Sin embargo, la remisión tampoco es transparente. Es comprensible, desde un punto de vista que reduce lo biográfico a lo fáctico, que luego de episodios bélicos que conmocionaron las existencias europeas Benjamin emprendiera una crítica de la violencia cuya meta fuese denunciar sus límites y lo nefasto que hay en ella al momento de su intervención en el escenario político. Sin embargo, Benjamin no procura denunciar los límites de la violencia, sino que se propone, en cambio, mostrar la configuración dialéctica en que ésta se construye: o sea, conocer según qué criterio o distinción puede ser concebida la esencia de la violencia.

¿Qué camino es el correcto a la hora de adentrarse en la esencialidad de un problema de modo tal que se respete su enfrentamiento constante con el mundo histórico? Benjamin, con sus suspensiones dialécticas características, sostiene que la exposición de la esfera en que la violencia emerge está determinada por la presencia de los conceptos de derecho y de justicia. En consecuencia, ha de resultar cardinal advertir lo siguiente: si bien es claro que la relación más fundamental de cualquier ordenamiento jurídico es aquella que se refiere al fin y al medio, queda por averiguar si lo mismo corre para el ámbito de la justicia y para el de la violencia específicamente. Esto porque, si se indaga la violencia como medio justo o injusto de fines correspondientemente justos e injustos, su crítica estaría ya implicada en una que se ocupara tan solo de los fines; y lo que aquí se busca es, en cambio, una crítica que determine un criterio preciso de diferenciación en la esfe-

193 *Gewalt* es un término clave en la filosofía de Walter Benjamin que puede ser traducido no solo como “violencia”, sino también como “poder”, “autoridad”, “fuerza pública”, “poder legítimo”. En su crítica de la violencia Benjamin conjuga estos complejos sentidos.

ra misma de los medios, es decir, en el espacio propio de la violencia. Esto explica una de las tesis principales de este texto, la aserción que sostiene que la violencia puede ser indagada tan solo como medio y no como fin (Benjamin, 2009, p. 33).

Así pues, al momento de discernir el modo correcto de configurar el objeto sobre el que se reflexiona, Benjamin introduce una distinción realmente fundamental, aquella que separa medios de fines. Aquí puede ya rastrearse una primera pista en función de comprender algunos escorzos de la aludida tensión situada en la réplica a la Ilustración y la invocación simultánea de la crítica en cuanto modo actual de la filosofía. La distancia subrayada entre medios y fines no ha de funcionar, consecuentemente, sólo como el espacio de anclaje propuesto para pensar de forma exclusiva la violencia en su concreción histórica, sino que además, y de manera ineluctable, el tópico de lo medial opera como índice de una problemática más profunda que excede las fronteras de lo violento para atravesar la obra benjaminiana en su completitud: se trata de un problema epistemológico y político en sus vertientes instrumentales y mesiánicas.

Para proseguir con ello, es menester en primer lugar continuar pensando esta remisión necesaria de la violencia al medio. Benjamin se ocupa de las dos matrices predominantes dentro de las cuales se ha inscripto la reflexión sobre la *Gewalt* en vinculación con el derecho y la justicia. Por un lado, indica, la perspectiva del derecho natural comprende la violencia como un fenómeno natural que ha de evaluarse en su justicia conforme a los fines que persiga. Son los fines, por lo tanto, los que determinan el punto de vista del iusnaturalismo. El derecho positivo, en cambio, a la vez que comprende la violencia como producto histórico la torna legítima en la medida en que se ajusta a los medios sancionados legalmente. En el caso del aparato legislativo europeo – el que analiza Walter Benjamin –, el sistema jurídico opera de modo tal que suplanta los fines naturales que un sujeto puede concretar haciendo uso de su violencia por fines de derecho. Consecuentemente, para que un fin individual y natural sea legal debe coincidir

(siempre que ambos sean perseguidos mediante la violencia) con los fines de derecho¹⁹⁴.

El hecho de que esta congruencia sea estrictamente necesaria y actúe como criterio de legalidad revela que, en primer lugar, la violencia extrajurídica, contrariamente a lo establecido de manera explícita por el derecho positivo y el derecho natural, no es peligrosa en función de los fines que persigue sino que lo que la torna peligrosa es su mera existencia como medio fuera de la jurisdicción del derecho; y, en segundo lugar, el derecho no es un medio para la protección del ordenamiento estatal, como también lo determinan en su literalidad ambos paradigmas jurídicos, sino más bien un fin en sí mismo. En otras palabras, la violencia ha de ser ilegal – y por ende penalizada – siempre y cuando se instrumente en pos de fines divergentes de los sancionados estatalmente.

Según esto, lo que vuelve ilegal la violencia ejercida por un sujeto es su poder de tornarse un peligro capaz de socavar los cimientos mismos del derecho. Al mostrar los supuestos prácticos de la operatividad de este esquema se entiende mejor en qué hace foco la crítica benjaminiana a la lógica de los medios y fines en el ámbito del derecho y su insistencia en pensar la violencia sólo en tanto medio. Aquella se torna política cuando lo ideológico de su instrumentalidad cristaliza bajo la figura del castigo: el Estado castiga la violencia como medio porque lo que teme en ella no es tanto los fines a los que sirve, sino el hecho mismo de poder perseguir fines (Grüner, 2007, p. 36). Lo peligroso de la violencia reside entonces en que en su calidad de medio posee capacidad fundadora de nuevos órdenes.

Para una crítica de la violencia subraya la fecundidad del modelo crítico inaugurado por Kant: la cautela que importa ese ángulo de análisis para toda teoría del conocimiento permite reparar en los dispositivos ideológicos que dificultan el acceso a un problema concebido en sus fundamentos. El autoexamen riguroso de la razón habilita la revisión de sus pasos y sus maniobras, y descubre en su arquitectura

194 Así como, según la filosofía práctica kantiana, toda voluntad debe coincidir con la ley moral para ser considerada moralmente buena.

epistemológica el eco de sus estrategias políticas. En el caso específico de las acciones individuales amparadas en el marco del Estado de derecho, la vinculación propuesta entre medios y fines por ambos paradigmas jurídicos impide formular la pregunta esencial: ¿son legítimos ciertos medios constituidos en la esfera de la violencia? El modelo mediante el cual las prácticas son clasificadas y subsumidas bajo las categorías de medios y fines es la ocasión que permite mostrar las implicancias de la organización lógico-teleológica de medios y fines.

Esta lógica, la cual puede denominarse instrumental en la medida en que consiste en la instrumentación racional de ciertos medios en aras de determinados fines, revela su carácter insidioso al dogmatizar el último término del binomio hasta la justificación plena de los medios. El carácter ideológico del dispositivo epistemológico de los medios/fines organiza lógicamente la razón (científica, histórica, cultural, práctica, etc.) de modo tal que anula la multiplicidad que late en lo subsumido como medio y respecto de ello sólo cabe esperar una reflexión que calcule bajo el registro de lo óptimo y eficiente¹⁹⁵. Con ello la instrumentalidad ofrece en el fin una hermenéutica que, al colmar de sentido al medio, depotencia cualquier *poder* que pudiera anidar en sus entrañas al tiempo que borra también el cuestionamiento del origen social de ambos. Se produce con la implementación de esta lógica, por lo tanto, un artilugio perpetuador del ordenamiento existente de la realidad en la medida que impide el cuestionamiento teórico y práctico como así también la reformulación de ambas instancias:

las cosas razonables son las cosas útiles y todo hombre razonable debe estar en condiciones de discernir lo que le es útil. (...) La razón subjetiva tiene que habérselas esencialmente con medios y fines, con la adecuación de modos de procedimiento

195 Este tema emerge de manera muy cristalina en textos como *Sobre el concepto de historia* (1940). Allí el rechazo de la estructuración lógico-teleológica de los hechos, las experiencias y los razonamientos bajo su determinación en las figuras de medios para fines se aborda al mostrar la homogenización de progreso técnico con progreso social y proponer a ambos como *τέλος* de una humanidad supuestamente también homogénea. Cf. Reyes Mate, 2006.

a fines que son más o menos aceptados y que presuntamente se sobreentienden. (Horkheimer, 2007, p. 15)

Ahora bien, la crítica al modelo lógico-instrumental introducido en *Para una crítica de la violencia* se complementa con la reivindicación de una propuesta canónica del pensamiento kantiano. Ante la condena de permanecer solo en el medio sancionado legalmente para imposibilitar siquiera la diagramación de nuevos fines *mediante* violencias ilegales, una crítica de la violencia tiene que apelar al “imperativo categórico y su indiscutible programa básico” (Benjamin, 2009, p. 43): «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la del otro, siempre como un fin y nunca como un mero medio».

Benjamin expone las derivas tácitas del ordenamiento jurídico dispuesto según la lógica de la instrumentalidad. Ella orienta la razón subjetiva de modo tal que la ciñe a los medios coincidentes con los medios sancionados estatalmente, con lo cual el radio de acción es doblemente circunscripto: primero, porque la razón subjetiva es incapaz para diseñar nuevos fines; segundo, porque se la inhabilita para desplegar la potencia de los medios. Sin embargo, no se escapa que la introducción del imperativo categórico alerta sobre los riesgos prácticos de habitar el escenario medial.

¿Es que acaso la lógica que estructura la vida bajo el régimen de la instrumentalidad – aquel penado por el imperativo categórico – y prohíbe el diseño de fines extrajurídicos – aquel desmontado por Benjamin – es determinante? ¿O puede romperse ese círculo inexorablemente cuidado por la violencia legal?

3. Sobre el lenguaje

En *Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos* [*Über Sprache überhaupt und über die Sprache des Menschen*] (1916) Walter Benjamin – después de determinar que todos los eventos y cosas de la naturaleza viva e inanimada tienen participación en el lenguaje

puesto que todas ellas se comunican en su condición de entidad espiritual – expresa que “es fundamental entender que dicha entidad espiritual se comunica *en* el lenguaje y no *por medio* del lenguaje” (Benjamin, 1998b, p. 60).

La comprensión del lenguaje como un medio se encuadra dentro del enfoque que Benjamin denomina “burgués” (*Ibidem*, p. 62), aquel estructurado claramente desde la lógica instrumental de medios y fines en la medida en que en él la palabra opera como mero medio al servicio del fin comunicativo. Esta perspectiva desintegra el acto lingüístico para esquematizarlo en clasificaciones que declaran que el objeto del lenguaje es la cosa y su destinatario es el hombre. La concepción instrumentalizadora del lenguaje se sostiene, entonces, gracias a una ontología velada según la cual lo que es se escinde en tres universos: el del hombre, el del lenguaje, y el de las cosas y la naturaleza. Entre ellos, el primero y el último permanecen absolutamente diferenciados, pero consiguen vincularse, no obstante, a través de la funcionalidad del segundo. Cómo se produce esta mediación ha de rastrearse en una historia signada por el protagonismo determinante del hombre, quien decreta intersubjetivamente – en un pacto reconocido por varios – cómo han de designarse las cosas que conforman su mundo.

El enfoque burgués expresa, consiguientemente, que la relación entre significado y significante es la de la mera convención. El lenguaje, aquello que se supone tan íntimo de la condición humana, a pesar de su ordenamiento desde la lógica de la causalidad lineal (tal como testimonia la elaboración de textos y discursos) funciona empero según el principio de la casualidad (se llama así, pero podría haberse llamado de otra manera y de hecho se llama de tantas maneras como idiomas existen). Así pues, las palabras borran las fronteras de su universo propio y comienzan a mezclarse con las cosas haciendo del lenguaje otro gigantesco aparato de producción moderno. Las palabras, como las máquinas, se automatizan más y más hasta perder todo rastro de sentido propio y las frases, el entrelazamiento de palabras en el cual se modula la vinculación de la ontología tripartita, para no

aparecer desprovistas de sentido, deben articularse como operaciones de aquel aparato. Es decir, “las palabras, en la medida en que no se utilizan de un modo evidente (...) *al servicio de otros fines* prácticos (...), corren el peligro de hacerse sospechosas de ser pura cháchara” (Horkheimer, 2007, p. 31).

Benjamin – nutrido de la compleja constelación emergida de la filosofía alemana, la mística de origen judío y la literatura moderna – diagrama una concepción del lenguaje que resulta cardinal para comprender su disputa con la concepción teleológica en tanto dispositivo político-epistemológico. Así como con la violencia, aquí también el abordaje intensivo del medio exento de su referencia a un fin exterior arriba a prolíficas consecuencias. El filósofo afirma que las entidades espirituales se comunican a sí mismas *en* un lenguaje, por eso ellas son idénticas a las entidades lingüísticas en la medida en que ambas se hacen patentes en su comunicabilidad: el lenguaje comunica la entidad respectivamente lingüística de las cosas; esto es, el lenguaje se comunica a sí mismo, “lo comunicable es inmediatamente el lenguaje mismo” (Benjamin, 1998b, p. 61).

La concepción que subyace aquí es otra muy distinta a la del enfoque burgués; se trata ahora de un ser *inmediato* según el cual lo que es, es inmediatamente espiritualidad lingüística que se comunica a sí misma. Allí radica la sutileza que alberga la diferencia entre el «en» correspondiente al medio mesiánico y el «por medio de» propio de un medio útil en la consecución de un fin otro. Mientras que el segundo hace referencia a la exterioridad entre elementos que se vinculan, el primero alude a una completa intimidad bajo la figura de la *inmediatez*.

Para despejar a qué alude la específica condición medial del medio y en qué sentido este enfoque dista del instrumental en cuanto mesiánico, Benjamin trama una referencia a la situación adánica. El filósofo acude al libro del *Génesis* – ya que sus exposiciones se ajustan a la comprensión del lenguaje como realidad inexplicable y mística, sólo analizable en su posterior despliegue (*Ibidem*, p. 66) – con el objetivo de recolectar en él lo que se revela respecto de la naturaleza del

lenguaje. Según lo relatado en ese libro bíblico, el triple compás de creación (cuyo pulso se marca en hacer/crear/ nombrar) patentiza la profunda referencia del acto de creación al lenguaje: él es omnipotencia formadora, creador en cuanto palabra y conocedor en cuanto nombre. Solo en Dios, quien en un mismo acto consume la creación y el conocimiento de la esencialidad de la cosa, se da la relación absoluta entre nombre y entendimiento; en Él el nombre es la palabra hacedora y, en ese sentido, es también médium para el entendimiento.

Por eso puede afirmarse que Dios hace las cosas cognoscibles en sus nombres, porque Él ha legado al hombre el mismo lenguaje en su condición de médium. A causa de ello la rítmica del proceso creativo divino se interrumpió al momento de su creación: Dios no creó al hombre desde la palabra ni lo nombró porque no quiso hacerlo subalterno al lenguaje. El lenguaje llegó al hombre como don y su actualidad creativa, presente en todo su esplendor en la entidad divina, se resuelve en el hombre como conocimiento. Mientras que Dios crea *en* la palabra, el hombre conoce *en* el nombre. El hombre no posee el lenguaje como no posee el conocimiento, sino que el hombre conoce porque el lenguaje es el médium de la creación.

No obstante, el hombre ha caído y su pecado original ha asumido una triple significación. Benjamin explica que, en primer lugar, el hombre ha transformado la pureza del lenguaje del nombre en mero medio, mero signo; en segunda instancia, el hombre ha perdido *inmediatez* ontológica de conocimiento y lenguaje y ha intentado restaurarla con la magia del juicio que supondría la inmediatez sentenciadora; por último, la separación entre las cosas y el lenguaje, implícita en la lógica de la instrumentalidad lingüística, ha dado origen a una abstracción en la que ya no se transfiere la continuidad transformativa de las entidades espirituales (lo propio de la traducción), sino que se comparan supuestas igualdades.

Así, el abordaje de la naturaleza del lenguaje le permite a Benjamin diagnosticar que la determinación subjetiva de la realidad, impulsada por la Ilustración (en su revolución copernicana y su consiguiente remisión del ordenamiento de lo real a las posibilidades del sujeto

trascendental) y exacerbada en la época moderna, ha decantado en un uso instrumental del lenguaje que no hace más que revelar la instrumentalización del λόγος en su integridad: la palabra en su exterioridad comunicante bajo la lógica de la identidad abstracta y subsumidora se ha alejado de las cosas para tornarlas meros conceptos y, en diálogo consigo misma, ha establecido una finalidad externa a la concreción del mundo material.

De allí que la naturaleza persista en el duelo, pues ella no se aflige sólo por su incapacidad para comunicarse por sí misma sino doblemente en tanto que en el lenguaje humano instrumentalizado permanece innombrada y, por lo tanto, desconocida. “Es la intrusión de una subjetividad arbitraria, caracterizada como el mal, lo que vuelve a la naturaleza antes objetiva en triste y muda” (Vedda, 2012, p. 9).

4. El medio en trance

En torno a la violencia, Benjamin indica una potencia cernida sobre los medios, la de poder fundar ordenamientos inéditos, absolutamente novedosos. En torno al lenguaje, señala que hay una condición inmediata del medio que se opone al proceder de la razón y el lenguaje instrumentalizados.

Ahora bien, la problematicidad dialéctica del medio habilita un nuevo punto de encuentro con la filosofía kantiana: la tercera crítica del filósofo ilustrado aborda largamente la confección de un juicio sobre lo bello en relación a una finalidad sin fin. ¿Por qué? En la primera de las críticas, la de la razón pura y la que en el escalafón de la trilogía ocupa el lugar del tribunal de la razón, Kant se propone estipular los límites dentro de los cuales se inscribe la legitimidad del pensar. Así, determina, entre esta y la segunda crítica, que los conceptos de la naturaleza que contienen el fundamento de todo conocimiento *a priori* descansan sobre la legislación del entendimiento, y que el concepto de libertad fundamento de todas las prescripciones prácticas no condicionadas sensiblemente descansa sobre la legislación de la razón. Concluye, entonces, que la razón teórica y la razón práctica, más allá

de poder aplicarse según la forma lógica sobre principios y sea cual fuere su origen, tienen cada una su propia legislación acorde al contenido. Sin embargo, en su *Crítica del discernimiento* [*Kritik der Urteilskraft*] (1790), indica que “todavía hay un término *intermedio* entre la razón y el entendimiento” (Kant, 2003, p. 122) y este es, precisamente, el discernimiento.

El discernimiento, esta zona fructuosamente medial también llamada «facultad de juzgar en general», es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si lo dado es lo universal, o sea, la regla, el principio o la ley (es decir, si el discernimiento subsume lo particular bajo lo universal), entonces se trata de un juzgar *determinante*. Pero si solo está dado lo particular y el discernimiento debe buscar lo universal, se trata en cambio de un juzgar *reflexionante*. Así pues, el discernimiento determinante se limita a subsumir y la ley le está asignada *a priori*, por lo tanto, no necesita pensarla por sí mismo para poder subordinar lo particular de la naturaleza bajo lo universal. Sin embargo, las formas de la naturaleza son tan múltiples que quedan sin determinar por aquellas leyes *a priori* dadas por el entendimiento, porque ellas solo atañen a la posibilidad de una naturaleza en general. Para pensar lo particular le corresponde al discernimiento reflexionante, si quiere ascender a lo universal, un principio que no puede tomar prestado de la experiencia en tanto él debe fundamentar la unidad de todos los principios empíricos y la posibilidad de su correlativa subordinación sistemática. “Así pues, solo el discernimiento reflexionante puede darse a sí mismo tal principio trascendental como ley, sin tomarlo de ninguna otra parte (ya que de lo contrario se convertiría en discernimiento determinante)” (*Ibidem*, p. 125).

Kant indica, entonces, una posibilidad no solamente de autonomía sino también de indeterminación en la esfera práctica: mientras que las leyes universales de la naturaleza tienen su fundamento en nuestro entendimiento, “las leyes empíricas particulares han de considerarse con respecto a cuanto queda sin determinar por esas leyes universales según una unidad semejante” (*Ibidem*, p. 126). ¿Habilita, por lo tanto, el pensamiento kantiano la emergencia de una región

inalcanzada por la legislación inhibidora de fines alteradores del Estado de derecho?

Para entrever algo de lo que mienta este interrogante es preciso tener en cuenta que, según Kant, el concepto de un objeto que contiene el fundamento de su realidad (la realidad del objeto) se llama «fin»; pero la concordancia de una cosa con aquella característica de la cosa que sólo es posible según fines se llama «finalidad»; el principio del juzgar con respecto a la forma de las cosas de la naturaleza bajo leyes empíricas en general es la finalidad de la naturaleza en su diversidad. “Así pues, la finalidad de la naturaleza es un peculiar concepto *a priori* que tiene su origen exclusivamente en el discernimiento reflexionante” (*Ibidem*, p. 126). Lo nuclear aquí, al menos para nuestro propósito, es que el filósofo ilustrado enfatiza las diferencias existentes entre esta finalidad muy específica, que implica un principio trascendental en la medida en que representa la única condición universal *a priori* bajo la que las cosas pueden ser objetos de nuestro conocimiento en general; y la finalidad práctica abordada en su segunda crítica, la cual supone un principio metafísico que representa la única condición *a priori* bajo la cual los objetos cuyo concepto tiene que darse empíricamente pueden verse además determinados *a priori*. Incluso, finaliza la introducción de la *Crítica del discernimiento* explicitando que: 1 - el entendimiento, en cuanto capacidad de conocer, es regido por el principio *a priori* de la *legalidad* y se aplica en la naturaleza, 2 - la razón, en cuanto capacidad de desear, es regida por el principio del *fin final* y se aplica en el ámbito de la libertad, y 3 - el discernimiento, en cuanto sentimiento de placer y displacer, se rige por el principio *a priori* de la *finalidad* y se aplica al arte.

La distinción que Kant establece entre «fin» y «finalidad» apunta en la dirección de un horizonte práctico perfilado bajo la posibilidad de una instancia medial la cual “puede remitir a un cierto tipo de carencia de objetivos que sin embargo no carece de finalidad en cuanto tal” (García, 2015, p. 17). Esta finalidad atiborrada de sentido y, sin embargo, exenta de exterioridad teleológica es la reivindicada por

Benjamin en su propuesta de una filosofía articulada la exposición del medio en cuanto tal.

La formulación de una finalidad sin fin alude a una concepción no instrumental de la experiencia que, lejos de entenderla como un medio que se diluye en la consecución de fin diagramado, disuelve la instancia misma del *τέλος* para permanecer en la mediatez habitándola de forma inmediata. Este medio despojado de cualquier entelequia es el que permite diseñar una vía de escape hacia la esfera donde la legislación no solo no puede vigilar para castigar, sino que queda impotente en tanto derrocada: la dialéctica trascendental del juicio reflexionante se agudiza cuando los medios implican una subversión que no funda un nuevo derecho, sino que funda un nuevo orden. La insurrección de esta acción benjaminiana juzga su violencia no según sus efectos, sino solo según la ley de sus medios en cuanto medios.

Por eso Benjamin consigue distinguir dos tipos de violencia política: la mítica y la divina. La violencia mítica se asimila a la violencia fundadora de derecho, y es caracterizada como una violencia de medios (Benjamin, 2009, p. 55). Su función es doble: por un lado, establece con la violencia como medio el derecho como fin; en consecuencia, no abdica cuando lo instaura, sino que recién allí se convierte estrictamente en fundadora de derecho. En segundo lugar, instaura un fin necesariamente ligado a la violencia, lo cual exhibe que fundar derecho es fundar poder y fundar poder [*Gewalt*] es manifestar violencia [*Gewalt*]. De esta manera, queda expuesto que la lógica de los medios y fines actúa con función encubridora y justificadora de la implicación dialéctica entre derecho, violencia y poder: es el poder el principio de toda fundación mítica del derecho, y no la justicia como principio de toda fundación divina de los fines.

La posibilidad kantiana de diagramar cierta praxis en una finalidad sin fin permite, en cambio, pensar una violencia divina: ella destruye el ciclo mítico del derecho y proscribe los límites dentro de los cuales se le permite al sujeto actuar). Su índice medial lo encuentra en la sangre; ésta, como mera vida, demanda no ser derramada, o, lo que

es lo mismo, define la pureza de la violencia divina en la ausencia de toda fundación de derecho (*Ibidem*, p. 59).

5. Palabras finales

Benjamin torna la dialéctica trascendental kantiana¹⁹⁶ en un dispositivo expositivo: trata de mostrar lo no reconciliado de nuestras sociedades modernas mediante una “negatividad reflexionante”, para usar una expresión de Theodor Adorno (2013, p. 85). Desde ella expone tanto los anversos irracionales de la razón como la normalización del estado excepcional, haciendo estallar su progresiva solución. Benjamin insiste en generar una vía racional en la que las prácticas se estructuren a partir de la tensión: no se trata de definir ninguna universalidad en cuya subsunción de los particulares haya un direccionamiento al término medio, sino de una persistencia en la instancia medial. En ella, los extremos se encuentran en tanto extremos y, a partir de su polaridad, revelan el carácter de contradicción política que hace posible un dinamismo práctico. De allí que el nexo entre conocimiento y experiencia, característico de la filosofía crítica kantiana, se preserve también en la filosofía de Benjamin.

En efecto, para Benjamin $\frac{3}{4}$ como para Kant $\frac{3}{4}$ las condiciones del conocimiento son las de la experiencia. Pero, a diferencia de la estructuración kantiana, Benjamin no busca lo incondicionado de la experiencia en cuanto *a priori*, sino en aquello que, en tanto medio, está allende lo condicionado: la afinidad recíproca de experiencia-lenguaje-conocimiento, cuya reciprocidad es tan íntima que genera su propio campo de fuerza gravitacional, desprendiéndose de todo servilismo teleológico. De esta manera, Walter Benjamin ejecuta una suerte de desplazamiento del imperativo kantiano que habilita otros horizontes prácticos: lo extrae fuera del perímetro del idealismo para hacerlos operar en terreno político.

196 Claro que la intensificación benjaminiana de la dialéctica kantiana se vincula con la profundización crítica de esa misma dialéctica efectuada de manera paradigmática por Hegel.

Así entonces, cabe decir que en Benjamin la mirada dialéctica cristaliza en la pureza crítica: la diagramación de una praxis de los medios, cuya lucha se estructura según el esquema de la finalidad sin fin, permite la ruptura de un ciclo hechizado por las formas míticas del derecho. La insistencia del filósofo alemán en la instancia de los medios conduce así a revelar la ambivalencia mesiánica aludida en la tesis VI de *Sobre el concepto de historia*: el mesías vence al anticristo (Benjamin, 2006, p.113) cuando destituye el derecho y su violencia revolucionaria se consagra como redentora al instaurar una nueva era histórica (Benjamin, 2009, p. 62).

Referencias

Adorno, Theodor (2013). *Introducción a la dialéctica*. Trad.: M. Dimópulos. Buenos Aires: Eterna Cadencia.

Aguirre Aguirre, Carlos (2020). “Kosmogonía de la contaminación, Zyntaxys del delirio Contorsiones anticoloniales en la obra tardía de Glauber Rocha”. *laFuga*, 24, pp. 1-11. Recuperado de: <http://2016.lafuga.cl/kosmogonia-de-la-contaminacion-zyntaxys-del-delirio/1026>

Benjamin, Walter (1998a). “Sobre el programa de la filosofía venidera”. En: *Iluminaciones IV*. Trad.: R. J. Blatt Weinstein, pp. 75-84. Madrid: Taurus.

Benjamin, Walter (1998b). “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos». En: *Iluminaciones IV*. Trad.: R. J. Blatt Weinstein, pp. 59-74. Madrid: Taurus.

Benjamin, Walter (2006). Sobre el concepto de historia. En: Reyes Mate, *Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin «Sobre el concepto de historia»*. Madrid: Trotta.

Benjamin, Walter (2009). “Para una crítica de la violencia”. En: *Estética y política*. Trad.: T. A. Bartoletti y J. M. Buchenhorst, pp. 33-64. Buenos Aires: Las Cuarenta.

Buck-Morss, Susan (2011). *Origen de la dialéctica negativa: Theodor Adorno, Walter Benjamin y el Instituto de Frankfurt*. Trad.: N. Rabotnikof Maskivker. Buenos Aires: Eterna Cadencia.

García, Luis (2015). “Medialidad pura. Lenguaje y Política en Walter Benjamin”. *Recial*, 8 (6) 1-1. Recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recial/article/view/12964>

Grüner, Eduardo (2007). *Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia*. Buenos Aires: Colihue.

Horkheimer, Max (2007). *Crítica de la razón instrumental*. Trad.: H. A. Murena y D. J. Vogelmann. La Plata: Terramar.

Kant, Immanuel (2003). *Crítica del discernimiento*. Trad.: R. Rodríguez Aramayo. Madrid: Mínimo Tránsito/Antonio Machado Libros.

Moreno, María Rita (2020). “Theodor Adorno y el problema de la racionalidad moderna: aristas germinales de una inquietud crítica”. *Universum*, vol. 35 no.1, Talca. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762020000100314>

Vedda, Miguel (2012): “Introducción: Melancolía, transitoriedad, utopía. Sobre *El origen del Trauerspiel alemán*”. En W. Benjamin, *Origen del Trauerspiel alemán*, pp. 5-51. Buenos Aires: Gorla.

Villacañas, José L. y García, Román (1996). “Walter Benjamin y Carl Schmitt: Soberanía y Estado de Excepción”. *Daimon. Revista de Filosofía*, n° 13, julio-diciembre, pp. 41-60.

Weber, Thomas (2014). “Experiencia”. En: M. Opitz y E. Wizisla (eds.), *Conceptos de Walter Benjamin*, Trad.: C. Pivetta, pp. 479-525. Buenos Aires: Las cuarenta.

Elementos constitutivos de una teoría crítica de la justicia¹⁹⁷

Gustavo Pereira¹⁹⁸

En una de sus más básicas formulaciones, la justicia consiste en dar a cada uno lo que le corresponde, tal como ha sido afirmado por Platón, Aristóteles y Ulpiano. Sin embargo, la generalidad de la formulación puede caer en un vacío de sentido y perder toda relevancia política, si no es especificada a través de la identificación de qué es lo que le corresponde a cada uno y en virtud de qué. Esto conduce a la caracterización de la justicia social como aquello que le corresponde a cada uno en virtud de su condición de miembro de una comunidad política, y que por lo tanto le permite a un individuo ser un ciudadano libre e igual, capaz de participar en la vida de la comunidad respaldando sus posiciones con razones, expresando disenso, y realizando reclamos.

En esta formulación hay un amplio acuerdo que es complementado con tres restricciones igualmente compartidas. La primera de las restricciones es que la justicia tiene por objeto las instituciones de las sociedades democráticas¹⁹⁹, y por lo tanto su preocupación no está centrada en el comportamiento de los individuos sino en el de las instituciones. Cuando hablamos de instituciones nos referimos al conjunto de reglas públicas que especifican las acciones que son permitidas o prohibidas, regulando de esta manera las interacciones entre los agentes de una sociedad. Estas instituciones, que constituyen lo que Rawls denomina la “estructura básica de la sociedad” (*Teoría* 75), modelan, perfilan y orientan los comportamientos de los ciudadanos,

197 Publicado originalmente en la revista *Ideas y Valores*, v. LXIII, n. 156, dic. 2014, p. 53-78.

198 Universidad de la República (Uruguay). Contacto: gustavofelper@gmail.com

199 Cabe destacar que el alcance de la justicia puede ir más allá de las sociedades democráticas e incluir también a los “pueblos decentes”, tal como Rawls los denomina, ya que las instituciones básicas de estos últimos al cumplir con una serie de condiciones de equidad y justicia política entrarían dentro de la categoría de los “pueblos bien ordenados” (*El derecho* 73-75, 103).

por lo tanto la incidencia de la acción del estado en tales instituciones terminará generando una sociedad justa.

La segunda restricción está internamente ligada a la anterior y es que la justicia social tiene como agente privilegiado para intervenir en las instituciones de la sociedad a los distintos organismos y agencias del estado, los que a través de sus políticas y medidas inciden en la estructura básica de la sociedad. Si bien el estado en esta actividad puede intervenir conjuntamente con otros agentes tales como los mercados, las escuelas o los centros de salud privados, sus propias agencias, principalmente a través del derecho, tienen una enorme influencia sobre cómo un conjunto equitativo de bienes es distribuido entre los ciudadanos o cómo son reforzadas, ajustadas o transformadas las relaciones sociales predominantes en una sociedad.

La tercera restricción es que la justicia social tiene mayores posibilidades de realizarse dentro de las fronteras de un estado nación que en términos supranacionales. La razón más importante para ello consiste en la ausencia de instancias supranacionales que sean capaces de tener el monopolio de la coacción propio del estado como para exigir el cumplimiento de lo que se acuerde en términos de justicia (Nagel 122-5). Si bien tenemos crecientes posibilidades de contar con estructuras básicas supranacionales que oficien como objeto de una justicia supranacional, la capacidad de hacer cumplir lo acordado es bastante más débil que dentro de los estados nacionales. Esto no niega el hecho de que una justicia supranacional o incluso internacional tendría enormes impactos en la justicia social aplicada dentro de un estado, y mucho menos el hecho de que en algunas regiones del mundo el camino a esta justicia supranacional ya se ha consolidado, como en el caso de la Unión europea. Es más, puede afirmarse que si bien esto puede ser entendido como una tendencia hacia una justicia global, no socava la relevancia de la restricción de la justicia principalmente a un estado nación.

Estas tres restricciones que se han indicado establecen las coordenadas dentro de las cuales se debería responder a preguntas tales como ¿qué debe garantizar la justicia social y a quiénes?, ¿cómo

distribuye beneficios y cargas?, y ¿cómo asegura los aspectos que no son directamente distribuibles? Mi respuesta pretende introducir dos elementos estructurantes que tienen la intención de contribuir al desarrollo de una justicia social crítica y que consisten en aspectos que no son adecuadamente contemplados o tienen un protagonismo marginal en el debate sobre la justicia social; ellos son la idealización del sujeto entendida en términos de autonomía de reconocimiento recíproco, y una alta sensibilidad a la vulnerabilidad. Debido a su rol estructurador de una concepción de justicia, estos dos elementos generan una especie de efecto cascada y determinan cómo se habrán de seleccionar y construir las métricas de justicia, los principios que distribuyan y asignen recursos, y el alcance de la justicia social. En conjunto estos serían los elementos que aspiro contribuyan al desarrollo de una justicia social crítica, y que deben ser entendidos más como una expansión de las posiciones defendidas en el debate sobre la justicia social que como una ruptura radical con ellas.

A continuación y como primer paso en la presentación de estos elementos introduciré lo que considero es el rasgo más básico de una teoría crítica de la justicia, y es la construcción de un punto de vista crítico que nos permita evaluar cómo las instituciones sociales regulan las relaciones sociales, y proyectar su transformación. El desarrollo de esta perspectiva requiere presentar el programa de la Teoría crítica, en particular en las versiones de Habermas y Apel.

I

La Teoría crítica puede ser presentada como el programa original de la Escuela de Frankfurt, cuyo rasgo distintivo era el ser una empresa interdisciplinaria que tenía por fin realizar un diagnóstico crítico de la realidad. Esto significaba desarrollar un cierto tipo de pensamiento social que implicaba una crítica normativa de la sociedad, y que se caracterizaba porque esa perspectiva en la que se basaba la crítica era inherente a la praxis, es decir, la crítica se anclaba en una experiencia básica compartida previa a cualquier procesamiento

teórico (Horkheimer 256-8). Tal experiencia compartida no se da en el vacío, sino que opera y articula un trasfondo de justicia vulnerado y que puede reconstruirse de mejor forma a partir de dicha experiencia, que, a su vez, funge como el elemento estructurante de nuestro sentido de justicia. A esto se lo conoce como la trascendencia dentro de la inmanencia social, por la cual una cierta práctica o experiencia es la clave para dar cuenta de los ideales sociales frustrados de una época, a la vez que tiene suficiente potencial normativo como para explicar históricamente la dinámica social y proyectarse en nuevas formas de organización social.

Estos rasgos fundacionales de la Teoría crítica debieron ser actualizados, especialmente por parte de Habermas, ya que la estrecha conexión que la primera generación de la Escuela de Frankfurt tenía con una filosofía de la historia marxista los condujo a aceptar una explicación teórica de la dominación capitalista tan restringida que no dejaba espacio alguno para una crítica práctico moral (Honneth *Disrespect* 65). La obra de Habermas abandona el paradigma de la producción propio del marxismo para fundar el paradigma de la acción comunicativa, estableciendo con ello que las condiciones de progreso social se encuentran situadas no en el trabajo sino en la interacción social. El programa que propone Habermas cumple con las exigencias postuladas por Horkheimer para la crítica social, con la diferencia de que en lugar del trabajo social, Habermas identifica en el entendimiento comunicativo una práctica a la que puede asignarse suficiente potencial emancipatorio como para anclar la crítica normativa al interior de la realidad social.

Una dificultad que es necesario zanjar en todo intento de actualización del proyecto de la Teoría crítica consiste en cómo se establece el punto de vista crítico. Si éste depende de una filosofía de la historia, el compromiso metafísico que esto supone lo debilitaría considerablemente, y también si depende de una tradición o eticidad, el relativismo sería inevitable y socavaría la posibilidad de crítica reduciéndola al contexto en que impera dicha eticidad. Por esto último es crucial que el punto de vista crítico se asiente en una propuesta de corte universa-

lista que trascienda las tradiciones y contextos locales para asegurar a todos condiciones de tratamiento igualitario. La propuesta de Habermas va por este camino al igual que la de Apel, quien pretende evitar ese riesgo, defendiendo como mejor alternativa para fundar un punto de visto crítico de corte universal a la fundamentación pragmático trascendental. La superioridad de ese camino se asienta en que sería capaz de proveer un criterio normativo no dependiente de la eticidad, y para ello Apel distingue dos tipos de enunciados: “aquellos para los que está prevista su comprobación empírica y su posible falsación, y aquellos otros cuya fundamentación se encuentra en que, sin presuponer su validez, no se puede comprender en absoluto la exigencia y el contenido significativo del principio de verificación y falsación empíricas. En este último caso, como es natural no tiene ningún sentido la exigencia de una comprobación empírica.” (Apel *Apel versus Habermas* 70-71).

Esto es lo que permite a la ética del discurso en la versión de Habermas y en la de Apel postular la diferenciación entre el principio fundamental formal y procedimental de la moralidad del discurso, y la legitimación de las normas concretas, revisables, referidas a situaciones particulares que siguen los afectados. Entonces, las perspectivas cuyo recurso último son las formas de vida fácticas, tienen como limitación que la validez moral no puede fundamentarse más allá de ellas, lo que bloquea cualquier intención de contar con una perspectiva universalista. Este tipo de dificultades solamente puede ser realmente superado si se muestra que la reconstrucción posconvencional y la fundamentación de los procesos de racionalización del mundo de la vida pueden acogerse a recursos de fondo de la razón que no son idénticos a los recursos de fondo contingentes e históricamente condicionados de las muchas formas de vida. Según Apel, de esto depende la posibilidad de solucionar de forma coherente y consistente la problemática de la fundamentación normativa de la Teoría crítica.²⁰⁰ Su firme posición consiste en que

200 Apel sostiene que el principio del discurso de Habermas establece el “punto arquimédico” de una fundamentación última filosófica, aunque él mismo no haga un

(...) una fundamentación indiscutible de la pretensión de validez de las ciencias *reconstructivas comprometidas normativamente* –como la de la renovada *teoría crítica*– no debe ser emprendida partiendo del Factum de las pretensiones y recursos del mundo de la vida, sino partiendo de la *perspectiva de la discusión* de la ciencia y de la filosofía (que se ha alcanzado ya siempre mediante el *cuestionamiento* de las pretensiones y recursos de fondo del mundo de la vida): esto es, partiendo del punto de vista metódicamente irrebasable del discurso argumentativo. (76)

De esta forma Apel presenta un camino reconstructivo de la Teoría crítica que tiene como rasgo más destacable proveer una fundamentación filosófica no metafísica e independiente de la eticidad.

A partir de esto puede afirmarse que para la perspectiva de renovación de la Teoría crítica promovida por Apel y Habermas, la inmanencia de la práctica social se encuentra en las relaciones intersubjetivas que tienen a la comunicación como medio privilegiado, mientras que la trascendencia de tal interacción comunicativa adquiere un fuerte carácter universal al estar sustentada por una fundamentación filosófica. A su vez, si bien la toma de distancia entre fundamentación y eticidad genera un punto de vista crítico independiente, no se prescinde de la eticidad sino que se le asigna un rol en las cuestiones de aplicabilidad donde la autocomprensión de un cierto campo se estructura a partir de conceptos normativos densos, es decir, que tienen un alto potencial normativo para explicar y presionar por la transformación social. Es en la preocupación por la aplicabilidad donde las

uso arquitectónicamente adecuado de este descubrimiento. La razón que explica la oscilación de Habermas es su temor a perder el contacto con la praxis del mundo de la vida, en tanto que base material de la filosofía. Como consecuencia de esto, tanto la *constitución de sentido* condicionada por los intereses, como la *justificación de la validez* manifiesta, por ejemplo, en la fundamentación de la validez moral, son remitidos a los recursos de fondo de la comunicación que se encuentran en el mundo de la vida (75-6).

cuestiones de justicia social encuentran su lugar y ello se da a partir de una especial relación entre fundamentación y aplicabilidad.

Fundamentación y aplicabilidad en el programa de la ética del discurso tienen una relación que puede ser explicada con más detalle a partir de lo que Apel ha denominado como la parte B de la fundamentación. Para Apel la parte A consiste en la fundamentación de un principio de universalización (U) a partir de los presupuestos pragmáticos trascendentales de la argumentación, que son irrebasables para todo quien participe en un diálogo. Este principio adopta el papel de una regla de argumentación y ha sido presentado por Habermas de la siguiente forma: “Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos laterales que del seguimiento *general* de la norma previsiblemente se sigan para la satisfacción de los intereses de cada uno, puedan ser aceptados sin coacción por todos los afectados.” (*Escritos* 68).

El mencionado principio de universalización solamente tendrá relevancia práctica si es capaz de enfrentar los problemas de su aplicación a un mundo en el que las condiciones para que efectivamente pueda ser aplicado no se encuentran dadas. Es por esta razón que es necesario contar con un principio de aplicabilidad que Apel sustenta a partir de una ética de la responsabilidad y denomina *parte B de la fundamentación* (*Diskurs* 146-50, *La ética del discurso* 182). Para llegar a ello afirma que los presupuestos pragmáticos trascendentales permiten fundamentar, además del principio de universalización, un principio de corresponsabilidad que afecta a cada potencial argumentante en tanto que copartícipe del discurso, y que puede identificarse con la “*responsabilidad humana para la creación histórica y cambios necesarios de las instituciones sociales*” (*Globalización* 195-6). Esto conlleva la corresponsabilidad de dar solución a aquellas situaciones donde los discursos prácticos con arreglo al principio U no pueden realizarse debido a que los participantes de la interacción, como consecuencia de las circunstancias que los afectan, no pueden intervenir en los discursos.

Entonces, la parte A de la ética del discurso, que es procedimental y postula el principio U, debe complementarse con una parte B,

comprometida con una mediación entre la racionalidad estratégica y la comunicativa. Esta habilitación que hace Apel de la acción estratégica de ninguna manera podría llegar a significar que pueda utilizársela de tal forma que conduzca a la instrumentalización total de las partes enfrentadas, porque el reconocimiento de la humanidad en la persona de los otros como un fin en sí mismo opera como un límite para la utilización de la acción estratégica (*Filosofía primera* 149). La ética de la responsabilidad que introduce Apel tiene la particularidad de que su fin no es subjetivo, y por lo tanto no admite la utilización estratégica de cualquier medio. El fin de asegurar las condiciones de posibilidad de un diálogo no distorsionado restringe los medios aceptables.

En definitiva, el telos de la comunicación, entendido como la realización de los discursos prácticos en conformidad con el principio U, es el ideal regulativo que permitirá garantizar las condiciones requeridas para su logro, y por ello todos los aspectos posibilitantes del diálogo serán parte de ese fin al que se encuentra orientada la aplicabilidad. Una teoría crítica de la justicia tendrá la función de mediar entre el telos de la comunicación y las medidas que se tomen para traducirlo efectivamente al mundo; para ello es preciso contar, por ejemplo, con principios de justicia y criterios normativos que regulen las estructuras y relaciones sociales que determinan la forma en que producimos, qué producimos, los regímenes de propiedad y cómo se distribuyen y asignan las cargas y ventajas resultantes de estos procesos. Sin embargo, previo a avanzar en esta tarea es preciso explicitar el rol que juega la autonomía de reconocimiento recíproco y la vulnerabilidad en una teoría crítica de la justicia, ya que de estos conceptos dependerá la forma en que se construyan los criterios que regulen las relaciones y estructuras sociales.

II

Es posible afirmar que en el intenso debate sobre la justicia social que ha tenido lugar desde la década del setenta, la idealización del sujeto que subyace a las concepciones de justicia es un elemento

clave para realizar una evaluación normativa de las mismas. Esto es así porque todas las concepciones realizan supuestos acerca de cuáles son los atributos de un sujeto relevantes para la justicia, y a partir de ello no solamente se construyen las teorías, sino que se estructura el fin que las orienta en su intervención en el mundo.²⁰¹ La relevancia que tiene manejar explícitamente las idealizaciones del sujeto se debe a la necesidad de contar con una guía a partir de la cual diseñar principios y criterios normativos, y ésta puede construirse a partir de la pregunta ¿igualdad para qué?, que significa preguntarse por un telos o fin de los posibles principios y criterios normativos de justicia. La identificación de este telos depende estrechamente del supuesto de sujeto que esté en juego, de tal manera que las distintas versiones de sujeto se convierten en el norte para diseñar políticas públicas que permitan realizarlo.

Como ya se ha indicado, la ética del discurso incorpora a través de su parte B el telos de asegurar las condiciones de posibilidad que le permitan a alguien ser un sujeto de diálogo. Sostengo que ser un sujeto de diálogo puede ser conceptualizado a través de la autonomía de reconocimiento recíproco, y ésta es la idealización del sujeto que permite desarrollar de mejor forma una teoría crítica de la justicia.

La autonomía de reconocimiento recíproco puede ser conceptualizada a partir de nuestra capacidad para ofrecer y aceptar razones para sustentar nuestras posiciones. Esta capacidad por una parte permite adoptar reflexivamente razones para actuar, y por otra permite tener una apertura a las posiciones de otros, de tal manera que sus razones sean siempre una exigencia de justificación que nos permita modificar o reforzar nuestras posiciones. Esta apertura a las razones de otros es parte de lo que se conoce como autonomía relacional, que consiste en que la constitución de nuestra subjetividad está fuertemente mediada por las relaciones sociales en las que nos desarrollamos y vivimos, pero en el caso particular de la autonomía de reconocimiento

201 Korsgaard presenta explícitamente la relación entre la pregunta moral y la respuesta que se da a ella, a través de la mediación de una concepción de la identidad práctica (147).

recíproco las relaciones que juegan un rol central en la constitución de la subjetividad son las de reconocimiento recíproco. Esto significa que las expectativas normativas de una persona son reconocidas por otra, que a su vez es relevante y reconocida por la primera.

Concebir la interacción social en la forma arriba indicada contempla la acción de ofrecer y aceptar razones, aunque no se restringe a ello, ya que si bien esta relación en su más básica formulación se alcanza entre dos personas, en la vida social quienes ofrecen y reciben reconocimiento pueden ser también actores colectivos, tales como las instituciones del Estado o diferentes tipos de asociaciones. En estos casos puede afirmarse que hay una mediación de reconocimiento entre los individuos y los actores colectivos, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, cuando una persona es reconocida por el Estado al otorgársele la ciudadanía o cuando su situación social desventajosa es compensada por una política social; por contrapartida, esta persona reconoce al Estado a través de acciones que legitiman a la democracia.

Esta definición no agota la idea de reconocimiento, pero la restringe al contexto que tiene un impacto directo en las cuestiones de justicia social. La importancia del reconocimiento para la autonomía es que los participantes en tales relaciones adquieren autorrelaciones prácticas que son precondiciones para ser capaces de participar en la vida de la sociedad como agentes. Una autorrelación práctica es la capacidad para asegurar reflexivamente nuestras propias competencias, que son formas de autopercibirnos y también el resultado de las relaciones de reconocimiento recíproco que establecemos. Por ejemplo, el respeto que otros nos otorgan es crucial para asegurar nuestro autorrespeto, y la estima que otros nos dan culmina incidiendo en nuestra autoestima. Las autorrelaciones prácticas no son “puramente creencias sobre nosotros mismos ni estados emocionales, sino propiedades emergentes de un proceso dinámico en el que los individuos llegan a experimentarse a sí mismos como teniendo cierto status, ya sea como un objeto de preocupación, como un agente responsable, o como un contribuyente valioso a los proyectos compartidos” (Anderson y Honneth 131, mi traducción). La seguridad en sí mismo que

tiene alguien para tomar parte en el diálogo depende de los contextos relacionales que intervienen en el desarrollo de su identidad, debido a que le proveen la necesaria confianza para poder interactuar con otros exitosamente. De ahí que sea sumamente dificultoso para una persona defender efectivamente sus posiciones con razones, expresar disenso o hacer reclamos sin tener ciertas autorrelaciones prácticas lo suficientemente desarrolladas, tales como autoconfianza, autorrespeto y autoestima, que son adquiridas a través de la interacción con otros que reconocen sus demandas o posiciones (Honneth *La lucha* cap. 5).

Por lo tanto, la autonomía de reconocimiento recíproco conjuga la autodeterminación de matriz kantiana por la cual una persona es capaz de darse su propia ley y actuar en conformidad con ella, con el reconocimiento proveniente de la tradición hegeliana. Esto se logra, como he indicado, cuando se asume que alguien se convierte en sujeto en tanto que es capaz de autocomprenderse a través de relaciones de reconocimiento recíproco con otros, y en particular con otros que tienen un rol significativo para él; de esta forma el reconocimiento pasa a ser un rasgo constitutivo del sujeto. Tanto autodeterminación como reconocimiento son parte del vínculo comunicativo que liga a los sujetos, por lo que solamente a través de la capacidad comunicativa que se manifiesta en la justificación de las acciones y las demandas de las personas, es posible sustentar la autonomía entendida en términos de reconocimiento recíproco.

Esta autonomía se alcanza gradualmente a través de un proceso en el que el reconocimiento por parte de los otros de nuestras aspiraciones a ser reconocidos configura las condiciones sociales que la propician, y en ello es un logro destacable el ser capaces de confiar en nuestros sentimientos e intuiciones, de tal manera de autocomprendernos como iguales, poder defender lo que creemos y considerar nuestros proyectos como valiosos. En este proceso los sujetos son especialmente vulnerables a las injusticias que pueden socavar la autonomía, y esto significa tanto la privación material como las alteraciones o trastornos de los nexos sociales para asegurarla. Por lo tanto, la dimensión relacional de la autonomía de reconocimiento recíproco

la hace especialmente sensible a la vulnerabilidad y permite que una teoría crítica de la justicia que se estructura a partir de ella tenga una mayor sensibilidad que otras concepciones de justicia a algunas circunstancias en que los requerimientos materiales y sociales para el logro de la autonomía son bloqueados, alterados o trastornados (Anderson y Honneth 129-30).

Para considerar dos ejemplos que ilustran este punto, el libertarismo supone un sujeto en el que prácticamente no hay sensibilidad a la vulnerabilidad, por lo tanto llega a ver toda protección social como una amenaza a la autonomía, y por ello es incapaz de capturar nuestra condición de sujetos necesitados. Por su parte, el liberalismo igualitario de Rawls y Dworkin presenta una mayor sensibilidad a la vulnerabilidad, y por ello introduce la necesidad de garantizar aspectos materiales necesarios para llevar adelante un plan vital tales como ingreso, educación o salud, pero estas perspectivas no capturan con suficiente precisión el papel que tienen las autorrelaciones prácticas del yo en tanto precondiciones de la agencia. Por estas razones, si bien hay una coincidencia parcial con la forma de concebir la autonomía por parte del liberalismo igualitario, la autonomía de reconocimiento recíproco tiene mayor alcance y nos permite capturar un espectro más amplio de circunstancias relevantes para garantizar la condición de agentes, es decir, de sujetos capaces de tomar parte en la vida de la sociedad justificando sus posiciones a través del intercambio de razones. A continuación se verá cuál es el mejor camino para garantizar la condición de autonomía de reconocimiento recíproco, y un primer paso es establecer cuál es la base de información que mejor se ajusta a estos objetivos.

III

Una teoría crítica de la justicia basada en el programa de fundamentación de la ética del discurso no es una teoría ideal de la justicia en el sentido rawlsiano, sino que solamente provee la justificación normativa de un telos a ser realizado, esto es, la autonomía de recono-

cimiento recíproco, que le permite a un sujeto participar en la vida de la sociedad presentando y aceptando razones para justificar sus posiciones. Esto implica que la preocupación principal se encuentra en la traducción a la realidad de ese telos, y para ello es preciso identificar medios adecuados, que a su vez, serán siempre contingentes y sensibles a las condiciones históricas y sociales de aplicación. La intención es brindar una orientación normativa muy específica que haga social y políticamente relevante toda intervención en la discusión pública desde la perspectiva de una teoría crítica de la justicia, y en ello postular métricas y principios de justicia es imprescindible.

El primer medio que debería proveerse para realizar la autonomía de reconocimiento recíproco es el de una métrica de justicia apropiada. Una métrica de justicia consiste en la dimensión que se toma como relevante para realizar las comparaciones interpersonales, esto es, para decir quién se encuentra mejor y quién peor desde el punto de vista de la justicia, y esa dimensión puede ser especificada a través de oportunidades, libertades, bienes primarios o capacidades, entre otras. La métrica de las capacidades de Sen se presenta como sumamente adecuada porque sus características más distintivas coinciden con las de la autonomía de reconocimiento recíproco; en particular, la alta sensibilidad a la variabilidad interpersonal que tienen las capacidades permite por una parte asumir la vulnerabilidad de los sujetos, y por otra posibilita asegurar el telos de la autonomía a través del acceso a medios transferibles y a contextos sociales apropiados.

La sensibilidad de la métrica de las capacidades a la variabilidad interpersonal implica reconocer que las personas difieren en cómo transforman los mismos medios en diferentes logros, y ello es explicado por el concepto de capacidad (Sen *Nuevo examen* 53-6). Esto último equivale a la libertad real que alguien tiene de ser y hacer lo que tiene razones para valorar. Otras métricas como el ingreso o los recursos son medios para alcanzar lo que se valora, pero la posibilidad de efectivamente lograrlo dependerá del conjunto de capacidades que alguien posea. A partir de esto puede afirmarse que las capacidades de Sen son un candidato con algunas ventajas sobre otras métricas como la de los bienes primarios²⁰², debido a que es más comprehensiva y

202 La crítica de Sen a la rigidez de medios, esto es, que los bienes primarios o los

ello permite garantizar igualmente recursos materiales y el acceso a relaciones intersubjetivas que conducen al logro de la autonomía de reconocimiento recíproco. Por ello es que la métrica de las capacidades es una métrica de justicia y reconocimiento.

En particular, sostengo que las capacidades tienen su mayor ventaja sobre otras posibles métricas de justicia en que es capaz de capturar las autorrelaciones prácticas del yo que se obtienen a través de relaciones de reconocimiento recíproco y que operan como precondiciones de la agencia. Sostengo que son precondiciones de la agencia porque si una persona no tiene suficientemente desarrollada la autoconfianza, que se corresponde con el reconocimiento que se alcanza en la vida íntima, el autorrespeto, que se corresponde con el reconocimiento logrado por alguien al ser considerado en forma igualitaria por las instituciones, y la autoestima, que se corresponde con el reconocimiento de las capacidades distintivas de cada uno, será muy difícil que esa persona pueda participar en términos de igualdad en la vida de la sociedad. Sen y Nussbaum, fundadores y representantes más importantes de la métrica de las capacidades, conceptualizan explícitamente la necesidad de asegurar estas autorrelaciones prácticas por su rol en la constitución de la identidad de los sujetos (Nussbaum *Upheavals* 207-10, *Women* 286-9; Sen *Development* 94).

Estas tres autorrelaciones prácticas que son capturadas por la métrica de las capacidades son diferentes momentos en el creciente logro de la autonomía de reconocimiento recíproco, por lo tanto esta métrica permitiría la construcción de indicadores para evaluar la progresiva adquisición de este tipo de autonomía, y también proyectar un diseño de políticas sociales destinadas a asegurar la autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima. La forma en que estas políticas promue-

recursos no son lo suficientemente sensibles a la variabilidad interpersonal (*Nuevo examen* 60, 96-100), es una de las más importantes que ha sufrido la justicia como equidad de Rawls, aunque es preciso decir que no ha tenido un gran impacto. La crítica fue considerada por Rawls como una contribución a tener en cuenta en las etapas posteriores a la posición original, es decir, en un momento en que la aplicabilidad requiere manejar más información para tomar decisiones coincidentes con la justicia (etapa legislativa), y en la que una noción más comprehensiva que la de los bienes primarios puede ser de suma utilidad (*Justicia como equidad* 224-5) Como conclusión de este intercambio puede afirmarse que la ventaja de las capacidades sobre los bienes primarios radicaría en su mayor comprensión, pero no en una alternativa significativa a los bienes primarios.

van la autonomía de reconocimiento recíproco dependerá de cuáles sean las características de los principios de justicia que las guiarán, ya que las métricas de justicia contribuirán al logro de la autonomía a través de la mediación de los principios de justicia. La siguiente tarea será, entonces, presentar los principios de justicia requeridos.

IV

Una de las ideas que se han explicitado hasta el momento es que la autonomía de reconocimiento recíproco se logra progresivamente en el desarrollo de la vida de alguien y que en esa adquisición es posible que se presenten circunstancias que la afecten o socaven. Por ello es posible diferenciar en el continuo de la autonomía cuando menos un estadio de ejercicio mínimo que le permite a alguien ser un agente competente y otro de potencialidad en el que tal competencia todavía no es alcanzada; denominaré a estos dos estadios *autonomía mínima* y *autonomía potencial*. La importancia de esta distinción radica en que a la hora de pensar en la elaboración de principios de justicia, así como también en la evaluación y diseño de políticas sociales, puedan identificarse estrategias diferenciales de justicia dependiendo de qué estadio de la autonomía sea el objeto.

Recordemos que la condición de autonomía está determinada por la capacidad de ofrecer razones y justificar posiciones, y los diferentes grados que puedan reconocerse en su ejercicio pautan diferentes competencias en esa actividad justificatoria. El reconocer grados de ejercicio de la autonomía implica que será preciso atribuirlos a quienes serán objeto del tratamiento resultante de los principios de justicia. Esa tarea de atribución de autonomía es contextual y se realiza por parte de quienes comparten esa condición; es decir, es un proceso que se lleva a cabo dentro de lo que podría denominarse una red de atribución en la que habría un fuerte acuerdo sobre las competencias que implica ser autónomo. (Anderson 203) Para procesar la atribución indicada es imprescindible contar con los conceptos ya mencionados

de autonomía mínima y autonomía potencial, que a su vez pueden ser especificados en términos de capacidades elementales.

A partir de esta distinción y con el objetivo de asegurar el telos de la autonomía de reconocimiento recíproco, pueden presentarse principios que se correspondieran con cada estadio de autonomía atribuido. Un primer principio de justicia operaría para todos quienes estuviesen en la condición de autonomía potencial, y sería el siguiente: *las personas a lo largo de su vida deberían tener garantizado un desarrollo de capacidades que les permita alcanzar una autonomía de reconocimiento recíproco*. El desarrollo de capacidades se alcanza al contar con medios materiales como el ingreso, la vivienda, una adecuada protección sanitaria o la educación, a la vez que las condiciones intersubjetivas apropiadas; también puede afirmarse que este principio es compatible con una igualdad radical de oportunidades.

Este principio implica que, tomando la base de información de las capacidades y siendo altamente sensible a las circunstancias de aplicabilidad, se cumpla con la exigencia de remover todos los obstáculos que impidan garantizar, a través de los medios adecuados y las condiciones intersubjetivas necesarias, la autonomía de reconocimiento recíproco. Estos obstáculos pueden ser presentados tomando la conocida formulación de Young como “opresión”, entendida como restricciones institucionales al desarrollo personal, y “dominación”, entendida como restricciones institucionales a la autodeterminación (31). A esto cabe agregar que la métrica de las capacidades no excluye las intervenciones centradas en los recursos, sino que hace que el criterio para justificar estas intervenciones, al igual que para evaluar cuán exitosas sean, dependerá de su efecto en el desarrollo de las capacidades de los afectados. Por ello, las medidas concretas se tomarán en términos de recursos tales como ingreso, educación o salud, pero su éxito se evaluará a partir de su impacto en las capacidades que le permiten a alguien alcanzar su autonomía de reconocimiento recíproco.

Para su logro, esta autonomía requiere que el sujeto progresivamente alcance suficiente autoconfianza, autorrespeto y autoestima

de tal forma que adquiriera una progresiva seguridad para levantar sus reclamos de justicia. Al nivel de garantías mínimas para la autonomía que estipula el principio presentado lo he denominado *mínimos de dignidad* (*Elements* 117), porque es aquello a lo que todo ser humano tiene derecho simplemente por ser persona, y a su vez habilita la inclusión social de los afectados.

Volviendo a la operativa del principio, la base de información de las capacidades, como ya se ha indicado, tiene una flexibilidad tal que permite asegurar lo estipulado por este principio. Para ello será especialmente útil el contar con las diferentes listas de capacidades que se han presentado, como una forma de especificar la autonomía de reconocimiento recíproco. Tales listas funcionan como una guía para la aplicabilidad y operan como un criterio normativo intermedio entre el primer principio postulado y las medidas de justicia concretas que tienden a asegurar la autonomía de reconocimiento recíproco.²⁰³ Si bien no adhiero a ninguna lista en particular, creo que la selección de las capacidades relevantes debería hacerse utilizando la pregunta constructiva de ¿cuáles son las capacidades que le permiten a alguien alcanzar la autonomía de reconocimiento recíproco? Una lista de capacidades es una herramienta muy útil para evaluar situaciones sociales particulares, construir indicadores sociales y/o diseñar políticas sociales. La tarea de interpretar cuál es la mejor forma de garantizar lo que es requerido por la autonomía de reconocimiento recíproco en circunstancias concretas es facilitada por estas listas que sirven de guía. El tener criterios normativos más específicos permite reducir la distancia que existe entre la situación real y los principios de justicia, lo que es sumamente positivo al pensar en la aplicabilidad.

Como resumen, puede decirse que el primer principio de justicia presentado tiene por objeto los sujetos que se encuentren con

203 Sen (*Capability* 43) ha rechazado la posibilidad de construir una lista de capacidades; su principal argumento es que dicha lista violaría la sensibilidad a las variaciones intercomunitarias. La respuesta de Nussbaum (*Women* 87-90) es que una lista de capacidades no es una lista de funcionamientos, y por ello es posible presentar una lista universal de capacidades que se especifique localmente en diferentes ordenamientos de funcionamientos.

un desarrollo de la autonomía de reconocimiento recíproco por debajo de su ejercicio mínimo; esto es, lo que se ha denominado *autonomía potencial*. El objetivo del principio es que estos sujetos puedan alcanzar un ejercicio mínimo de su autonomía, y para ello se utilizará la métrica de las capacidades que permitirá orientar tanto la implementación de medidas institucionales y el diseño de políticas, como la construcción de indicadores para evaluar el desarrollo y el logro de la autonomía de los afectados. El garantizar la condición de autonomía de reconocimiento recíproco de los sujetos le otorga independencia y voz a los afectados, de tal forma que puedan ser efectivos agentes de justicia en lugar de recipientes.

Por lo tanto, una teoría crítica de la justicia, a diferencia de buena parte de las propuestas que han protagonizado el debate sobre justicia distributiva, no se reduce a asegurarles a los sujetos lo necesario para que puedan llevar adelante su plan vital, sino que también pretende que los afectados puedan decidir cosas tales como qué producir, cómo hacerlo y cómo distribuirlo. En esto consistiría la condición de *agentes de justicia* que se pretende asegurar a través de la autonomía de reconocimiento recíproco. Es esperable que esto conduzca a una vida social democrática densa sin dominación, que permita que los intereses de las personas se expresen a través del intercambio de argumentos, ofreciendo razones para sustentar no sólo cómo los recursos deberían ser distribuidos, sino muy especialmente qué tipo de producción debería ser elegida, cómo llevar adelante esas actividades productivas, a través de qué medios y bajo qué tipos de sistemas de propiedad. Además también es esperable que los sujetos, en tanto autónomos, reclamen tener mecanismos de participación y cuestionen, por ejemplo, las regulaciones que establecen cierto tipo de propiedad a los emprendimientos económicos o que establecen altas exigencias para acceder al apoyo financiero. Solamente una democracia densa con una alta sensibilidad a los reclamos sociales puede transformar estas demandas en nuevas regulaciones sociales. Por esta razón es que el garantizar la condición de autonomía de reconocimiento recíproco

juega un rol estructural en el diseño institucional que determina cómo son procesados los cuestionamientos económicos y sociales.

El principio presentado, sin embargo, no regula las posibilidades de contribuir a la cooperación social, que es uno de los compromisos básicos que los ciudadanos asumen como miembros de la sociedad. La progresiva adquisición de la autonomía implica, a su vez, una reducción de la vulnerabilidad que permite contribuir a la sociedad en retribución al beneficio que se obtiene en la cooperación social. En una sociedad compleja, solamente la cooperación social garantiza que los talentos y las habilidades sean demandados, y por ello alguien puede beneficiarse de la cooperación social, que a través de las instituciones fija las expectativas que alguien tiene de obtener beneficios como una consecuencia de sus decisiones (Rawls *Justicia como equidad* 107). Las contribuciones de los ciudadanos, por ejemplo a través de impuestos, pueden ser concebidas como un derecho de membresía a la sociedad que les permite disfrutar las ventajas de ejercer sus habilidades; esto es así porque tales ventajas solamente pueden obtenerse bajo un trasfondo de cooperación social. La forma en que deberían ser reguladas las contribuciones y los beneficios que los ciudadanos hacen y obtienen en una sociedad democrática es una cuestión de justificación, siempre sujeta a revisión. Las sociedades democráticas discuten periódicamente estas cuestiones en respuesta a nuevos argumentos que modifican la interpretación prevalente sobre cómo deben distribuirse cargas y beneficios.

Estos argumentos tienden a ser articulados desde la perspectiva de la igual dignidad, y emergen como una consecuencia de luchas sociales, que los presentan como relevantes en un proceso de discusión pública. Sin embargo, aunque la regulación de las contribuciones a la cooperación social es un punto central, es solamente uno entre muchos que deberían ser discutidos públicamente con el objetivo de regular las intervenciones sociales destinadas a garantizar la igual dignidad. Algunos de los posibles puntos de discusión para alcanzar la justicia podrían ser políticas de género, raza, juventud o vejez, y ten-

drían el objetivo de asegurar el igual tratamiento de diferentes grupos bajo un trasfondo de equidad e igualdad de oportunidades.

Es esperable que los principios de justicia y criterios normativos que una comunidad de iguales adopte para regular las diferencias en ingreso y riqueza, justifiquen un control diferente de los medios, basado, por ejemplo, en trabajos más calificados, pero esta diferenciación no debería ser tal que socave las autorrelaciones prácticas del yo de los menos aventajados.²⁰⁴ Las diferencias en la distribución del ingreso y la riqueza puede ser de tal orden que culminen siendo percibidas no como una recompensa por la actividad que se ha realizado, sino como una situación políticamente privilegiada, y ello afecta la autocomprensión de los ciudadanos como iguales y distorsiona las autorrelaciones prácticas. Esta situación no solamente socava el autorrespeto de esos ciudadanos, sino que estimula un injustificado e inaceptable sentido de superioridad en otros. En esta situación, al igual que en otras, asegurar las autorrelaciones prácticas opera como el criterio normativo para rechazar cierto tipo de relaciones sociales y someterlas al escrutinio de la justificación pública.

Las autorrelaciones prácticas no pueden ser adecuadamente aseguradas si, por ejemplo, como consecuencia de las estructuras y relaciones sociales existentes, las diferencias en ingreso y riqueza privilegian a algunos grupos sobre otros, teniendo como resultado opresión y dominación, e impidiendo que los no favorecidos puedan tomar parte en la vida pública. Bajo esta situación, los privilegiados tienen mayor poder para intervenir e influenciar el proceso político, mientras que los menos privilegiados probablemente sufren de sentimientos de vergüenza que los alejan de la vida pública. En mi opinión, estas posibles consecuencias deben ser anticipadas y contrarrestadas adoptando el conocido principio de diferencia rawlsiano que justifica la desigualdad en la distribución, siempre que ésta mejore la posición social del menos aventajado. Sin embargo, en vista de esto, el

204 Rawls (*Teoría* 468-9) establece como una limitación para las diferencias permitidas por el principio de diferencia, que éstas nunca socaven las bases sociales del autorrespeto del grupo menos aventajado. Scanlon reconstruye con precisión este argumento (200).

primer principio con sus características suficientaristas²⁰⁵ podría ser visto como superfluo, ya que el principio de diferencia opera de tal manera que es esperable que asegure lo que he denominado mínimos de dignidad. Para superar esta dificultad, el primer principio de corte suficientarista puede operar contrarrestando una deficiencia que ha sido claramente descrita por Paula Casal, quien sostiene que

(...) el principio de diferencia requiere maximizar las expectativas a lo *largo de la vida* del miembro representativo del *grupo* menos aventajado y por eso permite que *todos* los miembros del grupo puedan caer temporalmente por debajo del mínimo y aun permite que *algunos* miembros caigan permanente por debajo de ese mínimo. Un mínimo garantizado es un atractivo complemento para el principio de diferencia porque excluye tales resultados indeseados. (323-4, mi traducción)

Su argumento muestra una debilidad inherente al principio de diferencia que puede ser superada al asegurar mínimos sociales, y que respalda la complementación del principio de diferencia con el suficientarista. Su argumento es especialmente útil cuando la preocupación por la justicia está orientada a la intervención en las sociedades reales, las cuales no son sociedades bien ordenadas y por lo tanto deben enfrentar problemas tales como desigualdad severa, marginación social y pobreza. Estas circunstancias generan profundas desigualdades e injusticias que no son adecuadamente capturadas y contrarrestadas por el principio de diferencia. Por ejemplo, la extrema pobreza genera un escenario que requiere no solamente mejorar la condición del grupo menos aventajado, sino también garantizarle mínimos sociales. De ahí que la perspectiva de las injusticias presentes

205 Esta es la denominación que algunos filósofos como E. Anderson, Crisp y Frankfurt le dan a los principios que aseguran mínimos suficientes para funcionar como ciudadanos. Esto lo he denominado mínimos de dignidad, pero igualmente utilizo esta otra denominación.

en las sociedades reales provee un argumento adicional a favor de la complementación del principio de diferencia con el principio que he introducido (Pereira *Elements* 121, *Means* 22). Desde esta perspectiva, la posición social del grupo menos aventajado debería ser considerada de una forma más comprehensiva que la definida meramente en términos de ingreso y riqueza (Rawls *Justicia como equidad* 92-3).

Una vez que nos movemos de las sociedades bien ordenadas a las sociedades reales, capturar con precisión las distintas posiciones sociales requiere una métrica más sensible y es aquí cuando las capacidades proveen una métrica más comprehensiva que los bienes primarios. Las capacidades complementan a los bienes primarios de la misma forma que el principio suficientarista complementa al principio de diferencia, de tal manera que cuando las personas caen por debajo del umbral determinado por lo que he denominado mínimos de dignidad la evaluación de su situación social se realiza en términos de capacidades, y la intervención a través de las instituciones sociales apuntará a expandir sus capacidades. Una vez que las personas están por encima del umbral, los bienes primarios o los recursos y el principio de diferencia regulan las desigualdades.

El principio de diferencia justifica la desigualdad por razones de eficiencia. Esta desigualdad, sin embargo, puede variar en forma significativa ya que en un caso una sociedad puede estar regulada por una distribución sumamente igualitaria, mientras que en otro las desigualdades resultantes pueden ser mayores. El primer criterio para restringir las diferencias que he indicado es la protección de la autonomía de reconocimiento recíproco, de ahí que como ya he mencionado las desigualdades que amenacen las autorrelaciones prácticas del yo deben ser contrarrestadas. En consecuencia, las diferencias en ingreso y riqueza resultantes de las decisiones que alguien realice sobre trabajo, educación o tiempo libre estarán justificadas cuando mejoren la condición del grupo menos aventajado y no afecten las autorrelaciones prácticas del yo en las que se basa nuestra autocomprensión como iguales. Por esta razón puede afirmarse que cuanto más igualitaria sea la distribución de una sociedad, mayores posibilidades habrá de ase-

gurar la autonomía de reconocimiento recíproco. La percepción de cuánto dañan las desigualdades a las autorrelaciones prácticas del yo depende de una autocomprensión compartida que determina nuestro sentido de iguales; estas autocomprensiones son resultado de procesos de justificación sensibles a modificación y reconfiguración.

En virtud de esto último, el segundo y último criterio para establecer cuáles desigualdades son aceptables debería ser la justificación pública y la aceptación general de las diferencias en ingreso y riqueza generadas por la cooperación social. Es esperable que los dos criterios presentados para restringir la desigualdad, es decir, el menoscabo de las autorrelaciones prácticas del yo y la justificación pública, sean integrados en la dinámica de la sociedad a través de las intervenciones de los grupos y las luchas sociales. Los grupos socialmente privilegiados siempre rechazan el ofrecer razones para justificar su situación, ya que bajo el escrutinio de la razón pública solamente las regulaciones que refuercen nuestro sentido de iguales pueden ser mutuamente aceptadas, y los grupos privilegiados pueden difícilmente presentar justificaciones aceptables de las ventajas que disfrutan. Por ejemplo, en América Latina las élites privilegiadas siempre tratan de sustraer de la discusión pública cuestiones tales como la distribución de la riqueza, la desigualdad del ingreso, impuestos a la riqueza o la propiedad de la tierra. La implementación de algunas reformas ha dependido de la persistente construcción de la conciencia de que es necesario realizar transformaciones; estos procesos siempre están marcados por el conflicto y las luchas sociales en las que la justificación de las transformaciones ha sido crecientemente aceptada por toda la sociedad.

Los dos principios introducidos tienen como meta asegurar la autonomía de reconocimiento recíproco, esto es, la condición de agente, en lugar de mero recipiente de justicia. Esto implica participar e intervenir en la vida pública, que es la forma en que las medidas son propuestas para contrarrestar las causas que provocan las diferencias en ingreso y riqueza que redundan en diferencias en poder político. También quiero agregar que una de las mejores formas para alcanzar tal objetivo probablemente sea la transformación de la estructura de

propiedad debido al rol reproductor que tiene de las desigualdades sociales y de poder. Tales desigualdades, como se ha indicado, vulneran la condición de iguales de los ciudadanos afectando su autorrespeto y estimulando un injustificado e inaceptable sentido de superioridad en quienes se encuentran mejor posicionados. Es por esto que la crítica de la estructura de la propiedad debería ser considerada como un elemento de una teoría crítica de la justicia (Heins *The Place* 584-88). Debe agregarse que esta preocupación también es indicada por Rawls, quien afirma que el tipo de régimen social que es compatible con su concepción de justicia presenta una clara alternativa al capitalismo, encarnada en la democracia de pequeños propietarios y el socialismo liberal democrático (*Justicia como equidad* 188-90). Rawls opta por la primera de estas opciones y una teoría crítica de la justicia lo hace por la segunda.

V

Luego de presentados los principios que tendrían por fin garantizar la autonomía de reconocimiento recíproco, es preciso indicar que el alcance que tendrá la justicia consistirá tanto en intervenciones directas, como indirectas, a través de las instituciones. El principio sufcientarista que asegura los mínimos de dignidad aspira a garantizar el desarrollo mínimo de las autorrelaciones prácticas de la autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima, ya que las mismas son condición de posibilidad para que alguien pueda llevar adelante un plan vital y también pueda, en caso de desearlo, participar activamente de la vida de la sociedad. De estas tres autorrelaciones prácticas, el logro del autorrespeto se encuentra bajo el alcance de las intervenciones directas de las instituciones, mientras que la autoconfianza que se obtiene en la vida íntima y la autoestima resultante de la valoración de las capacidades individuales se encuentran en espacios sociales donde las instituciones inciden indirectamente.

Para referirse al alcance de la justicia social es imprescindible recordar lo indicado en el inicio de este artículo acerca de que el ob-

jeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, es decir, las instituciones sociales más importantes que consisten en “un sistema público de reglas que define cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas” (Rawls *Teoría* 76). Para transformar a las sociedades reales, la justicia social toma a las instituciones como medio, pero como ya he indicado, esto también involucra a dos espacios que se encuentran más allá del alcance directo de las instituciones. El primero de ellos es el de la vida íntima, y requiere que la intervención de la justicia garantice que una persona adquiera suficiente autoconfianza como para poder tomar parte en la vida de la sociedad en términos igualitarios. El segundo espacio está relacionado con los patrones compartidos de valoración que determinan que un individuo se sienta valorado por sus habilidades particulares con las que contribuye a la vida de la sociedad; la intervención de la justicia en este campo contribuye a garantizar la autoestima de las personas. De esta forma las intervenciones de la justicia social garantizan el tratamiento igualitario asociado a la justicia y el tratamiento diferencial característico del reconocimiento a través de su incidencia indirecta, por ejemplo a través de las campañas públicas y la educación, en las esferas de la vida íntima y de la valoración social de las habilidades.

Las diferencias de los objetivos de justicia y reconocimiento se manifiestan a través de las mayores o menores posibilidades de realizar tales objetivos por medio de las políticas sociales específicas, debido a que ellas pueden garantizar completamente lo que es requerido por la justicia, pero no así en el caso del reconocimiento. La razón para esta diferencia es que el igual tratamiento inherente a la justicia coincide parcialmente, aunque no completamente, con lo que el reconocimiento requiere, y aspectos del reconocimiento relacionados con la vida íntima, autoestima y autorrealización no pueden ser garantizados por la intervención directa de las instituciones sociales. En estos casos las medidas institucionales inspiradas por la justicia pueden

asegurar principalmente condiciones de posibilidad que le permitan a un individuo realizar su plan de vida y autorrealizarse, pero no pueden garantizar el logro completo de los funcionamientos necesarios para ello. De acuerdo con esto, la intervención de las instituciones sociales en el reconocimiento es directa en algunos casos e indirecta en otros, lo que genera una importante diferencia en el control que se puede tener sobre las medidas de intervención social que se puedan tomar. En el reconocimiento asociado a la justicia, la incidencia de las medidas será mayor que en el caso del reconocimiento que va más allá de la justicia porque las instituciones tienden a incidir sólo indirectamente en las circunstancias que determinan a este último.

Un ejemplo de una situación en la que las instituciones conducen al logro completo de la justicia social es en el establecimiento de una renta básica universal. En este caso todo miembro de la sociedad es igualmente afectado por la medida, y la misma no es parcialmente realizada en ningún caso, es decir, jamás podría suceder que unos fuesen afectados por la medida mientras que otros no. Esta medida incidiría también en el reconocimiento porque, como ya lo he indicado, la justicia coincide parcialmente con el reconocimiento; cuando una persona recibe una renta básica no solamente es tratado en una forma justa, sino que también es reconocido como un ciudadano y eso garantiza su autorrespeto. Sin embargo, cuando el objetivo es intervenir en las esferas que exceden el espacio de intervención directa de las instituciones, el logro completo y directo de las medidas es alterado, ya que no es posible tener certeza de alcanzar el objetivo debido a que las características de los objetos en los que se interviene lo impiden. En casos relacionados al reconocimiento que se obtiene en la vida íntima y en la valoración de las habilidades personales, una intervención desde las instituciones nunca podrá asegurar completamente el logro de la autoestima y la autoconfianza; las posibles medidas tenderán a ese logro pero siempre habrá una fuerte incertidumbre con respecto a su logro completo. Sin embargo, como la única forma que tiene la justicia de operar es a través de las instituciones, y en los espacios mencionados existe una fuerte incertidumbre con respecto a los re-

sultados, se puede apelar a una incidencia indirecta que, por ejemplo, a través de campañas públicas educativas u otras medidas (Nussbaum *Women* 281-83), incidan en la discusión pública y así puedan transformar creencias y valores que son los que determinan en última instancia el comportamiento en estos ámbitos.

Por último es relevante indicar un breve pero necesario comentario con respecto a una significativa diferencia que se da entre los espacios sociales en los que se adquieren y aseguran las autorrelaciones prácticas de la autoconfianza y la autoestima. Esta diferencia consiste en que en el caso de la autoconfianza podemos llegar a acordar en términos generales el conjunto de funcionamientos mínimos a alcanzar para ser un ciudadano capaz de participar efectivamente en la vida de la sociedad, y en consecuencia generar un conjunto de medidas para ello. Sin embargo, tal acuerdo es bastante más difícil de lograr en el caso de la autoestima, porque en la sociedad existe una divergencia bastante profunda y siempre sujeta a reconfiguraciones de qué es aquello que le permite a alguien sentir que su contribución a la sociedad es valorada por los otros con quienes comparte la sociedad. La valoración de las contribuciones individuales a la sociedad depende de patrones socialmente compartidos en los que la justicia debe incidir. El objetivo no puede ser garantizar que todas las contribuciones sean igualmente valiosas, sino establecer patrones evaluativos que le aseguren un peso equitativo a cada contribución. En una sociedad democrática, tales patrones deberían ser justificados y reconfigurados a través del uso público de la razón, es decir, aquello que es acordado por ciudadanos libres e iguales en un proceso de deliberación pública. Para alcanzar este fin, el dismantelar prejuicios o introducir diferentes perspectivas valorativas puede ser una contribución significativa.²⁰⁶

206 En las sociedades contemporáneas la remuneración a través del mercado ocupa un lugar privilegiado en el reconocimiento a las contribuciones personales, lo que oscurece los pesos diferenciales de las contribuciones individuales que obtienen reconocimiento por medio de otros factores que no son el salario.

Conclusión

Una teoría crítica de la justicia tiene como preocupación central proveer una guía normativa para la intervención en el mundo real. En consecuencia no es una teoría ideal, sino una teoría que tiene una justificación normativa filosófica que oficia de horizonte para la transformación de las estructuras y relaciones sociales que bloquean o socavan la capacidad de las personas para llevar adelante un plan de vida y participar en la vida de la sociedad. La capacidad de ofrecer y aceptar razones para justificar las posiciones que se asumen es el rasgo distintivo de un sujeto que debe ser entendido como agente de justicia y no como un simple recipiente de lo que los acuerdos de justicia pautan. Al tener como objetivo el garantizar la posibilidad de la efectiva participación de los sujetos, una teoría crítica de la justicia aspira a construir una densa e intensa discusión pública en la que sean objeto de controversia no solamente cuál es la mejor distribución de bienes materiales, sino también cómo esta distribución afecta al poder efectivo que tienen los ciudadanos, cuál es el mejor régimen de propiedad, qué debemos producir, bajo qué condiciones o cómo proteger los espacios en los adquirimos y desarrollamos nuestra autoconfianza, autorrespeto y autoestima. Este es el norte que guía a una concepción de justicia comprometida con la erradicación de la injusticia y la transformación de las sociedades contemporáneas.

Bibliografía

Anderson, Elizabeth. 'What Is the Point of Equality?'. *Ethics* 109/2 (1999): 287-337.

Anderson, Joel y Honneth, Axel. "Autonomy, Vulnerability, Recognition and Justice". *Autonomy and the Challenges to Liberalism*. John Christman y Joel Anderson, editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2005: 127-149.

Anderson, Joel. "Competent Need-Interpretation and Discourse Ethics". *Pluralism and the Pragmatic Turn*. William Rheg y James Bohman, editores. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2001: 193-224.

Apel, Kart-Otto. *Diskurs and Verantwortung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988.

---- "La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación postmetafísica de la ética de Kant". *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1991. 147-184.

---- *Filosofia primera, avui i ètica del discurs*. Girona: Eumo-Universitat de Girona, 1999.

---- "Globalización y necesidad de una ética universal". *Razón pública y éticas aplicadas*. Adela Cortina A. y Domingo García-Marzá, editores. Madrid: Tecnos, 2003. 191-218.

---- *Apel versus Habermas*. Granada: Comares, 2004.

Casal, Paula. "Why Sufficiency Is Not Enough". *Ethics* 117/2 (2007): 296-327.

Crisp, Roger. "Equality, Priority, and Compassion". *Ethics* 113/4 (2003): 745-63.

Frankfurt, Harry. "Equality as a Moral Ideal". *Ethics* 98/1 (1987): 21-43.

Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós/I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.

Heins, Volker. "The Place of Property in the Politics of Recognition". *Constellations* 16/4 (2009): 579-592.

Honneth, Axel. *Disrespect. The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

Horkheimer, Max. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

Korsgaard, Christine. *Las fuentes de la normatividad*. México: II-F-UNAM, 2000.

Nagel, Thomas. "The problem of global justice". *Philosophy & Public Affairs*, 33/2, (2005): 113-147.

Nussbaum, Martha. *Women and Human Development. The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press, 2000.

——— *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Pereira, Gustavo. "Means and Capabilities in the Discussion of Distributive Justice". *Ratio Juris* 19/1 (2006): 55-79.

——— *Elements of a Critical Theory of Justice*. Basingstoke: Palgrave-Macmillan, 2013.

Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México: FCE, 1979.

----- *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós, 2001.

----- *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002.

Scanlon, Thomas M. (1975) "Rawls' Theory of Justice". *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' 'A Theory of Justice'*. Norman Daniels, editor. Stanford: Stanford University Press. 169-206,

Sen, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza, 1992.

----- "Capability and Well-being". *The Quality of Life*. Amartya Sen y Martha Nussbaum, editores. Oxford: Clarendon Press, (1993). 30-53.

----- *Development as Freedom*. New York: Knopf, 1999.

Young, Iris M. *Inclusion and Democracy*. Oxford y New York: Oxford University Press, 2000.

Importance of Schmitt-Heller debate to contemporary democracies

*Augusto Fernando Carrillo Salgado*²⁰⁷

1. Introduction: crisis of contemporary democracies

Two historical moments contributed to configure and to accentuate contemporary and global importance of democracy: the end of World War II and the fall of Berlin wall (end of Cold War). Accomplishment of American democracy was seen like the definitive victory over any authoritarian regime, an example to all countries around the world, and the beginning of a perpetual period of prosperity for humanity. During many years, democracy was conceived as the perfect form of government: social welfare, employment, scientific and technological progress, public order, and political stability were some promises of this form of government. At that moment, nobody imagined what unusual obstacles will democracies have to overcome.

Nowadays, European, American and Latin-American democracies have to deal with multiple and common challenges: climate change (global warming), health emergency (SARS-CoV-2), global recession, and political extremists. Some people glance this form of government in crisis because it is incapable to control the irrational destruction of environment (for example, Amazonas and Australia fires), provide strong healthcare systems (COVID-19 crisis), economic certitude, employment, and public order. By way of explanation, democracies failed because they do not grant any kind of certitude to nobody. This democratic deterioration, truthfully, is not sporadic. It is caused by

207 Bachelor's in law and LL. M (with honors) by National Autonomus University of Mexico. Email: <fernando90@comunidad.unam.mx>. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. I would like to express my deep gratitude for this opportunity to communicate my ideas to my dear college and friend Dr. David Francisco Lopes Gomes (Federal University of Minas Gerais from Brazil). I remain grateful with you.

a gradual process started with the American economic depression of year two thousand and eight.

It is understandable that in front of economic and political incertitude people are desperate: societies always look for security. Some politicians, such as Boris Johnson (United Kingdom), Marie Le Pen (France), Donald Trump (United States of America), Andres Manuel Lopez Obrador (Mexico), Jair Bolsonaro (Brazil), etcetera, have been proposed nationalistic and authoritarian options to supposedly face this democratic crisis. According to them, this chaotic period requires strong governments. In spite of social, historic and economic differences, their political programs share certain common elements: 1) claim for a strong executive power, 2) political flexibility (decisionism), 3) use of public forces to keep control inside their countries, 4) reject of democratic institutions, 5) use of nationalistic discourses, 6) prosecution of political enemies, 7) employ of hate speeches and 8) historical narratives.

Probably the most representative episodes of these antidemocratic movements are English Brexit and the attack against American Capitol occurred on January 6th, 2021 when ex-President Donald Trump incites his fellows to be “brave” and fight to avoid an unproved electoral fraud supposedly committed by President Joe Biden and Vice-President Kamala Harris.

Crisis of contemporary democracies is not properly a new issue. Not for law science, not for citizens and politicians. In reality, these political regimes had to faced similar obstacles before. Nevertheless, the distinctive characteristic of current crisis it is global scope. That is to say, this contemporary phenomenon differentiates from other past process by its wide spectrum. During XIX and XX centuries crisis of democracies was a sort of local topic. Hence, social researchers and analysts only studied those controversies in relation with their own or regional circumstances. On the opposite, current social thinkers analyse global topics in front of local difficulties.

Where could be founded some answers to those challenges? History can offer theoretical and practical responses through the analy-

sis of resembling experiences occurred before, such as Weimar Republic epoch. Undoubtedly, democracies are composed by invariable factors. What is more, they have to overcome cyclical troubles. Under that perspective it is developed this paper. First of all, economic, political, and social characteristics of Weimar Republic are described. Secondly, Schmitt and Heller proposals are confronted in order to make, in the conclusions of this paper, a reflection about their positive and negative aspects, as well as to point out their importance to analyses contemporary democratic crisis.

2. The case of Weimar Republic

Historiography has called Weimar Republic the period of time between 1918 and 1933 of German history. One word can summarize Weimar Republic epoch: instability. That was a common element of any Weimar Republic domains. Evidently, this epoch was composed by many other elements. They were: 1) a social Constitution, 2) rampant inflation, 3) political chaos, 4) dissemination of communist ideology, 5) insurgence of radical and nationalistic political movements and 6) weakening of parliamentary system (Martín, 2011, p. 156).

As it is renowned, German population enacted a social constitution and authorities tried to reinforce parliamentary system through multiple legal reforms and progressive measures after the conclusion of the Great War. However, these elements were incapable to support the exponential pressure of an unprecedented inflation provoked by the economic consequences of World War I, the oppressive conditions of Versailles treaty, and financial crack of 1929 (Thomson, 2014, pp. 128-135). In some way, Weimar Constitution was a formal document, or enunciation of good wishes, because German population suffered starvation as consequence of a tyrannic hyperinflation. In those conditions, people were desperate.

Political chaos was inevitable. Many political factions started to emerge, such as social democrats, communist (Marxists), anarchists, and national socialists. In spite of their divisions and differences, all

these factions had a common enemy: conservative bourgeoisie. According to them, conservative bourgeoisie was guilty of the Great War defeat, a bad negotiation of Versailles treaty clauses and the impoverishment of general working conditions. Due to the spread of radicalisms and fundamentalisms, dialogue was progressively broken all over Germany.

In truth, Weimar Republic was a chaotic period of economic and political instability. Nonetheless, those challenges paradoxically were a useful fuel to some academics to develop their different theories of law and politics (Frosini, 1996, p. 96). Some scholars have been called this historical epoch like “Weimar Laboratory” due to the apparition of different theoretical proposals developed by four extraordinary jurists: Hans Kelsen, Rudolf Smend, Carl Schmitt, and Hermann Heller, (Frosini, 1996, p. 100). A common element among them was the effort to deal with Weimar democracy crisis from different and innovative perspectives.²⁰⁸

On the one hand, Hans Kelsen was worried of political use of law. Hence, he tried to liberate it of any methodological syncretism in his Pure Theory of Law, (Kelsen, 2011, pp. 71-82). Furthermore, the jurist supported parliamentary system in The Essence and Value of Democracy (Kelsen, 2019, p. 30) (Lagi, 2007, pp. 191-208). Finally, Hans Kelsen claimed to avoid any moral judgement during law application (Kelsen, 1981, pp. 171-205). On the other hand, Rudolf Smend delineated a proposal of common values to reach consensus and peace (Gutiérrez, 2019, p. 7).

After all, one of the bitterest debates about democracy and its limits was developed by Carl Schmitt and Hermann Heller. Paradoxically, both positions share common aspects. For instance, they identify liberalism such as the main instrument that allowed German bourgeoisie holding political power while preserving private property in detriment of majority. Both theories also coincide on the importan-

208 This phenomenon is not common: Weimar laboratory epoch was a unique or unusual period of time. Few history's epoch registers this kind of prolific emergency of theories and ideas.

ce of protect German population. Strictly speaking, Carl Schmitt and Hermann Heller reject liberalism in favor of mass democracy (Bookbinder, 1987, p. 120).

Nevertheless, their visions differed on the values and interests preserved. In fact, they were two opposite point of view face Weimar democracy crisis. Schmitt develops his theory over the basis of a substantial homogeneity of population (*das Volk*). Additionally, his ideas are representative of an authoritarian vision of law and politics. On the contrary, Heller claims for the instauration of a welfare state model. Furthermore, some scholars have classified his theoretical perspective like one of the most refined social democracy expressions. (Gutiérrez, 2019, p. 7).

3. Carl Schmitt arguments

Carl Schmitt was born in Plettenberg, Westphalia (German Empire) on July 11th, 1888. He was a prominent critic of parliamentary democracy and liberalism theories of law during his life. Such as all genius, Carl Schmitt was a prolific author: he wrote an enormous quantity of papers, journal articles, and books. The most important are: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), *Der Begriff des Politischen* (1928), *Verfassungslehre* (1928) and *Der Hüter der Verfassung* (1931) (Sandrine, 2008, pp. 112-113).

Carl Schmitt is remembered by some scholars as a polemic figure due to his connections with national socialist movement. The jurist joins Nazi party on May 1st, 1933. Thanks to his connections with Nazi party, Schmitt gets the position of public law professor at Berlin University the same year. The German thinker was also the chief executive of the *Deutsche Juristen Zeitung* (official law journal of Nazism) (Zarka, 2003, pp. 161-162).

The most significative document of Schmitt's Nazi epoch corresponds to his controversial essay *Der Führer schützt das Recht* published on July 13th, 1934 (*idem*). First of all, *Der Führer schützt das Recht* reflects Schmitt loyalty to Adolf Hitler regime. Secondly, this essay por-

trays the main elements of his conception about law. Finally, *Der Führer schützt das Recht* represents an important political manifesto to all German judges during Nazi epoch (Schmitt, 2003, pp. 165-171).

In *Der Führer schützt das Recht* the jurist describes an historical transition from a decadence period of German institutions to a better epoch headed by Adolf Hitler who also represents social unity, popular will and the highest judiciary authority. According to Carl Schmitt, it is impossible to petrify law in a simple statue due to requirements of German population change constantly. Hence, this dynamism demands active judges that apply norms beyond rigid schemes (such as judicial syllogism) while follow Führer's will (Schmitt, 2003, pp. 165-171). That is to say, this change of paradigm demands a total reexamination of jurisprudence and practice of law (Schmitt, 2003, p. 168). Carl Schmitt explains:

When the *Führer* demands the liquidation of a dark period in German history, these words also have an impact on our legal thinking, our legal practice, and our interpretation of laws. We must re-examine, in all areas of law, the methods, reasoning and doctrines that have prevailed until the present day, as well as the previous decisions of the supreme courts. We must not blindly adhere to the concepts, legal reasoning, or jurisprudential rules to which a sick era gave rise. (Schmitt, 2003, p. 168)²⁰⁹

Paradoxically, *Der Führer schützt das Recht* is an excellent beginning to analyse the proposal of the jurist face Weimar democratic crisis because it summarizes a huge number of Schmitt's ideas.²¹⁰ For

²⁰⁹ Self-translation.

²¹⁰ Carl Schmitt was (and is) a controversial politician and jurist. Nowadays, he is criticized due to his Nazi connections. Besides, some scholars even consider an error to study his theories. Personally, I consider him, and his work, misunderstood. It is a methodological mistake to analyze Schmitt's actions under current values. Schmitt was worried about unity and prosperity of Germany face a deep economic and political crisis. He tried to bring prosperity to his country through his theories and actions. Only under the comprehension of his context it is possible to study his life and work

example, friend-enemy distinction, strong leader exigence and application of law beyond formalities. These elements of Schmitt vision are explained in next lines. However, before to do that, it is important to point out an interesting aspect: his theories are intimately related with the perception of his own political circumstances. Schmitt theories are expression of his vital essence.

During Weimar Republic epoch, Carl Schmitt was concerned on the creation of political unity to overcome social division of Germany. By way of explanation, he was worried to avoid country's collapse. Consequently, he developed his friend-enemy theory of politics. In consonance with him, social groups make a division of their societies between friends and enemies. Logically, friends are those sympathizers that share political interests and fight together to reach them, and enemies are contrary factions with different interests (Bookbinder, 1987, p. 120).

Political unity becomes when friends combine their efforts to defeat a common enemy. Schmitt does not envision the possibility of political unity in a peaceful framework. For him, permanent polarization is necessary to preserve unity. On this respect, concept of enemy is not completely clear. What characteristics could have a perfect enemy? The ideal enemy is one that exists inside and outside of a particular society. In certain way, politics are secularized theology whereby conflict unifies a community of "believers" against "heretics" (Bookbinder, 1987, p. 121). The German jurist develops his concept of enemy in these terms:

The enemy is not merely any competitor or just any partner of a conflict in general. He is also not the private adversary whom one hates. An enemy exists only when, at least potentially, one fighting collectivity of people confronts a similar collectivity. The enemy is solely the public enemy, because everything that has a relationship to such a

with objectivity.

collectivity of men, particularly to a whole nation, becomes public by virtue of such a relationship (Schmitt, 2007, p. 28). [...] The enemy in the political sense need not be hated personally, and in the private sphere only does it make sense to love one's enemy, i.e., one's adversary. [...] The political is the most intense and extreme antagonism, and every concrete antagonism becomes that much more political the closer it approaches the most extreme point, that of the friend-enemy grouping. (Bookbinder, 1987, p. 29).

Schmitt's conception of enemy is abstract. Probably, that complexity derivates of their dual nature of his idea. It is composed by subjective and objective elements. Conforming to him, politics involves a passionate competition between two factions (subjective characteristic). That competition must not be, notwithstanding, a personal issue (objective exigence). Schmitt reasoning seems contradictory. However, in reality his idea represents an intermediate position between theory and practice.

On the one hand, real politics requires compromise and passion. On the other hand, Schmitt wants to propose a theoretical concept which can resist the erosive effect of time. Thus, Schmitt's concept of enemy is not properly a call for violence because an enemy could be defeated or destroyed by different measures, such as proposing better political alternatives and results. That is to say, enemy concept can be fulfilled with a multiplicity of options and not exclusively with violent actions. This characteristic makes Schmitt's idea imperishable.

Friend-enemy theory of politics also contributes to demonstrate a modern tendency: homogenization of collective interests. For Schmitt, contemporary world tends to eliminate differences among people; this phenomenon explains reductionism of political conflicts to friend-enemy antagonist positions. Moreover, Friend-enemy theory also permits to understand another element of Schmitt's thought: general will. The German jurist argues that characteristics of contem-

porary society such as massive education, communication, and assembly line production, contribute to create a general will. As soon as humans became closer, ideas and desires also acquire a unique form. Consequently, the existence of a parliament becomes absurd because partial interests tend to disappear (Bookbinder, 1987, p. 121).

General will requires a representative because not all people can make decisions inside and outside the State. Not all people can subscribe an international treaty or enact statutes. The representative of general will has to be a unique figure in order to avoid dissension and it also must be legitimated by people: federal executive power is the only one who assembles those requirements. Schmitt's executive power is the best representative of general will because he is beyond parliamentary corruption and he uniquely has to obey population designs. Lastly, Schmitt also highlights another relevant function of executive power: to be the guardian of constitutional order (Trindade dos Santos, 2013, pp. 389-392; Penna Amorim Pereira & Oliveira Baracho Júnior, 2019, 323-330).

What is the position of law in liberal democracies and its application by judges? Like it was mentioned above, Carl Schmitt was a brilliant critic of liberal theories of democracy, law, and constitutionalism. He identifies three unavoidable errors in those positions. Notably, they affirm a necessary connection between liberalism and democracy. In other words, a wide portion of bourgeoisie scholars consider impossible the existence of democracy without liberalism. In the second place, liberal perspective considers a constitution like a general social agreement. Finally, some scholars site normativism as the essence of liberal democracy. (Scheuerman, 1996, pp. 301-310).

Carl Schmitt considers liberal postulates false and inaccurate. First, democracy and liberalism are concepts not necessarily implicated. Thus, democracy can coexist inside a more restrictive model of liberties where order and security are considered the most important values, as well as general will is represented by a strong State and executive power, and the existence of a parliament is denied. The best

example of this assertion corresponds to his own theory (Kervégan, 2014, p. 317).

Second, liberal constitutionalism is wrong, a constitution cannot represent a general social agreement because society is characterized by conflict (friend-enemy). That is to say, liberal constitutionalism is a utopic, unreal, or convenient point of view about law. Consequently, it is understandable Weimar's constitution process of deterioration. Third, normativism is only used to petrify interests and privileges of bourgeoisie. Due to requirements of German population constantly change, it is impossible to catch their essence in simple statutes. In conclusion, liberal theorists have to admit the incapacity of constitutionalism and normativism to provide an adequate basis of political unity. (Kervégan, 2014, p. 317).

According to Carl Schmitt, positivistic thinkers tend to present liberalism, democracy, constitutionalism, and normativism like finished and perpetual ideas. Nonetheless, Schmitt affirms that any concept is the product of historic circumstances (Kervégan, 2014, p. 314). Consequently, there is not a definitive conception about liberalism, democracy, constitutionalism, and normativism (Peña, 2020, p. 62). If those elements are incapable to portray requirements of population (normative critic of Carl Schmitt to positivistic conceptions), how could be law applied? Active judges play a fundamental position in Schmitt's model.

Liberal theories of law are ineffective to resolve truly life-threatening political conflicts. The response to these controversies cannot be determined or decided uniquely by a previous norm enacted because they are contingent. Hence, it is necessary active judges who apply supranormative elements (such as moral values, general will or Führer's postulates) to secure social order and political unity. In conclusion, Schmitt doubts that political unity can rest meaningfully in norms (Scheuerman, 1996, p. 310) (Peña, 2020, p. 64).

4. Hermann Heller position

Hermann Heller is considered a classic author because his concepts and ideas still offer new perspectives to reexamine the essence of the State and functions of law in social democracies. Every certain time, Heller's thought gets the attention of scholars. For instance, on November 1983 it was organized, by Professor Christoph Müller and his staff, an important symposium at Berlin to commemorate Heller's 50th death anniversary. In that symposium participated prestigious academics from different countries, such as Japan, Italy, Spain, United Kingdom and Germany (Fijalkowski, 1983, p. 456). Some scholars observe a continues renaissance of Heller's thought owing to the complex demands of contemporary world. Currently, responses cannot be found in the simple application of law trough archaic formalisms (judicial syllogism). In way of explanation, it is impossible to avoid the moral analysis of law repercussions, the importance of its social component and the relevance of its function to secure prosperity and order to everyone (Fijalkowski, 1983, pp. 456-457).

Hermann Heller was born in Teschen (Austro-Hungarian empire) on July 17th, 1891 (Barash, 2001, p. 175). He presented his habilitation thesis at Kiel University on March 10th, 1920. The committee of his evaluation was preceded by his Professor and friend Gustav Radbruch (Gutiérrez, 2017, p. 2). During his life, Hermann Heller taught public law at Berlin (1928) and Frankfurt (1931) universities. Hermann Heller was a prolific author, he wrote multiple papers, journal articles and books, e.g. *Hegel und der nationale Machstaatsgedanke in Deutschland* (1921), *Freie Volksbildungsarbeit* (1924), *Die Souveränität* (1927), *Europa und der Fascismus* (1929) and his posthumously published *Staatslehre* (1934) (Barash, 2001, p. 176).

Heller always was congruent, it should be noted, in theory and practice. He was a fervent supporter of social democracy during Weimar's Republic epoch, as well as an active member of German Social Democratic Party. For instance, he encourages German workers in their fight against liberal abuses. Moreover, in congruence with his

Neo-Kantian roots, the jurist was against Adolf Hitler's regime because that radical movement was supported on violence, intolerance, and antisemitism (discrimination and segregation). Indeed, he organized socialist youth during the first Hitler's attempt to get political power on November 8th, 1923 (Gutiérrez, 2017, p. 6). When the *Führer* reaches the position of chancellor on January 30th, 1933, Hermann Heller was giving a cycle of lectures in the London School of Economics. Owing to his Jewish origin and political position, he exiled himself in Spain instead of return to Germany (Gutiérrez, 2017, p. 10). Hermann Heller died at the age of 42 years, just some months later of his arrive into Spain (Barash, 2001, p. 178).

Hermann Heller theories are innovative. Maybe this characteristic derivates from his multidisciplinary approach to State phenomena. He refuses any simplistic vision of the State and replaces it for a wider perspective. State phenomenon, and participation of human being on it, could be only understand if human existence is seen as the result of coexistence and influence of multiple factors, such as economic prosperity, mental health, social welfare, etcetera. According to him, State reality could not be seen as the description of static concepts or perpetual methods because state reality changes constantly and it acquires new meanings depending on historical circumstances. For this reason, Hermann Heller was an implacable critic of positivistic theories.

Heller refuses Kelsen's normativism because to him it is irrational to reduce human being existence, traditions, values, and political conflicts to simplistic statements of ought to be (Gutiérrez, 2017, p. 7). Conforming to Hermann Heller, positivistic theories destroys the social dimension of human being and substitutes it with an individualistic and artificial perspective (Heller, 1995, pp. 89-117). Strictly speaking, positivistic science divides society in particular connections but human being is in a perpetual relationship with other people. That is to say, human being is not isolated as positivistic science pretends. (Heller, 1995, p. 119). Besides, social phenomena and State existence cannot be determined with mathematical precision (such as occurs

with positivistic science) because they depend on their historical circumstances, requirements, and functions (Heller, 1995, p. 119).

Hence, an adequate law and State theory, the jurist considers, has to describe, and solve social phenomena. In this sense, Hermann Heller thought could be seen like the basis of a methodological approach that describes State and law intimately related with individuals, society, and environment. In other words, the communion of those factors offers the opportunity to understand the complex relationship of the State, society, and human being from multiple perspectives (Heller, 1995, pp. 89-91). In addition, Hermann Heller proposal is a social democratic model that claims a progressive elimination of economic differences through legislative reforms and permanent participation of authorities and individuals (Bookbinder, 1987, pp. 121).

Hermann Heller is, as well as Carl Schmitt, very critic with parliamentarism because it was used by German bourgeoisie to maintain its political power, wealth, and privilege. By way of explanation, German upper-class sabotaged prosperity of everyone through a corrupted parliamentarism. Nonetheless, Hermann Heller continues to see parliamentary system as the ideal vehicle to solve differences through dialogue and consensus (Bookbinder, 1987, pp. 122-123). Consequently, Hermann Heller denies destruction of parliament. Evidently, it is impossible that all citizens can express by themselves in parliament; hence the existence of political parties is necessary. According to him, multiple competing political parties could point out, likewise each other's abuses (Bookbinder, 1987, p. 123). On the contrary, under a regime without parliamentary system, where there are not competing interests, corruption and abuses possibilities increases (Bookbinder, 1987, p. 123).

Parliamentary system is quite important to Hermann Heller because it could be used to build a general will. Parliament is the adequate arena to get consensus by discussions and agreements. If society is composed by multiples groups in constant opposition, how could be constructed that general will? Nationalism and mutual respect are the elements which avoid reaching this goal. In spite of their political

differences, all members of society desire the prosperity of their countries. Expressly, they share a common goal or ideal. In Heller's thought "[e]ach community, proud of its heritage and conscious of its unique identity, could live in peace with other national communities whose uniqueness could also be respected" (Bookbinder, 1987, p. 124). Then, in line with Hermann Heller, general will is a common consensus, it is not an imposition. Hermann Heller vision is addressed to negotiation more than conflict.

In Hermann Heller's thought, general will is not a metaphysical conception. It is the result of psychological and social consensus. This general will is not perpetual; it is paradoxically stable and transitory or contingent because its existence has certain resistance over the time, but it also changes in function of conflicts and interests determined by historical circumstances (Heller, 2001a, pp. 199-211). In addition, general will has important function to preserve political union because that will manifest itself through concrete decisions that have validity over a complete population (Heller, 2001a, p. 200). Finally, Hermann Heller make a deep reflection about the elements that secures the existence of general will through the time. According to him, general will is supported on dialogue and consensus. Consequently, lack of dialogue and violent imposition of ideas tend to destroy the essence of general will.

State cannot be described uniquely like discussion or controversy because one of the most important goals of politics is consensus. Truthfully, politics implies permanent discussion, but it is more than disagreements. Hence, Heller's thought, openly opposes to Schmitt's distinction between friend and enemy. That differentiation is inadequate to describe complex relationships of society because society is not exclusively divided in two principal groups, it is composed by multiples groups of human beings. Additionally, Heller highlights that friend and enemy distinction is a psychological process incompatible with law science (Baume, 2008, p. 121). At last, this distinction reveals an authoritarian vision supported on elements that go beyond law (Baume, 2008, p. 122).

It is important to remember historical context of Hermann Heller in order to understand some details of his work. Europe of XX century was characterized by chaos derivate from economic and political instability. In these circumstances, many authoritarian regimes emerged in Europe. E.g., Union of Soviet Socialist Republics, Nacional Socialist Party, and Italian fascism. These regimes fascinated some segments of European population because they promised political stability and prosperity.²¹¹

Hermann Heller decided to make research *in situ* and went to Italy to study fascism by himself. After six months in that country, where he has the opportunity to analyses constitutive elements of fascism, he arrives to the conclusion that fascism was a dangerous ideology and practice not only for Italy, as well as to all Europe. Furthermore, Heller confirms his hypothesis about the relevance of economic and political stability over human being and State existence (Heller, 2001b, p. 179). According to him, economic crisis provoked by World War I and financial crack of year 1929, could be considered some factors that allow the appearance for Italian fascism and other authoritarian regimes. On this respect, Hermann Heller explains:

[...] if a massive democracy is related with a huge economic and spiritual disparity, the current problem of a massive social democracy receives all his elements. [...] “It is not violently imposing from highest to lowest, but through word, debate, discussion between groups and agreements, that political system of unification of will should be realized from lowest to highest (Heller, 2001b, p. 183).²¹²

211 Currently, negatives consequences of these regimes are clear: refuse of freedom, use of violence to keep “order”, ideological control, hyperinflation, massive murders, etcetera. However, in front of political chaos of XX century, authoritarian regimes were very seductive to European population who suffered starvation. Something similar occurs with new nationalistic proposals in the old continent.

212 Self-translation.

Hermann Heller insists, in all his work, on the importance of dialogue, agreement, consensus, and social welfare as relevant elements which permits to avoid the appearance of all type of authoritarian regime. In a frankly opposition to fascist ideology, Heller make emphasis on the relevance to build a general will not from statal authorities, but by listening all points of view of different members that constitutes a society. Congruently with his own life, Heller refuses oppression of minorities, general will not implies subordinate minorities by coercion. In this regard Hermann Heller conclude:

Democracy is the domination of people like unity over people like plurality. Technical means, democratic unification is no other than voluntary submission of minority to majority, the renunciation of minority to any violent combat against majority, but also the renunciation of majority to violent oppress minority and the opportunity for minorities to became next time majority (Heller, 2001b, p. 184).²¹³

5. Conclusions

Contemporary democracies are in crisis because they are incapable to face current challenges; significantly, climate change (global warming), health emergency (SARS-CoV-2), global recession, etcetera. Crisis of democracies is not a new phenomenon, in effect, this form of government had faced similar obstacles before. Nonetheless, contemporary democratic crisis has a distinctive characteristic: its global scope. During XIX and XX centuries, democratic crisis were particular controversies of a region. In contrast, these types of crisis are nowadays a global issue.

There are two positions in front of this current phenomenon. On the one hand, some people claims for a strong executive power, political flexibility (decisionism), use of public forces to keep social control, rejection of democratic institutions, use of nationalistic discourses, employ of hate speeches, and historical narratives to justify political decisions. It seems such as freedom was sacrificed in name

²¹³ Self-translation.

of “order and stability”. On the other hand, it remains a current bet for democratic institutions.

Despite temporary distance and socio-political differences, two quite similar perspectives were developed during Weimar Republic epoch by two renowned German jurists: Carl Schmitt and Hermann Heller. Schmitt was the creator of an authoritarian perspective of State and politics, judicial activism, and a fervent critic of liberal law theories. Hermann Heller, conversely, proposed an omni comprehensive model of politics where social democracy, parliamentarism, dialogue, and consensus are privileged. Both perspectives have weaknesses and strengths.

Critiques formulated by Carl Schmitt to liberal theories of law are sharp and clever. As the author clarifies, liberal theories of law, developed over the years, have been constructed in certain dogmas such as: a necessary connection between liberalism and democracy, conception of constitution like an objective order of values and private property as the highest good of law. Those dogmas are, notwithstanding, false. Certainly, democracy is compatible not only with liberalism but also with other types of economic and political regimes. To point out, China could be classified like a democracy in spite of its reduced social liberties. In addition, constitution is not a perpetual social agreement; it is uniquely an element that brings coherence to a normative system. Finally, logical coherence of law is insufficient because any normative system requires a concordance with interests of society. Without this characteristic, a normative system could become a liberal tyranny.

Evidently, Carl Schmitt proposal is not free of criticisms. In the first place, human societies are complex. Hence, their constitutive groups cannot be reduced in two simple factions: friends and enemies. The misrepresentation of this inaccurate argument can be demonstrated through a quick analysis of one archetype of a friend: political parties. Certainly, they could be seen as one of the best examples of an association of friends. Inside political parties there are, notwithstanding, more factions which are, sometimes, in a frankly opposition.

By way of explanation, enemies are present inside an association of friends. Consequently, Schmitt's distinction between friends and enemies cannot adequately explain composition of contemporary societies due to its reductionist essence.

His idea of general will is, afterward, a metaphysic concept created to justify subjective considerations. The existence of a general will in his terms is not possible because it implicates a denial of individuality or self-determination of human beings. It is true that people are united by different ties (economic, political, linguistic, religious, affective, etc.). However, these same ties, paradoxically, separates them. The concept of general will does not fully explain how the different interests of people disappear from individual consciousness to integrate a metaphysical will. If during some period of time human beings share a collective ideal, this happens in exceptional moments, such as social revolutions. In any case, this collective ideal, as transitory, and unstable, always dilutes itself in thousands of particular interests.

Lastly, Carl Schmitt was partially right, certain controversies cannot be solved with judicial syllogism due to their difficulty. Hence, those conflicts demand moral judgements. Yet, hard cases are unusual in any law system. Strictly speaking, Carl Schmitt makes of an exception, a rule. Judges are obligated to find a response on law statutes and precedents before making value judgments. It is dangerous to deny the existence of legal certainty principle, as Carl Schmitt pretends with his conception of judicial activism, because that action destroys law itself. Effectiveness of any judicial system requires population confidence. Nobody could trust in law without legal certainty principle. If this principle is erased, law cannot be effectively obeyed because it becomes pure decisionism or tyranny.

On the other hand, contributions made by Hermann Heller to constitutional law and State theory are still valid. Indeed, they are more important than ever before. In accordance with his Neo-Kantian roots, Heller lay the basis of contemporary social democracies. He brilliantly points out the importance of the relationship between individual and social wellness and State prosperity. By way of explana-

tion, economic and political stability of individuals and society have a capital influence to get State prosperity.

Contemporary history has demonstrated, through many examples, that Heller's theories about incapacity of dictatorships and authoritarian regimes to provide any kind of prosperity to people have been correct. Unfortunately, those regimes have been humiliated and degrade humanity many times during communist, fascist, Nazi, Franco, and Latin-American dictatorships. State prosperity cannot be reach if people endure scarcity, violence, prosecution, terror, and unemployment. Furthermore, Heller's critique of formalism is also right, logical coherence of law is important, but law also has a social function which is impossible to ignore.

Nonetheless, there are three deficiencies in Hermann Heller proposal. First, his multidisciplinary vision erases the limits of sociology, psychology, politics, history, and law. Even tough constitutional law and state theory demands an interdisciplinary approach due to the complexity of their object, both disciplines cannot be confused with sociology, psychology, politics, or history because these branches of knowledge are not strictly governed by imputation principle as occurs with law. Second, some concepts of Hermann Heller are not clear; this characteristic of his work could explain some difficulties to approach to it. Finally, Hermann Heller describes his proposal like a social democratic model where triumphs discussion and agreements. Evidently, his model requires an inexistent type of human being because not all people are in disposition to reach agreements through discussion and dialogue. Some people, following particular interests, could be in favor to impose a point of view through violence.

In spite of his apparent contradictions, Carl Schmitt and Hermann Heller visions shares certain values. For example, both try to preserve political unity of Germany. Both jurists also were worried on wellness of German people. Currently, some concepts of Carl Schmitt are questionable. Nevertheless, it is important do not forget Weimar Republic circumstances. That is to say, Schmitt tried to secure German progress and peace as well as Hermann Heller did. On the contrary,

Hermann Heller postulates could be seen as insufficient measures to reach stability.

Carl Schmitt and Hermann Heller discussion, about democracy and its limits, is a current debate which bring us an important opportunity to understand our reality. Maybe it is possible to find an intermediate position between both perspectives: a strong State with a social democratic perspective is necessary to overcome all the challenges that contemporary democracies have to face.

References

Barash, J.A. (2001). Hermann Heller critique de Carl Schmitt, *Cités : Qu'est-ce qu'un chef? La crise de l'autorité aujourd'hui*, 2, (2), 175-178. <https://doi.org/10.3917/cite.006.0173>

Baume, S. (2008). La réception critique de Carl Schmitt, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 1, (1), 111-129. <https://doi.org/10.3917/rfhip.027.0111>

Bookbinder, P. (1987). Hermann Heller versus Carl Schmitt, *International Social Science Review*, 62, (3), 119-127. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/41881756>

Fijalkowski, J. (1983). Bekommen wir eine Heller-Renaissance? *Politische Vierteljahresschrift*, 24, (4), 456-457. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/24194814>

Frosini, T. E. (1996). Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar, *Il Politico*, 61, (1), 95-127. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/43101620>

Gutiérrez Gutiérrez, I. (2017). Hermann Heller: compromiso, exilio y memoria, *e-SLegal History Review*, 25, 1-16.

Gutiérrez Gutiérrez, I. (2019). Teoría del estado y derecho constitucional: construcción (Weimar) y derribo (nacionalismo), *e-Legal History Review*, 29, 1-17.

Heller, H. (1995). *Teoría del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica.

Heller, H. (2001a). Démocratie politique et homogénéité sociale (1928), *Cités : Qu'est-ce qu'un chef ? La crise de l'autorité aujourd'hui*,

(6), 199-211. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/40620932>

Heller, H. (2001b). L'Europe et le fascisme (1929), *Cités : Qu'est-ce qu'un chef ? La crise de l'autorité aujourd'hui*, (6), 179-195. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/40620930>

Kelsen, H. (1989). *La giustizia costituzionale*, Italia: Giuffrè.

Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa.

Kelsen, H. (2019). *Esencia y valor de la democracia*, México: ediciones Coyoacán.

Kervégan, Jean-François (2014). Carl Schmitt, *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, (40), 313-324. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/24610812>

Lagi, S. (2007). *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, Italia: Name Edizioni.

Martín, S. (2011). Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del *soziale Rechtsstaat*. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933), *Res publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, (25), 151-175. Retrieved January 30, 2021, from <https://revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/view/47807>

Penna Amorim Pereira, B.C. & Oliveira Baracho Júnior, J.A. (2019). O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 35, 1, 317-333. Retrieved January 30, 2021, from <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/artigos/30eb93d4e9955b5c98f89deac7d47a1d.pdf>

Peña Freire, A.M. (2020). Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, 59-81. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.03>.

Scheuerman, W.E. (1996). Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism, *The Review of Politics*, 58, (2), pp. 299-322. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/1408432>

Schmitt, C. (2003). Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934, *Cités : Nouvelles guerres de religion ? Guerres saintes, conflits ethniques, chocs des civilisations*, (14), 165-171. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/40620905>

Schmitt, C. (2007). *The Concept of the Political*, United States of America: The University of Chicago Press.

Thomson, D. (2014). *Historia mundial de 1914 a 1968*, México: Fondo de Cultura Económica.

Trindade dos Santos, P. J. (2013). Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt, *Revista da Esmesc*, 20, 26, 381-404. Retrieved January 30, 2021, from <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/84>

Zarka, Y. C. (2003). Présentation : Carl Schmitt, le nazi, *Cités : Nouvelles guerres de religion ? Guerres saintes, conflits ethniques, chocs des civilisations*, (14), 161-163. Retrieved January 30, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/40620904>

Lenguaje y comprensión intercultural: aportes desde la hermenéutica trascendental de K.-O. Apel²¹⁴

Gonzalo Scivoletto²¹⁵

1. Introducción

En el campo de la filosofía práctica, fundamentalmente en la ética normativa, pero también en la teoría de la democracia, de los derechos humanos o la interculturalidad, la *ética discursiva* viene desempeñando desde los años 1970 un rol fundamental tanto en el ámbito internacional como en América Latina en particular (Fornet-Betancourt, R. 2008). Esto se debe, a mi juicio, a la radicalidad, sistematicidad y potencialidad que posee esta teoría en cuanto, por así decir, *programa de investigación*. Radicalidad porque su fundamentación presupone un cambio paradigmático en la concepción misma de la filosofía y de su lugar en la historia. Esto se expresa, por ejemplo, en el intento de Apel de reconstruir normativamente la historia de la filosofía en tres paradigmas de filosofía primera (Apel, K.-O. 2013) que, al mismo tiempo, sienta las bases para una reconstrucción normativa de la historia de la cultura (moralidad, derecho, política, etc.) (Apel, K.-O. 2013, 349-364). Por su parte, el carácter sistemático se refiere no sólo a la relación entre filosofía práctica y teórica (o mejor, entre filosofía práctica y filosofía primera *posmetafísica*) sino también a la articulación entre fundamentación normativa y aplicación a la realidad, esto es, a la situación fáctico-histórica (Apel, K.-O. 2001, 77-115). En efecto, la ética discursiva se autoconcibe como una ética de la corresponsabilidad referida a la historia, donde la evaluación de la situación y la aplicabilidad cumplen un papel determinante. Finalmente, en este

214 Este trabajo ha sido publicado en *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, vol. 18, 2016, 1-13. Para la presente publicación ha sido corregido y actualizado. Agradezco al Dr. David F. L. Gomes por la invitación a formar parte de esta obra colectiva.

215 Argentino. Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de Lanús). Profesor Titular de Filosofía (Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo). Codirector de la Revista Ética y Discurso (www.revistaeyd.org).

último aspecto se abren las grandes posibilidades de desarrollo y de amplitud hacia las ciencias sociales y la teoría crítica en general, pues la realización de discursos prácticos para la resolución de controversias de índole normativa supone el compromiso político para que los presupuestos idealizantes de la argumentación -por ejemplo, la participación de todos los afectados en igualdad de condiciones discursivas y corresponsabilidad- se institucionalicen de manera efectiva, lo que implica el análisis crítico de las instituciones realmente existentes.

Este trabajo propone un desarrollo interno posible de la ética discursiva, el cual puede tener relevancia para la problemática intercultural²¹⁶. En el marco de la problemática general de la *institucionalización* del discurso práctico (Scivoletto, 2020), lo que se estudia en particular aquí es su aspecto contextual, esto es, la realización del discurso en situación de diferencias interculturales densas – presuntamente “intraducibles” –, como la que se da cuando los interlocutores (*Diskurspartners*) pertenecen a formas de vida o “lenguajes” radicalmente diferentes entre sí²¹⁷. Esta cuestión puede ser caracterizada, siguiendo al propio Apel, como el aspecto hermenéutico (trascendental) de la transformación pragmático-trascendental de la ética kantiana que se propone la ética discursiva (Apel, K.-O. 1997). Sin embargo, no se abordarán aquí los aspectos históricos de tal problemática, los cuales se sitúan en torno a la crítica apeliana a la hermenéutica filosófica, en particular Heidegger y Gadamer²¹⁸, como tampoco se reali-

216 Si bien la problemática de la interculturalidad está implícita en la ética discursiva, no hay demasiados trabajos que la aborden explícitamente. Como antecedente y punto de partida en Apel, tal vez pueda mencionarse a Apel, K.-O. 1997; 1998, 609-647. Ver también Kuhlmann, 2015 y, en diálogo crítico con la ética discursiva Salas Astrain, 2003.

217 Se utiliza la expresión “forma de vida” a fin de evitar una interpretación hipostasiada del lenguaje y las culturas o grupos humanos. Como afirma Peter Winch: “It is in any case misleading to distinguish in a wholesale way between ‘our own’ and ‘alien’ cultures; parts of ‘our’ culture may be quite alien to one of ‘us’; indeed some parts of it may be *more* alien than cultural manifestations which are geographically or historically remote. I see no reason why a contemporary historical scholar might not feel himself more at home in the world of medieval alchemy than in that of twentieth century professional football” (Winch, P. 1997, 198). Ver además Scivoletto, 2016 a.

218 Los principales textos de Apel sobre esta problemática son: Apel, K.-O. 1979; 1985; 1998, 459-607; 2008. Para los aspectos más metodológicos, en cuanto a la inter-

zará una exposición de la fundamentación pragmático trascendental o de la parte B de la fundamentación propuesta por Apel. El trabajo se circunscribe al mencionado ámbito hermenéutico trascendental como clave de apertura de la ética discursiva a la problemática de la comprensión del (lenguaje del) otro. El núcleo de la problemática hermenéutica trascendental se encuentra, desde mi punto de vista, en la discusión sobre la comprensión del sentido como *pretensión de validez* -junto a la verdad, la corrección normativa y la sinceridad- y por lo tanto la posibilidad de resolución argumentativa de *conflictos* de sentido, en cuanto condición de posibilidad del resto de las pretensiones de validez. Como se mostrará a lo largo del trabajo, este es un punto de controversia crucial entre la pragmática formal (Habermas) y la pragmática trascendental (Apel) que, salvo excepciones, no ha suscitado la suficiente atención, y del cual se desprenden importantes consecuencias prácticas.

2. Comprensión y argumentación

Si bien no es objetivo de este trabajo ingresar en los aspectos arquitectónicos de la filosofía de Apel, es importante aclarar al menos qué se entiende por hermenéutica *trascendental*. A comienzos de los años 1960, Apel caracterizó su tarea filosófica como un intento de retomar la pregunta kantiana por la validez del conocimiento, pero asumiendo el núcleo central del *giro lingüístico (hermenéutico)*, esto es, la idea de que la constitución histórico-fáctica del sentido se encuentra *siempre ya* dada dentro de un horizonte de precomprensión, tal como mostraron primero Heidegger y luego Gadamer. Precisamente, fue la publicación de *Verdad y método* la que motivó a Apel a una investigación sobre la *justificación de la validez* y la posibilidad de un “progreso de la comprensión” contra la afirmación gadameriana de un comprender “siempre diferente”. A esta primera etapa, Apel la denominó herme-

pretación, véase Böhler, D. 1981. Para una visión de conjunto: Crelier, A. 2010, 226 ss.; Scivoletto, G. 2015; Borrelli, M. 2010. También es muy importante, aunque aborde sólo a Habermas y deje de lado a Apel: Lafont, C. 2002. Una lectura crítica de Lafont, que toma en cuenta la pragmática trascendental, la propongo en Scivoletto, 2016 b.

néutica trascendental. Luego, hacia fines de los años 1960, sobre todo con la incorporación de la teoría de los actos de habla de Austin y Searle, dicho programa se amplió a una pragmática trascendental del lenguaje. Sin embargo, desde mi punto de vista, ambas etapas no son meras etapas sucesivas, sino dos dimensiones complementarias de lo que finalmente Apel denominará *semiótica trascendental*. Siguiendo a Burckhart, hoy es posible afirmar que “[l]a hermenéutica explicita el sentido (*Sinn*) susceptible de validez (*geltungsfähigen*) – o mejor, digno de validez (*geltungswürdigen*). El tema de la pragmática trascendental es el de la estructura invariante de la validez misma que subyace a la fundamentación, por ejemplo la estructura invariante de la afirmación” (Burckhart, 2000: 27). La hermenéutica entonces se refiere a un aspecto de contenido material, el *interpretandum* mismo, la cosa sobre la que se habla, mientras que la pragmática remite a una dimensión formal. Si bien esta *forma* de entender la división del campo de la semiótica trascendental no se encuentra explícita en Apel, sí es cierto que al menos en el ámbito de la filosofía práctica Apel se ha referido a una dimensión hermenéutico-trascendental complementaria a la pragmática:

En la medida que *comprender* a otras personas (y esto significa, interpretar sus expresiones culturalmente impregnadas) es una parte de la *razón comunicativa*, y de aquí, de solidaridad discursiva con otros, podríamos hablar también de un aspecto *hermenéutico-trascendental* de la transformación *pragmático-trascendental* del kantismo. Ahora bien, el giro hermenéutico-trascendental de la filosofía contemporánea nos compele, creo, a ampliar nuestra corresponsabilidad primordial de considerar los intereses de otras personas a grupos o comunidades colectivas (Apel, K.-O.1997, 206).

Como se puede observar, tal dimensión hermenéutica se encuentra en relación con la comprensión de las expresiones de un in-

terlocutor en tanto argumentante en un discurso. La comprensión es un momento de la argumentación. Pero la argumentación se realiza en el medio de un lenguaje fáctico e histórico, cuyos significados son previos al sujeto, por lo que todo lo que pertenece a ese sentido es constituido por el lenguaje en tanto “metainstitución de todas las instituciones que pueden llegar a ser fundadas por los seres humanos” (Apel, K.-O. 2009, 71). Es decir que la intersubjetividad viene asegurada por el lenguaje que nos precede como sujetos, y nos constituye como tales.

El lenguaje como el *medium* de los signos expresa aquí, por así decirlo, comparado con la conciencia trascendental, el *a priori* de la corporalidad²¹⁹ intersubjetiva del conocimiento ligado a signos y del propio pensamiento que ya desde su punto de partida depende de los signos. En este último presupuesto se apoya también la posibilidad de pensar adecuadamente la interna relación de significado y validez (Apel, K.-O. 2009, 92).

Esta aprioricidad del lenguaje, de los signos – por definición convencionales, anterior a toda objetivación –, plantea la dificultad de tematización del lenguaje mismo. Esta sería la tarea de las ciencias hermenéuticas en tanto ciencias del entendimiento (*Verständigung*) intersubjetivo (Apel, K.-O. 2009, 93). Sin embargo, ¿en qué sentido puede pensarse como “objetivable” el *medium* del lenguaje si el propio Apel reconoce que la intersubjetividad comunicativa es en principio no objetivable²²⁰, esto es, en la medida que la condición de posibilidad de la objetivación de la intersubjetividad comunicativa presupone ya

219 En relación con el *a priori* de la corporalidad lingüística, contamos ahora con el excelente estudio de Laura Molina-Molina, 2019.

220 Al respecto, afirma Apel: “Por cuanto *sabemos* también en el nivel de la objetivación de segundo grado, que jamás un sujeto de conciencia solo, en base a sus funciones de conciencia (Kant, Husserl), está capacitado para la tematización de “algo como algo”, y que esto solamente es posible bajo los presupuestos comunicativos del entendimiento intersubjetivo en un lenguaje” (Apel, K.-O. 2009, 93).

“el entendimiento con los otros sobre el sentido y la validez del lenguaje y del mundo lingüísticamente interpretado”? (Apel, K.-O. 2009, 94).

Ahora, si el sentido se encuentra circunscripto al ámbito de una determinada lengua, de modo que “los límites del lenguaje son los límites de mi mundo”, ¿no queda también la validez circunscripta a dicha lengua? La respuesta a esta pregunta parece afirmativa si no consideramos la posibilidad de acceso a un ámbito extralingüístico. Así pues, la relación entre significado y validez abre la problemática de la relación entre lenguaje y mundo. Según Apel, entonces,

...con el término validez, se entiende en general en filosofía no simplemente la validez del significado tal como se halla fijado a través del uso del propio lenguaje, sino algo que va más allá de esto: algo que tiene que ver con la *referencia del lenguaje al mundo*, como por ejemplo la validez de las oraciones proposicionales en el sentido de la verdad. Recién con esto aparece evidentemente la posibilidad de plantear la cuestión sobre las relaciones –externas o internas– entre significado lingüístico y validez, y la posibilidad de tematizar, al mismo tiempo, la *referencia del lenguaje al mundo* (Apel, K.-O. 2009, 71).

Es importante aclarar que cuando Apel se refiere al significado lingüístico lo hace en relación con oraciones y no con palabras, y a partir de allí, en línea con la filosofía analítica, lo vincula con la verdad. En una primera etapa de aquella tradición, por ejemplo en el neopositivismo, el significado se reducía a la función expositiva o representativa del lenguaje proposicional. De tal modo, sólo podía tener sentido una oración en la medida que pudiera ser verificada. Así, se restringía tanto la función representativa como el concepto mismo de verificación a su constatación empírica. La teoría de los actos de habla produce una verdadera revolución en este sentido, pues permite observar que toda oración del lenguaje, también los enunciados asertóricos (que se

refieren a hechos o estado de cosas), posee una dimensión representativa o expositiva, y una dimensión performativa “que determina de manera convencional la ‘fuerza ilocutiva’ de la oración” (Apel, K.-O. 2009, 76). Mientras que el contenido proposicional de una oración *p* puede permanecer idéntico, la parte performativa establece una diferencia *modal*. Por lo tanto, el significado lingüístico de una oración no está determinado por la función expositiva o representativa sino por la doble estructura performativo-proposicional. De esta manera, el concepto de verificación se ve ampliado: así como en la primera etapa de la filosofía analítica se hablaba de las *condiciones de verdad* de las proposiciones, ahora hablamos de las *condiciones de validez* de los actos de habla. En cuanto a la verificación, como las condiciones de validez no se reducen a la función representativa o expositiva del lenguaje, ya no puede ser entendida desde el modelo empirista de la evidencia y la correspondencia (puesto que por principio en los enunciados no asertóricos es imposible tal tipo de verificación), sino desde el modelo de las *condiciones de aceptabilidad*. En otras palabras, la validez de un enunciado se determina por el consenso en un discurso. Pero antes de continuar en esta dirección, que atañe a la posibilidad de la resolución discursiva de la pretensión de sentido, es importante reconstruir el esquema habermasiano de la tricotomía de las funciones del lenguaje, pretensiones de validez y relaciones con el mundo.

3. Comprensión, validez y referencia al mundo

Del análisis de la intersubjetividad comunicativa o del entendimiento comunicativo (*Verständigung*) Habermas, siguiendo a Bühler, divide en tres las funciones del lenguaje: la función expositiva (que se refiere a cosas o estados de cosas, es decir, las proposiciones en sentido estricto), la función expresiva (del hablante) y la función apelativa (esto es, referida a un destinatario). A cada una de estas funciones le corresponde un mundo de referencia. Así a la primera función el mundo “externo” o de los objetos o estados de cosas, a la segunda el mundo interior o subjetivo y a la tercera el mundo social de la interac-

ción. A cada mundo de referencia le corresponde, a su vez, una pretensión de validez: la pretensión de verdad expresada en actos de habla asertóricos o constatativos, la pretensión de corrección normativa, por ejemplo de actos de habla directivos, con relación a las normas del mundo social, y la pretensión de veracidad o sinceridad en cuanto autoexpresión de la subjetividad del hablante.

Habermas distingue, además, entre la comunicación en el mundo de la vida y el discurso argumentativo. En el discurso argumentativo se tematiza, esto es, se vuelven explícitas las pretensiones de validez de los actos comunicativos que, dice Apel, han sido *entendidos* pero no *aceptados* (Apel, K.-O. 2009, 95). Según Habermas, en la interacción y comunicación del mundo de la vida la coordinación de la acción “tiene lugar, *normalmente* sobre la ‘fuerza social vinculante’ que tienen las pretensiones de validez en la medida que no sólo son entendidas sino aceptadas” (Apel, K.-O. 2009, 95). Aquí aparece una diferencia importante entre Apel y Habermas, puesto que Apel coincide con las críticas “realistas” que se le realizan a Habermas, en el sentido de que este último “idealiza” la interacción social, esto es, como si *realmente* (empíricamente) la interacción fuese posibilitada sólo sobre criterios de validez. Es decir, fácticamente, en el mundo de la vida, la formación de consenso viene dada tanto por pretensiones de validez como también por negociaciones encubiertas o abiertamente estratégicas²²¹. Por ello, la estrategia de Apel no parte de una reconstrucción o de un análisis sociológico sobre la interacción en el mundo de la vida, como en Habermas, sino del análisis reflexivo sobre los presupuestos del discurso argumentativo, reflexión que sólo puede ser comprendida en términos de la filosofía *trascendental* (Kuhlmann, W. 2017). Es sólo mediante el discurso argumentativo que pueden dirimirse *legítimamente* las pretensiones de validez que los hablantes elevan mediante sus actos de habla. Los tipos de discurso, a saber, el teórico (referido a la verdad de una proposición) o el práctico (referido a la legitimidad de una norma), priorizan una determinada función del lenguaje o de

221 Sobre la tesis del “parasitismo” de Habermas y la crítica de Apel no podemos ingresar plenamente aquí. Para ello ver, Apel, K.-O. 1998, 701-725.

un tipo de acto de habla, aunque los demás elementos se encuentran también presentes. En la ética discursiva ha habido un importante debate acerca de la posibilidad de resolver pretensiones de veracidad o sinceridad, en cuanto se basan en actos de habla expresivos (Damiani, 2007), pero sobre la pretensión de sentido o comprensibilidad creo que se pueden señalar algunos aspectos problemáticos, a partir de los cuales es posible, a su vez, observar las dificultades que entraña la intercomprensión o comprensión intercultural como condición básica de la argumentación.

4. Pretensión de comprensibilidad

La pretensión de comprensibilidad ha tenido en el desarrollo de la pragmática formal de Habermas una posición ambigua. Por un lado, parece restringirse a la buena forma gramatical y pragmática y, en tal sentido, se encontraría fácticamente resuelta en el hecho mismo de la comunicación, pues de lo contrario la comunicación fracasaría. El sentido o comprensibilidad (inteligibilidad) es, en este aspecto, una condición de posibilidad irrebasable para la argumentación. Por otro lado, el sentido o comprensibilidad también parece incluir problemas de interpretación. A modo de ejemplo, puede observarse el siguiente pasaje de la *Teoría de la acción comunicativa*:

En un sentido distinto pero también reflexivo tenemos, por último, la forma de comportamiento de un intérprete que ante dificultades de comprensión pertinentes, se ve movido, para ponerles remedio, a convertir en objeto de comunicación los medios mismos de entenderse. En relación con esto llamamos racional a una persona que se muestra dispuesta al entendimiento y que, ante las perturbaciones de la comunicación reacciona reflexionando sobre las reglas lingüísticas. Por un lado, se trata de ver si las manifestaciones simbólicas son inteligibles o están bien formadas,

es decir, si las expresiones simbólicas son correctas, esto es, si han sido producidas de conformidad con el sistema de reglas generativas. Por otro lado, se trata de explicar el significado de las manifestaciones – *una tarea hermenéutica, de la que la práctica de la traducción representa un modelo adecuado*. Se comporta irracionalmente quien hace uso dogmático de sus propios medios simbólicos de expresión. Por el contrario, el discurso explicativo es una forma de argumentación en que ya no se supone o se niega ingenuamente que las expresiones simbólicas sean inteligibles, estén bien formadas o sean correctas, sino que el asunto se convierte en tema a título de una ‘pretensión de validez’ controvertida”. (Habermas, J. 2010, 47)

En este pasaje, Habermas relaciona la pretensión de sentido con el comportamiento racional. En un aspecto, no actúa racionalmente quien no está dispuesto a revisar los medios mismos de la comunicación, esto es, quien no quiera discutir *tanto* la inteligibilidad (*Verständlichkeit*) o la buena forma (*Wohlgeformtheit*) de los enunciados *como* el *significado* de tales expresiones bien formadas. Desde mi punto de vista, esto debe llevarnos a distinguir entre sentido/sin sentido y equivocidad o multiplicidad del sentido (significado). Es decir, un enunciado con sentido (no-absurdo) puede ser multívoco o “comprensible de diversas maneras”. El discurso explicativo o hermenéutico abarcaría los dos niveles. En el primer nivel, el sentido abarcaría tanto la dimensión sintáctico-semántica como pragmática, algo así como el grado 0 de la comprensión. La autocontradicción performativa²²² es el modelo ejemplar de la condición pragmática del sentido, en la me-

222 A diferencia de la contradicción en sentido usual, por ejemplo afirmar p y $\neg p$ simultáneamente y en un mismo sentido, la contradicción pragmática se refiere a la contradicción entre el plano proposicional p y el plano performativo M de un acto de habla (M_p). Por ejemplo, quien afirme “mi tesis no tiene ninguna pretensión de verdad” incurriría en una inconsistencia pragmática pues el contenido de lo afirmado se contradice con la acción realizada, esto es, afirmar, y toda afirmación eleva una pretensión de verdad.

dida que simplemente quien incurre en ella no logra que su discurso *haga sentido*. En el segundo nivel, se elevarían y resolverían *in the long run* las pretensiones de validez de las interpretaciones de expresiones simbólicas en un sentido amplio. Es decir, constituiría la arena del conflicto de las interpretaciones. Ahora bien, lo que no dice Habermas es cuál es el criterio de resolubilidad en este segundo nivel. En el primero, basta con apelar a las reglas mismas del lenguaje, pero en el caso de interpretaciones en disputa, ¿cuál es el criterio de validez de la interpretación? Por ejemplo, imaginemos que un interlocutor afirmara: “no es *justo* que las personas sin empleo o con empleo informal reciban una asignación o pensión por hijo”. En tal caso, otro interlocutor podría preguntar: “¿Qué entiende usted por *justo* (*justicia*)?” En tal caso el discurso práctico debe dar, por así decirlo, un paso atrás y convertirse en un discurso hermenéutico²²³. La objeción o pregunta del interlocutor no apunta a si el enunciado está correctamente formulado, como si el otro interlocutor hubiese dicho algo así como “las cobrar personas justo asignación no” (un enunciado ininteligible, que no hace sentido), pero tampoco al problema mismo de la legitimidad práctica de tal decisión política, sino al *significado* mismo de “justicia”. Ahora bien, en caso de que ambos interlocutores manifiesten dos concepciones diferentes de justicia, ¿cuál es el criterio mediante el cual es posible determinar el “significado correcto”? El problema que se presenta aquí es que precisamente la constitución de sentido se encuentra articulada por un lenguaje y forma de vida, una pre-comprensión.

Pero para analizar con un poco más de detalle en qué sentido la comprensibilidad puede ser entendida como *pretensión*, por lo tanto susceptible de resolución argumentativa en un discurso, es necesario dar un rodeo a través de otras pretensiones. Por ejemplo, Damiani ha examinado la situación peculiar de la pretensión de sinceridad/veracidad y su posible resolución argumentativa. El problema que se presenta en la pretensión de sinceridad es cómo determinar mediante un

223 Por supuesto que esta es una descripción meramente analítica, puesto que en realidad el discurso argumentativo es una unidad en la que todas las pretensiones de validez (sentido, verdad, corrección, sinceridad) se encuentran entrelazadas, aunque predomine o se explicita una de ellas.

discurso (ya que en sentido estricto sólo en un discurso pueden legitimarse o fundamentarse las opiniones) si un hablante es sincero o no. Es decir, se pueden ofrecer razones o evidencias de que un enunciado es verdadero o falso en un discurso teórico (por supuesto que tales razones son por principio falibles) o en un discurso práctico acerca de la legitimidad de normas o acciones mediante el consenso de todos los afectados, pero no es tan fácil *prima facie* afirmar que se puede resolver si lo que dice un hablante es lo que “realmente” quiere decir. Para Damiani, un primer paso para resolver esta cuestión es tener en cuenta la referencia al mundo presente en cada caso. La pretensión de verdad y la pretensión de corrección normativa tienen un aspecto común: ambas se refieren a un “mundo común y compartido, al que todos los posibles interlocutores deben poder tener acceso [...] tanto el mundo natural como el mundo social son de acceso público” (Damiani, A. 2007, 69). Ahora bien, en el caso de la comprensión del sentido, a mi juicio, también se trata de un “mundo común y compartido”, esto es: el lenguaje mismo mediante el cual nos comunicamos. Nadie tiene un acceso privilegiado al lenguaje en la medida que ya somos en el lenguaje y el lenguaje es, por definición, público. Sin embargo, el lenguaje no es un medio abstracto, sino que es un sistema de reglas y significados ya constituidos, es decir, el acceso al lenguaje depende precisamente del lenguaje. En otros términos, “somos” en el lenguaje. Esto ha sido aclarado correctamente por Habermas cuando sostiene que “el lenguaje y la cultura, ni coinciden con los conceptos formales de mundo, de que se sirven los participantes en la interacción para definir en común una situación, ni tampoco aparecen como algo intramundano” (Habermas, J. 2010, 603). Es decir, hay una diferencia radical entre el medio del entendimiento, el lenguaje, y el concepto formal (tridimensional) de mundo. Mientras dos interlocutores se encuentren en actitud performativa, el lenguaje, dice Habermas, “permanece en una peculiar *semitrascendencia* [...] permanece a sus espaldas. Frente a él los hablantes no pueden adoptar una *posición extramundana*. Y lo mismo cabe decir de los patrones de interpretación cultural que en ese lenguaje son transmitidos” (Habermas, J. 2010, 603). Ahora bien,

si “los participantes no pueden adoptar *in actu* la misma distancia que respecto a la totalidad de los hechos [mundo externo – actos de habla asertóricos], de las normas [mundo social – actos de habla directivos] o de las vivencias [mundo interno – actos de habla expresivos], sobre que es posible el entendimiento” (Habermas, J. 2010, 605), entonces: ¿en qué sentido podemos seguir afirmando que es posible la resolución de pretensiones de sentido, las cuales se refieren al medio mismo del entendimiento (actos de habla comunicativos) que se encuentran “de espalda” a los sujetos? En este punto aparece el problema de la traducibilidad de las expresiones simbólicas, puesto que dos interlocutores en un discurso, en tanto que se encuentran ya en una situación comunicativa y, por lo tanto, *por un lado*, ya se entienden (de otra manera no podrían siquiera “detectar” un problema en el sentido o comprensibilidad de sus expresiones), pero, *por otro lado*, se “malentienden” (de lo contrario no discutirían acerca del sentido de sus expresiones), deben poder llegar a un significado común para poder discutir cualquier pretensión de validez. Y así como en el discurso teórico o en el práctico se deben poder ofrecer razones o argumentos, también en el caso de la traducción debe poder ofrecerse argumentos (en principio falibles) que justifiquen tal o cual significado. Por otra parte, si el sentido o la comprensibilidad no fuesen susceptibles de resolución argumentativa deberían ser excluidos del sistema de las pretensiones de validez. Este no es el caso porque, tanto en el nivel básico del funcionamiento correcto del lenguaje, el sistema de reglas, como en el nivel del significado de las expresiones simbólicas, es posible aducir argumentos sobre la forma gramaticalmente correcta (en un sentido amplio, que incluye el nivel sintáctico-semántico y el pragmático) y los significados más adecuados. Según Habermas, “[s]ólo en raras ocasiones, esto es, sólo cuando *dejan de responder como recursos*, desarrollan la cultura y el lenguaje esa peculiar resistencia que experimentamos en las situaciones en las que el entendimiento queda perturbado. *Entonces se vuelve necesaria la labor de reparación de traductores, intérpretes o terapeutas*” (Habermas, J. 2010, 615). Los conflictos interculturales expresan, en un nivel sincrónico, un modelo ideal de este tipo de “per-

turbaciones del entendimiento” y, en un nivel diacrónico, la comprensión de tradiciones culturales lejanas en el tiempo; pero sin duda no son las únicas ocasiones. También en la comunicación cotidiana nos encontramos permanentemente con situaciones en las que las matrices de interpretación sedimentadas en el lenguaje dificultan o impiden el entendimiento. Es decir que, a mi juicio, no se trata de “raras ocasiones” sino de un problema constante que la comunicación y el discurso deben asumir como elemento fundamental en la discusión argumentativa sobre pretensiones de validez.

5. Hermenéutica trascendental como norma práctica

La discusión precedente sobre la posibilidad de resolución argumentativa de pretensiones de sentido no sólo tiene un interés sistemático, es decir, en relación con la teoría general de los actos de habla y la pragmática trascendental, sino que tiene una relevancia fundamental para la filosofía práctica. La defensa que aquí se presenta del *discurso* hermenéutico cobra relevancia en el ámbito de la ética discursiva, tal como lo había mostrado ya Dietrich Böhler en su artículo “Transzendentalpragmatik und die kritische Moral. Über die Möglichkeit und die moralische Bedeutung einer Selbstaufklärung der Vernunft” (*Pragmática trascendental y la moral crítica. Sobre la posibilidad y el significado moral de una autoaclaración de la razón*). Böhler realiza una reconstrucción de la fundamentación de la pragmática trascendental y sus implicancias morales tomando algunos motivos de Platón y de la filosofía trascendental moderna. La reflexión pragmático-trascendental sobre los presupuestos de la interacción comunicativa toma el lugar, por así decir, de la autoaclaración de la “razón pura”. Pero entre tales presupuestos de carácter normativo, Böhler afirma que hay un principio de complementación de la pragmática trascendental, la cual se orienta primariamente por la dimensión *performativa* del acto de habla, que concierne a la parte *proposicional* del acto de habla. Tal complemento, sostiene, es de naturaleza hermenéutico-trascendental (Böhler, D.

1982, 109). La expresión política de tal principio tiene la forma de una esfera pública mundial (*Weltöffentlichkeit*).

El análisis de Böhler toma como punto de partida un pasaje del *Critón* de Platón en el que Sócrates afirma: “Porque en lo que a mí respecta no sólo ahora sino siempre he procedido de modo tal que jamás he hecho caso a ninguna otra argumentación que aquella que, al reflexionar, me parece la mejor” (*Critón* 46 b). Este es el principio máximo de la argumentación, en el cual podemos descubrir las siguientes características trascendentales. En primer lugar, quien argumenta ya ha ingresado en un juego de lenguaje que, como todo juego de lenguaje, tiene sus reglas constitutivas, en este caso la “regla del mejor argumento”. En el texto platónico, Sócrates invita a Critón a dialogar, esto es, a evaluar las diferentes razones. De manera significativa, el texto griego dice “*logoi*”, las razones o “*logoi*” son la máxima autoridad, es decir que es el mejor argumento el que ha de mandar. En efecto, “el principio metodológico que plantea Sócrates consiste en desechar, como razones argumentales, la de autoridad... o la de cantidad..., y hacer jugar en todo momento la persuasión de un lado y la aceptación convencida de otro” (Eggers Lan, 1973: n. 32).

Ahora bien, hay otro término fundamental en el texto platónico. Se trata del término *homología*, al cual Eggers Lan traduce como “convenio” y lo explica en el contexto del diálogo²²⁴ con las leyes y la *polis* hacia el final del *Critón*. La homología es la esencia misma del diálogo porque este es estructuralmente *vinculante*, es decir que no se puede romper luego con lo que antes se ha convenido. Böhler, aunque no repara en este aspecto filológico, sí señala el carácter *metaconvencional* del principio del discurso, esto es, la idea de que, dado que el mejor argumento es el que manda, la autoridad *de hecho* (instituciones sociales vigentes, las leyes, “la opinión de la mayoría”, etc.) puede ser sometida

224 Aquí se utilizan diálogo (en el sentido del diálogo socrático) como sinónimo de discurso, cuando en realidad no deben confundirse. Sin embargo, dado que en el texto platónico se está presentando efectivamente una discusión argumentativa sobre la legitimidad de una acción (huir de la cárcel, porque la condena es injusta) es que en este caso se trata de un *discurso*. No todo diálogo es un discurso, pero sí todo discurso es dialógico.

a un examen crítico producto de la autonomía de la argumentación²²⁵. De lo anterior se deriva otra característica de tipo metodológica. El estándar de validez de la norma dependerá de dicha evaluación argumentativa, y así el procedimiento del diálogo se convierte en el criterio de justicia de la norma. Para Böhler, entonces, “el principio del logos implica una regla de autonomía de la argumentación” (Böhler, D. 1982, 83). La legitimidad normativa de la acción, entonces, no puede ser derivada de las normas ya establecidas, sino que debe ser determinada por el consenso de los participantes en la discusión. Sin embargo, tal discusión debe permanecer abierta a todo participante que ofrezca, a su vez, nuevas razones. Por lo tanto, “el principio del logos contiene (*enthält*) la idea de la comunidad ilimitada de argumentación y el deber de anticiparla” (Böhler, D. 1982, 84).

Pero en el diálogo argumentativo hay un reconocimiento del otro como interlocutor discursivo, es decir, como igual a mí en el sentido de que puede discutir y criticar, y también que puede tener razón. El principio del logos contiene entonces la obligación dialógica (*dialogische Verpflichtung*) de reconocer al interlocutor como un par. Las tres normas implícitas en el principio del logos, o de la argumentación, se expresan de la siguiente manera.

Norma 1: “Cuando discutas, solo debes aceptar argumentos y no instancias ajenas a la argumentación”²²⁶ (Böhler, D. 1982, 101)

225 Esto es lo que permitiría el paso de una moral convencional a una posconvencional, proceso que no sólo es de tipo lógico-moral, sino también histórico. En esto específicamente consiste, para Apel, la Ilustración, en la capacidad de autodistanciarse críticamente de la tradición, pero ello no se restringe a la Ilustración europea moderna. En ese sentido, no hay ninguna razón para pensar que la Ilustración no sea un proceso de autoaprendizaje moral que se haya dado o pueda darse en otras tradiciones culturales no-europeas. La discusión ingresa aquí al terreno de la historia social, y por lo tanto, de carácter empírico. El propio Apel se refiere en una entrevista a la investigación doctoral que realizara uno de sus alumnos sobre el confucionismo y la ética discursiva. Desde hace algunos años, además, se viene trabajando en relación con Habermas (Apel es prácticamente ignorado en estos asuntos) y el concepto de “modernidades múltiples” (Reigadas, 2013).

226 Du sollst, wenn Du argumentierst, nur Argumente gelten lassen und keine argumentationsfremden Instanzen“.

Norma 2: “Esfuézate siempre por argumentos que puedan llegar a un consenso incluso en una comunidad ideal de argumentación y por relaciones que se acerquen más a las estructuras y condiciones de una comunidad ideal de argumentación”²²⁷ (Böhler, D. 1982, 105).

Norma 3: “Respeta y trata a todos los que sigan las reglas del juego del lenguaje de la argumentación como interlocutores con iguales derechos, con capacidad de juicio y de sinceridad”²²⁸ (Böhler, D. 1982, 106).

A estas tres normas fundamentales se le agregará una cuarta, que es precisamente la norma de naturaleza *hermenéutico-trascendental*. El punto de partida para su introducción es el rol peculiar que cumple el *discurso hermenéutico* o explicativo en relación con los discursos teórico y práctico. Estos últimos se encuentran mutuamente imbricados²²⁹. Es decir, los discursos prácticos dependen materialmente, e incluyen, discursos teóricos, y los discursos teóricos presuponen para su constitución acuerdos relativos a intereses, objetivos, planes, etc. En el primer caso, la descripción de la situación resulta decisiva para la definición de acciones. Por ejemplo, para temas ecológicos o bioéticos, es necesario establecer cuestiones empíricas tales como el tiempo de degradación de determinada sustancia o el momento de forma-

227 „Bemühe Dich stets um Argumente, die auch in einer idealen Argumentationsgemeinschaft konsensfähig wären und bemühe Dich um solche Verhältnisse, die den Strukturen und Bedingungen einer idealen Argumentationsgemeinschaft näher kommen“.

228 „Achte und behandle jeden Anderen, der die Regeln des Sprachspiels Argumentieren befolgt, als gleichberechtigten, zurechnungsfähigen und warheitsfähigen Argumentationspartner“.

229 En sentido estricto, el *discurso* es uno y el mismo que asume diferentes formas conforme a la pretensión de validez que esté en discusión. El discurso es, por definición, reflexivo, autocrítico y “expansivo”. Al respecto, dice Apel: “Si se reflexiona de manera pragmático-trascendental (o aquí igualmente, hermenéutico-trascendental) sobre la dimensión subjetiva-intersubjetiva del diálogo que pertenece al discurso de fundamentación o justificación, entonces resulta claro que este discurso, en tanto *crítico-autoreflexivo* lleva implícito la posibilidad, si se enfrentan dificultades de comprensión del sentido, de expandirse (*erweitern*) hacia un *discurso hermenéutico* del entendimiento (*Verständigung*) sobre intenciones de sentido, fundamentos de opiniones y acciones posibles” (Apel, K.-O. 1979, 281).

ción de la corteza cerebral. Sin embargo, ambos discursos, teórico y práctico, dependen a su vez del “*entendimiento explicativo sobre el sentido*” (*explikativen Verständigung über den Sinn*) de necesidades, intereses, formas de vida o tradiciones culturales y normas representadas en la descripción de la situación (Böhler, D. 1982, 108-109). En otras palabras, el discurso hermenéutico concierne a la auto-interpretación de los actores involucrados y a la interpretación de la situación. En el caso de conflictos interculturales la posible toma de decisión respecto de una norma *no sólo* presupone la realización de un discurso práctico, es decir, no basta con decir “discutan y vean”, pues los interlocutores pueden no ser conscientes de la situación hermenéutica en la que se encuentra cada cual y la necesidad de aclarar el sentido de los nombres, conceptos, necesidades, intereses, etc. A ello se podría objetar que tal acuerdo respecto del sentido se encuentra siempre ya virtualmente resuelto en el discurso práctico y que, en caso de *malentendido* es el propio discurso (mediante los interlocutores que participan de él) el que dispara un proceso de restablecimiento del entendimiento (*Verständigung*). Sin embargo, el entendimiento, posibilitado por la base de un lenguaje común, precisamente por el carácter polisémico de este último, no es un entendimiento transparente e inmediato. Lo que intento señalar es que en los discursos prácticos no puede esperarse a que ocurra el malentendido para que los interlocutores realicen la pregunta “¿qué significa X?”, puesto que el malentendido puede no ocurrir nunca, o peor, puede ocurrir, pero pasar inadvertido. La discusión de pretensiones de validez en un discurso no es, en sentido estricto, entre pretensiones de validez sino entre *sujetos* (socio-culturalmente constituidos) que *elevan* dichas pretensiones. Si se quiere evitar o disminuir el riesgo de imponer la propia comprensión y por lo tanto malinterpretar las expresiones simbólicas es necesario entonces que el discurso hermenéutico acompañe virtualmente al discurso práctico y no sólo aparezca en caso de “anomalía”. Si no entiendo mal, es en este sentido que Böhler afirma en el texto que he analizado aquí que hay una complementariedad (no subsidiaridad) entre pragmática trascendental y hermenéutica trascendental.

Ahora, la condición de posibilidad para el entendimiento acerca del sentido no puede provenir de otro lugar más que de la perspectiva de los propios participantes en el discurso, pues no hay significados preeminentes o “más verdaderos”. Ese espacio de constitución normativa del sentido es lo que Böhler denomina esfera pública (*Öffentlichkeit*), que, como tal, debe permanecer abierto y abarcar virtualmente a todo interlocutor posible, es decir, se trata de una esfera pública *universal* (Böhler, D. 1982, 112). La cuarta norma, entonces, se formula como sigue:

Norma 4: “Esfuérzate siempre por una comunicación para la crítica y la ampliación del horizonte de comprensión de tus argumentos, y esfuérzate siempre por lograr condiciones de entendimiento que se acerquen más a la realización de una mejor esfera pública mundial posible”²³⁰ (Böhler, D. 1982, 111).

En conclusión, según Böhler, la reflexión hermenéutico-trascendental posee entonces una gran importancia “tanto para la lógica de la validez (*Geltungslogik*) del discurso en general y del discurso práctico en particular como para una crítica del alcance (*Tragweite*) moral de la pragmática trascendental” (Böhler, D. 1982, 112). Esto es así porque permite observar que la discusión acerca de las normas sustantivas o materiales en un discurso sólo es posible mediante un entendimiento (*Verständigung*) que adopta, desde un punto de vista político-institucional, la forma de una discusión argumentativa “dentro” de una esfera pública (*Öffentlichkeit*). En tal sentido, el principio hermenéutico-trascendental tiene un carácter *constitutivo* y *regulativo* de la razón práctica. *Constitutivo* porque la lógica de la validez establece que para que una norma sea válida deben el o los afectados ofrecer razones que se confrontan con las razones de otros afectados, pero “la reflexión trascendental lleva a la conclusión de que el sentido real de

230 „Bemühe Dich stets um Kommunikation zur Kritik und Erweiterung des Verstehenshorizontes Deiner Argumente, und bemühe Dich stets um solche Verständigungsbedingungen, die der Realisierung einer bestmöglichen Weltöffentlichkeit näher kommen“.

las pretensiones de aquellos posibles afectados no puede ser determinada (*ermitteln*) teórico-monológicamente, sino comunicativa o cuasi comunicativamente (mediante procedimientos autocríticos hermenéuticos)” (Böhler, D. 1982, 113). Sin embargo, aunque el principio de un acuerdo último en una comunidad ideal de comunicación es operativo, desde ya, en la práctica misma de la argumentación, y por ello es constitutivo, al mismo tiempo, es cabalmente irrealizable en tanto idea regulativa. Pero esta irrealizabilidad no anula su efecto orientativo, crítico, en la praxis.

5. Pretensión de comprensibilidad (sentido) y traducción

Finalmente, quisiera examinar un poco más en detalle la relación entre hermenéutica trascendental y pragmática trascendental, a fin de precisar, a su vez, la cuestión de la comprensión del sentido. Para ello, sigo algunas tesis planteadas por Burckhart.

Uno de los aportes centrales que realiza Burckhardt, para los fines de este trabajo, concierne a la pretensión de sentido y a su distinción entre inteligibilidad (*Verständlichkeit*) y comprensibilidad (*Verstehbarkeit*). La inteligibilidad no es discursiva, es decir, no es resoluble discursivamente puesto que se corresponde con ese nivel más básico y fundamental de la estructura del lenguaje (*Rede*) que la presupone, esto es, su *Wohlgeformtheit* en el sentido de Habermas (Petras, W. 2011, 80). Es decir, se refiere a la gramaticalidad, siempre y cuando en dicha gramaticalidad se contemple la unidad sintáctico-semántica²³¹. La comprensibilidad, en cambio, sí puede resolverse discursivamente, puesto que corresponde al campo del proceso de comprensión (*Verstehensprozesses*) dialógico-reflexivo. En mi opinión, esta distinción puede relacionarse con los dos niveles del *logos semantikos* (o de la constitución del sentido) que reemplaza la función representativa de la semántica referencial: “el nivel prerreflexivo del mundo de la vida, en

231 Tal es la crítica que le realiza Apel a Habermas: “Tampoco debería reducirse, en mi opinión, la *pretensión fundamental de validez del sentido* [...] al *estar bien formado gramaticalmente* (*grammatischen Wohlgeformtheit*) (Apel, K.-O. 1998, 689).

el cual el sentido convencional de los símbolos conceptuales se determina implícitamente, a través del uso del lenguaje; y los procesos de formación explícita de consenso sobre definiciones conceptuales (en sentido amplio)” (Apel, K.-O. 2009, 237). Es decir, con el aprendizaje de una lengua se aprende, además de las *reglas* que la constituyen, una imagen del mundo (mundo en su tridimensionalidad: objetivo, social e interno subjetivo); pero también se aprende la capacidad de modificar esa imagen a través de una comunidad de interpretación y traducción. El discurso hermenéutico o explicativo es el tipo de discurso donde se examinan las pretensiones de validez acerca del sentido *siempre ya* constituido. La pretensión de comprensibilidad tiene la forma del *círculo hermenéutico*: sobre la base de una totalidad de sentido, que se corresponde con la estructura de una lengua natural (*Umgangssprache*), es posible comprender el sentido de todo acto de habla, pero a través del discurso hermenéutico para la aclaración del sentido de un acto de habla es posible modificar la precomprensión implícita de una lengua. Desde mi punto de vista, solo de esta manera puede entenderse y convalidarse la tesis de Apel de que

tiene que ponerse en relación desde el comienzo la *pretensión de validez del sentido* (*Sinngeltungsanspruch*) con la *constitución*, mundo-vital y por lo tanto condicionada históricamente, *de sentido del mundo* (*lebensweltlich und damit geschichtlich bedingten Welt-Sinnkonstitution*) (por ejemplo, la apertura de sentido lingüístico), sin querer reducir tampoco la dimensión independiente de la *justificación de la validez* (*Geltungsrechtfertigung*) al mundo de la vida (Apel, K.-O. 1998, 689, nota 55).

Así entonces, se ven enfrentados dos *a priori*, igualmente originarios, por así decir: el *a priori* del lenguaje (*Sprachapriori*) o de la constitución del sentido y el *a priori* de la justificación de la validez (*Geltungsrechtfertigung*). El primero se refiere a la dimensión pre-reflexiva de la praxis del mundo de la vida o dimensión “pragmático-histó-

rica” (Böhler) y el segundo a la dimensión reflexiva “pragmático-dialógica”. Ambos principios tienen su origen en el doble principio implícito ya en la hermenéutica filosófica: el principio de la determinación histórica del intérprete por parte del *interpretandum* (en el sentido de una filosofía del ser como acontecimiento) con el principio de igualdad dialógica (a partir del primado socrático-platónico). Es de esta manera como creo que debería entenderse el planteo arquitectónico final de Apel: ambos aspectos corresponderían a los ámbitos de una hermenéutica trascendental y una pragmática trascendental como partes complementarias de una semiótica trascendental.

La inteligibilidad (*Verständlichkeit*) es una *conditio sine qua non* del discurso argumentativo, y de la comunicación en general. En este sentido, se trata de un límite *negativo* y por ende irrebachable. La comprensibilidad, en el sentido de *Verstehbarkeit*, en cambio, es una dimensión positiva, apunta al *como* o *en tanto que* de la definición conceptual inserta en una “matriz interpretativa” (Wellmer). De este modo, como podría afirmarse desde una posición cercana a la hermenéutica, y también con Rorty, que una tarea propia de la filosofía y las ciencias humanas en general es la proliferación del sentido, lo cual no significa necesariamente que todo sentido de lo mismo (*anything goes*). El principio normativo del comprender mejor (intuitivamente tan difícil de aceptar en nuestros días) tiene que ser entendido como un presupuesto de la actividad de comprender, no como un estado de cosas que efectivamente coincida con “la realidad”. La realidad no es trascendente a la justificación. Cuando Apel, por ejemplo, se refiere a definiciones conceptuales utiliza ejemplos tales como el concepto de *simultaneidad* en Einstein o *justicia* en el caso de Rawls. En estos casos puede observarse que no se trata de descripciones de lo que *en realidad* “simultaneidad” y “justicia” *son*, sino que se trata de, precisamente, definiciones, para las cuales se requieren complejas prácticas de justificación. Lo mismo puede decirse de los conceptos que componen los actos de habla mediante los cuales elevamos nuestras pretensiones de validez, y fundamentalmente en los discursos prácticos. Así por ejemplo la validez normativa de pretensiones tales como “la mujer tiene

derecho a decidir sobre su propio cuerpo” (en el caso de una posición en defensa de la legalización del aborto) se basa en gran medida en lo que se entienda por “mujer”, y se puede mostrar justamente que la evolución del concepto o de la comprensión del sentido de “mujer” se encuentra ligada a las demandas regulativas (morales o jurídicas) históricas. Pero lo que se comprenda por “mujer”, e incluso “derecho” o “propio cuerpo”, no puede ser desligado de la pretensión de comprender mejor o más adecuadamente tales conceptos. La proliferación de sentido sea mediante experimentos mentales o sea mediante análisis histórico o antropológico, apunta a tener una visión más compleja, más rica en matices, más acabada, en última instancia, más adecuada o correcta de tales conceptos.

Conclusión

La posibilidad de comprendernos unos a otros, sobre todo cuando los unos y los otros pertenecemos a mundos de vida o culturas muy diferentes entre sí, ha sido y es una de las principales preocupaciones de la filosofía práctica. En este trabajo he intentado mostrar cómo es posible entender el entendimiento (en los dos sentidos entrelazados de entender *algo* y entenderse con otro) a partir del aparato conceptual ofrecido por la teoría de los actos de habla en su interpretación pragmático formal (Habermas) o pragmático trascendental (Apel). El fenómeno de la comprensión en general puede ser abordado como un problema de la comprensión de dos interlocutores que se comunican mediante actos de habla, y ello supone entonces la comprensión del sentido de las expresiones simbólicas de la parte proposicional de dicho acto de habla y la fuerza ilocutiva y la pretensión específica elevada en la dimensión performativa. La ética discursiva se ha ocupado ampliamente del análisis de las pretensiones de corrección normativa y de verdad, y en menor medida de las pretensiones de sinceridad o veracidad, sin embargo, hasta ahora no ha habido un análisis suficiente de la comprensibilidad o sentido y de su respectiva pretensión que, como he intentado mostrar, debe resolverse mediante un tipo de

discurso especial: el discurso hermenéutico. Ahora bien, mientras que, en principio, es claro cuáles son los criterios para la resolución de pretensiones de verdad o corrección normativa, aparentemente no sucede lo mismo con las pretensiones de sentido o comprensibilidad. Dado que la comprensión del sentido se encuentra a la base de cualquier discusión sobre pretensiones de validez, su rol es fundamental para la realización del discurso práctico, pero esto se agudiza en el caso de diálogos o discusiones interculturalmente complejos. El modelo de la traducción podría ofrecer, a mi modo de ver, un camino para comprender más adecuadamente cómo se desenvuelve el discurso hermenéutico²³².

232 En la última etapa de la obra de Habermas esta es una cuestión que ha cobrado cada vez mayor relevancia, sobre todo a partir de la idea de que la traducción debería ser una especie de filtro de los argumentos religiosos para que estos puedan ingresar en la discusión público-política. Tal como he intentado mostrar en algunos trabajos, esta problemática ha sido abordada sobre todo desde su costado político (o ético-político), pero no desde la perspectiva filosófico-lingüística que he intentado desarrollar aquí. Más allá de las diferencias en los posicionamientos políticos, también es cierto que en muchos casos falta claridad o precisamente hay *malentendidos* respecto de lo que determinados conceptos significan, tales como “lenguaje secular”, “argumento religioso” y hasta el concepto mismo de “traducción”. Respecto de estas cuestiones, ver Scivoletto, 2017 y Scivoletto, 2021.

Bibliografía

Apel, Karl-Otto. 1975. *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus von Dante bis Vico*, 2ª ed., Bonn: Bouvier

Apel, Karl-Otto. 1979. *Die Erklären: Verstehen-Kontroverse in transzendentalpragmatischer Sicht*, Frankfurt: Suhrkamp

Apel, Karl-Otto. 1985. *La transformación de la filosofía*. 2 Tomos. Madrid: Taurus

Apel, Karl-Otto. 1988. *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs Poskonventionellen Moral*. Frankfurt: Suhrkamp

Apel, Karl-Otto. 1991. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós

Apel, Karl-Otto. 1993. Discourse Ethics as a Response to the Novel Challenges of Today's Reality to Coresponsibility. *The Journal of Religion*, Vol. 73, 4: 496-513

Apel, Karl-Otto. 1996. *Selected Essays II: Ethics and the Theory of Rationality*. New Jersey: Humanities Press

Apel, Karl-Otto. 1997. Plurality of Good? The Problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View. *Ratio Juris* 10, 2: 199-212

Apel, Karl-Otto. 1998. *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp

Apel, Karl-Otto. 2001. *The Response of Discourse Ethics to the Moral Challenge of the Human Situation as Such and Specially Today*. Leuven: Peeters

Apel, Karl-Otto. 2004. El problema de la justicia en una sociedad multicultural. En Fornet-Betancourt, Raúl (ed.). *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*. España: MAD, 195-215

Apel, Karl-Otto. 2007. *La globalización y una ética de la responsabilidad. Reflexiones filosóficas sobre la globalización*. Buenos Aires: Prometeo Libros

Apel, Karl-Otto. 2008. The hermeneutics of Being versus transcendental hermeneutics or transcendental pragmatics. En *The Routledge Companion to Twenty Century Philosophy*. London and New York: Routledge, 736-783

Apel, Karl-Otto. 2009. *Semiótica filosófica*. Buenos Aires: Prometeo Libros

Apel, Karl-Otto. 2013. *Paradigmas de filosofía primera*. Buenos Aires: Prometeo Libros

Apel, Karl-Otto, y Dussel, Enrique. 2005. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Trotta

Arriarán, Samuel, y Sanabria, José (comps.). 1995. *Hermenéutica, educación y ética discursiva. En torno a un debate con Karl-Otto Apel*. México: Universidad Iberoamericana

Böhler, Dietrich. 1981. Philosophische Hermeneutik und hermeneutische Methode. En Fuhrmann, M. et al. (eds.), *Text und Applikation*, München: Wilhelm Fink Verlag, 483-511

Böhler, Dietrich. 1982. Transzendentalpragmatik und kritische Moral. Über die Möglichkeit und die moralische Bedeutung einer Selbstaufklärung der Vernunft. En Kuhlmann, Wolfgang, y Böhler,

Dietrich (eds.). *Kommunikation und Reflexion. Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik Antworten auf Karl-Otto Apel*. Frankfurt: Suhrkamp

Burckhart, Holger. 2000. Nichthintergebarkeit und Unverzichtbarkeit einer diskursethischen Begründung von Moral. En Burckhart, Holger, y Reich, Kersten (eds.). *Begründung von Moral: Diskursethik versus Konstruktivismus*. Würzburg: Königshausen und Neumann

Corredor, Cristina. 1999. *Filosofía del lenguaje. Una aproximación a las teorías del significado del siglo XX*. Madrid: Visor

Crelier, Andrés. 2010. *De los argumentos trascendentales a la hermenéutica trascendental*. La Plata: Edulp

Crelier, Andrés. 2013. *Introducción a la filosofía hermenéutica del lenguaje*. Buenos Aires: Biblos

Damiani, Alberto. 2007. Sinceridad y argumentación. En Michelini, Dorando et al. (eds.). *Ética del Discurso. Recepción y críticas desde América Latina*. Río Cuarto: Ediciones del ICALA, 65-80

Fornet-Betancourt, Raúl. 2008. Karl-Otto Apel y su presencia en la filosofía latinoamericana. En *Topologik*, 3

Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta

Habermas, Jürgen. 2010. *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Trotta

Habermas, Jürgen. 2011. *Escritos de filosofía. Fundamentos de sociología según la teoría del lenguaje*. Barcelona: Paidós

Hinkelammert, Franz. 2004. La ética del discurso y la ética de la responsabilidad: una posición crítica. En Fornet-Betancourt, Raúl (ed.). *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*. España: MAD, 195-215

Kettner, Matthias. 2012. Wir haben noch Fragen. En TSP 2.1 Workshop in Zaton (texto inédito)

Kuhlmann, Wolfgang. 1991. Acerca de la fundamentación de la ética del discurso. En Cortina, Adela, et al. (eds). *Ética comunicativa y democracia*. Barcelona: Crítica

Kuhlmann, Wolfgang. 2015. La ética del discurso y el problema de una ética intercultural. En Michelini, D., De Zan, J. y Damiani, A. (eds.). *Ética, política y discurso. Contribuciones desde América Latina*, Tomo I, 215-221

Kuhlmann, Wolfgang. 2017. A Plea for Transcendental Philosophy. En *Ética y Discurso*, 2 (1), 31-63

Lafont, Cristina. 2002. *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy*. MIT Press

Maliandi, Ricardo. 2006. *Ética: dilemas y convergencias*. Cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología, Buenos Aires: Biblos

Maliandi, Ricardo. 2009. Emergencia y convergencia en ética. Implicaciones apriorísticas de la moral social. En Muñoz, M y Vermeren, P. *Repensando el siglo XIX desde América Latina y Francia. Homenaje al filósofo Arturo A. Roig*, Colihue, Buenos Aires

Maliandi, Ricardo. 2010. *Discurso y convergencia. La ética discursiva de Karl-Otto Apel y el laberinto de los conflictos*, Buenos Aires: Oinos

Mendieta, Eduardo. 2002. *The Adventures of Transcendental Philosophy: Karl-Otto Apel's Semiotics and Discourse Ethics*

Michellini, Dorando. 2007. *Bien común y ética cívica: Una propuesta desde la ética del discurso*, Buenos Aires: Bonum

Molina-Molina, Laura. 2019. *Lenguaje y corporalidad en la filosofía de K.-O. Apel. Hacia una integración de la antropología del conocimiento y la pragmática trascendental del lenguaje*. Granada: Comares

Parret, Herman. 1993. *Semiótica y pragmática*, Buenos Aires: EDICIAL

Petras, Wibke. 2011. *Sinnkonstitution und Geltungsrechtfertigung. Zum Verhältnis von transzendentaler Hermeneutik und Transzendentalpragmatik in Kontexten einer zureichenden Vernunftbegründung*, Universität zu Köln (tesis doctoral inédita)

Reigadas, Cristina. 2013. Habermas y Wang Hui: Modernidad y sociedad mundial. Un diálogo intercultural. En Michellini, Dorando, y Lariguet, Guillermo (eds.). *Ética del discurso. Aportes a la discusión actual sobre la racionalidad práctica*. Río Cuarto: Ediciones del ICALA

Roig, Arturo. 2002. *Ética del poder y moralidad de la protesta*. Mendoza: EDIUNC

Salas Astrain, Ricardo. 2003. *Ética intercultural. (Re) Lecturas del Pensamiento latinoamericano*. Santiago de Chile: Ediciones UCSH

Scivoletto, Gonzalo. 2015. El impacto de Heidegger y Gadamer en la hermenéutica trascendental de Karl-Otto Apel. En *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Universidad de Málaga (España), vol. XX-No1 7-26

Scivoletto, Gonzalo. 2016 a. ¿Con ventanas o sin ventanas? Winch, Apel y la monadología de las formas de vida. En *Revista de Humanidades de Valparaíso*, n° 7, 43-58

Scivoletto, Gonzalo. 2016 b. Lenguaje y realidad: notas en torno al idealismo lingüístico en Habermas y Apel. En Di Silvestre, C. (ed.). *Modelos de comprensión del lenguaje en la filosofía contemporánea*. Guaymallén, Qellqasqa, 81-106

Scivoletto, Gonzalo. 2017. La religión en la esfera pública. Análisis de la “cláusula de traducción” del discurso religioso al lenguaje secular. En *Análisis. Revista de investigación filosófica* 4 (1), 93-116

Scivoletto, Gonzalo. 2020. Ética del discurso como ética referida a las instituciones. En *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, Vol. 9, No. 12, 1-19

Scivoletto, Gonzalo. 2021. Acerca de la admisibilidad de razones: una lectura a partir de J. Habermas y J.-M. Ferry. En Prono, S. *Estado e Iglesia. Un análisis crítico de las ventajas y desventajas de la relación en la filosofía política contemporánea*. Santa Fe: UNL, en prensa

Wellmer, Albrecht. 1994. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y la ética del discurso*. Barcelona: Anthropos

Wester, Jutta. 2010. La resolución discursiva de la pretensión de sentido. Análisis exploratorio del debate Apel-Dussel con ayuda del análisis crítico del discurso. En Michelini, D. et al. (eds.), *Ética del discurso. Aportes a la ética, la política y la semiótica*. Río Cuarto: ICALA

Winch, Peter. 1991. Para comprender una sociedad primitiva. En *Alteridades* 1(1): 82-101

Winch, Peter. 1997. Can We Understand Ourselves? En *Philosophical Investigations* 20(3), 193-204.

Republicanismos contemporáneos en disputa. Perspectivas, instituciones y sujetos del siglo XXI²³³

Nicolás Emanuel Olivares²³⁴

1. Introducción

Desde hace algo más de cuarenta años diversos y reconocidos filósofos se han manifestado a favor de una lectura republicana de *lo político* (Skinner, 1998, 2008).²³⁵ Desde entonces, el número y complejidad de teorías, perspectivas o concepciones de la democracia que se reconocen como republicanas ha ido en notorio aumento (Elazar y Rousselière, 2019; Bustamante-Kuschel, 2017). En dicho contexto teórico particular, difícilmente pueda discutirse que la teoría republicana representativa de P. Pettit merece un lugar especial. Al respecto, podría afirmarse que las diversas formulaciones de su trabajo (Pettit, 1997, 2012, 2014) han alcanzado un destacado nivel, tanto de profundidad conceptual como de divulgación científica, las cuales únicamente resultarían comparables con las obras de filósofos políticos tales como H. Arendt (1972), J. Rawls (1996) o J. Habermas (1998).

233 El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco de una Beca de Investigación Posdoctoral Externa CONICET-GIRONA (2019-2021) siendo el título del proyecto: “Republicanismo Deliberativo. Fines, sujetos y diseños de una concepción democrática emancipatoria”. Agradezco a J. L. Martí, S. Linares y S. Martí i Püig, así como a los evaluadores anónimos, por los valiosos comentarios vertidos sobre una versión preliminar del mismo. Todas las perfectibles traducciones al castellano efectuadas de citas textuales originariamente expresadas en idioma inglés son de mi propia autoría.

234 Títulos de Grado: Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Títulos de Posgrado: Doctor en Derecho y Cs Sc (UNC), Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario Posdoctoral CONICET-IEHSOLP (2017-2019), Becario Posdoctoral CONICET-GIRONA (2019-2021). Labor docente: Profesor en Historia Constitucional (UNLPam) y Profesor en Derecho Constitucional (UNLPam). Lugar de Trabajo: CONICET-UdG. E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com

235 Diversos autores concuerdan que “...en las últimas décadas, ha habido un renovado interés del pensamiento político (en gran parte occidental) en la tradición republicana clásica. Los republicanos clásicos integran una tradición difusa de escritores que aproximadamente comenzó con Maquiavelo y sus predecesores italianos del siglo XV y se extendió a Harrington y Montesquieu hasta muchos estadounidenses de la época de la fundación, como Jefferson y Madison...” (Lovett, 2019: 117).

Una somera sinopsis conceptual de la bibliografía especializada, podría señalar que desde aquella *perspectiva republicana representativa*, se define a la *libertad política como no dominación*, es decir, como la ausencia, potencial o real, de interferencias arbitrarias en el curso político de acción de los ciudadanos, así como se proyecta un particular *modelo institucional dual o editorial*.²³⁶ En este sentido, se ha señalado que el republicanismo representativo de P. Pettit pretendería erigirse en un adecuado término medio entre una perspectiva democrática libertaria que entiende a la libertad como la posibilidad de otorgar rienda suelta a los intereses de los individuos y una perspectiva democrática populista, la cual considera que lo genuinamente político consiste en la necesaria y constante participación política directa de la ciudadanía (Farrell, 2019: 1-10).²³⁷

Teniendo por punto de partida los presupuestos y derivas de aquella teoría republicana representativa es que en este trabajo nos proponemos cumplir tres objetivos argumentativos específicos y concatenados. En primer lugar, reconstruir críticamente los principales presupuestos normativos e implicancias institucionales de la concepción republicana representativa asumida por P. Pettit. En segundo lugar, presentar una concepción democrática alternativa definida como republicana reflexiva, la cual resultaría deseable y factible ante las condiciones normativas no ideales de nuestras sociedades democráticas contemporáneas, pero que sería distinguible de una novel perspectiva conocida como republicana crítica. En tercer lugar, justificar en materia de diseño institucional la implementación de ciertas mo-

236 Al respecto, cabe señalar que “...una extensa investigación histórica de Quentin Skinner y otros ha demostrado que (...) más o menos todos los republicanos clásicos, tenían una concepción de la libertad política que se entendía como independencia del poder o dominación arbitrarios; uno disfruta de la libertad, según el punto de vista republicano clásico, simplemente en ausencia de dominación...” (Lovett, 2019: 122).

237 Por contraposición, podría identificarse una *perspectiva republicana participativa*, la cual no solo defiende el ideal regulativo de no dominación, sino que también afirma la necesidad de promocionar el estándar normativo de igual participación política, el cual demandaría un diseño institucional pergeñado para la intervención directa de los ciudadanos en los asuntos fundamentales de gobierno (Bustamante-Kuschel, 2017: 20-21). Entre los más destacados y contemporáneos defensores de esta perspectiva republicana podrían mencionarse a Q. Skinner (2008) y N. McCormick (2019).

dalidades específicas de minipúblicos coherentes con un enfoque sistémico y consistentes con la defensa de un republicanismo reflexivo.

A mayores precisiones, cabe afirmar que en el presente ensayo filosófico adoptaremos como fuente de criterios normativos de evaluación de las instituciones democráticas contemporáneas, una particular concepción de lo político denominada *republicanismo reflexivo* (3.), la cual resulta diferenciable tanto de aquella reconocida perspectiva *republicana representativa* (2.), como de la novel concepción *republicana crítica* (3.1.). Como podrá apreciarse, el referido *republicanismo reflexivo* se alimenta de las teorizaciones de diversos y reconocidos filósofos políticos, pudiendo ser definido mediante tres caracteres principales: reflexivo, participativo y sistémico (4.). No obstante, cabe advertir que el republicanismo reflexivo no constituye una perspectiva idealista acerca de lo político²³⁸, sino que ofrece una mirada normativa compleja, adecuadamente sensible a las actuales condiciones no ideales desde las cuales sugiere ciertas reformas institucionales (3.2.).²³⁹

2. Un republicanismo representativo

Sin lugar a dudas la obra filosófica política de P. Pettit constituye una de las más influyentes en la actualidad. Su defensa de un republicanismo representativo podría considerarse una de la más complejas y sólidas entre diversas y valiosas propuestas alternativas. Tres de los pilares conceptuales fundamentales sobre los cuales se asienta su te-

238 Es necesario aclarar que el republicanismo reflexivo, en tanto teoría compleja de lo político, de ningún modo debiera de pensarse como una teoría moral sobreexigente, sino como una teoría política situada adecuadamente exigente. En este sentido, debería diferenciarse *republicanismo* de *humanismo*. Al respecto, se ha precisado que “...el humanismo cívico es esencialmente una forma de perfeccionismo, es decir, una doctrina política según la cual ciertas formas específicas de vida humana deben considerarse objetivamente más excelentes que otras...” (Lovett, 2019: 119).

239 En este sentido, podría afirmarse que aquí asumimos un *modelo republicano complejo*, no meramente “analítico” ni “pragmático”. Al respecto, corresponde citar una específica clasificación de las teorías normativas republicanas, la cual nos señala que por un lado “...podríamos distinguir entre aquellos republicanos cívicos que sostienen que la democracia es una condición analítica para poseer libertad, y por el otro, aquellos republicanos cívicos que sostienen que la democracia es una condición pragmática para poseer libertad...” (Lovett, 2019: 123).

oría de lo político son los de no dominación, constitución mixta y ciudadanía contestataria (Pettit, 1997, 2012).

En primer lugar, P. Pettit define a la libertad política de forma negativa en tanto rechazo de la *dominación* pública y privada sobre los cursos de acción racionales y razonables de las y los ciudadanos. La libertad política implicaría entonces que todo ciudadano debiera de vivir sin sujeción al real o potencial poder arbitrario de un tercero (Pettit, 2012: 5-8). La noción de no dominación política es pensada por P. Pettit como justo término medio entre dos extremos conceptuales considerados por él denostables, a saber: a) la definición negativa libertaria de libertad entendida como mera no interferencia; y b) la definición positiva populista de libertad definida como necesaria y obligatoria participación ciudadana en la cosa pública (Pettit, 2012, 2014). De este modo, podría considerarse que la definición de la libertad política como no dominación promovida por P. Pettit ostentaría dos claras ventajas conceptuales. En primer lugar, al igual que la perspectiva libertaria adhiere a la idea de que la libertad política debe ser pensada en función de la negación de algo sin por ello asumir una noción excesivamente estrecha de no interferencia. El calificativo de arbitrario otorga aquí un cariz particular a la concepción asumida por P. Pettit. En segundo lugar, al igual que la perspectiva populista considera que resulta valioso posibilitar que la ciudadanía libremente intervenga en los asuntos públicos de gobierno, sin por ello imponer un deber moral perfeccionista sobre las y los ciudadanos. La libertad política en términos republicanos remitiría entonces en la obra de P. Pettit a un estatus jurídico intersubjetivo de no sujeción a terceros, el cual se alcanzaría gracias a ciertas reglas institucionales estables, con lo cual evitaría los problemas habitualmente endilgados a ciertas definiciones psicologistas o bien empiricistas (Rosler, 2016: 53-55).

En segundo lugar, la noción de *constitución mixta* alude a una particular manera de entender los diseños institucionales republicanos. Aquí P. Pettit se propone resignificar el legado de teóricos políticos republicanos modernos tales como J. Harrington y T. Paine. La idea principal sería la de que la organización política constitucional de

una determinada sociedad democrática debiera posibilitar un equilibrio de funciones entre los poderes políticos constituidos, así como un poder constituyente derivado acotado, limitado y razonable. Sin embargo, una adecuada interpretación de la noción de constitución mixta requiere trazar cierta conexión de sentido con el concepto antes precisado de libertad como no dominación. Al respecto, cabe destacar que P. Pettit deja de lado la tradicional defensa republicana del principio de participación ciudadana o intervención cívica activa. Dicho expreso distanciamiento estaría justificado en dos argumentos a nuestro juicio controversiales. En primer lugar, P. Pettit considera que los *mecanismos de democracia directa*, en tanto única o preponderante plataforma institucional republicana, resultan desconfiables ya que habilitarían a la emergencia de una tiranía de la mayoría. En segundo lugar, P. Pettit entiende que en las actuales condiciones normativas no ideales de las democracias occidentales la *constante participación democrática directa* resulta imposible o bien extremadamente difícil. Ante ambas situaciones indeseadas, la defensa de un diseño institucional equilibrado o constitución mixta emergería como un adecuado justo término medio entre dos opciones institucionales rechazables, a saber: a) la estricta separación de poderes políticos constituidos y control ciudadano directo de los representantes emergente de una concepción participativa de la ciudadanía y de una concepción de la representación política como mandato; y b) la completa subordinación de los poderes políticos constituidos a un poder político popular carismático justificado en una concepción populista de lo político y una concepción de la representación política como encarnación ejemplar (Pettit, 2012: 229-292).

En tercer lugar la noción de *ciudadanía contestataria* requiere ser precisada, atento, no alude, como así pareciera, a la constante participación ciudadana en materia política, sino que remite a la efectiva posibilidad institucional de que las y los ciudadanos puedan influir y controlar ciertas acciones de su gobierno democrático (Pettit, 2012: 24-25). La capacidad ciudadana de contestar estaría principalmente limitada o restringida entonces a aquellos canales institucionales

preestablecidos para tal fin. Por un lado, la noción de *influencia política* en P. Pettit remite a una distribución ideal equitativa entre todos los afectados por la norma, institución o medida sujeta a discusión, de la capacidad de incidir sobre el alcance y sentido de aquellas políticas públicas de gobierno (Pettit, 2012: 303-306). Por otro lado, la noción de *control político*, aludiría a la efectiva potestad de las y los ciudadanos de revisar, evaluar, analizar de forma indirecta si las normas, instituciones y medidas políticas de su gobierno se condicen con los fines y propuestas deliberativamente determinadas por la ciudadanía o, al menos, con ciertos intereses políticos que podrían considerarse legítimos (Pettit, 2012: 306-310).

El carácter restringido que asume la noción de ciudadanía contestataria en el trabajo de P. Pettit se evidencia en dos de sus postulados principales. En primer lugar, a juicio de P. Pettit resulta indeseable e impracticable el ejercicio continuo y sistemático de la contestación ciudadana. A su entender, tal proceder cívico conllevaría necesariamente a la inestabilidad e ineficiencia del gobierno. Las y los ciudadanos deberían únicamente, en el mejor de los casos, ejercer un rol editorial, persiguiendo solamente eliminar aquellos falsos positivos generados en materia de intereses comunes reconocidos. En dicha dirección es que debe leerse la propuesta de P. Pettit de que ciertas decisiones políticas relevantes no debieran ser competencia de los cuerpos electivos de gobierno y podrían ser encargadas a ciertos organismos temporarios no electivos (Pettit, 2000: 121-129). En segundo lugar, P. Pettit intenta denunciar lo que considera una grave falacia argumentativa, la cual sostiene que democracia equivale necesariamente a control ciudadano permanente y colectivo. A su entender, sería erróneo considerar que existe democracia, si y solo si, la ciudadanía toda controla activamente cada uno de los asuntos principales de gobierno (Pettit, 2000: 139-140). En resumidas cuentas la democracia no constituye para P. Pettit un asunto intrínsecamente colectivo, sino que, por el contrario, constituiría una forma política que confiere a los ciudadanos una limitada capacidad individual de influir y controlar

indirectamente el rumbo y contenido de las normas, instituciones y medidas dictadas por sus representantes políticos (Pettit, 2000: 140).

De forma consistente con dicha particular formulación de los conceptos de libertad política, constitución mixta y ciudadanía contestaria, es que P. Pettit defiende un particular modelo institucional republicano representativo, el cual podría calificarse como dual o editorial (Pettit, 2012: 239-279). En líneas generales podría señalarse que el *modelo democrático dual o editorial* adoptado por P. Pettit confía a una *mano política invisible* la tarea de dirigir el sentido de avance del gobierno democrático como medio más adecuado para satisfacer el ideal regulativo de no dominación (Pettit, 2012: 252-258). Antes de arribar a dicha conclusión, P. Pettit analiza críticamente otros dos *posibles diseños normativos*, uno de dirección ciudadana intencional del gobierno y otro que propone una dirección ciudadana no intencional del gobierno, los cuales el autor halla repudiabiles (Pettit, 2012: 239-240). La dualidad del modelo institucional promovido estaría dada por la mixtura de mecanismos intencionales y no intencionales de influencia y control políticos ciudadanos. Este particular diseño institucional dual se corresponde según P. Pettit con un sistema democrático que conserva ciertos mecanismos institucionales pluralistas a la vez que incorpora otros deliberativos (Pettit, 2000: 116-118). En otras palabras, aquel modelo híbrido constituye para P. Pettit una estructura superadora de aquellas más extremas que propugnan únicamente la adopción de mecanismos intencionales o bien no intencionales de influencia y control ciudadanos. A mayor abundamiento, dicho particular diseño institucional dual posibilitaría la convivencia en un mismo gobierno democrático de ciertas estructuras pluralistas con otras deliberativas (Pettit, 2012: 243-292).

Una adecuada percepción de los posibles atractivos que ostentaría aquel diseño institucional dual, requeriría precisar, siquiera mínimamente, cuáles son comparativamente las deficiencias normativas que podrían atribuirse a los modelos institucionales considerados rivales. Por un lado, el diseño institucional que promueve la dirección ciudadana intencional de los asuntos del gobierno, sería doblemente

objetable. En primer lugar, la mera agregación de votos y/o preferencias podría implicar dar apoyo a un paquete inconsistente de normas, instituciones y medidas políticas, lo cual otorgaría paradójicamente un amplio margen de discrecionalidad política al cuerpo de representantes electos. En segundo lugar, en las actuales condiciones políticas occidentales, la virtud cívica requerida a ciudadanos y representantes sería políticamente excesiva o moralmente sobreexigente, fallando en un aspecto central como es el de la adecuada motivación de los actores políticos (Pettit, 2012: 243-247). Por otro lado, el diseño institucional que defiende la dirección ciudadana no intencional de los asuntos del gobierno también sería doblemente criticable. En primer lugar, la promoción de una extrema pasividad por parte de la ciudadanía permitiría a ciertas minorías políticas poderosas determinar a su antojo los asuntos generales de gobierno sin dejar margen de respuesta a los grupos mayoritarios dominados. En segundo lugar, dicho diseño institucional impediría la genuina reforma de aquellas estructuras de gobierno consideradas perjudiciales o bien ineficientes de cara a la persecución del bien común, atento su implícita promoción de cierto status quo beneficioso para determinada elite ciudadana (Pettit, 2012: 249-250).

A su turno, cabe advertir que el modelo institucional dual o editorial defendido por P. Pettit considera que los ciudadanos no deberían generalmente deliberar y decidir sobre la constitucionalidad de las normas, sino delegar dicha tarea democrática fundamental en representantes electos y no electos. En términos más precisos podría señalarse que en dicho contexto las y los ciudadanos configurarían un público genuinamente débil, atento solamente ostentarían ciertas potestades deliberativas orientativas sin poder efectuar de forma directa el contralor y auditoría de los actos públicos de gobierno. Dicho modelo democrático dual o editorial propone en el corto plazo una influencia deliberativa ciudadana acotada sobre la opinión de los representantes políticos agregativamente electos, mientras que en el largo plazo promueve una fuerte influencia deliberativa ciudadana sobre aquellos temas políticos que marcan notoriamente la direcci-

ón del gobierno (Pettit, 2012: 251-252). Así también, cabe afirmar que, conforme P. Pettit, el poder ciudadano editorial no podría asumir la forma de un veto individual o grupal, ya que ello impediría la genuina existencia de intereses comunes y plurales. Asimismo, P. Pettit admite que la noción de *intereses comunes reconocidos* podría interpretarse de diversas maneras, algunas de las cuales podrían ser negativas para los fines políticos de un grupo específico de individuos. No obstante, a juicio de dicho autor, la afectación de aquellos intereses grupales específicos no anularía la calificación de los intereses adoptados como generales, razonables y comunes, atento siempre existiría, al menos, una minoría que podría considerarse perjudicada por los avances del gobierno (Pettit, 2000: 118).

Finalmente, P. Pettit sostiene que la efectividad del modelo republicano dual sería mayor que la de sus rivales institucionales, atento que, adecuadamente implementado, garantizaría la genuina existencia de mecanismos formales no intencionales de dirección y control del gobierno, los cuales estarían sustentados sobre ciertas normas deliberativamente definidas por las y los ciudadanos como criterios últimos de evaluación, así como sobre ciertas estructuras institucionales pluralistas, electivas y no electivas (Pettit, 2012: 267-268).

Hasta aquí una somera reconstrucción de los presupuestos conceptuales y normativos, así como de las principales implicancias institucionales del republicanismo representativo de P. Pettit. Sin embargo, como hemos señalado en un trabajo anterior, desde una perspectiva republicana reflexiva podrían formularse diversas objeciones tanto a la defensa de un único ideal regulativo (no dominación), como al específico diseño institucional (modelo editorial) defendidos por P. Pettit (Olivares, 2019b). Es por ello, que en el apartado subsiguiente (3.) precisaremos ágilmente ciertos presupuestos fundamentales de aquel enfoque definido como republicano reflexivo, a la par que justificaremos de forma sintética algunas observaciones críticas al referido modelo republicano representativo.

3. Un republicanismo reflexivo

En trabajos anteriores, hemos precisado dos usos semánticos atribuibles al término *reflexivo* (Olivares, 2019a, 2019b). Por un lado, desde un enfoque meta-normativo, con dicho significante nos hemos referido a una particular manera de entender la relación entre las facetas ideal y no ideal que integran toda teoría política normativa. Por otro lado, desde una perspectiva política normativa, hemos conectado el referido adjetivo con una particular manera de comprender la noción de legitimidad democrática.

Por un lado, desde una perspectiva meta-normativa, con relación a la discusión teórica más específica acerca de cómo debe interpretarse la conexión entre la noción de reflexividad y los términos teoría normativa ideal y teoría normativa no ideal, hemos advertido que el tipo de relación que podría mediar entre las facetas ideal y no ideal de toda teoría política normativa ha recibido al menos tres posibles interpretaciones. En primer lugar, algunos autores idealistas considerarían que las teorías normativas deben ser puramente ideales otorgando prioridad lógica y temporal a la faz ideal por sobre la no ideal. En segundo lugar, otros pensadores realistas entenderían que la ecuación normativa debiera ser la inversa brindando a la faz no ideal prioridad lógica y temporal sobre la ideal. En tercer lugar, diversos teóricos reflexivos, afirmarían que toda teoría normativa debería partir de la prioridad temporal de la faz no ideal sin desconocer la prioridad lógica de la faz ideal. Partiendo de dicha clasificación podría afirmarse que la teoría republicana aquí defendida calificaría como reflexiva, en términos meta-normativos, dado que otorgaría prioridad lógica y conceptual a la faz ideal sin descuidar la prioridad temporal de la faz no ideal (Olivares, 2019a).

Desde este primer punto de vista, de tipo meta-normativo, podría afirmarse que la reflexividad nos propone tomar como temporalmente prioritario, en la construcción de nuestras teorías políticas, la realización de un adecuado diagnóstico de las actuales condiciones normativas no ideales vigentes, sin desconocer la prioridad lógica de

ciertos principios ideales. De este modo, como hemos señalado en anteriores trabajos, si posamos el enfoque reflexivo metanormativo sobre la teoría republicana representativa de P. Pettit, ello permitiría señalar que las condiciones normativas no ideales contemporáneas evidencian como indeseable la sola persecución de un único ideal regulativo como es el de no dominación. En otras palabras, entendemos que la efectiva erradicación o morigeración de ciertas circunstancias o situaciones vigentes de dominación, tanto pública como privada, requeriría la complementación de dicho estándar de libertad como no dominación, con otros dos principios políticos normativos relevantes, a saber: reciprocidad ciudadana y participación cívica (Olivares, 2019b).

Por otro lado, desde una perspectiva política normativa, con relación al segundo sentido del adjetivo reflexivo, P. Rosanvallon ha señalado que cabe identificar una concepción reflexiva del concepto de legitimidad democrática, en tanto opuesta a una concepción agregativa de dicha noción. La reflexividad en materia de legitimidad democrática implicaría la adopción de: a) una definición plural y compleja de las voluntades políticas ciudadanas, las cuales se construirían durante el mismísimo proceso deliberativo; b) una concepción múltiple del concepto de pueblo, el cual no podría ser reducido al grupo electoral, sino que también incluiría a las nociones de pueblo principio y pueblo como segmento social; así como c) una interpretación ampliada de la temporalidad política, la cual no se clausuraría con el momento electoral, sino que también incluiría los momentos deliberativo y agonal (Rosanvallon, 2009: 190-197).

Desde este segundo punto de vista, de tipo político normativo, podría señalarse que la reflexividad, en el marco de la aplicación de nuestras teorías democráticas contemporáneas, nos conmina a complejizar notablemente nuestras propuestas de diseño institucional, evitando así pensar únicamente a la ciudadanía de forma meramente binaria como poder constituyente originario o sujeto pasivo representado, ni proyectar a las instituciones constitucionales bajo la restringida órbita de un criterio agonal de interacción entre poderes consti-

tuidos. Al respecto, como hemos precisado en trabajos anteriores, si posamos el enfoque reflexivo político normativo sobre la teoría republicana representativa de P. Pettit, ello permitiría cuestionar por inde-seable e ineficiente su propuesta de adoptar un modelo institucional dual o editorial. La complejidad asumida por las nociones políticas de voluntad, pueblo y temporalidad, justificaría la defensa de un modelo institucional regido por el criterio dialógico de interacción entre poderes constituidos, lo cual podría implementarse mediante ciertos usos apropiados de aquellas tecnologías gubernativas conocidas como *minipúblicos* (Olivares, 2019b).

Cabe destacar que la propuesta de asumir una perspectiva reflexiva, tanto en el plano meta-normativo como político normativo, ha recibido recientemente una *tercera formulación filosófica* inspirada en ciertos presupuestos discursivos de la Escuela Crítica de Frankfurt. Más precisamente, dicho tercer uso semántico del término reflexivo se conectaría con una particular manera de concebir la exigencia republicana de justificación normativa entre ciudadanos, postura que ha sido defendida por pensadores tales como R. Forst (2015) y D. Gädeke (2020). En primer lugar, con el término *reflexivo* R. Forst refiere a una específica manera de comprender la noción de *normatividad política*, la cual evitaría los extremos idealista e hiperrealista. En este sentido, dicho autor señala que la idea de justificación normativa es de naturaleza reflexiva, lo cual obliga a la filosofía a brindar argumentos que eviten aquellos extremos indeseados del idealismo e hiperrealismo habitualmente defendidos por diversos autores (Forst, 2015: 11). En segundo lugar, D. Gädeke emplea el adjetivo reflexivo para ofrecer una teoría política normativa de tipo republicana crítica, que parte de una profunda reconceptualización de la teoría de la dominación ofrecida por P. Pettit. Para ello, dicha filósofa propone combinar ciertos presupuestos de la línea republicana kantiana con otros de la teoría crítica contemporánea frankfurtiana (Gädeke, 2020: 23).

En artículos anteriores nos hemos detenido a reconstruir la obra de R. Forst, en tanto fuente de criterios relevantes para pensar la reflexividad política (Olivares, 2019a), así como explicitamos ciertas

posibles modalidades de implementación de minipúblico (Olivares, 2019b). No obstante, muy recientemente han surgido aportes teóricos relevantes que merecen ser aquí analizados con algo de detenimiento. Por un lado, como adelantamos, nos detendremos (3.1.) en la interesante y novel propuesta teórica efectuada en materia de reflexividad política por la filósofa D. Gädeke (2020). Por otro lado, atenderemos (3.2.) a las consideraciones vertidas en materia de minipúblicos por el filósofo S. White (2020). Ambos recientes trabajos han sido producidos en el marco de la defensa de una particular perspectiva republicana de lo político que ha dado en llamarse *republicanismo crítico*, la cual merecerá algunas consideraciones también en el apartado conclusivo (4.).

3.1 Republicanismo crítico y reflexividad

Diversos filósofos políticos han expresado recientemente que existen interesantes conexiones conceptuales y normativas entre republicanismo y teoría crítica (Bohman, 2012; Laborde, 2008). En particular se ha afirmado que la libertad entendida como no dominación puede ser interpretada como una demanda normativa y metodológica orientada hacia la construcción de cierta ética discursiva de finalidades prácticas transformativas (Gädeke, 2020: 23-24). Desde dicha lectura, D. Gädeke propone identificar un *republicanismo crítico* en tanto enfoque normativo sobre lo político interesado en analizar, politizar y transformar ciertas relaciones de dominación existentes en nuestras sociedades democráticas las cuales serían inherentes a determinadas relaciones intersubjetivas (Gädeke, 2020: 23-24).

Más precisamente, dicha filósofa propone demostrar que “...la explicación de Pettit sobre el republicanismo tiene un importante impulso crítico y puede fortalecerse si entra en diálogo con otra línea de pensamiento republicano...” (Gädeke, 2020: 24). Partiendo de dicha meta teórica, la referida autora se aboca a tres tareas analíticas críticas. En primer lugar, construir un enfoque discursivo sobre la noción de dominación política empleada por P. Pettit, así como argumentar que la misma debiera fortalecerse mediante el recurso al estándar crí-

tico de reflexividad. En segundo lugar, repensar la concepción republicana del concepto de dominación en tanto ejercicio arbitrario de poder, lo cual la llevará a definir la dominación como una situación de opresión constituida estructuralmente y a reinterpretar la noción de arbitrariedad desde el concepto de autoridad normativa. En tercer lugar, repensar las instituciones de la no dominación desde un modelo de estricta separación funcional de poderes que promueve activamente el ejercicio de la soberanía popular, en contraposición a un sistema democrático dual sustentado en la noción de ciudadanía contestataria como el defendido por P. Pettit (Gädeke, 2020: 24-25).

En cumplimiento de la primera tarea dicha teórica afirma que si reconstruimos adecuadamente la perspectiva republicana de P. Pettit, entonces comprenderemos que “...la dominación socava lo que, como participantes en las prácticas discursivas, presuponemos necesariamente, es decir, que todos disfrutamos del control discursivo...” (Gädeke, 2020: 27). Dicho enfoque discursivo luciría a su consideración “...mucho más atractivo (...) que el enfoque libertario asentado sobre la idea de libre elección, ya que llama la atención sobre las condiciones interpersonales para tomar decisiones...” (Gädeke, 2020: 27-28). En otras palabras, a juicio de D. Gädeke, podría afirmarse que “...la definición efectuada por P. Pettit de la dominación se basa en una teoría del discurso de la racionalidad práctica, pero no en una teoría del discurso de la justificación práctica...” (Gädeke, 2020: 28).

Ello demostraría cierto descuido o desconsideración de aquel filósofo político acerca de cuáles debieran ser los criterios normativos de aceptabilidad general impuestos a los intercambios deliberativos entre ciudadanos. Es decir, pareciera ser que P. Pettit sobredimensionaría la racionalidad práctica, es decir las condiciones sociales de intercambio discursivo, en la misma medida que desatendería los criterios de justificación práctica de los procesos deliberativos. De ser cierto, ello implicaría desconocer que poseemos un poder discursivo fundamental sobre el cual se sustenta nuestra autoridad normativa (Gädeke, 2020: 28). Más precisamente, podría objetarse que la perspectiva republicana representativa sería insuficientemente crítica ya

que “...no especifica la fuente de la capacidad de interferir...”, es decir se detiene en la idea de control ciudadano, relegando o descuidando la noción de autoridad democrática (Gädeke, 2020: 32).

Otra manera de plantear dicha crítica sería afirmando que la teoría de P. Pettit presta excesiva relevancia a la capacidad y posibilidad concreta de interferir arbitrariamente que posee el Estado o un particular con las elecciones individuales de cada ciudadano, siendo que la dominación política en todos los casos está constituida por normas y prácticas que crean ciertas estructuras de poder asimétricas, las cuales justifican ciertos status cráticos desiguales (Gädeke, 2020: 33). En otras palabras, D. Gädeke considera que la noción de dominación únicamente servirá como concepto potente para un análisis social crítico si nos permite distinguir las formas sistemáticas de negación de un determinado estatus crático a un número considerable de personas, de aquellas otras interferencias meramente oportunistas que condicionan parcialmente el curso político individual de acción de un determinado ciudadano (Gädeke, 2020: 34).

La adopción de un republicanismo crítico tendría también sus consecuencias institucionales. Al respecto, cabe recordar que P. Pettit defiende la idea de constitución mixta y promueve la noción de ciudadanía contestataria. La primera idea pretende garantizar un aspecto central del estado de derecho, tutelando la no arbitrariedad formal, mientras que la segunda apunta hacia una particular concepción normativa de la democracia como forma de asegurar la no arbitrariedad material. Sin embargo, ambas ideas serían reemplazadas para cumplir adecuadamente las mandas de un republicanismo radicalmente democrático (Gädeke, 2020: 40-41).

En primer lugar, la idea de constitución mixta y su correlativa propuesta de un esquema agonal de controles horizontales entre poderes constituidos dudosamente pareciera contribuir a establecer una práctica institucionalizada de no dominación, atento el mero equilibrio de poderes no atacaría genuinamente las fuentes estructurales de dominación, sino que nos colocaría en manos de cierta elite de representantes políticos (Gädeke, 2020: 41). Por el contrario, desde un

enfoque republicano crítico, garantizar la no arbitrariedad formal, requeriría una separación estricta, vertical y funcional de los poderes políticos, sometiendo a todos los representantes que integran el legislativo, ejecutivo y judicial al mandato imperativo emitido por los representados (Gädeke, 2020: 42).

En segundo lugar, la noción de una ciudadanía contestataria empujada por P. Pettit no garantizaría la genuina participación cívica, ya que curiosamente delega demasiados poderes al sistema representativo en tanto *mano política invisible* que regula los intereses públicos de la república. En otros términos, P. Pettit considera que la no arbitrariedad material debiera asegurarse mediante aquel modelo institucional dual que coloca a la ciudadanía en un rol pasivo meramente editorial. En dicho sistema, serían únicamente los representantes, siguiendo las pautas deliberativas fijadas excepcionalmente por la ciudadanía, quienes pueden y deben identificar aquellos intereses comunes relevantes de la ciudadanía y generar las correspondientes propuestas políticas. La ciudadanía en realidad jugaría el mero papel de un panel de vigilantes que únicamente pueden revisar algunas acciones extremadamente graves y evidentes de sus representantes (Gädeke, 2020: 42-43). Así, podría apreciarse, desde un enfoque republicano crítico que “... la visión de Pettit no llega a asegurar la no dominación en un sentido material...” (Gädeke, 2020: 43). La no arbitrariedad material requeriría ir más allá de la esfera de libertad de elección individual, procurando que los destinatarios de la ley también actúen y se perciban a sí mismos como verdaderos autores de la ley. Ello significaría que desde el republicanismo crítico la noción de soberanía popular no referiría “...a un poder político ilimitado sino al ejercicio del poder legislativo por parte del pueblo...” (Gädeke, 2020: 43-44). Nadie negaría que, como indica P. Pettit, en una democracia republicana los mecanismos ciudadanos evaluativos y contestatarios resultan cruciales, aunque tampoco debería desconocerse que los mismos debieran asumir un cariz más participativo y colectivo (Gädeke, 2020: 44).

En síntesis, desde una perspectiva institucional, el *republicanismo crítico* señalaría que la no arbitrariedad formal “...requiere una se-

paración estricta de los poderes políticos constituidos, en lugar de un mero equilibrio de poderes, a fin de reflejar la dimensión estructural de la dominación...” mientras que la no arbitrariedad material requiere que la democracia contestataria se transforme dando lugar a un sistema deliberativo más participativo (Gädeke, 2020: 45).

En conexión con la crítica efectuada por D. Gädeke al *modelo institucional editorial* promovido por P. Pettit, hemos señalado en otro trabajo que el mismo no promueve la efectiva y profunda reforma de ciertos mecanismos institucionales liberales introducidos durante el primer modernismo constitucional (s. XVIII-XIX), ni tampoco alienta la implementación de organismos deliberativos ciudadanos directos que tengan por función controlar deliberativamente los subsistemas de salud, educación y bienestar social. Peor aún, podría afirmarse que la apuesta de P. Pettit al mero control ciudadano individual, en tanto mecanismo contestario preponderante, resulta claramente insuficiente frente a los acuciantes y complejos problemas actuales de la política contemporánea (Olivares, 2019b).

Para concluir este apartado y atendiendo a la noción de *soberanía popular* convocada por D. Gädeke, cabe recordar que hemos indicado anteriormente (3.), que consideramos insuficiente recurrir al estándar de no dominación para garantizar la participación cívica (Lafont, 2020: 161). En este sentido, entendemos que “...la igualdad política es necesaria pero no suficiente para alcanzar cierto autogobierno democrático...” porque aunque todos los ciudadanos tuviéramos el mismo poder de toma de decisiones igualmente podríamos estar alienados de las leyes y medidas políticas que estamos obligados a obedecer (Lafont, 2020: 19). La participación deliberativa no solo estaría reservada para la temporalidad extraordinaria, sino también sería deseable en la temporalidad ordinaria (Crio. Pettit, 2012: 229-292). En otras palabras, consideramos que la promoción del principio de libertad como no dominación debería ser complementada con los principios de reciprocidad ciudadana y participación cívica. Sin embargo, consideramos que una democracia genuinamente participativa no requiere que los ciudadanos se involucren en todas las decisiones políticas, sino única-

mente en aquellas que revistan cierta relevancia para cada sociedad política (Lafont, 2020: 23).

3.2 Enfoque deliberativo sistémico y minipúblicos

Nuestro republicanismo reflexivo asume una concepción dinámica de la política, atento considera que la deliberación ciudadana constituye un proceso autocorrectivo continuo, así como adopta un enfoque institucional sistémico, dado que entiende a la democracia deliberativa como un sistema complejo compuesto por una gran variedad de instituciones políticas (Parkinson, Mansbridge, 2012: 1-2).

En particular, dicho enfoque sistémico nos permite atender adecuadamente a aquellos grandes factores contextuales e inadecuaciones que pueden tener impacto en los sitios o foros de discusión que moldean las posibilidades efectivas de deliberación (Parkinson, Mansbridge, 2012: 3). Una vez identificados los objetivos que el sistema debiera cumplir, quedan también expuestas las grietas o falencias deliberativas que debiéramos cubrir para alcanzar dichas metas. De este modo, un enfoque deliberativo sistémico, permite ver más claramente cuáles son aquellas áreas del sistema que deben ser mejoradas, y recomendar así innovaciones en los diseños institucionales que posibiliten superar aquellas debilidades concretas del mismo, a la vez que mantener su correcto funcionamiento (Parkinson, Mansbridge, 2012: 4).

Entre las principales propuestas de diseño institucional generadas por quienes defienden un enfoque sistémico cabe mencionar a los *minipúblicos*. Al respecto, J. Fishkin señala que los minipúblicos tendrían al menos *tres funciones relevantes*: 1) contribuir a determinar cuál sería la opinión del público sobre un tema determinado si el mismo estuviera bien informado y ha sometido sus creencias a deliberación; 2) aportar consejos a los representantes políticos en función de una opinión pública deliberativamente constituida; 3) fomentar la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas (Mackenzie y Warren, 2012: 95-96).

A dichas tres funciones, M. Mackenzie y M. Warren añaden dos funciones potenciales, las cuales proponen pensar a los representantes políticos como agentes fiduciarios de la ciudadanía y permitirían superar dos graves problemas del sistema representativo, alojados uno en el legislativo y otro en el ejecutivo. La primera de dichas funciones desempeñable en la esfera del poder legislativo, sería la de oficiar como fuente de información confiable para la ciudadanía. Los minipúblicos auspiciarían aquí como guías para la toma de decisiones ciudadanas en aquellos casos en que las personas posean información limitada, especialmente ante temas políticos o tecnológicos complejos. La relación primaria de confianza se establece aquí entre los ciudadanos y el minipúblico, mediatizando entonces este último los juicios políticos de aquellos ciudadanos con nueva información. M. Mackenzie y M. Warren reconocen que los minipúblicos son construcciones que prestarían un valioso servicio en aquellas áreas temáticas donde ninguna otra fuente de información cumple con los estándares de interés común y conocimiento creíble (Mackenzie y Warren, 2012: 115-116).

La segunda función, desempeñable en el ámbito del poder ejecutivo, implicaría que los minipúblicos actúen como públicos anticipados auspiciando como guía para los decisores públicos en aquellas áreas que actualmente están en creciente desarrollo, las cuales seguramente se volverán controvertibles en un futuro no tan lejano, pero sobre las que actualmente no existe una opinión pública formada. La relación primaria de confianza se propone entonces aquí entre los ciudadanos y aquellas agencias del ejecutivo que convocaran a ciertos minipúblicos para deliberar sobre temas emergentes y futuramente conflictivos (Mackenzie y Warren, 2012: 96). En esta segunda función, los minipúblicos permitirían identificar potenciales problemas así como posibles soluciones para ellos, con lo cual sustituirían los juicios deliberativos de los ciudadanos actuales (Mackenzie y Warren, 2012: 116).

Recientemente ha sido S. White quien ha ofrecido un interesante y diverso uso de los minipúblicos bajo la modalidad de asamblea ciudadana (en adelante AC). Dicho autor propone un modelo de mini-

público abocado al análisis y recomendación de normas, instituciones y medidas políticas. Primeramente, no está de más señalar que por AC entendemos “...un conjunto de personas (a) elegidas por un proceso aleatorio o casi aleatorio, (b) para ser descriptivamente representativo de la población (...) y (c) configuradas para deliberar y hacer una recomendación o recomendaciones sobre una cuestión o cuestiones de política pública...” (White, 2020: 81).

Entre los posibles diseños desarrollados de AC podrían identificarse tres. En primer lugar, cabe identificar el modelo de *minipúblico sustitutivo*, conforme el cual la o las AC reemplazarían a las legislaturas. En segundo lugar, podría proyectarse un modelo de *minipúblico consultivo*, según el cual las AC serían creadas a discreción de las legislaturas para contar con asesoramiento, recomendación o consejo. En tercer lugar, podría mencionarse un modelo de *minipúblico propositivo*, en el cual la ciudadanía tendría la potestad de generar una petición de constituir una AC, la cual luego de reunirse y deliberar podrían convocar a un referéndum vinculante para evaluar sus recomendaciones. Este último modelo suele conocerse por su sigla en inglés PAR, es decir *Petition, Assembly and Referendum* (White, 2020: 87).

En este contexto, S. White se propone brindar argumentos en defensa de un uso democrático republicano del modelo PAR de AC (White, 2020: 83). Al respecto, cabe señalar que dicho autor considera que toda democracia republicana se construye sobre tres principios: deliberatividad, igualdad política y soberanía popular (White, 2020: 85). Ahora, bien ¿cuáles serán las ventajas o atractivos democráticos republicanos de adoptar dicho particular uso de los minipúblicos? En primer lugar, pareciera ser que la representatividad estadística obtenida permitiría promover una mejor deliberación al generar una mayor diversidad cognitiva al interior de las discusiones políticas (White, 2020: 86).²⁴⁰ En segundo lugar, dicha representatividad estadística

240 “Toda AC posee “...un proceso deliberativo estructurado que incluye una fase inicial de aprendizaje, que involucra el testimonio de expertos; una fase de audiencia pública, en la que se presentan las opciones y se dan más testimonios públicos; y una fase de deliberación, en la que se debaten las opciones y se decide qué recomendar. Los debates en todas las etapas se facilitan profesionalmente para promover la

afirmaría directamente el principio de igualdad política al asegurar cuanto menos una inclusión proporcional de miembros reconocidos de aquellos grupos habitualmente desaventajados en un contexto de pura representatividad electoral (White, 2020: 86). En este sentido, las AC bajo la modalidad PAR podrían establecer expresamente la inclusión de las y los desaventajados sociales o políticos, o bien excluir en su conformación a ciertos miembros de grupos de élite específicos que estén sobrerrepresentados (White, 2020: 84). En tercer lugar, dicho particular uso de los minipúblicos facilitaría de tres maneras la emergencia de un pueblo soberano activo: a) la función de petición permitiría a los ciudadanos bajo una relación igualitaria y horizontal identificar ciertos temas de interés en sus propios términos y hacer un llamamiento directo a sus conciudadanos para que discutan (White, 2020: 97); b) la función de composición selectiva de la asamblea permitiría generar conciencia cívica en la población de que todas y todos tienen derechos y responsabilidades en el proceso de deliberación y sanción de normas públicas (White, 2020: 97); y c) la función de referéndum reforzaría expresamente la autoridad democrática de la ciudadanía en general, al convocar a todo el cuerpo ciudadano a emitir un juicio sobre una propuesta determinada (White, 2020: 97).

En cualesquiera de los usos que puedan efectuarse de los minipúblicos, luce racional y razonable pensar, que desde una concepción republicana reflexiva existen mecanismos institucionales ciudadanos colectivos de participación activa. Este empleo no colectivista ni populista pero netamente participativo de los minipúblicos explicita una posible línea de futuras reformas institucionales deseables y factibles que no se limiten, como señalara P. Pettit, a sostener una constitución mixta *incontrolada en los hechos* por el general de la ciudadanía, o bien una ciudadanía solo *discursivamente contestataria* pero materialmente oprimida.

inclusión y el compromiso. La (s) recomendación (es) de la asamblea pueden luego remitirse a otro organismo, por ejemplo, la legislatura electa; o a un referéndum; o, en principio, podría convertirse directamente en ley/resolución...” (White, 2020: 83-84).

4. Conclusión

En el presente trabajo perseguimos tres objetivos argumentativos específicos. En primer lugar, reconstruimos críticamente los principales presupuestos normativos e implicancias institucionales de la concepción republicana representativa asumida por P. Pettit. En segundo lugar, presentamos una concepción democrática alternativa definida como republicana reflexiva, la cual resultaría diferenciable de aquella recientemente nominada como republicana crítica, a la vez que se justificaría como deseable y factible ante las condiciones normativas no ideales de nuestras sociedades democráticas contemporáneas. En tercer lugar, justificamos la implementación de ciertas modalidades específicas de minipúblicos en tanto proyecciones institucionales coherentes con un enfoque deliberativo sistémico y consistentes con un modelo republicano reflexivo.

Es tiempo entonces, en el presente apartado conclusivo, de retomar el análisis efectuado (3.1. y 3.2.) sobre ciertos recientes aportes teóricos realizados desde aquel enfoque normativo sobre lo político autodefinido como *republicanismo crítico*. Al respecto, quisiéramos efectuar algunas precisiones, a los fines de diferenciar con mayor claridad aquella mirada construida centralmente sobre presupuestos éticos discursivos (Habermas, 1998; Forst, 2015) y nuestra mirada algo más ecléctica la cual también incluye las aportaciones del republicanismo participativo (Martí, 2007; Lovett, 2019), el deliberativismo participativo (Martí, 2006; Lafont, 2020) y una concepción sistémica de la democracia deliberativa (Parkinson y Mansbridge, 2012).

En primer lugar, si bien el republicanismo reflexivo coincide con el republicanismo crítico en que la construcción de toda teoría política debe dar prioridad temporal a las situaciones de injusticia e ilegitimidad vigentes, no comparte con el mismo su definición netamente discursiva de las nociones de dominación y arbitrariedad. Al respecto, no resulta preciso señalar que P. Pettit estaría o debería estar especialmente preocupado por el control discursivo de ciertas situaciones políticas, ni tampoco constituye una precisa lectura de su obra

circunscribir su definición del ideal normativo de no dominación a un contexto libertario asentado sobre la idea de libre elección. Sí nos atrevemos a sostener que desde un modelo republicano reflexivo, estaría ausente cierto sentido de reflexividad en dos instancias teóricas de la obra de P. Pettit. En primer lugar, P. Pettit no se anima completamente a afirmar la prioridad conceptual y lógica del principio republicano de legitimidad democrática por sobre el de justicia social en aquellas circunstancias normativas no ideales donde la opresión pública es considerable (Pettit, 2012: 1-8). En segundo lugar, la carencia de cierta reflexividad normativa se evidenciaría en el monismo axiológico que P. Pettit promueve en derredor del valor de libertad política como no dominación (Pettit, 2012: 1-15), lo cual le impediría ver su necesaria complementariedad con otros principios normativos tales como los de reciprocidad ciudadana y participación cívica.

En segundo lugar, desde un modelo republicano reflexivo consideramos inapropiado sostener que la teoría de P. Pettit sobredimensionaría la racionalidad práctica, es decir las condiciones sociales de intercambio discursivo, en la misma medida que desatiende los criterios de justificación práctica de los procesos deliberativos. Por el contrario, entendemos que la mirada reduccionista de la democracia de P. Pettit, excesivamente representativa, es decir, limitadamente participativa, lo obliga a colocar el acento sobre determinadas cuestiones más abstractas de justificación práctica, aunque pensadas para escenarios discursivos ideales donde la república garantizaría tanto la no dominación pública como la privada. En otros términos, el hecho de que P. Pettit, desacertadamente a nuestro juicio, limite a la participación deliberativa ciudadana a ciertos momentos y formas excepcionales, no equivale en absoluto a señalar que descuida los complejos procesos intersubjetivos de justificación práctica. Inversamente, podría criticarse que el republicanismo representativo de P. Pettit no aplica adecuadamente su idea de racionalidad práctica, atento omite ofrecer diseños institucionales deseables y factibles adecuadamente sensibles a ciertos procesos estructuralmente opresivos.

En tercer lugar, coincidimos con el republicanismo crítico en que la obra de P. Pettit sobredimensiona la faz política individual y se manifiesta atrofiada en su faz política colectiva. Sin embargo, ello no lleva al republicanismo reflexivo a sostener infundadamente que el republicanismo representativo de P. Pettit no entiende a la dominación política como constituida y reproducida por normas y prácticas opresivas arbitrarias, sean ellas injustas o ilegítimas que se muestran como estructurales. Claramente P. Pettit ha señalado en sus diversos trabajos que su propuesta teórica e institucional pretende ofrecer una respuesta a la pregunta sobre cómo construir una república deseable y factible que morigere, elimine o bien prevenga tales tipos de dominación social y política estructurales. A mayor abundamiento, P. Pettit, señala que si y solo si en el contexto de una república democrática, las y los ciudadanos pueden pensarse como genuinamente libres, en tanto exentos de dominación pública y privada. Con ello deja entrever que la respuesta frente a la opresión no es particular, caso por caso o individual, sino sistémica, jurídica e institucional. Tampoco adherimos al modelo institucional promovido desde el republicanismo crítico de estricta separación de poderes con sujeción directa a la ciudadanía. Al respecto, como hemos precisado, consideramos más apropiado promover un modelo deliberativo sistémico de interacción entre poderes constituidos que incluya ciertos usos legislativos y constituyentes de los minipúblicos.

En síntesis, podría afirmarse que el *republicanismo reflexivo* aquí defendido “...no parte ni de la construcción abstracta de un ideal ni de una concepción supuestamente realista empiricista de la política como lugar de encuentro de intereses normativos, que excluye principios de mayor jerarquía y que ha llevado al decisionismo...” (Forst, 2015: 19). El republicanismo reflexivo emerge en términos de justificación política normativa como un justo término medio entre el escepticismo radical y el utopismo extremo. Por un lado, evita al *escepticismo radical* el cual niega la posibilidad de generar y sostener un sistema democrático justo y legítimo, dado que rechazamos la hipótesis de inexpugnable imposibilidad de perseguir un ideal democrático comple-

jo en un mundo político diverso y no ideal (Estlund, 2011: 347). Por otro lado, no cae en el utopismo extremo, atento es adecuadamente sensible a las condiciones normativas no ideales y no sobreexige a los ciudadanos, sino que les solicita únicamente aquello que es racional y razonable (Estlund, 2011: 358).

Finalmente, haciendo propias las palabras de D. Gädeke, podríamos afirmar que al denominar a este enfoque *republicanismo reflexivo* no deseamos “...hacer plena justicia a la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt...” aunque si buscamos “...proporcionar la mejor interpretación de la tradición republicana...” (Gädeke, 2020: 45). Asimismo cabría admitir que el republicanismo reflexivo “también es crítico” “... en el amplio sentido metodológico de perseguir un doble objetivo; una analítica social y una normativa. Su objetivo es analizar las relaciones de dominación en las luchas políticas y sociales reales, prestando especial atención a su dimensión estructural y sistémica para revelar cómo se producen y reproducen socialmente e identificar potenciales no realizados para superarlas...” (Gädeke, 2020: 45).

Bibliografía

Arendt, H., (1972), *Crisis of the Republic*, Nueva York: Harcourt Brace & Company.

Bohman, J., (2012), “Critical Theory, Republicanism, and the Priority of Injustice: Transnational Republicanism as Non-Ideal Theory”, en *Journal of Social Philosophy*, Vol. 43, N° 2, pp. 97-112.

Bustamante-Kuschel, G., (2017), “Republicanism y democracia agonal: una presentación genealógica”, en *Pléyade. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, N° 20, pp. 17-31.

Estlund, D., (2011). *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Farrell, L., (2019), “The politics of nondomination: Populism, contestation and neorepublican democracy”, en *Philosophy and Social Criticism*, Los Angeles, vol. 46, N° 7, pp. 858-877.

Fishkin J., (2011), *When the people speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford: Oxford U.P.

Forst, R., (2015). *Justificación y Crítica, Perspectivas de una teoría crítica de la política*, Buenos Aires: Katz.

Gädeke, D., (2020), “From Neo-Republicanism to Critical Republicanism”, en Leipold, B., Nabulsi, K. y White, S., (2020), *Radical Republicanism. Recovering the Tradition's Popular Heritage*, Oxford: Oxford U.P., pp. 23-46.

Habermas, J. (1998), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.

Laborde, C., (2008), *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Oxford: Oxford U. P.

Lafont, C., (2020), *Democracy without shortcuts. A participatory conception of deliberative democracy*, Oxford: Oxford U. P.

Leipold, B., Nabulsi, K. y White, S., (2020), *Radical Republicanism. Recovering the Tradition's Popular Heritage*, Oxford: Oxford U.P.

Lovett, F., (2019), "Republicanism and Democracy Revisited", en Elazar, Y. y Rousselière, G., *Republicanism and the Future of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P., pp. 117-129.

Martí, J. L. (2006), *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.

Martí, J. L. (2007), "Republicanism y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa", en *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 147-166.

McCormick, J. P., (2019) "The new Ochlophobia? Populism, Majority Rule, and Prospects for Democratic Republicanism", en Elazar, Y. y Rousselière, G., (2019), *Republicanism and the Future of Democracy*, Cambridge: Cambridge U. P., pp. 130-151.

Olivares, N. E., (2019a), "La distinción entre teoría ideal y no ideal a debate. Argumentos a favor de una perspectiva reflexiva", en *Studia Politicae*, N° 48, pp. 5-35.

Olivares, N. E., (2019b), "Republicanism participativo. Bases y puntos de partida para un modelo democrático constitucional situado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. LXIX, N° 275, pp. 863-895.

Parkinson, J., y Mansbridge, J. (Eds.), 2012, *Deliberative Systems*, Cambridge: Cambridge U.P.

Pettit, P., (1997), *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford U.P.

Pettit, P., (2000), “Democracy, electoral and contestatory”, en *Nomos*, vol. 42, pp. 105-144.

Pettit, P. (2012). *On the People’s Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge U. P.

Pettit, P. (2014). *Just freedom. A moral compass for a complex world*. Nueva York: Norton.

Rawls, J., (1996), *Political Liberalism*, Oxford: Oxford U.P.

Rosanvallon, P. (2009), *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires: Manantial.

Skinner, Q., (1998), *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge U.P.

Skinner, Q., (2008), *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge: Cambridge U.P.

Urbinati, N., (2006), *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, Chicago: University of Chicago Press.

Warren, M. y Mackenzie, M., (2012), “Two trust-based uses of minipublics in democratic systems”, en Parkinson, J., y Mansbridge, J. (Eds.), 2012, *Deliberative Systems*, Cambridge: Cambridge U.P., pp. 95-124.

White, S. (2020), “Citizen’s Assembly and Republican Democracy”, en Leipold, B., Nabulsi, K. y White, S., *Radical Republicanism. Recovering the Tradition’s Popular Heritage*, Oxford: Oxford U.P., pp. 81-99.

Tradiciones filosófico-políticas en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: herencias, innovaciones y disonancias

Luis Gonzalo Inarra Zeballos²⁴¹

1. Preludio

¿Cuál ha sido el impacto de las diferentes tradiciones filosófico-políticas en el constitucionalismo latinoamericano y en especial el constitucionalismo boliviano? ¿Cuáles son los aspectos viejos y nuevos de la actual Constitución boliviana? ¿Existen disonancias en su contenido y cuáles serían las mismas? Estas son las principales preguntas que trataremos de responder a lo largo del presente trabajo y, para responderlas, básicamente dividiremos el contenido en razón al orden en que tales interrogantes se presentan.

Primeramente, haremos un repaso de las tradiciones filosófico-políticas del conservadurismo, del liberalismo y del radicalismo, con el propósito de observar su desarrollo e impacto en la historia del constitucionalismo latinoamericano y boliviano. En segundo lugar, daremos un recorrido por los aspectos más notorios, y si se quiere innovadores, del actual constitucionalismo boliviano (del Estado Plurinacional). Para luego, tratar de observar las herencias (o continuidades) de las tradiciones políticas y las posibles innovaciones incluidas en el texto constitucional boliviano.

Al final, trataremos de presentar las algunas disonancias que vendrían a ser fruto de la colisión entre la perdurabilidad de algunas instituciones tradicionales con las instituciones innovadoras, fruto de reformas constitucionales que no siempre son reflejo de una profunda reflexión política e institucional.

241 Profesor titular en las materias Derecho Internacional y Filosofía del Derecho y Derechos Humanos de la Universidad Mayor de San Simón. Email: l.inarra@umss.edu.bo, luinarra@gmail.com.

2. Tradiciones filosófico-políticas en la historia del constitucionalismo latinoamericano y boliviano.

En la historia del constitucionalismo latinoamericano han sido principalmente tres las grandes tradiciones filosófico-políticas que han dominado a partir de la independencia de nuestros países. Roberto Gargarella, en uno de los libros más importantes sobre el constitucionalismo latinoamericano (2014), ha reseñado que dichas tradiciones son básicamente: el conservadurismo, el liberalismo y el radicalismo. Como veremos más adelante, la historia del constitucionalismo boliviano también ha sido moldeada por el pensamiento de estas tradiciones.

En este apartado, basándonos principalmente en la mencionada obra, vamos a mostrar los principales postulados de esas tradiciones, a modo de antesala, para el posterior discernimiento sobre el peso que dichas tradiciones poseen actualmente en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

2.1 La tradición conservadora

Gargarella se refiere al conservadurismo, liberalismo y radicalismo como *modelos constitucionales*²⁴² que periódicamente han tenido influencia en las constituciones latinoamericanas. Precisamente, el conservadurismo vendría a ser aquel modelo que desde comienzos de la lucha independentista ha logrado tener un gran impacto e influencia en los diversos órdenes políticos de la región.

El conservadurismo, generalmente aliado a posiciones y concepciones religiosas – como la católica en nuestra región –, defiende las siguientes tesis: 1) en lo político, la *concentración del poder*, en virtud de una idea elitista de su ejercicio; 2) en lo moral, defiende una particular *concepción del bien*, casi siempre vinculada a la fe católica; 3)

242 Optaremos por el concepto de tradiciones filosófico-políticas o tradiciones políticas, simplemente.

y en lo económico, la defensa de los intereses de la élite gobernante y su protección por parte del Estado.

El mencionado autor argentino resalta, pertinentemente, que el modelo constitucional conservador quedó simbolizado con el lema de la “la Cruz y la espada”, el de la religión y el orden (Gargarella, 2014, p. 31). El símbolo de la Cruz representa el denominado *perfeccionismo moral* al cual se aspira mediante la profesión de una religión, esto es, “la convicción de que las nuevas sociedades debían organizarse en torno de un proyecto moral comprensivo” (*Ibíd.*, p. 32). La espada vendría a representar al *elitismo y centralismo políticos*. La lógica del elitismo político refiere que las clases sociales más cercanas a la Iglesia sean quienes gobiernen o por lo menos las clases más educadas. Asimismo, esa clase gobernante concentre y centralice el poder bajo el lema “orden, paz y trabajo”.

El perfeccionismo moral implica la existencia de determinadas verdades morales acerca de la vida buena. Es decir, habría formas de vida mejores que otras o moralmente mejores. Es así como el perfeccionismo moral, como postulado del pensamiento conservador, requiere de un poder que permita sostenerlo en la sociedad. Es ahí donde el perfeccionismo se vincula con el presidencialismo. Este último, en América Latina ha pasado a constituirse en un *presidencialismo fuerte*, donde, por ejemplo, propuestas como las de Bolívar respecto a la primera Constitución boliviana (presidencia vitalicia y religión católica como religión oficial del Estado) y la propuesta también del propio Bolívar, en su *Carta de Jamaica*, de crear una institución destinada a cuidar de la educación y la salud moral de la ciudadanía, la cual se basaría en el Areópago ateniense y sus guardianes de las costumbres, en las prácticas austeras de los espartanos, y en los sensores romanos junto con los tribunales domésticos allí existentes, vendría a constituirse en un cuarto poder:

el poder moral debía convertirse en la institución que vele sobre la educación de los niños, sobre la instrucción nacional [...] que purifique lo que se

haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos; que juzgue de los principios de corrupción de los ejemplos perniciosos. (citado en Gargarella, 2014)

En Bolivia, después de la consagración de la independencia, tuvieron lugar varios conflictos nacionales e internacionales, continuos golpes de Estado y batallas como la de Ingavi, contra las fuerzas conquistadoras de Agustín Gamarra del Perú. Fruto de aquellos enfrentamientos, por ejemplo, se dicta la Constitución boliviana de 1843, la cual, como manifestara Alcides Arguedas, tuvo:

[...] el propósito de servir a un hombre, reconocía la irresponsabilidad del presidente, le alargaba a 8 años la duración de su mandato, le daba facultad de disolver el parlamento y nombrar el personal de la Corte Suprema, es decir, que hacía del mandatario un ser munido de mil prerrogativas, dueño de obrar sin control y a su capricho, disponiendo a su antojo de los puestos públicos y del Poder Judicial y libre del control celoso y vigilante de las cámaras que sólo debían reunirse cada dos años, según la nueva carta, calificada al punto y con propiedad por los pueblos de ordenanza militar (Arguedas, 1922, p. 115).

Estos no son más que algunos ejemplos que a nivel latinoamericano y boliviano se han dado, los cuales nos permiten notar la presencia de un pensamiento y práctica política que, principalmente en el siglo XIX, aglutinó el poder en muy pocas manos, o en una sola mano, como es la del presidente. Por su parte, es también importante destacar que los conservadores no dieron a los derechos constitucionales una importancia central para la vida política de nuestros países y tampoco consideraban que el Estado deba mejorar las condiciones so-

cioeconómicas de las mayorías, debido a un pensamiento racista muy arraigado en determinados estratos sociales, lo cual también negó aquellas posiciones que abogaban por los derechos políticos de otros sectores sociales.

Si bien hoy es posible afirmar que algunos preceptos del conservadurismo han sido superados, también podemos observar que quedan resabios de esta tradición política: el elitismo y centralismo políticos hoy se expresan en el fenómeno del hiperpresidencialismo y el rechazo a la mejora de condiciones de vida de las mayorías empobrecidas. Aspectos que continúan permeando la vida política de muchos países de la región.

No obstante, es importante resaltar que al inicio y durante las primeras décadas de vida política independiente de las jóvenes naciones latinoamericanas el terror relacionado con la anarquía fue causa de gran parte de las acciones de los distintos gobiernos, así como de las figuras políticas notables de cada país. Así, comenzando por el propio Bolívar y terminando en figuras políticas bolivianas como las de Andrés de Santa Cruz y José Ballivián, se defendieron posiciones relacionadas a la importancia de mantener el orden a través de un Ejecutivo fuerte que se encuentre a la cabeza del Estado.

2.2 La tradición liberal

El segundo proyecto que se desarrolló históricamente en la región devino en la tradición liberal de la política. Gargarella se encarga de mostrar que el modelo constitucional liberal puede definirse a partir de un doble compromiso: *equilibrar el poder*, y asegurar la *neutralidad moral* del Estado. Es decir, la parte orgánica de la Constitución debía servir para controlar el poder, temperarlo, para evitar en lo más posible abusos y excesos políticos que terminen violentando los derechos fundamentales, siendo estos últimos una parte importante de las tesis liberales y de la segunda sección de la Constitución (sección dogmática), constituyéndose en barreras infranqueables, con la capacidad de

asegurar que los individuos ejerzan sus libertades y puedan vivir de acuerdo a sus propios proyectos de vida (2014, p. 38).

Esta tradición típicamente es contraria, en algunos aspectos, a la tradición conservadora ya que tiende a interpretar el sentido y alcance de los derechos sin necesariamente considerar los preceptos religiosos. Asimismo, desde el inicio de los conflictos entre estos dos modelos también se hizo notoria otra dicotomía: la de la organización del poder. A contrario de los conservadores, los liberales postularon la *división de poderes* y el *sistema de frenos y contrapesos* como decididos ejemplos de su compromiso con la libertad individual. Los frenos y contrapesos no vinieron a:

significar otra cosa que un decidido esfuerzo por organizar al sistema institucional contra los riesgos que las propuestas alternativas dejaban abiertos. Así, y contra la vocación conservadora por concentrar la autoridad política en una persona (si no de transferirle directamente poderes extraordinarios), los liberales prohibieron la delegación de facultades extraordinarias, auspiciaron la descentralización del poder, y limitaron estrictamente los poderes normativos del presidente. A la vez, y contra la disposición republicana a convertir a la legislatura en un órgano soberano, todopoderoso, prácticamente ilimitado, los liberales tendieron a dividir a la legislatura en dos secciones, y sujetaron a la misma a complejos mecanismos de controles y vetos cruzados. Se trataba de pasar desde un sistema de “separación estricta” a un modelo de “frenos y contrapesos” entre las diversas ramas del poder (*Ibíd*, p. 41).

Entonces, como explica Gargarella, los liberales resguardaron la idea de que un buen sistema de Gobierno era aquel capaz de evitar la doble amenaza impuesta por el riesgo de la tiranía y el riesgo de

la anarquía. Es así como el sistema de los frenos y contrapesos venían a tratar de evitar, por un lado, el peligro del autoritarismo de los presidentes caudillos y, por otro, la amenaza de las movilizaciones de masas. En Bolivia, por ejemplo, unos años después de la guerra del Pacífico y de la Convención liberal de 1880, los diferentes grupos políticos trataban de «conservar a todo trance el orden público ahogando si es posible para siempre los gérmenes revolucionarios que tan de lo hondo habían comprometido la propia estabilidad del país. ¡Viva el orden, abajo las revoluciones! era el lema inscrito en la bandera del Partido Liberal» (Arguedas, 1922, p. 423).

Un orden al que se debía aspirar mediante el equilibrio del poder y la paralización de los golpes de Estado, que llevaron al país al colapso político. En virtud de esa situación, el antiguo

jefe del Partido Liberal, [...] Camacho²⁴³, sostenía, ante todo, la necesidad imprescindible de fundar partidos que tuviesen base de principios y no el afecto a las personas: anhelaba, como uno de sus fines inmediatos y trascendentales, la libertad y pureza del sufragio y la integridad del territorio nacional. El lema de su programa, ya se había hecho popular: ¡viva el orden, abajo las revoluciones! (*Ibíd.*, p. 425).

Dicho lema da a entender que el orden se refiere a un equilibrio en el poder capaz de evadir o impedir golpes de Estado y una serie de autoritarismos, y la parte relacionada a las revoluciones refiere al hecho de los cambios abruptos que se desarrollaron en determinados episodios de la historia boliviana y latinoamericana. Evidentemente, en el caso boliviano, la alianza conservadora y liberal ya se había producido. Como Iraegui hace notar, en Bolivia:

el inicio del ciclo liberal es, sobre todo, el resultado de la consolidación de una élite minera favorecida

243 Eliodoro Camacho (1831-1899), militar y político.

por el repunte de la minería de la plata que poseía sus propias necesidades de estabilidad política y de apertura externa y que para viabilizarse precisaba llevar adelante, no tanto por un impulso cívico sino como plataforma en la defensa de sus propios intereses, una imprescindible modernización y reordenación del Estado. A los emergentes intereses minero-oligárquicos no les convenía en absoluto que la nación siguiera sumida en un marco de permanente inestabilidad política y que sus negocios y sus mercados externos fueran arriesgados por la turbulencia de los gobiernos facciosos [...] El resultado fue el inicio de un amplio consenso liberal que promovió el surgimiento de los dos grandes protagonistas político-partidarios de la época: el Partido Conservador y el Partido Liberal y el comienzo de una estructura parlamentaria moderna y controlada por civiles. Así, desde 1880 hasta 1920 se produjo una etapa de relativa estabilidad política (2012, pp. 69-70).

La apuesta del Partido Liberal boliviano por un sistema de partidos supone el ejercicio y la garantía de derechos políticos que se hizo explícita al momento de su fundación. Aquella ocasión el general Eliodoro Camacho afirmaba:

Los principios que sustenta la escuela liberal se cifran en los derechos individuales que amparan la vida, la libertad, el honor y la propiedad del hombre, en la soberanía del pueblo, el sufragio popular consciente y depurado, la descentralización administrativa y municipal [...] la tolerancia de opiniones, la instrucción obligatoria y gratuita por el Estado, la libertad de asociación, la libertad de trabajo, la inviolabilidad de la conciencia. (cit. Francovich por Iraegui, p. 71)

Los liberales bolivianos rechazaban que sectores populares como el de los indígenas y las mujeres puedan ejercer esos derechos, por eso en la Constitución de 1880 se estableció que el derecho de ciudadanía sólo podían ejercerlo aquellos que sabían “[...] leer y escribir” y tenían “una propiedad inmueble o una renta anual de doscientos bolivianos, que no provenga de servicios prestados en clase de doméstico”. No fue hasta el año 1952 que los derechos políticos fueron ampliados a la generalidad de la población.

Gargarella analiza el denominado pacto liberal-conservador producido en los países latinoamericanos principalmente como un rechazo a la tradición política radical o republicana a la que “asociaban con el aliento a decisiones irracionales, y consecuentes excesos. Si las decisiones avaladas por los radicales eran irracionales, según sus adversarios, esto se debía a los modos en que ellos pretendían organizar el poder” (2014, p. 59).

Más adelante explicaré la propuesta republicana o radical, mientras tanto la propuesta de esta alianza liberal-conservadora se caracterizó, en general, por los siguientes aspectos: a) desconfianza de las élites hacia la política de masas (no ampliación de derechos políticos); b) correlación inversa entre número de participantes en una discusión e imparcialidad de las decisiones; c) correlación inversa entre cercanía representantes-representados e imparcialidad de las decisiones tomadas; d) derechos civiles (propiedad privada) como condición para el ejercicio de derechos políticos; e) libertad de cultos sin la declaración necesaria de la neutralidad del Estado; y por último, f) en el marco del sistema de Gobierno, la mezcla de un sistema político que conjuga los frenos y contrapesos con un Ejecutivo fuerte (Gargarella, 2014, pp. 64-74).

Los liberales tuvieron que ceder en cuanto a la consolidación de un presidencialismo fuerte y respecto a que el Estado oficialice una religión, pues la Constitución boliviana de 1880, en su artículo 2 disponía: “El Estado reconoce y sostiene la religión²⁴⁴ católica, apostólica, romana; prohibiendo el ejercicio público de todo otro culto [...]”. De la

244 Ortografía de la época.

misma manera, esta Constitución, en su artículo 26, otorgó al jefe del Poder Ejecutivo el poder de “declarar el estado de sitio en los casos de grave peligro por causa de conmoción interior o guerra exterior que amenace la seguridad de la República [...] en la extensión del territorio que fuere necesario, y por todo el tiempo que lo reputare indispensable”, sin necesidad de aprobación del Congreso o, por lo menos, su vigilancia. No obstante, los enormes poderes conferidos al presidente por aquella Constitución (art. 88), los liberales lograron incluir cláusulas de protección a los derechos (arts. 24 y 25) y de limitación a cuatro años para el ejercicio del cargo de presidente, sin reelección sino pasado un período constitucional (art. 76).

En diversos episodios de la historia los partidarios de un pensamiento liberal lograron incorporar sus premisas relativas a las libertades económicas asentando una lógica del libre comercio en nuestras sociedades latinoamericanas. Esto en gran manera se produjo gracias al indubitable asentamiento de la propiedad privada en nuestras sociedades, en Bolivia desde su inclusión en la Constitución de 1826 (art. 84. 3).

2.3 La tradición radical

La tradición radical o republicana pese a ser una de las más antiguas en la historia de la humanidad no ha tenido en Latinoamérica una recepción pacífica, principalmente durante el siglo XIX, a raíz de la hegemonía política de las corrientes conservadoras y liberales. Sin embargo, podemos ver que, a partir del siglo XX, las fuerzas radicales comenzaron a tener fuerza. En el caso de Bolivia, el impulso radical llega a constituirse después de la Guerra del Chaco y, especialmente, a partir de la Constitución de 1938, al incorporarse por primera vez derechos sociales y establecerse funciones y límites a la propiedad privada. Sin embargo, la amplitud de derechos, principalmente políticos recién llegaría a partir de la revolución nacional de 1952, considerada por Zavaleta Mercado la más importante en la historia nacional (1984, pp. 74-178).

Esta tradición política tiene como corolario el principio del *autogobierno colectivo* (autonomía colectiva), que debe desarrollarse a través de la *soberanía popular* y la *voluntad general*. Es decir, en el marco de lo político, las mayorías deberían tener la posibilidad de decidir colectivamente el rumbo que su nación puede tener o alcanzar. Por lo general, esta tradición también defiende una determinada moralidad social, más bien podríamos decir, una *moralidad política*, que desde Aristóteles se ha ido desarrollando en una lógica de las *virtudes ciudadanas*. Virtudes que son consideradas necesarias para una sociedad política organizada cuyo resultado debe ser la formación de un ciudadano comprometido con su comunidad, a diferencia de la tradición liberal que se apoya en una antropología que impulsa una lógica individualista del ser humano.

En tal sentido, el Estado debe comprometerse con un sistema político inclusivo de las mayorías sociales que, por lo general, de manera institucional, se han representado en el parlamento, pero que hoy tienen cabida a través de mecanismos de democracia participativa. Entonces, los radicales no están en contra necesariamente de una lógica de separación de poderes, pero prefieren un sistema que también otorgue poder al ciudadano, permitiéndole su participación en la toma de decisiones, así como el control sobre las mismas (Gargarella, *ibíd.*).

En materia de derechos, la tradición radical se ha reflejado en el denominado constitucionalismo social. Esto es, el impulso y la defensa de derechos sociales y la amplitud en materia de derechos políticos. Su posición en torno a este punto es el de no atrincherar los derechos, sino más bien, movilizar a la sociedad a fin de interesar a los ciudadanos por las formas de vida pública activa. Los derechos sirven para generar una esfera privada de la vida social, pero los republicanos se interesaban principalmente en ampliar la vida pública a través de la participación ciudadana. Uno de sus ideales es el del ciudadano virtuoso.

Los republicanos comprenden muy bien la importancia de expandir la educación a todos los estratos sociales, pero en especial una

educación cívica, a fin de impulsar los valores cívicos ciudadanos con el propósito de acercar a los miembros de la comunidad al bien común (Sandel, 2011, p. 302). No es posible ejercer equitativamente los derechos y libertades sin asegurar condiciones mínimas materiales en favor de los ciudadanos. De ahí que la postura radical profese, en materia económica, una lógica intervencionista del Estado con miras al establecimiento de políticas públicas redistributivas de la riqueza social.

En Bolivia, los cambios radicales sucedieron progresivamente en el periodo post Guerra del Chaco hasta los años posteriores a la revolución de 1952. En ese lapso de tiempo se aprobó la Constitución de 1938, que entre otras reformas estableció: 1) la libertad de culto, aunque continuó reconociendo a la religión católica como oficial (art. 2); 2) el cumplimiento de una función social para preservar la propiedad privada (art. 17); 3) en cuanto al régimen económico, estableció que debe responder esencialmente a principios de justicia social para asegurar una existencia digna del ser humano (art. 106); 4) el dominio del Estado sobre todas las riquezas naturales (art. 107) y; 5) modifica el rol del Estado frente a la economía disponiendo que éste regula el ejercicio del comercio y de la industria (art. 108).

Pese a todos esos avances, el proceso de reformas y cambios radicales en las estructuras sociales y políticas del país recién comenzaba a tomar cuerpo. No es hasta la revolución nacional de 1952 que aquellos cambios comenzarían a producirse en los hechos, ya que según el criterio de Iraegui “la revolución cambió la faz de Bolivia y promovió transformaciones asombrosas que todavía hoy en día, 60 años después, marcan profundamente a la realidad del país. El hecho más relevante, a nuestro juicio, fue el genuino esfuerzo de la revolución por promover la creación de un estado moderno que dejase atrás el lastre de una sociedad semifeudal y atrasada” (2012, p. 78).

Este autor considera que las medidas tomadas durante la revolución fueron de un calado sin precedentes, entre las cuales resalta:

En lo económico, la nacionalización de las minas que revirtió las grandes empresas mineras al Estado; la nacionalización de los ferrocarriles; la reforma urbana; y, sobre todo, la reforma agraria que acabó con el ponceaje o servidumbre personal, abolió el sistema latifundista (hasta 1970 se repartieron 12 millones de hectáreas a 450.000 nuevos propietarios. Mansilla, 1980: 124) y añadió un millón y medio de campesinos al mercado nacional en calidad de productores y consumidores (René Arze, 1999: 62). La medida política más importante fue, sin duda, la implementación del voto universal, sin discriminaciones de raza, sexo o formación, que permitió que el electorado, que antes no pasaba de 60.000 sufragantes, llegase a más de 800.000 votos (Baptista, 1996: 229) [...] Finalmente, la revolución promovió la reforma educativa que estableció un programa de enseñanza y un proyecto de alfabetización e implementó un código de la Seguridad Social, qué significó la primera propuesta desde el Estado boliviano para llevar adelante una política social de salud (*Ibíd.*).

3. El modelo de Estado Plurinacional

Antes de dar cuenta cuál es la influencia de las señaladas tradiciones filosófico-políticas en la Constitución boliviana de 2009, lógicamente es necesario señalar los principales aspectos y contenidos más notorios que posee. El autor portugués Boaventura de Sousa Santos (2010), en un libro inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Constitución destacaba, lo que él entiende que son innovaciones que el texto de la norma suprema incorpora. Las cuales serían: a) la plurinacionalidad; b) el pluralismo jurídico; c) la democracia intercultural; d) el vivir bien; e) una institucionalidad heterogénea; f) una nueva organización territorial del Estado. A estos aspectos podemos

añadir los siguientes: g) laicidad del Estado; h) ampliación de los derechos y garantías constitucionales; i) la propiedad del pueblo sobre los recursos naturales y; j) la dirección del Estado en la economía. Si bien los dos últimos no constituyen completas innovaciones respecto a las constituciones anteriores, al respecto, la Constitución de 2009 incluye cláusulas que las anteriores no poseían. Esto lo veremos más adelante.

La primera innovación que Sousa Santos detecta y también desarrolla en otro texto de coautoría con Exeni, es la *plurinacionalidad y autogobierno indígena*, entendidas como “[...] la quiebra de la idea de que a un Estado le corresponde por fuerza una sola nación, una cultura, un derecho. Y se asume y demuestra que la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, del mismo Estado” (2019, p. 25). Uno de los aspectos centrales de la plurinacionalidad constituiría los derechos de los pueblos indígenas (arts. 30 y 31 de la CPE), así como la implementación institucional de sus autonomías (arts. 289 y ss). De esta manera, los puntos e) y f) señalados en el párrafo anterior vendrían a coadyuvar en la tarea de consolidar la plurinacionalidad, que se ve reflejada institucionalmente en un régimen de autonomías.

Por su parte, a modo de crítica, Lazarte observa que el régimen de autonomías en la Constitución no es congruente con el perfil constitucional de Estado unitario señalado en el artículo 1, ya que para el referido autor:

[...] el poder del Estado unitario sólo admite una diferenciación interna de sí mismo en las tres clásicas funciones-poderes con autoridad central única que preserva su propia soberanía política, mientras que el Estado “plurinacional” establece una distribución territorial del poder, bajo el nombre de “autonomías”. Estas autonomías son múltiples, y en el caso de las autonomías indígenas originarias campesinas se especifica que tienen territorio propio, autogobierno, cultura, idioma, justicia, instituciones, usos y costumbres. Las

facultades legislativas que le son reconocidas suponen, por lo menos, soberanía legislativa compartida o dividida, a la usanza de los regímenes federales (2015, p. 79).

En relación con el punto b), *pluralismo jurídico*, además de ser un elemento contenido en el artículo 1, su desarrollo constitucional se caracteriza por ser uno de los aspectos centrales de las autonomías indígenas, al disponer la Constitución el derecho al ejercicio de su sistema jurídico (art. 30. 14), al incorporarse una jurisdicción indígena originaria campesina (arts. 190-193), y al establecerse la igual jerarquía entre las jurisdicciones ordinaria e indígena (art. 179. II).

Pese a que la Constitución explícitamente no hace referencia a la *democracia intercultural*, sino a tres tipos de democracia: representativa, participativa y comunitaria (art. 11), algunos autores como Exeni (2013), Mayorga (2014) Sousa Santos (2019) y Zegada (2019) se refieren a este concepto principalmente a partir de su inclusión en la Ley del Régimen Electoral, como resultado del reconocimiento que el sistema de Gobierno no puede ser exclusivamente representativo, sino también participativo y comunitario. Para algunos de los mencionados autores, la democracia excede en mucho a la sola «imposición de la pauta liberal representativa» (Exeni y Sousa Santos, 2019, p. 29). La democracia es algo que no sólo vendría a entenderse como sinónimo de gobierno representativo o únicamente confinada a la representación política:

Hablamos de democracias (en plural) para dar cuenta de otros principios como la participación ciudadana, la deliberación pública, el control social, a la libre determinación, el autogobierno. De una formulación que no sólo amplía el canon hegemónico, sino que busca radicalizarlo, en especial desde la democracia comunitaria [...] es fundamental garantizar su pleno ejercicio [...] Implica un esfuerzo de complementariedad [...]

supone como premisa la igual jerarquía de las diferentes formas de democracia, esto es, que por cuestiones de institucionalidad o “problemas de escala” no puede haber una democracia “de primera” o mayor de edad (del voto individual y de los partidos políticos), y otras democracias subordinadas o “menores” (*Ibíd.*, pp. 29-30).

En los hechos, lo que según estos autores la Constitución postula es que los nuevos mecanismos democráticos vendrían a tener el mismo peso e importancia que el sufragio electoral, mecanismos como el referéndum, a la asamblea, la revocatoria de mandato, el cabildo y la consulta previa (art. 11. II), además de aquellos que son propios de las comunidades indígenas.

Otro de los aspectos novedosos vendría a ser el *vivir bien* o *suma qamaña*, incorporado en el artículo 8, dentro del capítulo referido a los principios, valores y fines del Estado. Xavier Albó, uno de los estudiosos más connotados sobre temas relacionados a pueblos indígenas en Bolivia, dedicó un escrito a esta cuestión. El vivir bien surgiría «ante todo de una *espiritualidad* y *cosmovisión* y de una armonía interior con uno mismo: entre el pensar, el sentir y el actuar. Como se dice en aymara, *suma qamañatakixa sumankañawa* (para (con) vivir bien, o en plenitud, primero hay que estar bien). Simón Yampara (2001) lo expresa como el equilibrio y armonía entre lo material y lo espiritual» (2019, p. 149).

Choquehuanca, por su parte, indica que “el vivir bien es un principio ancestral de los pueblos andinos, que se orienta hacia una cultura de la vida, en armonía y equilibrio con la naturaleza”. Se diferenciaría del “vivir mejor” propio de una lógica moderno-capitalista, que “implica acumulación, depredación, consumismo e individualismo, ‘el vivir bien significa una nueva forma de ser, sentir y hacer en función de la vida’” (cit. en Exeni y Sousa Santos, 2019, p. 34).

El vivir bien, según Albó, sería, en general, una construcción social, una búsqueda convergente que se iría realizando desde una gran

diversidad de situaciones y experiencias locales. Devendría también en un deber de:

[...] aprender a convivir entre todos los humanos en nuestra diversidad y pluralidad y también con el resto de los seres vivos: las plantas, animales y todo lo que de alguna manera es parte de la vida. Supone también el convencimiento de que la diversidad es, en principio, el modo natural de la humanidad y de todas las cosas, como lo señala ya el primer párrafo del preámbulo de la Constitución Política boliviana aprobada en referendo y promulgada en 2009 (2019, p. 150).

Por otra parte, por vez primera en una Constitución boliviana se establece la *laicidad del Estado* a través de la separación e independencia del mismo respecto a la religión católica (o cualquier otra), y en su lugar se establece el respeto y la garantía a la libertad de religión y de creencias espirituales (art. 4).

Respecto al punto relativo a que la Constitución actual *amplía los derechos y garantías constitucionales* y además, se *internacionaliza o convencionaliza* (Inarra, 2018, p. 465), cabe notar que por primera vez se incorpora un amplio catálogo de derechos constitucionales (desde el art. 13 hasta el 107), destacándose una inclusión extensa de derechos sociales, así como una serie amplia de garantías jurisdiccionales y acciones de defensa de los derechos (desde el art 109 hasta el 136), se incorporan en el bloque de constitucionalidad a tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho comunitario (art. 410. II) y se establece la aplicación preferente de los tratados cuando reconocen derechos más favorables que los contenidos en la Constitución (art. 256. I).

Por último, dos aspectos que de cierta manera se encontraban en anteriores constituciones pero que en la actual adoptan características particulares vendrían a ser los siguientes: *la propiedad del pueblo sobre los recursos naturales* y *la participación central del Estado en las polí-*

ticas económicas. Respecto al primer punto, la actual Constitución establece que los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función al interés colectivo (art. 349. I). A diferencia de la anterior Constitución de 1967, modificada en 1994 y 2004, que establecía el dominio originario del Estado sobre todas sus riquezas naturales (art. 136). Por su parte, el segundo punto señalado, es ampliamente desarrollado por la Constitución, puesto que dedica toda la cuarta parte de su texto a la cuestión de la estructura y organización económica del Estado, refiriendo principalmente sobre el modelo económico boliviano que: 1) es plural y se compone por la economía comunitaria, estatal, privada y social cooperativa (art. 306); 2) respeta protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico y social del país (art. 308); 3) el Estado ejercerá la dirección integral del desarrollo económico y su planificación (art. 311) y; 4) se establecen algunos propósitos como el eliminar la pobreza y la exclusión social y económica para lograr el vivir bien de la sociedad (art. 313).

4. Herencias e innovaciones en la Constitución boliviana de 2009

Ahora bien, después de haber hecho un recorrido sobre los postulados de las diferentes tradiciones filosófico-políticas, y posteriormente revisar los postulados principales del Estado Plurinacional de Bolivia, es menester preguntarse: ¿cuánto de la Constitución del 2009 es verdaderamente una innovación y cuánto es herencia de las tradiciones políticas estudiadas?

Pese a que la respuesta a esta pregunta puede ser complicada, trataremos de dar algunas razones que respalden nuestra posición: La Constitución es un cuerpo viejo con injertos nuevos o relativamente nuevos. Esto es, imperan las herencias de las tradiciones políticas, pero sobre ellas se trató de innovar. Sin embargo, se producen algu-

nas disonancias entre las diferentes instituciones incorporadas. Esto se explica con mayor detalle a continuación.

4.1 Instituciones heredadas del conservadurismo

Aquí nuevamente volvemos a concordar con Gargarella, ahora respecto a que las reformas constitucionales que se dieron en el continente no consideraron, o por lo menos no lograron reformar la “sala de máquinas de la Constitución”, especialmente los poderes atribuidos a la autoridad presidencial, lo cual en gran manera tiende a poner en riesgo el resto de las reformas, ya que “resulta claro que los presidentes con poderes fuertes o reforzados, racionalmente, no tienden a aceptar recortes sobre su propio poder, como los que puede sugerir una ciudadanía autonomizada y/o con mayores poderes de decisión y control” (2014, p. 309). En ese sentido, como trataremos de demostrar, la tesis del centralismo político, propio de la tradición conservadora, ha continuado manteniéndose también en el orden constitucional boliviano. En otro trabajo también nos referíamos al fenómeno del hiperpresidencialismo²⁴⁵ como una de las principales causas de la erosión de la democracia que en los últimos años ha sufrido Bolivia (Inarra, 2020).

Desde el punto de vista normativo, el Órgano Ejecutivo posee extensos poderes o atribuciones (27 en total, art. 172 de la CPE), entre ellos el dictar decretos supremos y resoluciones que en la práctica no tienen límites en cuanto a temáticas ni materia; mantiene su poder de declarar estado de excepción en todo o en parte del territorio donde fuera necesario (aunque con la limitación del respeto a garantías y derechos constitucionales, así como la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa); gobierna sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; nombra al Contralor General del Estado (poder sobre su propio contralor) y al Presidente del Banco Central (poder económico y financiero); es la máxima autoridad del Servicio Boliviano de

²⁴⁵ Término cuya autoría corresponde a Carlos Nino, en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992).

Reforma Agraria, con capacidad de otorgar títulos ejecutoriales en la distribución de tierras y; tiene el poder de decretar amnistía e indulto. A todo eso se suma que participa como eje central en las vastas competencias privativas y exclusivas del nivel central del Estado (60 en total, art. 298 de la CPE). En consecuencia, como alguna vez afirmara el jurista argentino Alberdi, es un verdadero monarca.

De esa manera, indiscutiblemente llega a consolidarse un hiperpresidencialismo que, como en el caso del gobierno del MAS, cuando un gobierno (como el caso de Evo Morales) se ve fortalecido por el dominio de dos tercios en la Asamblea Legislativa Plurinacional, puede eliminar cualquier atisbo de control y fiscalización, en la medida que no existe suficiente autonomía de los legisladores ni la capacidad de la oposición para contrarrestar el poder del gobierno. La crítica que plantea Iraegui al respecto parece pertinente, pues a su juicio “[...] No parece evidente que el actual legislativo sea más o menos dependiente de lo que fueron las versiones existentes durante el segundo ciclo liberal, la fiscalización continúa siendo muy endeble y el modelo presidencial sigue en vigencia” (*Ibíd.*, p. 192).

4.2 Instituciones heredadas del liberalismo

Salta a la vista la herencia de una de las instituciones típicas del liberalismo en la actual Constitución boliviana: la *laicidad del Estado* (art. 4). Sin embargo, no es posible afirmar que la Constitución postula una neutralidad moral. Por cuanto el vivir bien y sus connotaciones, vinculado a disposiciones como las relacionadas a los principios ético-morales de la sociedad plural (art. 8) y, los fines y funciones del Estado como la garantía de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales (art. 9. 4), permiten observar un compromiso constitucional como una determinada moralidad, diferente a la moralidad católica o cristiana.

Evidentemente, el liberalismo postula la independencia entre el Estado y la religión (católica especialmente), con la pretensión de establecer una esfera de privacidad a favor de las libertades, como la

libertad de pensamiento, culto y creencias, al igual que la libertad de expresión que, a su vez, todas ellas, han sido incorporadas en la Constitución boliviana (art. 21 y ss.). Lo que, sin embargo, parece contradictorio, es garantizar una serie de libertades relacionadas a las creencias y a las religiones y al mismo tiempo establecer constitucionalmente principios ético-morales, como si las libertades constitucionales fuesen necesariamente compatibles con ellos.

La *división de poderes* y los *frenos y contrapesos* son otras de las herencias del liberalismo político, que si bien han sido incluidas en el texto constitucional (Ej. art 12 y veto presidencial art. 163. 10) en la práctica han sido superadas por los sendos poderes del Poder Ejecutivo. Sobre el punto, es pertinente considerar la crítica de Gargarella que, en uno de sus más recientes trabajos, señala:

todos los países de la región saldaron las tensiones entre los dos grupos políticos principales que se disputaban el poder – liberales y conservadores – pactando constituciones capaces de satisfacer las demandas de ambos. Siguiendo los requerimientos del liberalismo, que apuntaban a obtener constituciones como la estadounidense, todos los países se inclinaron por adoptar esquemas de *checks and balances*. A la vez, procurando satisfacer las demandas de los conservadores, aceptaron “desbalancear” el esquema de equilibrios mutuos, permitiendo la consagración de un Poder Ejecutivo ampliamente más poderoso que los demás poderes. Es decir, los latinoamericanos instalaron y al mismo tiempo desafiaron o pusieron en jaque la lógica del esquema de *checks and balances* [...] ya que una de las ramas de gobierno – la rama Ejecutiva – quedaba provista de una enorme capacidad de amenaza sobre las demás [...] (2020, p. 62).

Otras de las instituciones heredadas del liberalismo y que fueron incluidas en la Constitución son: la *democracia representativa* (art. 11), el derecho a la *propiedad privada* y *sucesión hereditaria* (art. 56), la *libertad de empresa* (art. 308. II), entre otras.

4.3 Instituciones heredadas del radicalismo y algunas innovaciones

Una interesante cantidad de instituciones que actualmente alberga la Constitución boliviana son herederas de la tradición radical. No obstante, a partir de algunas herencias se han efectuado innovaciones que se pueden concebir partidarias de esta tradición, por su amplitud social, política y económica. Entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- a) Soberanía popular (art. 7);
- b) Derecho de ciudadanía ampliado a favor de todas las personas mayores de edad (art. 26);
- c) Democracia participativa y comunitaria (art. 11) y sus mecanismos (referendo, iniciativa legislativa ciudadana, revocatoria de mandato, asamblea, cabildo y consulta previa). Algunos de estos mecanismos son innovaciones para la historia constitucional boliviana, particularmente la democracia comunitaria que se ejerce por medio de procedimientos y normas propias de los pueblos indígenas.
- d) Representación política por medio de partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 209). Constituye una innovación respecto a otras constituciones que sólo incluían las mediaciones de los partidos políticos;
- e) Participación y control social, donde la sociedad civil organizada puede participar en el diseño de políticas públicas, así como ejercer control de la

gestión pública en todos los niveles del Estado (art. 241);

f) Sistema de salud y Seguridad Social, donde el Estado debe garantizar un seguro universal de salud (art. 36);

g) Educación como función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado (art. 77. I), la cual es obligatoria hasta el bachillerato y es gratuita en todos sus niveles hasta el superior (art. 81). El Estado se compromete con una educación “descolonizadora” (art. 78);

i) La propiedad del pueblo sobre los recursos naturales (349. I).

Respecto al vivir bien, es posible relacionarlo con las virtudes ciudadanas que el radicalismo o republicanismo alientan, siempre que se dirija a preservar y a fomentar una serie de valores comunitarios (en el sentido occidental) y principalmente cívicos. Entonces, se debe considerar que, además de los valores y principios enunciados en nuestra Constitución (art. 7), se establecen en el artículo 108 una serie de deberes ciudadanos que muy bien pueden asimilarse como virtudes que la ciudadanía deberá cumplir. Asimismo, el artículo 79, señala que la educación deberá fomentar el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético-morales, así como la no violencia, el respeto a la equidad de género, la no diferencia de roles y la vigencia plena de los derechos humanos.

Es evidente que en la concepción occidental de las virtudes no se incluye, de manera clara, uno de los aspectos importantes que el vivir bien incorporado en la Constitución posee: el respeto a la naturaleza (*Pachamama*) y a otros seres vivos. En este punto, el vivir bien es innovador con relación a las virtudes republicanas.

Por último, considero que otras instituciones innovadoras son: a) las autonomías indígenas; b) el pluralismo jurídico y; c) la participación central del Estado en las políticas económicas. Estos tres aspectos, al igual que los anteriormente mencionados, nos acercan al ideal

del *autogobierno colectivo*. El primero, porque permite a las comunidades indígenas autogobernarse, en virtud de sus usos y costumbres (art. 289 y ss). El segundo, porque amplía los mecanismos de justicia y permite a las comunidades indígenas resolver sus conflictos de acuerdo con normas y procedimientos propios (art. 190 y ss). El tercero, porque por medio de él se establece el propósito de mejorar las condiciones de vida y la economía de los sectores históricamente excluidos.

En el marco de esta última cuestión, Gargarella se refiere a la misma indicando que la Constitución boliviana difiere de otras constituciones de la región porque a diferencia de ellas “es creativa e innovadora como pocas, y explora áreas y soluciones de un modo en que no lo hace prácticamente ninguna de las constituciones que le son contemporáneas”, principalmente porque “se hace cargo del problema de las bases materiales del constitucionalismo”. Entre esas innovaciones encontramos las siguientes: 1) el uso de los recursos naturales; 2) el papel del Estado en el terreno económico; 3) dos formas de propiedad: la privada y la colectiva o comunitaria; (esta última en el art. 394); 4) la repartición de tierras fiscales a favor de grupos indígenas, campesinos, comunidades originarias y afrobolivianos que no posean propiedades; 5) la función social de la propiedad, lo que implica el empleo de la misma para un aprovechamiento sustentable de la tierra, y su utilización para garantizar la subsistencia y bienestar de sus titulares. Por último, Gargarella resalta el referendo del año 2009 por el cual se decidió prohibir el latifundio, aprobándose así el artículo 398 de la Constitución (2014, pp. 344-345).

5. El cuerpo viejo que rechaza los injertos: algunas disonancias

Lo que nuestro subtítulo quiere decir Gargarella lo expresa mediante el concepto de *disonancia democrática*. Es decir, todas las oleadas de reformas constitucionales destinadas a paliar problemas y situaciones de uno y otro tipo fueron poco o nada efectivas, o sus beneficios no recayeron en todos los ciudadanos, debido principalmente a que

la organización del poder tendió a mantenerse en línea con el “viejo modelo” (liberal-conservador) del gobierno de minorías (2020, pp. 54-55). Esta situación habría producido constituciones con “dos almas”, “quebradas internamente” puesto que:

[...] la sección correspondiente a los derechos adquirió un carácter social y democrático, en línea con los nuevos tiempos, mientras que la sección dedicada a la organización del poder – lo que denominé “la sala de máquinas” de la Constitución – se mantuvo en línea con el momento originario y tendió a preservar su carácter verticalista y excluyente [...] desde entonces y hasta la actualidad, las constituciones serían sometidas a nuevas y (a veces) reiteradas reformas, pero seguirían ateniéndose a las viejas pautas: nunca traducirían los renovados reclamos sociales (de comunidades indígenas, mujeres o grupos étnicos que irían encontrando lugar, otra vez, en las declaraciones de derechos) en reformas acordes sobre la sección del poder (*Ibíd.*, p. 55).

En tal sentido podríamos convenir que la principal contradicción que se ha ido sosteniendo en el tiempo es la que nos señala Gargarella. En Bolivia, muchas de las incorporaciones en la actual Constitución se han visto impedidas o perjudicadas en gran parte por el accionar del Ejecutivo. Algunas de ellas son: 1) vulneración a la voluntad popular representada en el referéndum sobre la reelección presidencial del 21 de febrero de 2016, mediante (en los hechos) la modificación de la Constitución por la sentencia constitucional 0084/2017; 2) la violación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del TIPNIS; 3) el sumamente lento proceso de instauración de las autonomías indígenas, que como afirman Exeni y Sousa Santos existe una «clara tensión entre un Estado centralista que no termina de irse y un Estado Plurinacional autonómico que tarda en llegar» (2019, p. 27); 4) el nulo impulso

a la implementación de la Ley N° 341 de participación y control social; 5) el accionar extractivista de la economía estatal que vulnera no sólo las normas relativas a los recursos naturales sino también los valores relacionados al vivir bien; entre otros.

6. Algunas conclusiones

En el presente trabajo repasamos las tradiciones filosófico-políticas que influyeron en la historia del constitucionalismo latinoamericano y también boliviano, para luego examinar los aspectos que en cierta forma se muestran relevantes e innovadores en la actual Constitución boliviana, en vigor desde 2009. Todo ello con el propósito de establecer herencias de aquellas tradiciones políticas y distinguirlas de algunas innovaciones que la referida Constitución contiene.

En el camino pudimos dar cuenta que determinadas instituciones de las viejas tradiciones conservadora y liberal se mantienen en el texto constitucional. Lo sorprendente es que la lógica del centralismo político que deriva en el hiperpresidencialismo es la institución que más ha perdurado y que, seguramente, más arraigo tiene en nuestros sistemas de gobierno. Llegando a constituirse en la herencia predominante y que, al mismo tiempo, menos modificaciones y limitaciones ha sufrido. Esto, sin importar, que las declaraciones de derechos constitucionales, desde el propio liberalismo, han pretendido limitar el poder del gobierno.

En el último trayecto histórico de las reformas constitucionales, se pudo observar que las mayores innovaciones se han producido en el marco de la tradición política radical. Incluyendo reformas a los sistemas democráticos, en los que se incorporaron diversos mecanismos de democracia directa, participativa y comunitaria, con la intención de desprenderse del juego representativo liberal. Sin embargo, hoy en Bolivia, así como en todos los países de la región, se observa que la democracia representativa es el mecanismo más recurrido pese a los déficits de representatividad y de confianza social que poseen hoy las autoridades electas. En gran manera, la falta de impulso de los meca-

nismos participativos y comunitarios, así como aquellos referidos al control social, dejan entrever la falta de voluntad política y la dependencia que nuestros sistemas constitucionales han depositado en los presidentes.

Es momento que la academia constitucional y política latinoamericana, como la boliviana, comiencen a producir propuestas serias y viables que permitan una reforma de la sala de máquinas de la Constitución, con miras a la formación de una nueva institucionalidad que permita mediar y hacer posible la implementación de las diversas reformas, en favor de los derechos constitucionales y del bienestar social.

Referencias bibliográficas

Albó, X. (2019), “*Suma Qamaña: vivir bien y más allá. Pistas hacia otro mundo posible/deseable*”, en De Sousa Santos, B y Exeni, J. (Eds.), *Estado Plurinacional y democracias, ALICE en Bolivia*, La Paz, Bolivia, Plural Editores, pp. 147-171.

Arguedas, A. (1922), *Historia general de Bolivia (el proceso de la nacionalidad) 1809-1921*, La Paz, Bolivia, ARNO Hnos. Editores.

De Sousa Santos, B. (2010), *Refundación del Estado en América Latina*, La Paz, Plural Editores y CESU-UMSS.

De Sousa Santos, B. y Exeni, J. (2019), “Introducción: ALICE y la refundación estatal en Bolivia”, en De Sousa Santos, B y Exeni, J. (Eds.), *Estado Plurinacional y democracias, ALICE en Bolivia*, La Paz, Bolivia, Plural Editores, pp. 9-46.

Exeni, J. (2013), “democracia intercultural, ese horizonte”, en *Andamios*, Nums. 7 y 8, Abril, La Paz, PNUD Bolivia y OEP.

Gargarella, R. (2014), *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Argentina, Katz Editores.

Gargarella, R. (2020), *La derrota del derecho En América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno Editores.

Inarra, L. (2018), “El derecho a ser elegido democráticamente y el límite de una reelección: la última palabra”, en Barrientos, J y Vargas, A (Coord.), *40 años de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, pp. 463-477.

Inarra, L. (2020), “Bases para reingeniería el Estado de Derecho para la democracia y los derechos humanos en Bolivia”, en *colecciones investigación socio-humanista del derecho*, Universidad Santo Tomás e Instituto Apex Iuris, Colombia, pp. 197-217.

Iraegui, A. (2012), *La democracia en Bolivia*, La Paz, Bolivia, Plural Editores.

Lazarte, J. (2015), *Reforma del “experimento” constitucional en Bolivia. Claves de un nuevo modelo estatal y societario de derecho (para abrir un debate que nunca hubo)*, La Paz, Bolivia, Plural Editores.

Mayorga, F. (2014), *Incertidumbres tácticas. Ensayos sobre democracia, populismo y ciudadanía*, La Paz, Bolivia, PIEB, Ciudadanía y Plural Editores.

Sandel, M. (2011), *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate.

Zavaleta Mercado, R. (1984), “Consideraciones generales sobre la historia de Bolivia, 1932-1971”, en P. González Casanova (ed.), *América Latina. Historia de medio siglo*, vol. 1, Bogotá, Siglo XXI, pp. 74-178.

Zegada, M. (2019), “La democracia intercultural como síntesis de las diferencias”, en De Sousa Santos, B. y Exeni, J. (Eds.), *Estado Plurinacional y democracias, ALICE en Bolivia*, La Paz, Bolivia, Plural Editores, pp. 173-197.