



I CONGRESO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO

Alicante, 26-28 de mayo de 2016



núm. 0
(2017)

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

URL: <http://www.cervantesvirtual.com/>

DOI: 10.14198/i-Latina.2017



Tabla de contenidos

Presentación

Discurso de inauguración del I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo Latino (Alicante, 26-28 de mayo de 2016)

Manuel Atienza

Relatoría del tema primero, “¿Qué filosofía del Derecho para el Mundo Latino?”

Rodolfo Vázquez

Relatoría del tema segundo, “Los derechos sociales en el Estado constitucional”

Oscar Sarlo

Relatoría del tema tercero, “Pluralismo Jurídico, Multiculturalidad, Derecho Indígena”

Thomas Bustamante

Relatoría del tema cuarto, “Anomia y Estado de Derecho”

Francesca Poggi

Relatoría del tema quinto, “Argumentación, racionalidad y Derecho”

Juan Carlos Bayón

Mesa Redonda: “El futuro de la Filosofía del Derecho en el Mundo Latino”

Juan Ramón Capella

Elías Díaz

Luigi Ferrajoli

Paolo Comanducci (moderador)

Crónica del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, 26-28 de mayo de 2016)

Jesús Vega



Presentación

Este número 0 de la Revista i-Latina recoge los documentos principales del Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo latino, celebrado en Alicante del 26 al 28 de mayo de 2016, cuya información (ponencias, videos, etc.) puede hallarse en <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es>

En dicho Congreso se constituyó la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, i-Latina, cuyo Comité Ejecutivo tiene entre sus responsabilidades estatutarias crear y mantener una revista académica que sirva de instrumento para la consecución de los fines de la Asociación.

La presente Revista es el inicio de la concreción de aquel encargo.

Consejo Editorial

Alí Lozada
Coordinador Científico
Juan Antonio Cruz.
Diego Duquelsky.
Isabel Lifante.
Henrik López.
Eric Millard.
Francesca Poggi.
Claudia Roesler.
Rocío Villanueva.

Comité Asesor

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

Discurso de inauguración del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino

MANUEL ATIENZA
Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

RESUMEN

Manuel Atienza da la bienvenida a los asistentes en nombre del Comité Organizador y expone pautas que orientarán el Congreso.

PALABRAS CLAVE: Alicante, i-Latina, discurso de inauguración.

ABSTRACT

Manuel Atienza welcomes the attendants on behalf of the Organization Committee and introduces the main guidelines for the Congress.

KEYWORDS: Alicante, I-Latina, opening speech.



Copyright© Manuel Atienza

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

Es un gran placer, en nombre del Comité organizador del Congreso, darles a todos ustedes la bienvenida a Alicante, a nuestra Universidad.

Espero que tengan una estancia feliz con nosotros y que podamos todos asistir a, participar en, un Congreso que resulte interesante y fructífero.

Hay muchas personas que han trabajado para que sea posible este Congreso, y muchas que, de una u otra forma, han contribuido a hacerlo posible. Quiero aprovechar este momento para hacer algunos agradecimientos:

-Al rector de la Universidad de Alicante, Manuel Palomar, que acaba de ser reelegido para un nuevo mandato –este es su primer acto como nuevo rector- y que nos ha ayudado desde el primer momento y no sólo con palabras.

-A Luigi Ferrajoli y a Juan-Ramón Capella, como miembros del Comité de Honor. Lamentablemente no han podido venir ni Eugenio Bulygin, ni Boaventura de Sousa Santos ni Ernesto Garzón Valdés. Y a Elías Díaz lo tendremos para la mesa redonda del último día. De ellos hemos recibido apoyo moral y yo que soy un objetivista en materia moral (a diferencia de Juan-Ramón o de Luigi) lo valoro mucho.

-A todos los miembros del Comité Asesor y del Comité Ejecutivo. Y aquí tengo que destacar dos cosas:

-Una es muy triste: la muerte de André-Jean Arnaud el día de navidad del año pasado. Meses antes le habíamos escrito para pedir su apoyo para el Congreso y él contestó inmediatamente poniéndose a nuestra disposición y recordando la visita que había hecho a Alicante, en los años 80, coincidiendo entonces con Renato Treves. Arnaud practicaba un verdadero culto a la amistad: nunca olvidaba a un amigo. Cuando supimos su fallecimiento nos pusimos en contacto con la profesora María José Fariñas, coautora con Arnaud de algunas obras muy conocidas, y ella escribió un texto In Memoriam, al que se hará referencia en la sesión dedicada a Nuestros Clásicos.

-Y la otra cosa que quiero destacar es el trabajo que ha llevado a cabo, para preparar este Congreso, Jesús Vega. Él es el que ha cargado con la mayor parte y la más dura de la organización (imagínense: más de 400 inscritos; de más de 20 países, y 200 ponencias presentadas). Si, como espero encuentran que las cosas marchan bien, que todo está bien planificado, a él es al que fundamentalmente deben agradecerse.

Y ahora quisiera recordar algunas cosas que me parecen son también importantes para que este Congreso –que, como saben, tiene un carácter fundacional- puedan dar los frutos que esperamos.

La convocatoria de este Primer Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino fue precedida de una fase de consulta a diversos iusfilósofos, digamos, representativos del mundo latino y ello nos permitió aclarar algunas cosas.

En primer lugar, su objetivo: Contribuir a estructurar, a vertebrar, algo así como una iusfilosofía regional (sobre eso discutiremos en seguida), pero sin caer en ningún tipo de localismo. Estamos contra el colonialismo cultural, pero el Congreso que hemos organizado no va contra la filosofía del Derecho anglosajona (o alemana); de lo que se trata es de que la iusfilosofía del mundo latino pueda tener un mayor peso en el contexto internacional. Y tampoco hay el menor propósito, claro está de socavar instituciones como la IVR o las Asociaciones Nacionales de filosofía del Derecho. Se trata de construir un espacio intermedio entre esos dos ámbitos y más bien complementario: contamos –como habrán podido ver- con el apoyo de algunas de esas asociaciones nacionales –la argentina, la brasileña y la española- y lo que proyectamos es que los congresos de la I-latina (iusfilosofía del Mundo Latino) tengan lugar en los años pares, para que no coincidan así con los de la IVR, que se celebran también cada dos años: en los años impares.

El cumplimiento de ese objetivo (esta sería la segunda cosa a aclarar) supone fundamentalmente que puedan identificarse ciertos temas iusfilosóficos de interés y para cuya discusión existan buenas razones para creer que el ámbito

latino es el más indicado. Eso es lo que nos llevó a plantear los 6 ámbitos temáticos que todos ustedes conocen.

Y a partir de ahí hemos tratado de encontrar el método que mejor se prestara para llevar a cabo una discusión ordenada. Y nos ha parecido que no era el (más o menos habitual) de distinguir entre ponencias presentadas y discutidas en sesiones plenarias, por un lado, y por otro lado, la organización de grupos de trabajo o discusión que llevaran a cabo sus sesiones en paralelo. Lo que hemos propuesto es un sistema de relatorías, estructurado así. Las (aproximadamente 200) ponencias que nos han llegado las hemos ido adscribiendo a cada uno de los temas del Congreso. Para cada una de esas sesiones se ha nombrado a un relator que ha hecho un trabajo consistente en hacer una presentación sintética del material y en proponer una serie de cuestiones para, como decía, poder tener, a partir de ahí, una discusión ordenada sobre el tema.

De manera que en cada sesión habrá –como han visto en el programa- un moderador que organizará los turnos de palabra. Se la dará en primer lugar al relator que durante unos 45 a 60 minutos hará el tipo de exposición que se acaba de indicar; en muchos casos se va a poder disponer de un texto escrito. Luego habrá un breve turno de palabra para que los autores de las ponencias puedan efectuar alguna aclaración. Pero no se trata de exponer su ponencia. Los textos están escritos, están a su disposición y guardados en el Pen que pueden encontrar en el bolígrafo que está en el interior de una caja blanca. Luego habrá una pausa para el café y que podrá aprovecharse para intercambiar opiniones y, quizás, para pensar en la posterior intervención. Y en la fase de discusión esperamos que las intervenciones sean todo lo breves que puedan ser: porque somos muchos y seguramente habrá muchos que quieran intervenir: Y porque en un Congreso, en una discusión como las que tratamos de organizar, a lo que uno puede aspirar, lógicamente, no es a formular una teoría completa sobre nada, sino a sugerir ideas, puntos de vista, etc. que puedan resultar de interés para los otros (y para uno mismo).

El último día, el sábado, por la tarde, después de finalizado el Congreso tendremos una Asamblea Constituyente de la Asociación Iusfilosofía del Mundo Latino (I-Latina) y hemos elaborado una propuesta de Estatutos (muy breve: tan sólo 8 artículos) que esperamos tengan tiempo de leer. Uno de sus puntos es que todos los inscritos en este Congreso, y que no muestren su deseo en contra pasarían a formar parte de esa Asociación. Les invitamos, en consecuencia, a que asista a la misma. Y les aseguramos que haremos (ya hemos hecho) todo lo posible para que resulte breve y eficaz.

Y ahora quiero terminar mi intervención con un poco de poesía: de poesía nahuatl. La primera vez que lo leí me impresionó mucho, y ha quedado indeleblemente grabado en mi memoria, un verso (creo que de mitad del siglo XV) que dice:

“Aquí [a la tierra] solamente hemos venido a conocernos.”

En la concepción nahuatl de la vida, el hombre está sobre la tierra para tener amigos. El imperativo práctico fundamental es: “Haya amistad! ¡Conozcámonos unos a otros! Y uno de los mayores motivos de amargura para el hombre es que después de la muerte ya no haya amistad.

El poeta Ayocuan (Rey de Tezcoco a mediados del XV) escribió estos versos:

“Aquí en la tierra es la región

Del momento fugaz.

¿También es así en el lugar

Donde de algún modo se vive?

¿Allá se alegra uno?

¿Hay allá amistad?

¿O sólo aquí en la tierra

Hemos venido a conocer nuestros rostros?”

Si el poeta nahuatl tiene razón, quizás este Congreso sea un buen lugar para realizar ese ideal: ¡conocernos!

Relatoría del tema uno, "¿Qué filosofía del Derecho para el Mundo Latino?"

RODOLFO VÁZQUEZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México
rvazquez@itam.mx

RESUMEN

El Relator elabora una sistematización de las treinta y dos ponencias presentadas, agrupándolas cuidadosamente en seis bloques temáticos de discusión.

PALABRAS CLAVE: concepción analítica, concepción crítica, constitucionalismo, filosofía del Derecho, filosofía regional, Mundo Latino, positivismo, postpositivismo.

ABSTRACT

The rapporteur develops a systematization of the thirty-two presentations, carefully grouping them in six thematic blocks of discussion.

KEYWORDS: analytical conception, critical conception, constitutionalism, Legal Philosophy, regional philosophy, Latin World, positivism, post-positivism



Copyright© Rodolfo Vázquez

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

1. Inicio esta primera relatoría en torno a la noción de lo “regional” y el debate sobre el carácter práctico de la filosofía del derecho. Se reúnen los trabajos de Manuel Atienza, Jesús Vega, Francesco Viola, Rodolfo Vigo, Daniel González Lagier, Fabián Andrade Narváez y Alexander Víctor Rivera.

“Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar, decía Manuel Atienza en 2007, una útil mediación entre lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del derecho”. Y agrega: “Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho”. Del primero habría que considerar sus grandes aportaciones con el uso del método analítico; del segundo la idea de la unidad de la razón práctica y de una vocación valorativa que ya no debería descansar en un derecho natural sino en un objetivismo mínimo de tipo constructivista; y del tercero la necesidad de insertar el Derecho en el medio social, político y cultural, y atento a los elementos desigualitarios e ideológicos del mismo. El Estado constitucional y democrático de Derecho operaría como un ideal regulativo. Este es el modelo propio de constitucionalismo que toma distancia tanto del formalismo como del neoconstitucionalismo, ambos reduccionistas, bien sea a un mundo de reglas, en el primero, o a un mundo de principios, en el segundo. En 2014 Atienza le daría una vuelta de tuerca al Manifiesto del 2007, y ahora entre otras precisiones, hace más visible sus deudas con el marxismo y con el pragmatismo: se trataría de una filosofía del derecho cuyo función principal sería la de guiar las prácticas jurídicas y contribuir a la transformación social. El ensayo de Atienza para este Coloquio sería como una segunda vuelta de tuerca. El acento ahora está puesto precisamente en lo “regional” de la filosofía del derecho: por una parte, diferenciada de la filosofía “general” y, por otra, vinculada al discurso jurídico que es, por definición, “particular”. De la mano de Gustavo Bueno, y ya desde los ochenta, Atienza defendía una concepción de la Filosofía del derecho

como un saber totalizador, racional, crítico y práctico. Su carácter totalizador le viene dado por ocuparse de ideas y no de categorías, estas últimas propias de una única ciencia, técnica o práctica. Las ideas, a su vez, atraviesan, las diversas categorías, pero no tienen un sentido metafísicamente trascendente. Entre estas ideas hay que destacar las de verdad y realidad que permiten dividir la filosofía en dos partes sistemáticas: la gnoseología y la ontología. De esta forma, la Filosofía del derecho circunscrita al dominio categorial del Derecho transitará por la ontología y la gnoseología con un sentido totalizador intercategorial. A partir de esta división, Atienza comparte con Jesús Vega su crítica al positivismo jurídico porque, finalmente, éste renuncia a construir una verdadera filosofía del derecho porque su pretendida totalización o universalización no pasa de ser meramente categorial. La "Teoría del derecho" –denominación que los positivistas prefieren a la de "Filosofía del derecho"– es una ciencia o una técnica del derecho (no una filosofía) dirigida a construir una universalidad intrasistemática. Hasta aquí Atienza acompaña a Vega, pero se aparta de él porque pensar la filosofía del derecho exclusivamente desde la ontología o la gnoseología es no comprender que el Derecho pertenece a un mundo distinto al de las ciencias naturales: al mundo de la cultura, del deber ser. A las dimensiones ontológica y gnoseológica hay que agregar la valorativa o de teoría de la justicia, ausente en los análisis de Vega. Concluye preguntándose ¿si es realmente posible construir una filosofía del derecho del mundo latino? Sí, bajo ciertas condiciones: una cultura jurídica más o menos homogénea que ofrezca oportunidades para un trabajo iusfilosófico cooperativo y productivo; que no se pierda de vista que el punto de partida y de llegada tiene que ver con problemas y necesidades de una determinada cultura; y un mayor grado de institucionalidad que integre y asegure una pervivencia en el tiempo.

Jesús Vega comenta el texto de Atienza y sobre todo aclara un malentendido: acepta y nunca negó que el rasgo esencial de la filosofía del derecho es precisamente su dimensión práctica o valorativa. Esta es la dimensión que queda entendida con la expresión "filosofía crítica". Por lo pronto, hay que cuestionar la distinción bobbianiana entre "filosofía del derecho hecha por filósofos" y "filosofía del derecho hecha por juristas". La primera sería propia de los discursos morales y

metafísicos; la segunda propia “de y para los juristas”. Esta se constituye entonces como un discurso técnico-práctico propio de la categoría jurídica: la “pureza” de la teoría como estudio descriptivo o evaluativamente neutro del Derecho que es. Sería un caso más de los que Bueno llama “muerte positivista” de la filosofía: se ha perdido la dimensión totalizadora e intercategorial. Más aún, no se trata sólo de reivindicar el papel de la filosofía del derecho desde la ontología y la gnoseología, sino de un saber totalizador crítico o práctico en cuyo centro se sitúan precisamente los valores. Todavía más, la filosofía del derecho tiene un carácter constitutivamente dialéctico: es decir, está vinculada de manera estructural al conflicto, a la desviación, a la incompatibilidad, a la contradicción, a la inconmesurabilidad, a la controversia. Y esto es así porque el Derecho es la institución social centralmente encargada en términos de ultima ratio y monopolio coactivo de resolver los conflictos y lograr la cooperación y coordinación a escala colectiva. Las totalizaciones propias de la filosofía jurídica son de carácter justificatorio. Su función principal como conceptos prácticos es no sólo guiar la acción (aspecto “técnico”) sino hacerlo justificadamente a partir de ideas regulativas, es decir, principios, que no son sino la expresión normativa de valores: libertad, dignidad e igualdad englobados bajo la idea de justicia, en un sentido aristotélico, como “esquema articulador de ideas acerca de lo bueno y lo correcto en la distribución y la reparación tanto en los asuntos públicos como privados”. Se trata de la prevalencia de la dimensión justificativa del Derecho sobre su dimensión técnica o directiva. Esta tesis confronta radicalmente al positivismo de Kelsen que al pretender hacer de la justicia un postulado de la moral, constituye a la filosofía del derecho en una rama de la ética correspondiendo a la teoría del derecho ocuparse de la función descriptiva de las normas con su carácter científico o técnico; pero también al positivismo de Ferrajoli, para quien referirse a los valores de justicia implicaría adoptar un punto de vista externo, es decir, político. De aquí que, para Vega, y quizás corrigiendo a Atienza, no debe entenderse el discurso de los valores jurídicos como un tercer discurso independiente al ontológico y al gnoseológico. Entenderlo así sería un resabio y una rémora de la visión positivista del Derecho. La posición más coherente de acuerdo con la centralidad que ocupan

los valores es la de una concepción postpositivista que llamamos constitucionalismo o visión argumentativa del Derecho.

Para Francesco Viola la filosofía del derecho debe entenderse como una práctica social tanto en el sentido de que el derecho es en sí mismo una práctica social, como lo es también la propia filosofía del derecho. Una implica a la otra. Que el derecho sea una práctica social tiene la ventaja de sugerir una visión dinámica del derecho, de un proceso que requiere superar la rigidez de la dicotomía entre análisis y síntesis, descriptivismo y normativismo, hechos y valores. Se trata de una empresa cooperativa intersubjetiva (Rawls) que consiste en deliberar y decidir, interpretar y argumentar (Atienza), por lo que, la pretensión iuspositivista de una teoría del derecho que sea o deba ser puramente descriptiva de las normas y no cognoscitivista con respecto a los valores es, a todos los efectos, un pensamiento ilusorio. La relación entre ciencia jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho supone, más bien, que cada nivel implica un aumento de comprensión del derecho, una ampliación de sus horizontes de comprensión y una profundización de la justificación. Si el derecho es del todo una producción humana, la filosofía del derecho debería ser más vecina a la filosofía del arte que a la de la ciencia: un artefacto jurídico ordenado a la realización de un bien humano, que por su misma naturaleza es moralmente valioso. No se trata de reivindicar al filósofo del derecho como una suerte de “supervisor” de la práctica jurídica, más bien como afirmaban Letizia Gianformaggio y Carlos Nino, se trataría de entender a la metodología jurídica como una actividad, un compromiso, una militancia, en suma como una “función civil” [o civilizadora] con su correlativa responsabilidad moral.

A la pregunta ¿qué filosofía del derecho? Rodolfo Vigo responde señalando, por una parte, los presupuestos formales o estructurales a los que no debe renunciar la filosofía del derecho independientemente de alguna escuela iusfilosófica en particular, y por otra, a partir de una concepción filosófica inspirada centralmente en Aristóteles, analizando los temas o problemas más exigentes o insoslayables que debe procurar resolver. Con respecto a los presupuestos Vigo propone: una reivindicación de la filosofía del derecho de cara a

la teoría del derecho; el indispensable apoyo a la filosofía jurídica de alguna filosofía; un no al filosofismo; una filosofía jurídica como filosofía práctica; la pluralidad y unidad de los saberes jurídicos; una iusfilosofía no “insular”; interesada y preocupada por los “casos”; en sintonía con “su” tiempo; que asuma una cierta “tradición”; orientada al logro del mejor derecho que incluye valoraciones; una iusfilosofía que avale los derechos humanos; transversal y crítica de las diversas ramas del derecho; que dé cuenta de la mejor democracia; dialógica y no sectaria; que rechace un tipo de filosofía autista o chauvinista; interesada por ser comprensiva; que ponga en interrogantes las irrealidades; y atenta a la ética del operador jurídico. Con respecto a los problemas, debe abordar lo correspondiente a su concepto o definición (ontológico); al saber jurídico y sus especies (gnoseológico); a su estructura lógica y semiótica; y afrontar las preguntas en relación al valor del derecho (axiológico). El mundo latino, dice Vigo, puede y necesita de una modalizada filosofía jurídica, no para aislarse sino para asumir problemas ínsitos a su realidad y cultura general, y con esa riqueza y aval procurar y entablar todos los diálogos que resulten necesarios con las otras iusfilosofías.

“Hay cuestiones filosóficas, afirma Daniel González Lagier, susceptibles de un enfoque ‘regional’, y hay también cuestiones filosóficas que son todo lo contrario. [...] Uno de estos problemas filosóficos universales que, sin embargo, es necesario plantearse como presupuesto para el desarrollo de una filosofía del derecho “regional” es el de la relación entre la filosofía (en especial la filosofía práctica) y la ciencia”, vieja relación que hoy día se reactualiza a partir de los desarrollos de la neurociencia. El propósito de González Lagier es dar cuenta de algunos intentos y algunos problemas de “naturalizar” la filosofía práctica y la noción de responsabilidad. Después de analizar algunas cuestiones que se siguen de la naturalización de las normas y la naturalización de la mente, se presenta un mapa de las diversas teorías de la mente desde la dualista hasta la materialista, y dentro de ésta, la eliminacionista, la reductivista y la no reductivista decantándose por esta última en su versión emergentista. Al final del recorrido se repara en la necesidad de no asumir un proceso de naturalización de la filosofía práctica de manera “radical”, que disuelva la filosofía en la ciencia empírica incurriendo en la

falacia naturalista, sino “moderada” que recuerda la necesidad de que la filosofía no contradiga la visión del mundo (y de la naturaleza del hombre) que está surgiendo de las ciencias, pero que al mismo tiempo no niegue que la filosofía tiene un espacio donde la ciencia no puede llegar: las aportaciones de la ciencia tienen que ser interpretadas, y en esa interpretación la filosofía ejerce una labor de control. Así, por ejemplo: “La discusión de temas como el del peso de las emociones en los procesos de justicia transicional, el de las causa de la anomia, la función de las intuiciones en el razonamiento moral, los medios de reducción de la violencia, el papel de las imágenes sobre el mundo en la argumentación en contextos multiculturales [...], la posibilidad de un objetivismo ético, la posibilidad del control de las emociones [...] pueden verse beneficiados por un mejor conocimiento del funcionamiento del cerebro y las aportaciones de la neuroética y la neurociencia cognitiva”.

Para Fabián Andrade Narvárez el propósito fundamental del filósofo del derecho es alcanzar certeza en los criterios que iluminan la actividad de los operadores jurídicos, y esto es posible asumiendo una perspectiva pragmática que priorice los problemas regionales (y locales) sin perder de vista el enfoque más general, propio de la filosofía. La certeza que se postula no se funda en ninguna relación entre el “conocimiento” y la “verdad”. El problema del contenido normativo y el límite material y control de validez de las disposiciones jurídicas dentro de un sistema dado, resulta de la convergencia de creencias colectivas sobre lo justo que se insertan en el sistema jurídico a través de sus propias reglas.

Alexander Víctor Rivera se propone fundamentar filosóficamente la regionalización de la teoría del derecho, sin precisar escala alguna, es decir, no busca determinar la posibilidad de una filosofía del derecho para el mundo latino – americano y europeo- o solo para el mundo latinoamericano. Lo que se busca es justificar la posibilidad de una teoría del derecho relativa a una cultura a partir de un análisis semántico y metodológico, y por tanto, general, y no una teoría del derecho a una escala definida o particular, que sería más propia de una filosofía política normativa. La semántica argumentativa en la línea de Atienza, Nino, Alexy o

Dworkin, es insuficiente para fundamentar la regionalización completa de la teoría del derecho, habría que echar mano de semánticas más cercanas al II Wittgenstein, Habermas y, especialmente, Frederick Shauer.

Preguntas: Si lo “regional” de la Filosofía del Derecho tiene que ver con la determinación de su finalidad práctica frente al neutralismo axiológico y el cientismo del positivismo, no parece ser éste un problema privativo del mundo latino: el postpositivismo vendría a ser otra concepción filosófica con vocación de universalidad. En este sentido, si lo regional alude al carácter particular por lo que hace a una agencia temática característica del mundo latino en términos sociológicos o culturales, la problemática es relevante, pero ¿lo es igualmente desde el punto de vista filosófico?

El postpositivismo, en tanto se presenta como una concepción robusta de la razón práctica bajo un enfoque pragmatista y emancipador, ¿podría concebirse como una teoría conciliadora entre las grandes tendencias del pensamiento iusfilosófico? ¿Algo parecido a lo que Bobbio decía sobre la laicidad: “El espíritu laico, decía Bobbio, no es en sí mismo una nueva cultura, sino la condición de convivencia de todas las posibles culturas”?

2. En la misma dirección de la racionalidad práctica (y de la filosofía práctica en general) y su vinculación con un constitucionalismo democrático se agrupan varias presentaciones que profundizan en esta temática o presentan algunas críticas pertinentes. Se reúnen los trabajos de Eduardo Ribeiro Moreira, Julián Gaviria, Pedro da Silva Moreira, Ramón Ortega y Jérémy Mercier.

Para Eduardo Ribeiro Moreira, en línea con el pensamiento de Habermas, Dworkin, Alexy y Atienza, la filosofía contemporánea se caracteriza por la relación entre ética y racionalidad práctica. Este giro ha significado para la filosofía del derecho un “dislocamiento de su agenda” que puede sintetizarse en las siguientes premisas: se asume una ética intersubjetiva, procedimentalista, con base en los intereses de la comunidad; los valores han sido integrados por el discurso práctico a los elementos jurídicos y son admitidos en tanto principios en términos de

equidad, justicia y pretensión de corrección del sistema; se incorpora el ejercicio de ponderación, si bien Ribeiro no deja de advertir el peligro autoritario en el que podrían incurrir los tribunales; el sentido controversial que se presenta en los casos difíciles y “trágicos”; el papel que juega la ciencia del derecho entendida ahora no en clave de neutralidad sino de imparcialidad; la superación de la dicotomía entre prescripción y descripción; la diferencia entre delimitación interna y externa; finalmente, el fracaso del positivismo, y el marco de un Estado democrático y constitucional de derecho acorde con los postulados de una razón práctica.

Julián Gaviria centra su atención en cuatro problemas que afectan la defensa que hace Luigi Ferrajoli del control de constitucionalidad como elemento necesario de una democracia sustantiva. El primer aspecto es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia (entre el cómo y el quién por un lado, y el qué por el otro); el segundo es la negación de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales y la afirmación del carácter cognoscitivo de la labor del juez en contraposición con la labor discrecional del legislador; el tercero es la visión pesimista de la política defendida por Ferrajoli que contrasta con su optimismo frente a la labor desempeñada por los jueces; por último, el carácter fuertemente paternalista de su concepción sustantiva de la democracia que toma forma en la justificación de la constitucionalización de los derechos fundamentales, amparada en las ideas de derechos vitales, paz social, soberanía popular y aplicación de la ley del más débil. Dentro del constitucionalismo garantista de Ferrajoli, las asambleas representativas no son el epicentro del ejercicio de la soberanía popular sino que, al contrario, se constituyen en un riesgo y amenaza para la misma, pues las mayorías que allí se conforman pueden atentar contra los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales.

Partiendo de la aceptación del derecho como práctica social Pedro da Silva Moreira entiende la propuesta de Atienza como una filosofía de inspiración constitucionalista, es decir, un modo de comprender el Derecho que supone la objetividad moral de los derechos fundamentales y que, por consiguiente, demanda

del jurista un compromiso con la realización, con la maximización de esos derechos en la realidad. Se trata de un proyecto político-ético de emancipación humana, no en términos de una teoría de la democracia deliberativa, sino de una teoría de la argumentación jurídica. Esto supone un desplazamiento del poder hacia la jurisdicción que asume, por tanto, una función civilizatoria. Lo cierto es que desde Jeremy Waldron hay que hacerse cargo del hecho del desacuerdo con respecto a los derechos y no parece tan sencillo admitir la relevancia de la objetividad moral. En este sentido, ¿aún se podría hablar de jerarquía, como si la legislación verdaderamente limitara la actividad del juez? La propuesta de Atienza quizás no implique sólo otorgar alguna prevalencia a la dimensión valorativa del Derecho, sino una prevalencia excesiva. ¿Qué tan excesiva? Dependerá de la cultura jurídico-política que acoja la propuesta. En la segunda parte de su ensayo, Pedro da Silva Moreira hace una fenomenología de su mundo latino, que es Brasil, inspirada en las obras clásicas de Sergio Buarque de Holanda y Roberto DaMatta. La pregunta que surge al final es si en verdad lo que falta al mundo latino (al menos para Brasil) son juristas más comprometidos con el valor y menos con la forma. Si debe ponerse el acento en la dimensión argumentativa y no tanto en la dimensión autoritativa, es decir, la dimensión de las reglas y de los procedimientos. En el mundo latino de la "cordialidad" si bien es esencial la práctica argumentativa, no lo es una concepción argumentativa del Derecho, tal y como la entiende Atienza. Y ello porque esa filosofía implica, al parecer de modo necesario, cierta prevalencia de la dimensión valorativa del Derecho frente a la dimensión autoritativa del Derecho.

Para Ramón Ortega el modelo normativo que domina actualmente en el derecho mexicano es el constitucionalismo, como puede apreciarse a partir de las reformas de 1994 y la más reciente de 2011. Después de pasar revista a las principales características del modelo constitucional emergente en México - supremacía de la Constitución y principio de constitucionalidad; la Constitución como norma obligatoria, rematerializada, directamente aplicable y garantizada mediante diversos controles judiciales; incorporación de otras formas de juricidad como fuentes de derecho lo que ha hecho pensar en la posibilidad de un *ius*

commune latinoamericano de origen jurisprudencial- Ortega analiza los elementos que conforman la filosofía del derecho que ha servido para justificar las reformas citadas: los derechos humanos como principal elemento de su discurso; la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral; un concepto de validez robusto; el pluralismo axiológico y el objetivismo ético; el abandono de los dogmas del legalismo tradicional; el reconocimiento de la pluralidad de órdenes normativos; y el enfoque del derecho como argumentación. El nuevo constitucionalismo mexicano tiene una marcada inspiración pospositivista en la medida en que es notorio el trato reiterado a nivel jurisdiccional que reconoce los derechos humanos más como principios que como reglas; el incremento exponencial del uso de la ponderación como razonamiento orientado a la solución de conflictos entre principios; y el reconocimiento explícito del Constituyente permanente y de la Suprema Corte de Justicia de una filosofía moral subyacente de corte liberal que propugna como valores superiores y objetivos la autonomía, dignidad e inviolabilidad del ser humano.

A partir de la distinción entre reglas y principios, los conflictos entre estos últimos y la posibilidad para los jueces de buscar un “equilibrio entre fuerzas contrarias” con un sentido de moderación y medida en aras de ofrecer una respuesta justa y correcta conforma a Derecho, Jérémy Mercier se propone mostrar cómo el ejercicio de ponderación permite consolidar la práctica de la democracia. Después de pasar revista a varias de las críticas realizadas al ejercicio de ponderación, en especial, aquella que tiene que ver con la “fórmula de los pesos” de Alexy, y de constatar que ha llegado a ser un elemento clave en las diversas jurisdicciones constitucionales -sean alemanas, canadienses, colombianas, europeas, interamericanas o sudafricana- para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, Mercier se detiene en el análisis de varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Ricardo Canese vs Paraguay, Fontevecchia y D’amico vs Argentina, Castillo Páez vs Perú, Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, entre otros- para mostrar como éstos, a través de la ponderación, han garantizado el pluralismo de valores y las condiciones mismas que hacen posible el ejercicio democrático. Una filosofía del derecho construida

sobre tales premisas se constituiría en el mejor medio para hacer frente al autoritarismo o a sus derivados populistas.

Preguntas: ¿Puede entenderse el constitucionalismo democrático en tanto ideal regulativo como una teoría homogénea o requiere de una mayor explicitación en sus alcances? En la propia familia constitucionalista para el mundo latino encontramos al menos tres versiones distintas: neoconstitucionalismo, constitucionalismo garantista y constitucionalismo popular (o nuevos constitucionalismo latinoamericano). Vale lo mismo por lo que hace al carácter democrático: democracia judicializada, participativa, deliberativa o representativa. Al parecer, sigue abierto el debate en torno al argumento contramayoritario y la pregunta sobre la menor o mayor deferencia del poder judicial al órgano legislativo y a la participación popular.

3. Los trabajos de Cláudia Albagli Nogueira, José Antonio Santos, Sebastián Figueroa y María Claudia Cachapuz abordan problemas para los cuales el ejercicio de la racionalidad práctica, ahora en aspectos muy puntuales, contribuyen al proceso de democratización y a la misma comprensión de conceptos jurídicos básicos.

Claudia Albagli argumenta en favor de institucionalizar la ética –es decir, la posibilidad de que exista una moral reflejada en el derecho de manera permanente– con el fin de convertir los argumentos morales en orientaciones normativas para los sujetos sometidos a la actividad judicial. Tal proceso de institucionalización pasa por procedimientos democráticos como los *amicus curiae* y, de manera relevante, por las audiencias públicas como ampliación del espacio de participación social.

José Antonio Santos realiza una aproximación conceptual al derecho y al deber de resistencia con el fin de discutir algunos aspectos acerca de su sentido en diversas constituciones contemporáneas de América latina, y mostrar el interés que suscita este debate en relación a la participación activa de la ciudadana. Sin dejar de reconocer las ventajas de una democracia representativa y con la mirada

puesta en suavizar la relación de verticalidad entre gobernantes y gobernados, el reconocimiento del derecho y deber de resistir otorga una mayor voz a los discrepantes y contribuye a fortalecer un Estado democrático de Derecho.

Sebastián Figueroa propone un programa de investigación que tiene como fin una crítica profunda de algunas formas en que se piensan algunos conceptos jurídicos de gran relevancia (autoridad, norma y responsabilidad entre ellos) heredadas de los discursos dominantes en la filosofía jurídica anglosajona de las últimas décadas, ofreciendo una alternativa diversa. Se asume una concepción interpersonal que permite asumir ciertas complejidades de los conceptos, sin negar el rol de la razón en el ámbito práctico, pero no reduciendo lo práctico a un individualismo metodológico y solipsista. El concepto de autoridad, por ejemplo, se entiende como una determinada forma de interactuar entre personas en la cual quien detenta la autoridad puede (en términos normativos) actuar sobre otro u otra, afectando su campo organizacional.

A partir del análisis de distintas corrientes filosóficas, María Claudia Cachapuz discute el concepto de autonomía en el caso de conflictos jurídicos complejos como en la definición de la capacidad civil. Se debate sobre la medida del establecimiento de límites apriorísticos a un ejercicio de libertad intersubjetiva y sobre cómo deben ofrecerse razones suficientes a la restricción de toda y cualquier libertad, al mismo tiempo en el que se potencia la autonomía como un principio relevante para la construcción de la moral en la sociedad contemporánea. Teniendo por base el discurso jurídico (Código Civil brasileño), se apunta como fundamental, para fines de interpretación, el rescate del concepto de discernimiento para la promoción del libre desarrollo de la personalidad humana.

Preguntas: El constitucionalismo democrático en sus diversos enfoques ha estado más preocupado por el robustecimiento de los derechos humanos y el problema de la legitimidad democrática, y ha descuidado su aterrizaje institucional. ¿Debe la filosofía del derecho en tanto filosofía práctica ocuparse también de la gobernabilidad y estabilidad del Estado, o deben reservarse estos problemas a los politólogos y economistas? El reclamo en los países de América Latina no parece

ser el de “más constitución” o “más argumentación” sino “más Estado”, “más efectividad de las reglas secundarias”, “más procedimientos” y “más mecanismos de acceso directo a la justicia”, por ejemplo, control difuso, acciones colectivas, tutela judicial, audiencias públicas, sistema penal acusatorio.

4. Desde un enfoque positivista se agrupan los trabajos de Riccardo Guastini, Juan Pablo Alonso, René Chiquetti Rodrigues, Mario Jori e Ilario Belloni.

“Hoy en día, dice Riccardo Guastini, los filósofos del derecho de orientación analítica a menudo discuten sobre temas como: el concepto de derecho, la relación entre el derecho y la moral, la normatividad del derecho, las razones para la acción, y otros más. Yo tengo ideas bastante distintas sobre la tarea de la filosofía del derecho”. Y para que no quede duda, en una nota al pie de página, agrega: “Y dichos temas no me parecen nada interesantes”. La filosofía del derecho positivo descansa sobre dos presupuestos: se trata de un análisis lógico del lenguaje (un método); y por otro, se refiere al derecho o a las normas jurídicas como entidades de lenguaje. La filosofía analítica del derecho, citando a Tarello, es un trabajo –no para filósofos-, sino para juristas expertos, y sólo para ellos. Con respecto a la distinción de Bobbio, la filosofía del derecho hecha por juristas es la teoría del derecho sin más: “No está interesada, dice Guastini, en determinar el concepto de derecho ni tampoco en establecer ningún concepto de justicia [...] los juristas no sienten la necesidad de interrogarse acerca del concepto de justicia porque piensan que la justicia pertenece al dominio de la moral y no al de la ciencia jurídica” (Distinguiendo, pp. 18-19). Derecho, jurisprudencia y filosofía del derecho se sitúan en tres niveles de lenguaje: si la jurisprudencia consiste en el análisis del discurso del legislador, la filosofía del derecho consiste a su vez en el análisis del discurso de la propia jurisprudencia, es decir, “descripción y análisis lógico y pragmático de los discursos y de las operaciones prácticas de los juristas y de los jueces”. Concluye ejemplificando con el análisis del término “interpretación” en posibles enunciados de un jurista o de un juez.

En la misma línea positivista, de corte analítico, Juan Pablo Alonso intenta demostrar que las críticas de Ronald Dworkin contra el positivismo en general no son concluyentes puesto que es posible justificar la existencia de principios implícitos de acuerdo con la tesis iuspositivista de las fuentes sociales del derecho sin necesidad de echar mano de las fuentes morales. Las preguntas que se plantea son del tipo: ¿cuál es la explicación lógica o teórica respecto del modo en que los juristas obtienen principios implícitos? o ¿cuándo un enunciado normativo es (o vale como) un principio implícito de un sistema jurídico determinado? Por supuesto Alonso acepta que hay principios autónomos sin justificación positiva –ley posterior prevalece sobre ley anterior, ley especial sobre ley general y ley superior sobre ley inferior- que derivan de nuestra concepción de los sistemas jurídicos positivos; pero no se incluyen en esa lista los principios autónomos como principios morales y cita a Bulygin: “creo que el sistema jurídico sudafricano del apartheid era un sistema jurídico inmoral, por lo que la moralidad no forma parte integrante de una caracterización aceptable de los sistemas jurídicos”.

En esta misma dirección, René Chiquetti Rodríguez desarrolla la propuesta de Juliano Maranhão de un iuspositivismo lógico-inclusivo. Hay que reconsiderar el papel de los principios como justificaciones de normas y señalar que esa relación no conduce necesariamente a un moralismo. El iuspositivismo lógico-inclusivo se concibe como una respuesta a la tesis de Dworkin sobre la imposibilidad de un conocimiento moralmente neutro del derecho: hay razones derivadas de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico que son razones jurídicamente vinculantes.

En otra vertiente del iuspositivismo, de inspiración scarpelliana, Mario Jori propone un positivismo revisitado en donde la teoría del derecho y la concepción del derecho sean una parte de la práctica jurídica y no de una ciencia neutral y bastante difusa hoy en día. Se trata de un positivismo crítico que toma distancia del positivismo neutralista y, al mismo, tiempo del neoconstitucionalismo, que bien vista las cosas, desde el punto de vista teórico sería un retorno al pasado, a una suerte de iuspositivismo heroico o ideológico. El positivismo crítico se distancia de la tesis de la efectividad para individualizar el derecho en vigor. Se trata más bien

de concebir el derecho como una práctica social entre los participantes, que tiene un sentido en tanto guía del comportamiento, similar a la interpretación de las partituras musicales y su ejecución. Esta idea es cercana a la de Dworkin y su concepción del discurso jurídico como interpretación artística o literaria. Se distancia de ella porque de acuerdo con Jori, Dworkin incurre en el mismo error de Kelsen y Hart: apelar finalmente a la decisión de un juez hercúleo. En tanto práctica colectiva, al igual que un coro, confluyen diferentes voces que van conformando un “senso comune” que no debe entenderse como una suerte de misteriosa sabiduría inefable, ni como efectividad empírica, sino como aquello que todos los participantes consideran que es el derecho vigente. A diferencia de Hart, la aceptación del derecho no se relaciona solo con la minoría de “oficiales” (funcionarios o jueces) que administran el derecho, se trata de una suerte de actividad colectiva en términos de un “constructivismo moderado”. Esto supone, naturalmente, reconsiderar o completar la teoría iuspositivista de la regla de reconocimiento.

Ilario Belloni analiza el caso italiano como paradigmático de una filosofía del derecho “latina”, a partir del “giro lingüístico” operado de Bobbio a Scarpelli, a través de la mediación de Guido Fassó. Es con este último que se introduce una dirección histórica a los estudios de filosofía del derecho, es decir, la preocupación, ya anunciada por Bobbio, de que “Sólo una historia de la filosofía del derecho que esté íntimamente compenetrada con la historia social y política, y con la historia del derecho [...] es capaz de transformar el árido catálogo de ideas en una verdadera y propia historia, es decir en una reflexión del hombre sobre su propia función y su propio destino como ser social”. Una Filosofía del derecho entendida bajo una dimensión histórica, cultural, como una empresa continua y colectiva se constituye en un programa auténticamente humanístico.

Preguntas: ¿Es posible concebir un positivismo desde el “senso comune” y sostener al mismo tiempo una pretensión de neutralidad valorativa? ¿Cómo discriminar con respecto a los diversos enunciados producto del “senso comune” si no es desde una racionalidad crítica o práctica? Si algún sentido humanista debe

atribuirse al positivismo es el de haber secularizado el conocimiento jurídico de cara al jusnaturalismo teológico o metafísico, o evitar su disolución en un sociologismo exagerado, además de haber contribuido a “normalizar” la ciencia jurídica en el sentido de Kuhn. ¿No supone todo ello asumir de nueva cuenta una racionalidad crítica?

5. Desde la vertiente crítica del derecho se reúnen los trabajos de Diego Duquelsky, Sergio Tapia, María Rosa Ávila, María Luisa de Paula Oliveira, Paulo Weyl y Livia Moura, Daniel Muñoz y Jorge Ulloa.

En diálogo con Manuel Atienza, y desde una visión crítica y emancipatoria, Diego Duquelsky propone algunos señalamientos “sobre el lugar de iberoamérica en la constitución de una Filosofía del Derecho para el mundo latino, con el fin de evitar reproducir –en el marco de la lucha contra el colonialismo cultural anglosajón- nuevas formas de colonialismo interno. Y de este modo asegurarnos que el camino compartido que empezamos a transitar, desemboque en un proyecto emancipatorio”. Hay que comenzar por problematizar el propio concepto de “mundo latino”. Más que un “globalismo localizado” se trata de un “localismo globalizado relocalizado”: la expansión del latín, como lengua franca, fue producto de largos y complejos procesos imperiales militares, culturales y religiosos, que alcanza también a buenas zonas del continente africano y asiático. El localismo que se globalizó fue la idea de progreso, y cuando una entidad local logra globalizarse, en términos de Boaventura de Souza, eso implica simultáneamente, la relocalización de su rival, en este caso, lo latino. Por otra parte, debe problematizarse quiénes pueden ser considerados iusfilósofos del mundo latino: ¿por haber nacido en un país o por las preocupaciones o temas que aborda? Muchos de nuestros colegas sólo estudian, enseñan y dialogan con autores anglosajones; otros acotan el objeto de estudio propio de la filosofía del derecho hasta volverlo totalmente aséptico, sin contaminaciones con la realidad social, lo que les permite llevar a cabo su actividad con respecto a cualquier sistema jurídico. Asimismo, hay que plantearse, parafraseando a Frances Olsen, el sexo en el mundo

latino. Con respecto a los dualismos racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, abstracto/concreto y universal/particular (los primeros superiores a los segundos), si bien la "latinidad" fue sinónimo de lo "civilizado", a partir del proceso de relocalización, muchos de los rasgos que Olsen asigna a lo femenino, podrían asociarse también con el mundo latino. Promediando el siglo XX la latinidad en América es asociada al autoritarismo, al "patio trasero" del imperialismo, a la falta de respeto por la ley, a un populismo corruptor del estado de bienestar. El mundo latino debe constituirse más bien como un proyecto emancipatorio: "tomar distancia, de nuevo con Boaventura de Souza, con relación a las versiones dominantes de la modernidad occidental conlleva así la aproximación a las versiones subalternas, silenciadas, marginadas de modernidad y de racionalidad, tanto occidentales como no occidentales". Hay que pensar el constitucionalismo no sólo en torno al "neoconstitucionalismo" sino al llamado "Nuevo constitucionalismo latinoamericano" en Colombia, Argentina y Venezuela, y particularmente en Ecuador y Bolivia; pensarlo también desde la crisis del neoliberalismo en Latinoamérica; y bajo la emergencia de nuevos movimientos sociales. ¿Qué haremos el 29 de mayo, se pregunta Duquelsky, después de extenuantes jornadas de debate y reflexión? "Nuestro desafío no sólo es seguir discutiendo entre nosotros, es fundamentalmente ver de qué modo nuestro saber puede coadyuvar a repensar el sentido común jurídico, a acompañar prácticas jurídicas emancipatorias, a combatir el colonialismo cultural, tanto externo como interno" con la conciencia clara de que en los últimos treinta años las luchas más avanzadas han sido llevadas a cabo por grupos sociales cuya presencia en la historia no fue prevista por el pensamiento crítico eurocéntrico: indígenas, campesinos, piqueteros, afroamericanos, mujeres.

Sergio Tapia parte de un análisis sobre las relaciones desiguales de poder dentro del conocimiento, estableciendo el carácter periférico del pensamiento crítico del derecho. En línea con el pensamiento de Boaventura de Souza, una filosofía adecuada del mundo latino debe partir de una "ecología de saberes" que permita "la inclusión tanto de saberes periféricos, como especialmente, de conocimiento invisibilizado que es tradicionalmente entendido como objeto de

estudio (de tipo antropológico, por ejemplo) y no como resultado de la reflexión se seres humanos con saberes y formas específicas y valiosas". En concreto, y siguiendo a Óscar Correas, la Crítica Jurídica Latinoamericana debe entenderse a partir de su propia genealogía, de sus propios procesos de conocimiento y no como un derivado de epistemologías del norte europeas (Critique de Droit) o estadounidenses (Critical Legal Studies). El derecho en la visión de la CJL no puede concebirse como algo neutro, ahistórico, natural o necesario, se trata más bien de un fenómeno social abierto, histórico e inmerso en relaciones sociales de dominación. Su vocación, después de todo, es "lograr un mundo más justo para todos y todas" que debe acompañarse de una justicia cognitiva en la misma dimensión global.

Para María Rosa Ávila el derecho se construye desde una concepción antropológica que reflexiona sobre la incertidumbre de la identidad del sujeto inmerso en un entorno socio-cultural de opresión, patriarcado y diferencia. El derecho debe abrirse a otras miradas, a otras epistemologías, las miradas del sur, que en términos de Boaventura de Souza. "son un intento de contar otra historia, desde la perspectiva de los que han sufrido sistemáticamente las injusticias del capitalismo, del colonialismo y del patriarcado".

María Luisa de Paula Oliveira propone una teoría del derecho como argumentación, en diálogo con Atienza, y en concordancia con el pensamiento de Iris Young y Albená Azmanova, más incluyente y más crítica: más atenta a la inclusión política y a las situaciones de sufrimiento generadas por las propias instituciones jurídicas. Desde el punto de vista de la pragmática, una retórica incluyente, comprometida con un constitucionalismo democrático y con la distinción clásica entre logos, ethos y pathos, debe estar atenta a las desigualdades y a los procesos de dominación y de opresión.

Paulo Weyl y Livia Moura reflexionan sobre la filosofía del derecho para el mundo latino desde las propuestas de una filosofía de la liberación y de la experiencia del Otro en los términos de Enrique Dussel y Emmanuel Levinas. La filosofía de la liberación se sitúa como un pensamiento crítico de la modernidad

ilustrada; el Otro se presenta como la alteridad negada por la colonización, que a través de la mediación del lenguaje se revela como rostro, presencia viva y expresión. La experiencia del Otro como fundamento ético del derecho abre la vía de la fraternidad y del ejercicio de la responsabilidad.

La filosofía jurídica, de acuerdo con Daniel Muñoz, comporta un ejercicio de redescrición en términos de Richard Rorty, es decir, una especie de rebelión contra el léxico que usualmente se usa para describir el derecho, para entenderlo, y también para practicarlo. Ello con el propósito de producir sentidos inéditos, más atractivos que los trivializados por la cultura en que vivimos. Ese ejercicio de redescrición es propio del ironista: el que asume la condición contingente del ser humano y sostiene que no hay afirmaciones inmunes a la revisión. Y es el reconocimiento de la contingencia del otro, la “identificación imaginativa con los detalles de las vidas de otros” lo que da sentido a la solidaridad humana. La filosofía del derecho no puede renunciar a asumir la condición del ironista.

Para Jorge Ulloa, el derecho debe comprenderse desde el “giro cultural” como una respuesta posible a la crítica de las ciencias generada por la postmodernidad. Su objetivo es enfatizar el análisis normativo desde los agentes que interactúan en los contextos culturales. Ello requiere de una labor constructiva de relatos y, por lo tanto, de un método hermenéutico que otorgue significaciones a esa práctica cultural que es el derecho, y por extensión, los derechos humanos. Concretamente, estos últimos, deben comprenderse desde la historia cultural en una dinámica temporal que conecta un pasado inmemorial, un presente siempre en fuga, y un porvenir en extensión.

Preguntas: El constitucionalismo democrático y la Crítica jurídica coinciden en el proyecto emancipatorio del derecho y de la filosofía del derecho para el mundo latino, especialmente de la región latinoamericana, al hacerse cargo ambos del reconocimiento de su pobreza estructural, la brecha de desigualdad, y la exclusión, invisibilidad y humillación de buena parte de su población. ¿Cuáles serían los aspectos distintivos entre uno y otro? ¿Existe una ruptura epistemológica irreconciliable entre uno y otro? Quizás el déficit de ambos sea en

términos de una propuesta de diseño institucional, ordenada y eficiente, que corresponda a la gran inflación de derechos humanos –individuales, sociales y comunitarios- que se han atrincherado en las partes dogmáticas de nuestras constituciones.

Concretamente, con relación al populismo ¿Es posible incluir las demandas populistas en el marco de un constitucionalismo democrático, especialmente la de aquellos populismos que deliberadamente promueven la incorporación de los indignados y excluidos, con agendas redistributivas, y usan el antagonismo con sus oponentes más como una estrategia que como un punto de fractura irreconciliable?

6. Para cerrar esta relatoría, los trabajos de Lorenzo Peña y Gonzalo, Juan Calvillo, Ramiro Contreras y Lorena Ramírez Ludeña, abordan el problema del lugar de la filosofía del derecho entre las disciplinas filosóficas, la enseñanza del derecho en general y la enseñanza a los jueces en particular.

Para Lorenzo Peña la filosofía jurídica es una rama de la filosofía íntimamente unida, en una vinculación orgánica, con el tronco filosófico común y con las demás disciplinas filosóficas, entre ellas la metafísica, la teoría del conocimiento, la filosofía del lenguaje y la de la mente, sin olvidar su problemático hermanamiento con la filosofía moral y política. Debería, sin perder su conexión con el Derecho, integrarse académicamente en el campo de los estudios filosóficos. Un problema puntual que se señala en el ensayo es el confuso panorama en la actualidad por lo que toca a la organización y agrupación de unidades o provincias de investigación y de docencia académica, ejemplificada con la situación de España.

Juan Calvillo destaca la importancia de la Filosofía del Derecho en el estudio del Derecho Constitucional, que debe atender por igual al pensamiento correcto formal del derecho como a la parte material y conductual del mismo con el fin de encontrar la verdad constitucional y el concepto de justicia como adecuación.

Para Ramiro Contreras, la temática y los programas con los que se enseña la filosofía jurídica en las aulas universitarias se construye conforme a libros

“clásicos”. El esfuerzo que han hecho algunos autores contemporáneos no ha sido suficiente para motivar nuevos razonamientos. Persiste, además, la duda si los programas de licenciatura son el mejor lugar para impartir la filosofía del derecho. En cualquier caso es necesario reforzar o implementar algunas asignaturas, como Historia de la Filosofía del Derecho, Ética jurídica y Política jurídica.

Finalmente, se pregunta Lorena Ramírez Ludeña si los jueces deben tener en cuenta las teorías del derecho al desempeñar su actividad. Lo cierto es que la imagen que el juez tiene del derecho condiciona sus razonamientos y decisiones, pero su formación en teoría del derecho es muy deficiente. Parece haber consenso en el rechazo a un formalismo radical, que desde el punto de vista de la teoría jurídica ha sido fuertemente criticado por Hart, Dworkin y Guastini. Ante esta diversidad de teorías, difícilmente comparables, ¿cuál es la mejor?, ¿qué debe enseñarse a los jueces? La alternativa consiste en la enseñanza de la pluralidad teórica, desde la satisfacción de los mínimos necesarios de razonabilidad, legitimidad y certidumbre.

Comentario: Las preguntas han quedado bien delimitadas en esta última sección y sólo remarcaría el hecho de cualquiera sea la decisión que se tome sobre el modelo teórico más acorde con la problemática social y cultural del mundo latino, aun aquella que se decante por una suerte de pluralismo, ello tendrá un impacto en las políticas públicas educativas, en los diseños curriculares y en la enseñanza específica de los operadores jurídicos: jueces, legisladores o litigantes.

Relatoría del tema dos, "Los derechos sociales en el Estado constitucional"

OSCAR SARLO
Universidad de la República (Uruguay)
ossarlo@gmail.com

RESUMEN

El relator presenta de manera sistemática el contenido de las cerca de cuarenta ponencias que se presentaron sobre este tema, a partir de tres ejes: las cuestiones generales, de concepto y fundamentación de los derechos sociales; las cuestiones específicas de derechos sociales particulares; y las experiencias nacionales en torno a esos derechos.

PALABRAS CLAVE: dignidad humana, derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a no ser pobre, derechos sociales, Estado social, justiciabilidad, renta básica, vivienda digna.

ABSTRACT

The rapporteur systematically presents the contents of the nearly forty papers on this topic using three axes: general questions, the concept of social rights and their grounds; some specific problems in particular social rights; and national experiences related to these rights.

KEYWORDS: human dignity, right to education, right to work, right not to be poor, social rights, Welfare State, judicial enforceability, basic income, decent housing.



Copyright© Oscar Sarlo

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

1. Durante los días 26, 27 y 28 de mayo de 2016 tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad de Alicante el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, organizado por el Área de Filosofía de la misma Universidad bajo la dirección de Manuel Atienza . El Congreso respondía en su origen a un proyecto, largamente meditado, cuya idea básica giraba alrededor de la necesidad de articular y reforzar la comunidad de intereses iusfilosóficos del conjunto de los países del área latina. Como se señalaba en la Presentación del Congreso (en su página web: iusfilosofiamundolatino.ua.es):

En el contexto de la filosofía del Derecho del mundo latino se ha ido formando en los últimos tiempos una corriente de opinión favorable a la vertebración de algo así como una ‘iusfilosofía regional’, cuyo cometido principal tendría que ser el desarrollo de un pensamiento capaz de incidir en la cultura jurídica (y en la cultura en general) y, por tanto, de transformar las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo latino.

No se trata, sin embargo, de un proyecto de pretensiones “aislacionistas” ni tampoco “a la contra” de otras comunidades iusfilosóficas, particularmente la anglosajona, dominante actualmente en el panorama internacional:

La iniciativa podría contribuir también a equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial y a reducir, por ello, el excesivo peso que en las últimas décadas está teniendo la cultura anglosajona. Con ello no se trata, naturalmente, de embarcarse en una batalla cultural dirigida a excluir la presencia entre nosotros de las grandes figuras del mundo anglosajón. En cierto modo, es todo lo contrario. Está claro que a los autores importantes de esa tradición (y de otras) hay que seguir leyéndolos, discutiéndolos y obteniendo provecho de sus aportaciones. Pero junto a esa necesidad de apertura, de no exclusión (consustancial a cualquier filosofía que merezca la pena), resulta también ampliamente compartida la idea de que debería evitarse un colonialismo cultural que no parece estar justificado en términos intelectuales y que condena a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado, lo que ciertamente no hay por qué aceptar.

El Congreso vino precedido por un período de consultas previas a las principales figuras de la filosofía jurídica de los países latinos, europeos y americanos, en el que pudo constatarse un amplio consenso en torno a tal propósito. Seis consagradas figuras “senior” integraban el Comité de Honor del Congreso: Eugenio Bulygin, Juan Ramón Capella, Elías Díaz, Luigi Ferrajoli, Ernesto Garzón Valdés y Boaventura de Sousa Santos. El Comité Asesor reunía a destacados iusfilósofos de todas las orientaciones de los países latinos .

2. En consonancia con su vocación fundacional, para este Primer Congreso se pensó una selección de aquellos temas de discusión que fueran representativos de los principales intereses de discusión actual para la iusfilosofía de los países latinos. Los temas elegidos fueron los siguientes: 1. ¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?; 2. Los derechos sociales en el Estado constitucional; 3. Pluralismo jurídico, multiculturalidad, Derecho indígena; 4. Anomia y Estado de Derecho; 5. Argumentación, racionalidad y Derecho; y 6. Nuestros clásicos. También se quiso adoptar una metodología de funcionamiento novedosa respecto del formato común de los congresos que propiciase una discusión de carácter colectivo, no fragmentada por especialidades o grupos de trabajo. Para ello se optó por un sistema de relatorías en el que las distintas ponencias serían sistematizadas y presentadas en una sesión única, de mañana o tarde, por un relator siguiendo una discusión abierta en plenario dirigida por un moderador. Se proyectaba asimismo dedicar la última sesión del Congreso a celebrar una Asamblea para constituir una Asociación de Filosofía del Derecho del Mundo Latino.

La acogida del Congreso fue magnífica. Se inscribieron un total de 418 participantes, 337 de ellos presenciales y 81 en la modalidad “en línea” (que pudieron seguir las transmisiones en vivo de todas las sesiones a través de la web del Congreso, donde desde entonces están disponibles los videos). La distribución de inscritos por países fue la siguiente: España (87), México (76), Colombia (46), Brasil (37), Perú (33), Argentina (31), Italia (18), Ecuador (18), Chile (15), República Dominicana (9), Bolivia (8), Costa Rica (7), Francia (5), Guatemala y Paraguay (4), Bélgica, El Salvador, Portugal, Uruguay y Venezuela (3), Alemania, Polonia y Suiza

(1). Se presentaron 202 ponencias al Congreso (todas ellas colgadas en la web y de acceso libre) procedentes de: España (57), Brasil (23), Argentina y México (21), Colombia (20), Italia (16), Perú (14), Chile y Ecuador (7), Venezuela (3), Alemania, Bélgica, Francia y Portugal (2), Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Uruguay (1). La página del congreso ha registrado más de 42000 visitas a la fecha (febrero 2017). Estas cifras dan idea del interés suscitado por el Congreso, y por el proyecto general en que se inscribe, en el conjunto de los países latinoamericanos.

3. El Congreso fue oficialmente inaugurado por el Rector de la Universidad de Alicante con la presencia de Luigi Ferrajoli y Juan Ramón Capella, en representación del Comité de Honor. El director del Congreso hizo una declaración de bienvenida a los asistentes agradeciendo el apoyo institucional y moral recibido. Tras dedicar un recuerdo a la memoria de A.-J. Arnaud, expresó el propósito principal del Congreso: que la iusfilosofía del mundo latino pueda tener un mayor peso en el contexto internacional construyéndose como un espacio intermedio entre instituciones como la IVR y las distintas asociaciones nacionales de filosofía del Derecho. Explicó también la mecánica de las relatorías proyectadas en cada una de las sesiones e indicó que en la documentación entregada a los participantes se incluía una propuesta de Estatutos de la asociación a ser debatida en la asamblea constituyente del último día. Concluyó su presentación leyendo una poesía náhuatl del s. XV: "Aquí [a la tierra] solamente hemos venido a conocernos". De inmediato dio paso a la primera de las sesiones.

4. La relatoría de la sesión inicial ("¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?") corrió a cargo de Rodolfo Vázquez (ITAM), quien marcó perfectamente la línea a seguir para las sucesivas sesiones. El relator hizo una completa presentación sintética de las 32 ponencias recibidas clasificándolas en torno a varios puntos temáticos: el debate sobre el carácter "regional" y universal de la filosofía jurídica y su dimensión práctica (ponencias de Atienza, Vega, Viola, Vigo, González Lagier, Andrade y Rivera), diferentes aspectos de la conexión entre iusfilosofía, racionalidad práctica y constitucionalismo (E. Moreira, Gaviria, P. Moreira, Ortega y Mercier, Albagli, Santos, Figueroa y Cachapuz), la concepción

positivista y analítica de la filosofía jurídica (Guastini, Alonso, Chiquetti, Jori y Belloni), las visiones críticas de la iusfilosofía (Duquelsky, Tapia, Ávila, Oliveira, Weyl/Moura, Muñoz y Ulloa) y, por último, un conjunto de trabajos que abordaban el problema del lugar de la filosofía jurídica entre las disciplinas filosóficas, la enseñanza del Derecho en general y de los jueces en particular (Peña, Calvillo, Contreras y Ramírez). El relator planteó a continuación una serie de preguntas abiertas para la discusión ulterior que afectaban a las cuestiones nucleares suscitadas por la diversidad de enfoques concurrentes: cómo compatibilizar el carácter "regional" o "particular" de la filosofía del Derecho en cuanto relativo a una agenda temática característica del mundo latino y en cuanto enfoque filosófico con vocación de universalidad, la necesidad de una redefinición crítica de la "familia constitucionalista" en vista de sus distintas versiones (neoconstitucionalismo, constitucionalismo garantista y constitucionalismo popular) o las dificultades de conciliar un positivismo desde el "senso comune" con la pretensión simultánea de neutralidad valorativa.

Estas cuestiones concitaron buena parte del debate plenario que siguió a la relatoría —moderado por J. Aguiló—, después de un breve turno de palabra otorgado a aquellos ponentes que desearon hacer alguna puntualización sobre su trabajo. La discusión se concentró fundamentalmente sobre la primera de las cuestiones apuntadas (la posibilidad de una "filosofía del Derecho latina"), diferenciándose al respecto dos puntos de vista principales. Por un lado, Moreso manifestó sus dudas acerca de la existencia de verdaderos problemas filosóficos del mundo latino y no más bien propios de todas las culturas jurídicas. No puede haber propiamente una "agenda regional" para la filosofía del Derecho sino universal. Aunque la dimensión emancipatoria de ésta se conciba como discusión de problemas regionales, esta discusión puede llevarse a cabo de muy diversas maneras y debe hacerse analizando todas las posiciones con una vocación universalista. En el mismo sentido se pronunció Ferrer, subrayando que el carácter local de los problemas del mundo latino (como la anomia, o el debate sobre el sistema acusatorio) son muy diversos entre sí y de carácter contingente, mientras que la agenda teórica de la filosofía del Derecho ha de ser universal. Atienza, por

otro lado, insistió en que la universalidad de la filosofía jurídica no es realmente tan universal como aparenta cuando resulta ser la globalización de una perspectiva ella misma local como la anglosajona. La discusión universalismo/regionalismo no es excluyente sino dada en función del nivel de abstracción que se adopte con respecto a los problemas e intereses en discusión (no es lo mismo la teoría de la norma que la interpretación constitucional o los problemas de organización política). Ferrajoli subrayó la especificidad histórico-política de los ordenamientos jurídicos latinos y su estructura constitucional, destacando la amenaza común que supone la ideología neoliberal para los logros del constitucionalismo en materia de control del poder político y derechos sociales. El papel de la filosofía del Derecho reside, afirmó, en teorizar críticamente la hegemonía cultural del mercado y de los “poderes salvajes” para recuperar el lugar del Derecho frente a la economía en el lenguaje de la política. Vigo vinculó la dimensión regional de la filosofía jurídica latina con la vertiente de ésta como filosofía distintivamente práctica, no especulativa. Diferentes intervenciones incidieron en la necesidad de armonizar ambos aspectos —universal y regional— de la filosofía jurídica (Rabbi-Baldi, Serbena, Elorza), destacando aspectos como la ausencia de homogeneidad del propio mundo latino (Figueroa), el ser resultado de sucesivas oleadas globalizadoras lo que impone un sentido principalmente emancipatorio (Duquelsky), la necesidad de clarificar qué aportaciones originales puede hacer el mundo latino a la iusfilosofía (Sarlo, Ulloa, Alvarado) o ponderar las que ya ha hecho en países como Italia (Belloni), la existencia de un lenguaje común como elemento básico para encarar el pluralismo cultural (Linares), la necesaria aproximación a la historia social del Derecho y la sociología (Pérez Perdomo) o , en fin, el riesgo de incurrir de nuevo en errores del pasados como la dependencia y la colonización cultural (Malem). El relator contestó a estas diferentes intervenciones concluyendo que el sentido del debate sobre la regionalización es en última instancia dependiente del carácter justificativo-práctico de la filosofía jurídica. Sobre el segundo de los temas (el auge constitucionalista en América Latina) el relator intervino por último para dar respuesta a las intervenciones de Lozada y Villanueva quienes, ante la disyuntiva planteada en la relatoría entre “más

constitución” o “más Estado”, subrayaron los rasgos peculiares de un constitucionalismo propio de países en que la labor legislativa del Estado ha tenido que ser suplida por los tribunales constitucionales. Vázquez respondió apuntando a la necesidad institucional de reequilibrar la parte orgánica de las constituciones a fin de soportar la inflación de derechos generada por el garantismo constitucional.

5. La segunda relatoría (“Los derechos sociales en el Estado constitucional”) fue desempeñada por O. Sarlo (U. de Uruguay), quien agrupó las cerca de 40 ponencias recibidas en tres ejes: a) cuestiones generales de concepto y fundamentación, b) discusión específica de derechos sociales particulares y c) experiencias nacionales en torno a los derechos sociales. En la primera categoría, que encuadraba la mayoría de ponencias, el relator hizo varias subdivisiones según se ocupasen de cuestiones de marco epistemológico, histórico-cultural e ideológico, como el análisis crítico de Cruz Parceró sobre la Constitución mexicana de 1917 y su evolución política, la discusión de Lozada sobre el “reduccionismo iusfundamental” de Ferrajoli o las relaciones entre derechos sociales y política (Gatti); de cuestiones de fundamentación conceptual, como el encaje unitario de los derechos sociales entre los derechos fundamentales (Prieto, Valcárcel), el papel fundamentador de la dignidad humana (López, Sosa) o las relaciones entre derechos sociales e igualdad (García Amado); de cuestiones de orden estructural, como la justificación de su diseño institucional (Comanducci) y su dualidad (Arriagada), o la tensión subjetividad-socialidad subyacente (García Manrique); y finalmente de cuestiones prácticas, como la exigibilidad o justiciabilidad de los derechos sociales (Aguirre), su no regresividad (Añón), las relaciones entre Estado social y mercado (Jiménez), el litigio social como forma de judicialización (Ucín), derechos sociales y gobernanza global (Bolio, Estévez/Ramos), el papel de los jueces en los derechos sociales (León) y el lugar de la ponderación (Cubero). Dentro de la segunda categoría, diversas ponencias discutieron casos especiales de derechos sociales, sin abandonar por ello la perspectiva de fundamentación: derecho a la vivienda digna (Fagúndes), al trabajo (Scottó), a la educación (Cruz, García Costa, Díaz Mejía), derechos sexuales y reproductivos (González Moreno), derecho a no ser pobre (Estévez/Ramos), la renta mínima (Vieira), el derecho a la

ciudad (Alvarado), al medioambiente (Saravia, Bartra), al cuidado (Marrades), derechos del menor (García Medina). En la última categoría el relator incluyó análisis especiales sobre la justiciabilidad de diversos derechos sociales en Argentina (Scarponetti/Ariza), México (Márquez) y Colombia (Latorre/Rodríguez) y sobre la responsabilidad patrimonial de los tribunales constitucionales en la materia (Leiva).

En el largo debate posterior, moderado por I. Lifante (U. de Alicante), salieron a relucir todos los problemas teóricos y prácticos característicos de la discusión sobre los derechos sociales: su definición propia, su relación con los derechos civiles y políticos, sus bases ideológicas, sus condiciones de implementación institucional. Ferrajoli subrayó la necesidad de distinguir el plano conceptual (donde los derechos sociales deben entenderse como expectativas universales de hacer que implican obligaciones a cargo del Estado cuya garantía es ante todo primaria) y el plano axiológico (los derechos sociales como corolarios del derecho a la vida que vuelven ilegítima su no actuación o violación). La cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales y del activismo judicial centró buena parte de las intervenciones. Moreso sostuvo que el diseño institucional idealmente más adecuado pasa por su protección por vía legislativa y ejecutiva; cuando esta actuación falla se produce una situación trágica que sin duda genera deberes para los jueces, pero este no es el modo óptimo de implementar los derechos sociales. Lozada y Arriagada plantearon la devaluación que supone entender estos derechos en términos de mínimo justiciable. Duquelsky subrayó que la oposición garantismo/activismo es una falsa dicotomía que sólo sirve para poner límites a la actuación redistributiva del Estado. Ucin destacó como tópicos especiales de los derechos sociales aún por repensar su litigiosidad, las formas de respuesta jurisdiccional que demanda su formato colectivo-prestacional y los cauces procesales adecuados. Otro importante eje de discusión fue la cuestión de la subjetividad-socialidad de los derechos sociales. Cruz Parceró afirmó que esta cuestión está mal planteada cuando se aborda como un dilema: ni hay que elegir entre ambas dimensiones ni las técnicas respectivas se excluyen, sino que la cuestión de fondo es el alcance de la concepción de los derechos que se mantenga

(mínima o neoliberal, máxima o socialista). En el mismo sentido, León afirmó que una teoría sustantiva de los derechos sociales permite superar la disyuntiva entre una visión legalista o procedimental, eludiendo las antinomias del activismo. El relator expuso el caso uruguayo como exponente de que la mejor manera de garantizar los derechos sociales es fortalecer una cultura política republicana en donde la intervención parlamentaria y la habilitación de políticas públicas hagan innecesaria la toma de decisiones colectivas por vía judicial. Distintas intervenciones incidieron en el lastre teórico que, en diferentes frentes, supone abordar los derechos sociales adoptando como referencia exclusiva el esquema de los derechos civiles y políticos de tradición liberal. García Manrique argumentó en esta línea que la subjetivización de los derechos sociales conduce a confundir el medio o técnica de protección con los fines o ideales políticos que los justifican. Se destacó por otros intervinientes en el debate el papel de control contramayoritario de los jueces en el ámbito latinoamericano como "jurisprudencia del más débil" (Silva), la relevancia de la ponderación como método de razonamiento en el Estado social (Cubero), el rol fundamentador indispensable de la idea de dignidad (Melero) y la importancia de los principios rectores en esta materia en cuanto directrices (Atienza).

6. La segunda jornada del Congreso dedicó su sesión de mañana a la relatoría del tema "Pluralismo Jurídico, Multiculturalidad, Derecho Indígena", presentada por Th. Bustamante (U. Federal de Minas Gerais), quien clasificó las 34 ponencias presentadas en cinco categorías. La primera ("Pluralismo jurídico y redefinición de la filosofía del Derecho") recogía aproximaciones críticas a los problemas del pluralismo jurídico desde perspectivas tan diversas como la teoría socio-jurídica (Calvo/Oliver-Lalana), el liberalismo rawlsiano (Alonso), el multiculturalismo liberal (Tassara), la visión hartiana del Derecho internacional (García Pascual), el uso alternativo del Derecho (Hurtado), la regulación técnica global en materia alimentaria (Marichal), el "Derecho penal del enemigo" en los Estados pluralistas (Chanjan), la coexistencia de la justicia penal indígena y estatal en Argentina (Ucedo) o las llamadas "sentencias mestizas" en Colombia (Carvajal). El segundo grupo ("Una concepción de los derechos humanos para el Estado

pluralista”) englobaba ponencias cuyos temas eran los distintos modelos de la noción de “comunidad” (Cammarata), la concepción evolutiva e interdisciplinar del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Torrens), los principios y procedimientos de la justicia penal andina (Nieves), el enfoque “intercultural” como vía media superadora entre universalismo y multiculturalismo de los derechos humanos (Rabbi-Baldi, Porras), las relaciones entre TIC’s y democracia deliberativa (Leiva) y la conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa en los Estados multiculturales (Solanes). Una tercera categoría iba referida específicamente a la rúbrica “Derechos indígenas” e incluía trabajos sobre el estudio histórico de algunas instituciones jurídicas del periodo colonial como las encomiendas o las mitas (Castillo), el derecho de consulta previa de las comunidades indígenas en diferentes países latinoamericanos (Dorado, Morales, Molina, Paco), las insuficiencias de la integración de los derechos indígenas en Argentina (Álvarez), el alcance del derecho a la traducción de los actos procesales en México (Torres), o estudios críticos de sistemas normativos especiales como el de la policía comunitaria en la Sierra de Guerrero (Melgarito) o el sistema de justicia itinerante fluvial del archipiélago amazónico de Bailique (Palheta/Pelaes). El cuarto grupo versó sobre “Conflictos de derechos y valores en el Estado democrático” y agrupaba ponencias de calado más filosófico, sin dejar de elaborarse sobre una interesantísima casuística, sobre las tensiones axiológicas abiertas por el pluralismo cultural en materia de libertad y seguridad (Barberis), de discriminación por razón de género y violación de los derechos de las mujeres (Cueva, Villanueva) y de diversidad de modelos de familia (La Spina), planteándose, en definitiva, los límites que la razón pública impone a la diversidad cultural en el Estado constitucional (Marciani). Por último, el quinto grupo de ponencias (“Derecho e ideologías”) recogía aportaciones sobre la estereotipación ideológica ejercida sobre ciertos grupos en las sociedades democráticas (Tinajero) y la imposibilidad de neutralidad ideológica en la interpretación del Derecho (Giuffrè).

J.P. Alonso (U. de Buenos Aires) condujo la sesión de discusión. Diversos ponentes tomaron el turno de palabra para hacer alguna precisión. En el turno abierto varios intervinientes aprovecharon algunas de las preguntas abiertas que el

relator había formulado para el debate. Una de ellas —qué desafíos plantea el multiculturalismo para la filosofía jurídica— fue retomada por Atienza para defender que este es en efecto un problema central para la filosofía jurídica actual en la medida en que revela la inadecuación del concepto del Derecho propio del paradigma positivista en su principal rasgo: la separación. Duquelsky afirmó que la concepción estadocéntrica dominante dejaba paradójicamente desarmado al Estado frente a violaciones de los derechos fundamentales provenientes de las transnacionales. A propósito de la debilidad teórica del uso alternativo del Derecho (corriente que había sido objeto de la ponencia de Hurtado) Duquelsky afirmó que se trataba de una práctica en busca de teoría y que ésta debía ser la teoría crítica del Derecho. El relator intervino para decir que se trataba más bien de un movimiento político por el que sentía simpatía pero que presentaba autocontradicciones teóricas derivadas de la negación de la necesidad de universalizar las justificaciones en el sentido propugnado por las teorías superadoras del positivismo como las de Dworkin o Alexy. Guastini tomó la palabra para introducir dos aclaraciones conceptuales: que el no positivismo equivale al Derecho natural (no habría *tertium*) y que el concepto de “multiculturalismo liberal” era una *contradictio in adiecto* por cuanto el multiculturalismo supone la atribución de derechos a entidades colectivas y el liberalismo es una forma de individualismo metodológico. Rabbi-Baldi planteó como la cuestión clave en el debate multiculturalismo-universalismo la de si es posible una interculturalidad que no sea relativista. Barberis retomó otra de las preguntas del relator (¿es el modelo “conflictualista” de derechos fundamentales adecuado o debe buscarse una perspectiva “integradora”?) para afirmar que, en relación con el par seguridad-libertad, las decisiones judiciales individualmente tomadas y *ex ante* responden a un modelo conflictualista, mientras que tomadas en conjunto y *ex post* obedecen a un modelo integrador. También replicó a Atienza que las discusiones sobre libertad y seguridad podían formularse igualmente, y mejor, desde dentro del paradigma positivista. Ruiz alertó sobre los peligros de la idealización romántica de lo indígena tanto en materia de protección de la naturaleza (hay evidencia de prácticas indígenas contaminantes) como de protección de los derechos de ciertos grupos

(mujeres, niños, minorías sexuales y disidentes religiosos son objeto de opresión en muchas comunidades), e indicó que la protección constitucional ante la injusticia indígena muchas veces no es accesible ni operativa. Moreso afirmó que el riesgo relativista del muticulturalismo sólo podía neutralizarse mediante un acuerdo razonable sobre una moral mínima, la representada por la declaración de los derechos humanos, desde la cual cabe acoger las demandas de comunidades históricamente maltratadas. También subrayó que el positivismo jurídico no podía ser identificado con el rechazo del objetivismo moral. Linares reflexionó, por último, sobre la existencia no sólo de un "colonialismo cultural" reflejado en el monismo jurídico de la filosofía, sino también de un "colonialismo interno" derivado del antagonismo entre comunidades indígenas, tal como sucede en el caso boliviano.

7. La sesión vespertina estuvo dedicada al tema "Anomia y Estado de Derecho", cuya relatoría desempeñó F. Poggi (U. De Milán). La relatora presentó una elaborada reexposición de las principales tesis contenidas en las 15 ponencias enviadas. Diferenció distintos sentidos del concepto de anomia a partir de tres aproximaciones clásicas (Durkheim, Bobbio y Nino) para conectarlo a continuación con la idea de crisis del Derecho, en dos frentes principales: crisis del imperio de la ley y crisis del Estado constitucional. Ambos frentes abarcaban las temáticas de la mayoría de ponencias, que abordaban desde diferentes puntos de vista las tensiones entre democracia, imperio de la ley, Estado constitucional, constitucionalismo y globalización. Hierro planteó este conjunto de problemas centrándose en la crisis del imperio de la ley y el tránsito al Estado constitucional, mientras que otras ponencias (Fariñas Dulce, Giménez Merino/Gordillo, Trujillo, Escudero) se enfocaron en los fenómenos de desregulación y re-regulación (soft law, lex mercatoria) en diferentes ámbitos de la actividad socioeconómica a escala supraestatal. Marcilla analizó la función normativa de los códigos éticos y en particular del Código Iberoamericano de Ética Judicial. Iosa abordó la constitucionalización del principio de libertad negativa a partir de la noción de autonomía. Otro grupo de ponencias se ocuparon de los fenómenos de anomia como incumplimiento generalizado por parte de actores sociales y de autoridades

con especial referencia al ámbito latino (Laporta, Pérez Perdomo, Ibarra), tocándose también la anomia en la función pública (Lifante) y problemas concomitantes como la disfunción en la justificación del castigo (Torres), la consistencia normativa (Romero) o el deber de reparación de injusticias históricas como la esclavitud (Silva).

La discusión fue moderada por D. Sarapu (U. Federal de Minas Gerais). Pérez Perdomo hizo una interpelación a la totalidad de ponencias en el sentido de que el problema de la anomia, quizá por tratarse de un congreso de juristas, había sido tratado menos como problema externo de las relaciones normas sociales-Derecho que como problema interno del Estado de Derecho. Quintero planteó, a propósito de la ponencia de Silva sobre reparación de injusticias pretéritas, si esto debía verse como un asunto de justicia transicional y se refirió al caso colombiano subrayando la importancia de las medidas de justicia distributiva de restitución de tierras. Duquelsky puso en conexión el problema de la anomia con el problema de la legitimidad: la inexistencia de razones para obedecer el Derecho cuando éste ha sido históricamente un medio de dominación explica que la anomia pueda tener también sentido emancipatorio. A esto contestó la relatora que debía diferenciarse entre desobediencia civil e incumplimiento rutinario del Derecho. Escudero expuso su discrepancia con la valoración positiva del soft law hecha en la ponencia de Trujillo: lo definió como terreno abonado para lobbistas y fenómeno normativo caracterizado por la falta de transparencia y de rendición de cuentas. Moreso apuntó que no debía imponerse una visión pesimista en exceso ni sobre la crisis de la ley ni sobre los nuevos fenómenos como el soft law; a su juicio, la democracia constitucional ha demostrado ser un diseño institucional exitoso cuyos tres ideales fundamentales (imperio de la ley, democracia y derechos) pueden exhibir tensiones permanentes pero también pueden armonizarse y deben ser fortalecidos, del mismo modo que es tarea de los juristas la construcción de instituciones internacionales más transparentes y democráticas que permitan el control de los poderes económicos en el marco de un constitucionalismo global. Atienza aludió como causas del mundo anómico en que vivimos la inflación y burocratización del Derecho, se mostró en desacuerdo con las propuestas de inaplicar ciertas normas

del Derecho por los jueces (Ibarra) y de fundar la libertad negativa sólo en la autonomía y no también en la dignidad (Losa), e insistió en que los códigos éticos no debían verse como un supuesto de desregulación sino como modelos normativos de excelencia profesional que no pueden sustituirse por la regulación legal. Manrique preguntó sobre si la ponencia de Losa presuponía que la libertad negativa constituye en sí misma un valor o más bien una condición necesaria de la autonomía. Este último ponente aclaró que el sentido de su ponencia era dejar fuera de la interferencia estatal aquellas acciones que no supongan daño al valor de la autonomía aun si suponen inmoralidad. Vigo enfatizó como el principal factor del debilitamiento del Derecho contemporáneo el problema de su indeterminación, acrecentado en el Estado constitucional por el hecho de que prácticamente cualquier conflicto involucra principios y derechos; en su opinión, la respuesta a esta indeterminación sólo puede venir dada por dispositivos institucionales como el precedente anglosajón y por una ética de la virtud que haga confiable la labor judicial. Ibarra respondió a Atienza aclarando que su propuesta de inaplicación de ciertas normas operaba sólo en casos respecto de los que ya existían precedentes de inconstitucionalidad (también, a propósito de este punto, García Castillo defendió la corrección de la inaplicación en casos difíciles del ámbito médico). Preguntada por un participante, Lifante explicó que su clasificación de las formas de incumplimiento encaja dentro de la desviación de poder, puesto que se trata de poderes públicos, pero va más allá del sentido en que esta noción es usada en el Derecho administrativo.

8. La tercera y última jornada del Congreso fue con mucho la que mayor número de ponencias congregó y constituyó sin duda su momento culminante. La sesión matutina se dedicó al tema "Argumentación, racionalidad y Derecho", en el que se recibieron 55 ponencias, contando como relator con J.C. Bayón (U. Autónoma de Madrid). La relatoría, que fue calificada con justicia por varios participantes como "hercúlea", consistió en realidad en una presentación crítica del status quaestionis de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea (TAJ) en la que Bayón organizó las ponencias en torno a diez puntos fundamentales respecto de los cuales formuló una serie de preguntas e incitaciones para la

discusión. El primer punto —cuál ha de ser el objeto de una TAJ estándar— planteaba si ésta tiene que extenderse desde el razonamiento judicial a otros contextos relegados hasta el momento del campo de la argumentación, tales como la negociación, la mediación, el arbitraje... La ponencia de Aguiló proponía en tal sentido una reclasificación de los modos de debatir en función de su estructura cooperativa o conflictiva, finalidades, reglas específicas, etc., mientras que otras ponencias planteaban la incorporación de nuevas perspectivas como la funcionalidad de la emociones y las creencias subyacentes en los procesos negociadores (Quintero), el papel de la razonabilidad en los medios alternativos de resolución de conflictos (Silva/Stamile) o la relevancia de la dimensión narrativa y el contexto de descubrimiento (Ost). En segundo lugar, señaló Bayón, es preciso fijar la función y pretensiones de la TAJ: ¿tiene ésta un rol exclusivamente ideológico (Haba), como instrumento de persuasión retórico (Costa) o tópico (Pinho), o bien aborda la práctica argumentativa del Derecho con el propósito de identificar en ella estándares objetivos de corrección? Esta identificación ¿es de alcance solamente descriptivo o tiene también un aspecto normativo y reconstructivo? La pregunta se suscitaba a propósito de diferentes ponencias que utilizan el instrumental de la TAJ para el análisis de casos concretos resueltos por cortes constitucionales latinoamericanas (Carrillo, Higa, Albagli, Guette, López Ruf, Pereira/Carrillo, Abache). La dimensión normativa de la TAJ ¿incluye afirmaciones sobre cómo deberían argumentar los jueces o supone un control de alcance únicamente lógico-formal o pragmático (Guastini)? El tercer punto cuestionaba los presupuestos teóricos de la TAJ: ¿qué concepción del Derecho subyace a ésta? Diversas ponencias son mencionadas aquí para subrayar la relevancia de ciertas tomas de postura previas de carácter ontológico, epistemológico y axiológico sobre cuestiones tales como la objetividad del Derecho (Delgado, González Neves, Lacombe, De Prada, Riofrío), su indeterminación (Agüero/Gorra/Saharrea), su dimensión valorativa (Jourdan, Lage, Santos) o la aplicabilidad de la lógica a las normas (Mendonca, Serbena). Un cuarto frente de cuestiones gira en torno a la teoría de la interpretación y plantea la necesidad de construir una teoría del significado que determine los límites semánticos de la argumentación jurídica —

inherentes a su carácter autoritativo— en cuanto diferenciados de una teoría de la corrección. Las ponencias de Santacoloma sobre el debate Klatt-Neumann, con el inferencialismo como trasfondo, y de Rodríguez Toubes sobre la opacidad referencial avanzaban en esta dirección. El quinto punto afecta al problema del objetivismo moral y las relaciones entre argumentación jurídica y racionalidad práctica moral. Hay aquí dos flancos principales de discusión: no sólo se trata de la fundamentación general del constructivismo de raigambre kantiana y rawlsiana (sobre lo que versaban las ponencias de Villa Rosas y De Mitri) sino también de qué argumentos-puente deben llevarnos de la argumentación jurídica a la moral. Esto conduce a problemas más amplios acerca de la forma o estructura del razonamiento práctico jurídico que Bayón trató como puntos sexto y séptimo de su exposición: por un lado, la cuestión de la coherencia y el pluralismo de valores, y por otro la cuestión del particularismo y la derrotabilidad. Sobre lo primero se plantea en qué términos debe aceptarse el coherentismo (Moreira, Teixeira) y cómo se afrontan desde éste los problemas de inconmensurabilidad, conflicto o indeterminación de los valores (Barberis). Lo segundo suscita en qué medida las propuestas contextualistas (Moreso) constituyen realmente un tertium entre generalismo y particularismo. El relator lanzó en especial la pregunta de si las propuestas de comprensión del razonamiento práctico en términos de *phronesis* o prudencia, que subrayan cualidades como la responsabilidad y carácter del agente, que remiten a la razonabilidad (Mangini), o que cuestionan los límites de la autoridad del precedente (Pulido), excluyen completamente la deliberación y subsunción bajo reglas generales opacas a las razones subyacentes. La cuestión de si hay o no reglas en el razonamiento jurídico (problema del particularismo) es distinta de la de si deben ser tratadas o no como reglas más o menos transparentes. El punto octavo abordó el problema de la ponderación, a propósito de enfoques generales críticos como los de Guastini y García Amado y análisis jurisprudenciales sectoriales como los abordados por Garzón y Teixidor. Puntos de discusión son aquí si el componente discrecional o no deductivo de las operaciones ponderativas las convierte necesariamente en subjetivas y contingentes, si todo caso jurídico puede presentarse como un conflicto de derechos, si el tratamiento de éstos es

siempre materialmente ponderativo independientemente de que se use el lenguaje de la ponderación, si éste encubre o no el activismo indebido o regresivo, si existen derechos absolutos... El noveno eje de discusión versaba sobre la dimensión institucional del razonamiento jurídico. La incorporación a éste de principios formales y de deferencia condiciona enteramente su alcance. Ello tanto a nivel interno, donde el razonamiento constitucional está en función de diferentes diseños de control difuso o concentrado y de diferentes modos de configurar su relación con las políticas públicas (López Sterup), como a nivel supranacional, en donde está en dependencia de diferentes modos de articular la construcción de sistemas jurisprudenciales internacionales (Melero, Ezquiaga, Lara, Andrade). El último de los puntos es la argumentación en materia de hechos, que plantea problemas específicos referentes a la racionalidad epistémica del proceso y su relación con la verdad (Reyes), la identificación de falacias y malas prácticas probatorias (Igartua, Ruiz Resa), la arquitectura holística o atomista de la motivación fáctica (Accatino) o el papel de la prueba pericial o científica (Gascón, García Castillo).

El debate posterior fue moderado por R. Villanueva (Pont. Univ. Católica del Perú). Varios participantes tomaron la palabra para aclarar el sentido de sus ponencias dentro del anterior mapa de problemas propuesto por el relator. Lozada y Vigo destacaron que este mapa no sólo constituía una guía para el desarrollo de la TAJ sino también para replantear la agenda de la propia teoría y filosofía del Derecho. López Sterup subrayó la involucración de éstas con la filosofía política a través de una teoría jurídica de las políticas públicas. Guette enfatizó la necesidad de trasladar los resultados del debate académico al plano profesional en términos de pautas y criterios orientativos de la práctica jurídica. Se discutieron también algunos de los puntos sustantivos propuestos por el relator. Moreso recogió la pregunta de si existen reglas opacas en el Derecho para responder afirmativamente y rechazar que el contextualismo comporte una posición escéptica sobre la subsunción, sin que ello excluya hacerse cargo de que el razonamiento judicial debe estar abierto a mecanismos de incorporación de nuevas propiedades relevantes. Guastini puso de relieve las dificultades de

justificar desde el punto de vista jurídico-normativo las relaciones políticas entre poderes y contrapoderes que subyacen al Estado constitucional. Mendonca mencionó el debate irresuelto Kelsen-Klug sobre lógica y Derecho como un buen ejemplo de cómo la filosofía jurídica continúa girando recurrentemente en torno a cuestiones abiertas como qué son las normas. Melero atribuyó el déficit de la metodología de la proporcionalidad en cuanto a los principios formales al hecho de estar pensada exclusivamente para la posición superior del juez constitucional continental, a diferencia del common law en donde su intervención en materia de bienes públicos está mediada por la doctrina de la deferencia debida. Atienza resaltó que la presentación del relator combinaba magníficamente el análisis con la síntesis y habló de la necesidad de construir un “sentido común jurídico” a partir de los consensos establecidos como condición para un progreso del enfoque argumentativo que, afirmó, no es sólo un enfoque filosófico sobre los temas tradicionales de la teoría jurídica sino que también debe dar cabida a las ciencias sociales. Bustamante retomó la polémica sobre la ponderación y la teoría alexiana de los principios para preguntarse si su justificación teórica originaria (restringir la discrecionalidad judicial) no se ve traicionada en la práctica al ser utilizada en ciertos casos para retirar el poder del legislador democrático. Duquelsky apostilló que los esquemas de ponderación siempre suponen privilegiar diferentes relaciones de poder. Rabbi-Baldi identificó como tareas de las TAJ la explicitación de las comprensiones implícitas en toda interpretación y la clarificación del proceso de concretización norma-caso, complejo incluso en presencia de normas claras. Pérez Perdomo calificó la relatoría como una buena “muestra sociológica” del “trabajo de campo” de la filosofía del Derecho, sugiriendo incluir también en la agenda de la TAJ el análisis de la argumentación académica.

9. La sesión vespertina se inició con la relatoría del tema “Nuestros clásicos”, a cargo de M. Atienza, quien comenzó encomiando la importancia de recuperar la obra de autores importantes de nuestras tradiciones como parte del proyecto de construir una comunidad iusfilosófica. Estos clásicos existen, y merece la pena ocuparse de ellos para rescatarlos del olvido y hacer que su obra perdure entre las nuevas generaciones. El conocimiento de nuestro pasado intelectual,

afirmó, puede contribuir bastante a entender nuestras insuficiencias del presente. La relatoría consistió en una síntesis de las 29 ponencias que se presentaron siguiendo un orden cronológico de autores y yendo del viejo al nuevo mundo. Comenzó con la ponencia de Pérez Luño, quien hizo un retrato de la escuela clásica española del Derecho Natural y de Gentes, ocupándose en especial de la teoría de la ley de Suárez, tema que también desarrolló la ponencia de Amezúa. Rivaya se centró en el exilio iusfilosófico español posterior a la guerra civil, dos de cuyos principales representantes fueron objeto de ponencias específicas: L. Recaséns (Cuadros) y F. González Vicén (E. Fernández). Bañuls reivindicó la categoría de clásico contemporáneo para E. Díaz, sin el cual no se entiende la filosofía del Derecho española actual. Lo mismo hicieron las ponencias de Ruiz Miguel y Mastromartino con la figura de N. Bobbio, el padre de la filosofía jurídica en Italia. Sobre las aportaciones de otro clásico perteneciente a esta misma tradición, L. Muratori, escribió M. Fernández, mientras que Sarlea dedicó su ponencia a S. Cotta. Los dos principales discípulos de Bobbio, U. Scarpelli y G. Tarello, de quienes arrancan las dos escuelas fundamentales de la iusfilosofía jurídica italiana contemporánea —Milán y Génova— fueron objeto de sendas semblanzas por Morales, y Barberis y Chiassoni. Dentro de la tradición francesa, Fariñas recordó in memoriam la figura de A.-J. Arnaud. Da Rocha se aproximó a la filosofía del Derecho internacional del tunecino R.J. Dupuy. Pasando ya al área latinoamericana, dos ponencias (Garza y Vázquez) reivindicaron la importancia de E. García Máynez como uno de los más importantes filósofos del Derecho del panorama mexicano. Mattei-Gentili analizó las contribuciones de R. Tamayo, mientras que Orihuela y González Ibarra escribieron sobre la influencia de Bobbio y Ferrajoli en el constitucionalismo mexicano. Otras ponencias recuperaron pensadores importantes pero más desconocidos fuera de sus fronteras como el chileno discípulo de Kelsen J. Millas (Cofré) o los brasileños C. Maximiliano (Miozzo), Machado Neto (Albagli/Muricy) y L.A. Warat (Wollmann). De un aspecto de la teoría de las falacias del uruguayo C. Vaz Ferreira se ocupó Abache. La filosofía del Derecho argentina, aquella que en palabras del relator ha conocido un mayor desarrollo en el pasado reciente dentro del ámbito latinoamericano, fue también

objeto de tratamiento por varias ponencias. Luna dedicó su contribución al primer iusfilósofo latinoamericano que creó una escuela (la egológica) con repercusiones fuera de su país: C. Cossio. M. Fernández rescató la obra del tomista T. Casares. Las importantísimas aportaciones de C. Alchourrón y E. Bulygin a la teoría del Derecho y la lógica jurídica fueron glosadas por Almanza. Roca sistematizó las principales líneas del pensamiento de C. Nino, a quien algunos califican como el filósofo del Derecho latinoamericano más relevante, prematuramente fallecido en 1993. Y Malem, por último, hizo un recorrido por la vida y obra de E. Garzón Valdés, miembro del Comité de Honor del Congreso pero que no pudo estar presente, con especial referencia a sus aportaciones en ética y filosofía política. El relator concluyó remarcando el trabajo que aún queda por hacer en la rehabilitación de los clásicos de la iusfilosofía latina (citó en tal sentido como lagunas, "casi océanos", a autores como Ch. Perelman o M. Reale) y encomendó la tarea de culminarlo como una de las más importantes a cumplir por la futura asociación I-Latina.

10. La sesión "Nuestros clásicos" no fue seguida de discusión sino que en su lugar se celebró una mesa redonda sobre "El futuro de la Filosofía del Derecho en el mundo latino" en la que participaron E. Díaz, Luigi Ferrajoli y J. R. Capella, oficiando P. Comanducci (U. de Génova) como moderador. Se dio lectura antes de ello a un manifiesto en el que los profesores e investigadores de filosofía del Derecho reunidos en Alicante expresaron su rechazo a la actual política de la Unión Europea respecto a los refugiados por poner en peligro los derechos de miles de personas que huyen de la guerra, la persecución y la miseria contradiciendo frontalmente los ideales de justicia y libertad que inspiran sus Tratados fundacionales. El moderador planteó a los ponentes la cuestión titular no sólo como predicción sino ante todo como directiva: qué metodología debería tener a su juicio en el futuro la filosofía del Derecho en nuestros países. Intervino en primer lugar Capella, quien defendió que la tarea que tienen ante sí los juristas y filósofos del Derecho en las próximas décadas es la de actualizar un "Derecho de la desigualdad" como condición del cambio socioeconómico y político frente al "Derecho de la igualdad" que hemos heredado. Las profundas desigualdades reales

producidas por el Derecho formalmente igual de la sociedad capitalista, dentro del actual escenario de “paroxismo excluyente del mercado absoluto” y de “desregulación extrema”, sólo pueden ser superadas inventando medidas que toman paradójicamente la forma de “privilegios” (como la discriminación positiva) que permitan dejar atrás los privilegios realmente existentes. Esta acción compensatoria, gradual y por etapas, exigirá una economía del postcapitalismo o socialismo parcialmente pública y regulada bajo nuevos marcos, no necesariamente estatales, así como el afianzamiento de las instituciones igualitarias y los procedimientos democráticos. Elías Díaz, después de ironizar sobre el concepto de “clásico”, señaló que no le gusta hablar de crisis de la filosofía del Derecho, porque este siempre ha sido su estado natural, aunque sí constató que tiene “serios problemas” en el presente. Destacó entre ellos el de cierta indefinición o falta de identidad en su planteamiento metodológico, achacable sobre todo a la falta de complemento de una visión internalista o analítica del Derecho, necesaria pero insuficiente, con la consideración del contexto histórico-social en el que debe predominar la referencia a valores, la crítica del poder y la perspectiva de las ciencias sociales externas. El filósofo del Derecho no puede limitarse a ser un “decorador de interiores” sino que debe poner atención también al paisaje circundante. A fin de cuentas el Derecho es una ciencia social, una técnica para la implementación de la justicia. Recordó que esta había sido la tónica en su propia manera de entender la filosofía del Derecho desde los tiempos de vigencia oficial del Derecho natural durante el período franquista, cuando publicó sus libros Estado de Derecho y sociedad democrática (1966, obra cuya publicación fue secuestrada por el régimen) y Sociología y Filosofía del Derecho (1971). Finalizó con la propuesta de un realismo crítico para la filosofía jurídica del mundo latino. Ferrajoli, por su parte, arrancó de un diagnóstico acerca de las afinidades que el Congreso había puesto de manifiesto por encima de las divergencias de enfoque y cultura, cifrándolas en un consenso general en torno al papel de la razón como factor de civilización y crítica del Derecho. Dos características estructurales de nuestras democracias constitucionales, tras la superación de períodos autoritarios dominados por un pensamiento fuertemente metafísico, han abierto el paso a este

planteamiento racionalista, laico y más centrado en la práctica del Derecho positivo: el principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho y la constitucionalización rígida de los principios de libertad, igualdad y derechos sociales. El verdadero problema del futuro de la filosofía del Derecho en el mundo latino (puesto que estos rasgos estructurales no se presentan igual en los sistemas del common law, algo que según Ferrajoli nuestra subordinación a la cultura anglosajona nos hace olvidar a veces) estriba en dar cuenta críticamente del Derecho en lugar de presentarlo ante estudiantes y juristas como una mera técnica burocrática del poder o del control social. Ello entraña asumir el carácter artificial y construido del Derecho como lenguaje de la política y de los problemas sociales y sus soluciones, así como la distancia existente entre la normatividad fuerte constitucional y las desigualdades y violaciones de los derechos en un mundo globalizado. Surge así un doble punto de vista crítico correlativo a las dos características mencionadas: la crítica externa de la validez jurídica en términos de justicia y su crítica interna en términos de legitimidad constitucional. Ferrajoli alertó también sobre las falacias del realismo jurídico y político consistentes en la naturalización de los sistemas sociales, sobre todo la economía, y en la legitimación del Derecho realmente practicado como si en ambos casos no hubiera alternativa política. La anomia del Derecho ilegítimo por acción u omisión es el mayor reto del constitucionalismo en una época en la que el imperio de la ley ha sido sustituido — no por los tribunales constitucionales sino— por el imperio del contrato. Es preciso, finalizó, repensar la geografía de los poderes sociales para llenar el vacío actual de Derecho público mediante reglas heterónomas que sometan de nuevo el poder económico y financiero transnacional a las soluciones políticas del Derecho en lugar de a las del mercado. Por último, Comanducci cerró la mesa redonda con unas palabras de conclusión en las que recalcó igualmente los elementos en común existentes entre la diversidad de concepciones representadas en el Congreso (analíticos, iusnaturalistas, críticos, argumentativistas), dentro las que constató un “parecido de familia” no sólo lingüístico-cultural sino también en cuanto a una manera compartida de entender y practicar la filosofía del Derecho como fuerza crítica y transformadora. Calificó el encuentro como una operación de política

cultural: la institucionalización de redes intelectuales ya existentes que debía avanzar en dos direcciones. Por un lado, profundizar el conocimiento del Derecho de manera que unas tradiciones se enriquezcan en el intercambio con las otras y, por otro, fortalecer la función que la filosofía del Derecho ha ejercido siempre como conciencia crítica de los juristas. Finalizó agradeciendo al Director del Congreso, Manuel Atienza, y al grupo de Alicante el impulso en la construcción de puentes dentro de la cultura latina a ambos lados del océano.

Se formó a continuación con todos los asistentes la asamblea constituyente de la Asociación lusfilosofía del Mundo Latino (i-Latina). Tras debatir la propuesta de Estatuto previamente suministrada a los participantes del Congreso se acordó aprobarla y declarar constituida la Asociación. Como órgano originario de la misma se establece la Asamblea General, a la que pertenecen como miembros natos los inscritos en el primer congreso y todos aquellos que deseen integrarse en la misma en el futuro. La Asamblea se reunirá en los Congreso bienales a celebrar desde ahora en los años pares. Se nombra también un Comité Ejecutivo formado por 24 miembros que se renovarán por mitad cada dos años y cuya misión es organizar los Congresos a partir de 2018, crear y mantener una página web de la Asociación y editar la revista "i-Latina" que será el órgano de expresión de la Asociación. Son designados como miembros del Comité: D. Accatino (Chile), J.P. Alonso (Argentina), N. Bersier (Suiza), E. Bodelón (España), J. Calvillo (México), V.J. Carvajal (Colombia), J. Cruceta (República Dominicana), J.A Cruz Parcero (México), D. Duquelsky (Argentina), R. García Manrique (España), I. Lifante (España), M. Lacombe (Brasil), H. López Sterup (Colombia), A. Lozada (Ecuador), D. Mendonca (Paraguay), E. Millard (Francia), R. Ortega (México), F. Poggi (Italia), M.C. Quispe (Perú), J.C. Riofrio (Ecuador), R. Rabbi-Baldi (Argentina), C. Roesler (Brasil), J. Vega (España) y R. Villanueva (Perú). Como Secretario fue elegido J. Vega. Finalmente se nombra también un Consejo Asesor integrado por todos los miembros de los Comités de Honor y Asesor del Congreso, a los que se añaden J. Aguiló, M. Atienza, J.C. Bayón, M. Gascón, A. Rubio y A. Ruiz Miguel. La Asamblea emite su opinión favorable sobre la propuesta de organización del Segundo Congreso en Brasil, encomendándose al Comité Ejecutivo recién nombrado la decisión definitiva al

respecto. Se levantó la sesión y se puso fin al Congreso con una cena de clausura de todos los asistentes en el Castillo de Santa Bárbara de Alicante.

Actualmente está ultimándose la web de la Asociación (i-latina.org). También está poniéndose en marcha, con la colaboración de la Biblioteca Cervantes Virtual, la edición de la revista digital I-Latina y la publicación de una sección permanente de clásicos de la filosofía jurídica del mundo latino. La sede del Segundo Congreso, previsto para julio de 2018, será la ciudad de Río de Janeiro.

INTRODUCCIÓN

El tema de nuestra Comisión sugiere el cruce de dos conceptos: "derechos sociales" y "estado constitucional"

Esto parece aludir al hecho de que los estados contemporáneos son -o tienden a ser- estados constitucionales sociales, esto es, estados cuya constitución consagra catálogos más o menos extensos de derechos económicos, sociales y culturales (DSEC), además de los clásicos derechos civiles y políticos (DCP). Pero también alude a que esa correlación conceptual no es ni obvia ni pacífica, sino que descansa sobre tensiones vitales y cruciales.

Nuestra comisión se ha visto honrada con la presentación de casi 40 ponencias, contando entre los ponentes a eximios filósofos del derecho. Esto ha sido, por un lado una ventaja, porque asegura el interés y calidad de los debates que tendremos, pero por otro lado, dificultó nuestra tarea, porque será muy difícil dar cuenta en detalle de la riqueza que se encuentra en todas ellas.

Ante la variedad de los enfoques, me ha parecido conveniente agrupar dichas ponencias en tres grandes ejes:

a) ponencias que plantean o discuten cuestiones generales sobre los DESCs, concernientes a su conceptualización, constitucionalización, judicialidad, globalización, fractura, etc. las cuales son mayoría.

b) ponencias que abordan específicamente algunos DESCs, para discutir alguna cuestión vinculada a ellos,

c) ponencias que plantean algunas experiencias nacionales en torno a los DESCs.

Naturalmente, como toda clasificación tiene algún grado de arbitrariedad, y por consiguiente, la distribución propuesta no significa que en el tratamiento de casos no existan referencias generales, o que en los abordajes generales no se aluda a casos y ejemplos particulares.

Con estos ejes procuraré dar cuenta de las ponencias presentadas, de manera que sirva como base para el planteamiento de algunas cuestiones relevantes, que oficien de disparador para nuestros debates. Quiero agradecer muy especialmente el apoyo del Prof. Jesús Vega y su equipo por la colaboración que me brindaron para la preparación de la Relatoría, así como a la Prof. Isabel Lifante, con quien hemos tenido valiosos intercambios. De todas maneras, las deficiencias que pudieran apreciarse en la Relatoría, son de mi exclusiva responsabilidad.

I. CUESTIONES GENERALES

1. PLANTEAMIENTO

Una parte importante de las ponencias que registra nuestra Comisión (algo más de la mitad) abordan fundamentalmente cuestiones generales sobre los DESC: conceptualización, constitucionalización, fundamentación ideológica, y sobre todo, su justiciabilidad o ejecutividad.

Estos son los ejes más frecuentes; sin embargo, en las ponencias se advierten otras preocupaciones que me gustaría aislar para visibilizarlas mejor: por ejemplo, aparece en algunos casos una intensa preocupación epistemológica.

2. CUESTIONES EPISTEMOLÓGICAS

Denomino aquí "cuestiones epistemológicas" a los planteamientos que de una u otra manera ponen foco en los condicionamientos del conocimiento, concepción y aplicación de los derechos sociales.

En las ponencias recibidas encontramos referencias a los condicionamientos histórico-culturales, paradigmáticos, teóricos, etc.

2.1. Los condicionamientos histórico-culturales

Un primer señalamiento -de carácter autocrítico- proviene del Prof. Cruz Parceró, quien nos advierte que quienes adoptan un punto de vista más filosófico pocas veces recapacitan sobre el tipo de teoría que realizan en un determinado contexto; en su lugar, propone un enfoque multidisciplinario para entender la cuestión social como un proceso no sólo jurídico sino también político, económico y cultural.

Esto le permite ver que si bien es cierto que la Constitución mexicana de 1917 fue la primera en reconocer derechos sociales, y que la idea social de los constituyentes no era clara, ni pensaron en establecer un Estado Social. En cambio, ello dio lugar a una relación corporativa dentro del régimen político. Por otra parte, los constitucionalistas mexicanos permanecieron ajenos a un enfoque crítico de la Constitución. El avance de la legislación sobre los derechos sociales no se explica por la constitución, sino que estuvo ligada a factores económicos y políticos que condicionaron la implementación de las normas constitucionales.

2.2. El reduccionismo normativista

Toda teorización puede caer en la tentación del reduccionismo, actitud caracterizada por una excesiva simplificación en las hipótesis explicativa de fenómenos complejos.

En este sentido, el Prof. Lozada Prado señala distintas modalidades del reduccionismo en torno a los derechos humanos, para detenerse en el "reduccionismo normativista", que él atribuye a Luigi Ferrajoli, por cuanto "su teoría gira en torno a la categoría capital de derecho subjetivo entendido exclusivamente como estructura lógico deóntica" lo cual determina en primer lugar tornar "irrelevante para la teoría del Derecho el problema de la fundamentación moral de los derechos fundamentales y, consecuentemente, su consideración como bienes de carácter axiológico susceptible de justificación objetiva" y en segundo lugar, lleva a que "la cuestión prestacional de los derechos fundamentales, la exigibilidad judicial de tales derechos se ve confinada al estricto y reducidísimo campo de la argumentación subsuntiva, mutilando así el papel potencialmente justificante que tienen los derechos." A juicio del autor, este reduccionismo ha sido

un obstáculo (obstáculo epistemológico) para que avance la justiciabilidad de los derechos sociales, lo cual ilustra analizando un importante caso decidido en la justicia argentina.

2.3. El paradigma positivista

Es sabido -a partir de la teoría de Kuhn- que la instalación de una determinada visión teórica, con el tiempo tiende a condicionar la comprensión de los cambios que pudieran acontecer en él. Para el prof. León, algo de esto estaría sucediendo en el estudio del nuevo constitucionalismo, condicionado por el paradigma positivista, el cual fue muy útil y beneficioso en la lucha contra la “doctrina del derecho natural” (como ideología religiosa) y las propiedades características del Derecho del “antiguo Régimen”. Pero los nuevos fenómenos caracterizados como neo-constitucionalismo exigen revisar sus postulados y adoptar nuevos conceptos y nuevas categorías, en especial, para explicar y justificar el rol que juegan los principios (los derechos fundamentales) en el Derecho y el razonamiento jurídico. Esto significa volver a considerar el Derecho como un “fenómeno esencialmente político”, con importantes conexiones con la Moral y la Política. Se requiere “una lectura moral” del derecho, que es a la vez política; superando así una de las tesis centrales del positivismo. En el plano metodológico, a juicio del Prof. León, la interpretación cognitiva (identificación de los posibles significados), debería dar paso a la interpretación decisoria (selección de uno de los significados posibles) y a la interpretación creativa (atribución de un nuevo significado y/o derivar normas “implícitas”), operaciones claramente “políticas”, legítimas en tanto esas valoraciones sean explícitas. Para ello propone, además, integrar la perspectiva teórica, dogmática y el análisis histórico para desentrañar los significados e identificar tensiones en cada instancia constitucional. Se trata de vincular el estudio de las fuentes “formales” con las fuentes “materiales” del Derecho, desarrollando categorías históricamente sensibles para comprender las mutaciones constitucionales., evitando así que la constitucionalización de los derechos los dejase “desfasados” del contexto histórico. Así la teoría cumpliría el cometido de actualizar el derecho con los

argumentos que permiten armonizar el principio constitucional y democrático. Su argumento central es que "sólo se puede justificar la imposición colectiva de un modelo de conducta cuando se basa en decisiones previas adoptadas por el pueblo en cuanto soberano (a través de las "instituciones" que representan esa voluntad); interpretadas adecuada y actualmente conforme a los criterios hermanos de integridad y coherencia, en el marco de una concepción del Estado de Derecho centrada en los derechos."

2.4. El condicionamiento cultural

Algunas ponencias señalan la importancia del contexto cultural en la concepción de los derechos sociales.

El prof. Franco Gatti encuentra que en los Estados latinos, con frecuencia los DESC son sólo un "paraguas conceptual, orientado a concebir a los derechos sociales como de realización progresiva, programáticos o de otro tipo de generación, -sin claridad de plazos ni indicadores de progreso-, alivianando las responsabilidades estatales y erigiendo un marco de discrecionalidad para que las ideologías liberales continúen eclipsando los derechos colectivos." Los DESC son vistos como meras promesas constitucionales o convencionales, inelegibles coactivamente por carecer de un sujeto obligado suficientemente determinado, y fácilmente escindibles de los derechos civiles y políticos que no ofrecen dudas acerca de su carácter de derechos subjetivos. Esto explicaría porqué a pesar del constitucionalismo social que exhiben sus constituciones, las deudas en materia de derechos sociales aún persisten y hasta se acrecientan

La variable cultural también mostraría -en opinión de la prof. Pamela Aguirre- la relatividad de la clasificación de los derechos en "generaciones", que ocultaría procesos históricos distintos, pues lo que para Europa era primera generación, para los países andinos era tercera generación y viceversa; esto es, que para las culturas indígenas andinas lo primero que se desarrolló fue lo que ahora conocemos como derechos colectivos (recogiendo una observación del ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría).

El Prof. León también señala el contexto cultural como determinante de las posibilidades de efectivización de los derechos humanos.

3. CUESTIONES CONCEPTUALES Y DE FUNDAMENTACIÓN

Muchas cuestiones conceptuales -como la unidad o dualidad categorial de los derechos humanos- aparecen vinculadas a la cuestión de la fundamentación, común o diversa entre las distintas categorías de los derechos fundamentales, razón por la cual mencionaremos bajo este mismo epígrafe las ponencias que refieren específicamente a tales cuestiones.

3.1. Unidad o dualidad de los Derechos fundamentales

Para el Prof. Prieto Sanchís la concepción de los derechos fundamentales "a la americana" descansa sobre dos ejes básicos: la limitación de la libertad política del legislador y la tutela jurisdiccional de los derechos, y se pregunta si esa concepción puede extenderse legítimamente a los DESC. Luego de reseñar las posturas que ven en esta categoría contornos bastante dudosos, heterogéneos o difuminados (indefinible definiens), para otros tienen rasgos compartidos, o más aún, ambas categorías pertenecen a un mismo proyecto, hay continuidad entre ellas: los DESC señalarían una condición para que los derechos fundamentales de libertad e igualdad se conviertan en reales y efectivos, lo cual no significaría negar diferencias de efectividad o modalidad. Ante este panorama, el Prof. Prieto encuentra ejes de tensión en el papel de las instituciones, el carácter prestacional de los DESC, la titularidad, y el contenido obligacional, que determinan la heterogeneidad de los DESC, siendo, de todas maneras el problema central su caracterización básica como obligaciones estatales prestacionales. Luego de estudiar las principales objeciones para un tratamiento homogéneo de todos los derechos fundamentales, concluye que "si sólo la constitucionalización de los derechos sociales hace de ellos derechos fundamentales, o sea derechos frente a la mayoría, sólo la legislación puede asegurar también que sean derechos en verdad eficaces. Pero no sólo la eficacia depende del establecimiento legal de las correspondientes garantías, sino también la fisonomía universalista e igualitaria

que es propia de todos los derechos fundamentales." En cambio, agrega, "El mundo de las prestaciones sigue siendo en gran parte un mundo burocrático presidido por la discrecionalidad política y administrativa y por ello sensible al favoritismo y a la corrupción. La ley no confiere existencia jurídica a los derechos sociales, que la obtienen de la Constitución, pero sí proporciona la garantía tanto de su eficacia jurídica como de la seguridad e igualdad entre los destinatarios y consiguientemente de la imparcialidad de las instituciones"

El Prof. Alí Lozada Prado- se muestra de acuerdo con quienes critican la tesis de la asimetría conceptual entre las dos categorías de derechos fundamentales, porque en ambas—aunque en distinta medida- hay derechos positivos y negativos. Y, por tanto, ambas clases son, en determinados aspectos, costosas, exigiendo obligaciones prestacionales por parte del Estado. Con ello se demuestra que la cuestión prestacional de los derechos fundamentales afecta a todas sus clases, por lo que resulta útil como piedra de toque para testear cualquier teoría de los derechos."

Comprendiendo que la deseada unidad de los derechos humanos sólo sería posible a partir de una fundamentación común de los DCP y los DESC, algunas ponencias exploran ese camino.

Para algunos, esa clave radica en la noción de dignidad humana, como es el caso de la ponencia del Prof. Cubero, para quien "La premisa debe partir de la consideración de la persona con independencia de su posición en la estructura de mercado o productiva, y debe atenderse exclusivamente a la garantía de su dignidad."

La ponencia de la prof. Mónica Valcarcel -que relacionamos más adelante- también aboga por la indivisibilidad de los derechos humanos, a través de una redefinición del significado de los derechos, de su alcance, a través del cauce axiológico, de la ponderación, no de la previa clasificación realizada por las constituciones. Por consiguiente, postula cuestionar la tesis tradicional en torno a la naturaleza y caracteres de los derechos sociales, para aproximarse a un

concepto más holístico, que permita integrar los derechos humanos vertebrados por el eje de la dignidad de la persona y su autonomía.

Para el Prof. Paoli Bolio el planteamiento de los derechos humanos tiene su origen en la idea de los derechos naturales que portan los seres humanos: su condición de seres inteligentes y capaces de expresar su voluntad libremente. Esa condición les da una dignidad que debe respetarse y preservarse, como premisa mayor tal como lo prescribe Peter Häberle. Se trata de una dignidad eminente cuya prioridad ilustra el conjunto de los sistemas de derecho, particularmente en el ámbito de los derechos humanos de las personas, de los derechos de grupos sociales y los derechos de la tercera generación.

La ponencia del prof. Gumaro López también pone como fundamento último la dignidad humana, alegando vehementemente por "una justicia verdaderamente democrática, constitucional progresista, observando los verdaderos principios del derecho, no reglamentados con el fin de optimizar la aplicación de criterios favorables a los gobiernos que en este caso son represivos, no de acceso a derechos humanos, sino (...) a favor de la dignidad humana".

Por el contrario, el Prof. Sosa Sacio , buscando también un fundamento común, comienza por rechazar el concepto de "dignidad humana" como fundamento sólido y universalizable para los derechos humanos, debido a su ambigüedad y polisemia. En su lugar, ofrece una perspectiva alternativa para fundamentar derechos la cual gira en torno a la noción de "necesidades humanas básicas", pues ésta, al servir de puente válido entre los planos del ser y del deber ser, abre las puertas a una posible fundamentación de los derechos humanos ajenas a especulaciones metafísicas, ontologías, naturalismos o fundacionalismos constructivistas, para lo cual repasa las distintas características que se le atribuyen a esta noción (carácter insoslayable, es decir que no pueden ser evitadas, el daño que genera su insatisfacción, su universalidad, su objetividad en cuanto no dependen de pretensiones subjetivas), para concluir en una definición que partiría de exigencias morales básicas: capacidades o condiciones de vida, cuya falta de

satisfacción o realización hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones.

3.2. Fundamentación de los DESC con independencia de la igualdad.

Sin entrar a la discusión sobre el fundamento último de todos los derechos humanos, el Prof. García Amado admite que en el Estado social implica una cierta política redistributiva de la riqueza entre sus ciudadanos, y que, por consecuencia, la relación entre Estado social y derechos sociales, por un lado, e igualdad y desigualdad económica, por otro, se hace patente. Por definición, dice, un Estado social no es realmente tal o como tal fracasa cuando la gran riqueza de algunos se da al mismo tiempo que una falta de satisfacción mínima razonable de los derechos sociales más básicos de otros ciudadanos.

Pero, y ello constituye el centro de su argumentación, esto no significa que la igualdad o igualación sea el fundamento último de los derechos sociales, ya que a su juicio igualdad y DESC son conceptualmente independientes. Para ello argumenta que el mejor Estado social no es aquél en el cual la desigualdad económica entre sus ciudadanos es menor, sino en el cual la satisfacción de los derechos sociales se da en mayor medida, lo cual demuestra con algunos ejercicios imaginarios.

Luego de exponer brevemente las principales teorías de la igualdad y el suficientismo, García Amado se pregunta cuál de ellas se adecuaría mejor a las pautas que surgen de los textos de la constitución española, para concluir que a su juicio "las doctrinas suficientistas (Robert Huseby; Harry G. Frankfurt), de la mano de la justicia como igualdad de oportunidades (Roemer, Arneson), brindan la visión más acorde con el modelo consagrado en la constitución española. El suficientismo indica que no hay Estado justo allí donde, existiendo recursos suficientes, no están atendidas las necesidades básicas de todos los ciudadanos. Y los derechos sociales vienen, precisamente, a dar a la satisfacción de esas necesidades primarias de cada individuo el estatuto de auténticos derechos individuales y reclamables ante el Estado, que es quien ha de realizar las correspondientes prestaciones. El

suficientismo no exige del Estado social que sea un Estado igualitario ni supone que es más social el Estado en el que hay mayor igualdad económica entre sus ciudadanos, siempre que lo que cada uno tenga haya sido lícita y legítimamente obtenido.

4. CUESTIONES ESTRUCTURALES

4.1. La constitucionalización

Un primer aspecto estructural de los DESC tiene que ver con la propia institucionalización del fenómeno: su constitucionalización, fenómeno que se manifiesta , por un lado en su inclusión en los textos constitucionales (hecho que ya lleva un siglo), sino además por su proyección o “derrame” en las dogmáticas particulares, y por la adopción de algunos criterios de protección de esos derechos constitucionales.

a) Justificación del diseño institucional.

Sobre el primer asunto, la ponencia del Prof. Commanducci aborda el debate entre neo-constitucionalistas ideológicos y positivistas ideológicos , en torno al mejor diseño para garantizar los derechos humanos, en especial sobre la articulación entre rigidez constitucional, papel de la ley, y papel del control de constitucionalidad.

Según su síntesis, mientras el neo-constitucionalismo ideológico se debe obediencia al derecho sólo si se conforma a una constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen la “positivización” de la moral crítica. Esta justificación proviene de una moral que nace fuera del derecho, y lo penetra desde la constitución. En última instancia, entonces, la obediencia tiene un fundamento sustancial. En oposición, el iuspositivismo ideológico, en su versión stricto sensu se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, pero sólo si sus procedimientos de formación son democráticos, es decir si las

leyes (generales y abstractas) han sido aprobadas por la mayoría. Aquí el valor intrínseco del procedimiento democrático – que asume como valor supremo la autonomía, además de perseguir aquellos de la paz social y de la igualdad formal, ya que atribuye a todos los ciudadanos un igual derecho de participación política – justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por la mayoría (sin limitaciones sustanciales, y por lo tanto cualquiera sea su contenido).

Luego de presentar ambas posiciones, Commanducci se detiene especialmente en la argumentación de Waldron, a quien considera un exponente paradigmático del 'modelo Westminster' o sea una democracia procedimental sin vínculos sustanciales, según la cual la regla de la mayoría estaría acorde con el valor privilegiado de la autonomía, la cual sería contradictoria con la superioridad constitucional y con el control de constitucionalidad, ambas figuras claves -por el contrario- para el diseño del Estado Constitucional de Derecho que preconizan los neo-constitucionalistas ideológicos.

Pasa luego a exponer su refutación, con los siguientes argumentos situados en el plano ético (discurso normativo, no empírico) y de carácter filosófico-político:

a) Argumento del valor protegido: la superioridad de la autonomía, como valor a favor del principio de la mayoría, no se justifica, pues existen otros valores tan o más importantes, como la vida, la seguridad, la libertad, etc. (argumento de Ferrajoli).

b) Argumento del valor intrínseco del procedimiento de decisión: aún aceptando la prioridad de la autonomía, Commanducci señala que si bien es verdad que la regla de mayoría es superior a cualquier “regla de minoría”, no es verdad que la regla de mayoría sea siempre la regla intrínsecamente superior respecto a todas las demás reglas para tomar decisiones colectivas, ya que esto depende del contexto en que las reglas actúan. Por ejemplo, si se trata de un contexto donde justamente lo que hay que decidir es si vivir en sociedad, o si tomar o no decisiones colectivas que vinculan a todos, entonces la regla de la unanimidad es intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no viola – como lo hace la

regla de mayoría – la autonomía de ninguno. Este es el contexto de la objeción del anarquista, la cual no es refutable, y por consiguiente, siempre se obedece a otros, y todo poder heterónomo tiene algún grado de ilegitimidad. Pero, si no todos los poderes son igualmente ilegítimos, deberíamos preferir los menos ilegítimos.

c) Argumento contractualista: en una situación ideal, contra-fáctica, en la que seres racionales tuvieran que elegir a qué tipo de poder someterse, el contractualismo afirma que el mal menor sería elegir una democracia procedimental con límites substanciales, es decir un procedimiento distinto de la simple regla de mayoría. Confiar en la sola democracia procedimental sería peligroso para los intereses, o los derechos fundamentales de cada individuo. La decisión racional sería la de sustraer al dominio de la mayoría los intereses, o los derechos fundamentales, y dejar a la decisión de la mayoría todos los demás asuntos. La unanimidad racional en los asuntos fundamentales sería un procedimiento intrínsecamente superior a la regla de mayoría, ya que no violaría en absoluto el valor de la autonomía individual.

b) Constitucionalización como "derrame" de los principios constitucionales

En cuanto al segundo fenómeno -el derrame o proyección en las dogmáticas particulares- nos ilustra el prof. Almanza Torres. Luego de explicar los antecedentes y características principales del neo-constitucionalismo europeo, concluye señalando los riesgos que cabe advertir en la instalación del neoconstitucionalismo en el derecho privado, y especialmente en el derecho mercantil. Y ello porque el traslado de los valores constitucionales al derecho privado, y en especial el principio de la dignidad de la persona humana, ha significado que los creadores y aplicadores del derecho, elaboren justificaciones teóricas y abstractas que flexibilizan la ley buscando su compatibilización con principios de contenido hasta cierto punto indeterminado. A su juicio esto justifica el juicio de quienes afirma que el neoconstitucionalismo constituye una involución a formas legales pre-modernas y la disolución del derecho, descuidando aspectos sumamente importantes, como las reales consecuencias de determinada ley o decisión judicial. En tal sentido, el modelo constitucional estaría llegando a su fin ,

para ser reemplazado por un derecho sin fronteras basado en las diversas fuentes del derecho. Esto se refleja especialmente en el Derecho comercial, el cual con sus características peculiares presenta dificultades para actuar en un Estado constitucionalizado, donde el intérprete o aplicador del derecho desconsidere la propia naturaleza de las relaciones comerciales y la función de la empresa en nuestra sociedad.

4.2. Formulación discursiva

Con respecto a la estructuración de los derechos sociales, no debemos perder de vista que siempre se trata de formulaciones discursivas, y como tales están sujetas a los códigos de la interpretación jurídica. Distintas ponencias reflejan el debate en torno al supuesto déficit de los DESC en virtud de estar expresados como derechos incompletos, esto es, que no alcanzarían la conformación de derechos perfectos, que serían los únicos hábiles para justificar su exigibilidad judicial.

a) El papel de la interpretación.

La ponencia del Prof. García Manrique nos ilustra cómo la forma -positiva o negativa de las obligaciones- resulta irrelevante cuando el tribunal llamado a pronunciarse, pone en primer lugar la función de garantizar los derechos, para lo cual se adoptan diversas estrategias interpretativo-argumentales, todo lo cual ilustra a través de la jurisprudencia del TEDH (que en principio sólo tenía el cometido de proteger los DCP) pero esa limitante mediante distintas estrategias argumentales que conectan los DESC con los DCP, como la técnica del “derecho conexo”, la interpretación extensiva del sentido de las cláusulas que establecen derechos y, en particular, de los conceptos de “vida”, “trato degradante”, “vida privada y familiar” y “propiedad”, etc. Sin embargo, el Prof. García Manrique advierte que todo ese esfuerzo del TEDH no logra más que una protección indirecta, parcial y, en última instancia, inconsistente de los DESC. En su lugar, se debería sustituir la argumentación basada en principios, por una que vaya a su significado moral, a los valores subyacentes, que permita realizar una lectura moral

de dichos principios, pues si nos quedásemos en el simple análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir.

b) Los supuestos ideológicos de la dualidad.

Según Beatriz Arriagada , "los derechos sociales siguen siendo incompletos, deficientes, discapacitados o devaluados frente a los generalmente privilegiados derechos civiles y políticos. Y esto muestra que los esfuerzos argumentativos revisados tampoco contribuyen significativamente al objetivo ideológico del neoconstitucionalismo." Siguiendo a F. Atria, entiende que las estrategias dirigidas a suprimir las diferencias entre los derechos sociales y los derechos liberales son inútiles, pues, su juicio, los derechos sociales son radicalmente diferentes a los derechos liberales dado que no pueden, como éstos, expresarse en el lenguaje de los derechos subjetivos. Por ahí también critica los intentos "progresistas" por hacer exigibles a los DESC, porque la esa "juridificación" tiene el precio de des-socializar (privatizar) las demandas socialistas, convirtiéndolas en auténticas demandas liberales dirigidas a que un interés sea atendido aun a costa del interés de los demás.

b) Tensión entre subjetivación y socialización de los derechos sociales

El prof. García Manrique destaca una tensión estructural entre la subjetivación y la socialización de los DESC. Si bien lo primero es hasta cierto punto posible, ello lo es al precio de individualizar la titularidad de esos derechos; en cambio, si optamos por mantener su carácter "social", es decir, como ideales que han de orientar la ordenación de toda la vida social, entonces dejarán de ser "derechos" en el sentido estricto o jurídico de la palabra, sino que se mantendrán en el ámbito de la política, donde los poderes actuantes son el legislativo y el ejecutivo y no el judicial. De tal manera, agrega, es muy posible que la energía moral y política acumulada en los derechos sociales pueda conservarse e incluso aumentarse cuando éstos funcionan como estándares jurídicos objetivos que permiten controlar la acción de las instituciones legislativas y ejecutivas. Y por el contrario, es muy posible que esa energía se pierda cuando convertimos a los derechos sociales en pretensiones de titularidad individual y contenido preciso

ejecutables ante un juez. Tan nocivo es para la causa de los derechos sociales creer que no pueden ser tutelados judicialmente como creer que sólo lo que puede ser tutelado judicialmente es lo relevante. A su juicio, los derechos sociales, en definitiva, han de mantener esa doble naturaleza de derechos subjetivos y de ideales supremos de la comunidad. En tanto que derechos subjetivos, expresan la parte mínima consensuada e innegociable del ideal y, en tanto que innegociable, límite a la acción política que los tribunales han de encargarse de asegurar. En tanto que ideales políticos, expresan los objetivos últimos de la comunidad que han de orientar la acción política pero cuya determinación permanece abierta a la discusión pública. Hay una línea que separa el ámbito de los derechos y el ámbito de la democracia, o el derecho de la política, pero se trata de una línea que no es fácil de trazar y que marca ese equilibrio inestable antes invocado. Es una línea que tiene mucho de coyuntural, porque el consenso sobre lo que es innegociable y por tanto queda excluido de la discusión y de la política está sujeto a variaciones en el tiempo y en el espacio. Lo que no hay que olvidar es que los derechos no están sólo de un lado de la línea, sino también del otro y que, por eso, los derechos no son sólo un límite a la democracia sino también su cauce."

II. CUESTIONES PRÁCTICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

4.3. Exigibilidad o justiciabilidad

El tema de la exigibilidad o justiciabilidad sobrevuela o subyace a la mayoría de las ponencias, pero destacaría la de la Prof. Pamela Aguirre que aborda los mitos y verdades que se han esgrimido en torno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia al ámbito latinoamericano. Destaca que el constitucionalismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo XX, la doctrina mayoritaria sostiene que los DESC son plenamente exigibles bajo el supuesto que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y sin jerarquías.

4.4. No regresividad de los derechos sociales

Si la cuestión de la exigibilidad y justiciabilidad atiende a la vulnerabilidad de los DESC derivados del incumplimiento del Estado Constitucional, la cuestión de la no regresividad atiende a las dinámicas regresivas y vulneradoras de los derechos. A tal fin la Prof. María José Añón sostiene que "los estándares internacionales de derechos humanos, así como aquellos que los desarrollan e interpretan, pautan la forma y el contenido de los argumentos que inciden en la justificación de la regresividad en materia de derechos humanos y, más específicamente, de los derechos sociales." Principios como seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales o valores ligados a la dignidad humana resultan útiles para establecer la validez de las normas y evaluar la legitimidad de medidas restrictivas de derechos. Dichos criterios utilizados para verificar el carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente prohibidos: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida que hace necesaria la realización de un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y la legitimidad de la medida, así como del propósito de la norma. Por consiguiente, sería responsabilidad del Estado justificarla, y, en caso de duda, debería determinarse la invalidez de la norma regresiva. Es por ello que sugiere la urgencia de centrar los esfuerzos interpretativos y justificatorios en la determinación de un contenido mínimo esencial y en la finalidad legítima del derecho. A su juicio se impone el uso de los criterios de proporcionalidad, necesidad y ponderación para evitar errores y riesgos que muestra la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, aplaude las indicaciones de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos que se orientan a exigir razones cuidadas y precisas vinculadas a normas superiores – y a derechos–, contra las apelaciones genéricas a las políticas públicas, la disciplina fiscal, ciertos objetivos financieros o económicos, la propia crisis económica y la recesión. Denuncia, así el abuso de la apelación parámetros constitucionales que no integran los derechos fundamentales o a argumentos de diverso calado –entre ellos, la

situación económica de crisis, la estabilidad presupuestaria o la prohibición déficit público– en momentos de recesión económica.

4.5. Mediación de la tensión Estado Social y Mercado

Para Jiménez Ramírez, las constituciones inspiradas en el neoconstitucionalismo ponen en tensión las ideas o principios de un Estado Social de Derecho (solidaridad) y el Mercado (autonomía de los individuos), como ámbitos morales que no admiten reducción o supresión. Una relación cooperada es posible y necesaria entre el estado social y el mercado, pues sus alcances son requeridos para la garantía de las capacidades humanas, dentro de las cuales se encuentra la participación en el mercado, como espacio de libre y ética interacción, como espacio solidario y de búsqueda por la digna subsistencia. No es adecuado predicar una separación, o una tensión constante incapaz de ofrecer síntesis, cuando existen múltiples ámbitos sociales que requieren de la actividad productiva, de la tributación y de la gestión estatal moderada y garante, como la realización de los bienes básicos y la superación de la desigualdad que supone la pobreza. Esta relación cooperada debe estar fundada en principios y relaciones responsables por la justicia, en la existencia de deberes fundamentales que superen las relaciones clásicas de responsabilidad jurídica, y avancen a niveles morales y políticos de interés efectivo por el otro. Lo social no puede ser construido sin fundamentos y prácticas incluyentes por la democracia y la libertad, sin instituciones que se relacionen con sus ciudadanos a través de un servicio público integro, igualitario, deliberativo y transparente. El mercado, no es un marco exclusivo de la economía liberal, es un centro de bienes y servicios en el que está presente el hombre autónomo y su pluralidad; un lugar en el que puede darse el desarrollo humano, pero también el egoísmo y la arbitrariedad, lo que hace pertinente un constante control ciudadano, como se predica frente a cualquier poder.

4.6. El litigio social como forma preferible de judicialización de los DESC

Existe, tanto en Latinoamérica cuanto en algunos países de Europa central y oriental

pero también de África, una práctica relativamente generalizada de litigios, guiados por el interés público, cuyo común denominador parece ser la hipótesis de que es posible provocar alguna medida de cambio social a través del litigio. Esta forma de llevar discusiones de corte social a los tribunales, como una forma de activismo político, ha cobrado especial fuerza en aquellos países donde el margen de desigualdad social es más acuciante y ha tendido a poner sobre el tablero problemas estructurales de pobreza y exclusión social. La ponente caracteriza al Litigio Social como forma especial de Litigio de interés público, y diferencia esta forma colectiva de litigio de otras formas posibles de jurisdicción colectiva. En suma, argumenta que la judicialización de los derechos sociales debe ser realizada, preferentemente, a través de esta forma de litigio, pues es la que mejor se relaciona con sus caracteres definitorios (trascendencia colectiva y carácter prestacional).

4.7. La gobernanza como método.

Para el Prof. Paoli Bolio el tipo ideal "Estado Constitucional" se halla sometido a transformaciones sociales, económicas y políticas, debido al fenómeno de la Globalización. En esta tensión "globalización reduce las funciones del Estado nacional y ha incidido en su soberanía. De ahí que -observa- las reglas o prescripciones de gobernanza que se generan en el ámbito global, pueden promover positivamente y también afectar negativamente en alguna forma los derechos sociales definidos en el ámbito nacional. Más allá de dicha contingencia, destaca que si la prevalencia de normas de derecho internacional y de gobernanza global, se avanza en la protección de derechos humanos se irá conformando una ciudadanía global, esto es, que garantice un mayor respeto y sustentabilidad de la especie humana. La normativa producida por la gobernanza global presenta ventajas, por sus características de simplicidad, no vinculatoriedad, libre aceptación y por ser cumplidas en consideración a ser más beneficiosas para los afectados. De manera que si bien puede preverse que los Estados Constitucionales difícilmente desaparecerán en las próximas décadas y continuarán realizando muchas funciones, también puede conjeturarse que los Estados nacionales se irán debilitando progresivamente, por efectos de la globalización y de la gobernanza

global que estandarizará los procedimientos y en general la normatividad en algunos aspectos, particularmente en la defensa o protección de los derechos humanos. Así también los gobiernos municipales (mantendrán una operación importante para las poblaciones locales.

Los profs. Estévez y Toledano destacan también la importancia de la gobernanza en la efectivización de las políticas contra la pobreza de la Unión Europea, en lugar del tradicional recurso a las decisiones de los órganos representativos. La “gobernanza” -como sistema de regulación basado en la participación de los interesados, la negociación y la coordinación- se presenta como alternativa a –o, al menos, como complemento de- la democracia representativa y pretende sus propias fuentes de legitimidad (la participación de los interesados en el proceso y la racionalidad de las decisiones). A pesar de su difusión e interés, los autores, con razón, observan la escasa atención que estos nuevos fenómenos jurídicos y políticos están recibiendo por parte de los filósofos del Derecho, en contraste con su relevancia y extensión actual. No obstante, la conclusión a la que llegan es pesimista, dadas las fuertes restricciones que condicionan los procedimientos de toma de decisiones y el grado de participación de las ONGs en un órgano clave como es el Comité de Protección Social, todo lo cual conduce a una baja eficacia de las políticas contra la pobreza.

4.8. Papel de los jueces en los DESC

El Prof. León analiza el papel de los jueces ante los DESC, y los riesgos de politización que conlleva el activismo judicial”, caracterizado porque los tribunales por vía de interpretación de la Constitución crean nuevos derechos fundamentales o expanden el sentido de los contenidos en ella , o van más allá de la mera aplicación del Derecho existente, invadiendo la esfera de la formulación de políticas públicas. Esto es especialmente problemático en materia de derechos sociales, dado que la menor “legitimidad democrática” de los jueces frente al poder legislativo, opera como límite al “activismo judicial”, así como son un límite el que los tribunales no posean iniciativa, las peticiones y alegaciones de las partes delimitan su competencia y sus decisiones deben justificarse (en pautas pre-

establecidas). Luego de criticar la falta de teorización acerca del razonamiento “real” de los jueces en Hart y Kelsen, sostiene que torna relevante determinar cómo deciden los tribunales cuando aplican principios iusfundamentales y mediante qué mecanismos tales decisiones -sin perjuicio de su carácter político y contenido moral pueden continuar reclamando el estatus de discurso jurídico. El estudio de los derechos fundamentales necesita ser abordado desde una perspectiva teórica (¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cómo se aseguran?, ¿qué diferencias, si las hay, existen entre derechos sociales y otros tipos de derechos?) y dogmática (¿qué derechos asegura nuestro ordenamiento constitucional?, ¿qué consecuencias se siguen de ese reconocimiento?). El estudio de los derechos fundamentales es, en parte, dependiente del contexto. Su contenido de significado está condicionado por la práctica constitucional vigente, aunque el texto siempre “se abre” a nuevos desarrollos de interpretación de acuerdo con las circunstancias del entorno. En definitiva, se trata de vincular el estudio de las fuentes “formales” con las fuentes “materiales” del Derecho.

4.9. La ponderación como método de razonamiento judicial en el Estado Constitucional.

En su ponencia, el prof. Marcos Cubero señala que "El conflicto que late en la sociedad, entre los valores propios de una economía de libre mercado y las necesidades básicas o garantías mínimas para la dignidad de la persona, impide a priori primar unas garantías sobre otras, sino que han de ser ponderadas mediante una actuación de los estados, dado que el exceso de flexibilidad o la falta de intervención afecta a los DESC. Como dice gráficamente: “El valor humano del sufrimiento se halla al margen de la lógica de los mercados”. Y la exigibilidad de estos principios, formulados como derechos, depende de la actividad del legislador, la práctica judicial y la labor de los poderes públicos. Y si bien es cierto, señala, que el reconocimiento y exigibilidad de los derechos sociales se hallan limitados por criterios de orden económico, derivados del sistema de libre mercado, ello no puede desconocer la presencia de otros derechos vinculados a la dignidad de la persona, a su autonomía o al ejercicio de derechos fundamentales, como la vida

privada y familiar, que exigen no sólo abstención sino intervención del Estado. De ahí que el valor jurídico y la eficacia de los principios rectores derivan de su contenido e, incluso, de su conexión con derechos fundamentales de los que, en algunos casos, forma parte. Concluye sosteniendo que la teoría liberal de los derechos fundamentales debe entenderse superada, del mismo modo que la teoría clásica de la exigibilidad de los derechos sociales; “La aplicabilidad directa de principios como la vivienda, la asistencia sanitaria o el medio ambiente no puede someterse a los vaivenes del mercado o al color de la fuerza política dominante”, pues poseen eficacia y virtualidad propias, derivadas de su contenido vinculado en general a la dignidad, que no puede detenerse ante la imperfecta de su reconocimiento. En este sentido aplaude la jurisprudencia del TC o del TEDH que ha vinculado derechos fundamentales con derechos, que la misma Constitución califica como principios rectores de la política social y económica, dándoles así un contenido o esencia próxima a los derechos fundamentales o de primera generación. Por la misma razón, juzga que la modificación de la constitución española destinada a consagrar toda una filosofía o pre-filosofía que hace del mercado el casi pleno distribuidor de bienes y servicios. En un Estado Social y Democrático de Derecho no debe establecerse la prevalencia de unos valores que sustentan un sistema económico cuyo desarrollo se está mostrando inicuo y doloroso para buena parte de la ciudadanía.

5. CASOS ESPECIALES

Entre nuestras las ponencias de nuestra Comisión, las hay que abordan la problemática de algunos Derechos Sociales específicos.

5.1. Derecho a la vivienda

La Prof. Fagúndes de Oliveira nos describe las característica demográficas de Porto Alegre y partiendo de la Constitución brasileña de 1988 que consagra el 'derecho a la vivienda digna', releva las normas legales, urbanas, ambientales y sociales destinadas a dignificar las viviendas de las personas de bajos ingresos en Brasil. Luego aborda el tema de la regularización de las tierras como una de las

formas de garantizar el derecho en cuestión, abarcando también la regularización de diferentes situaciones de parcelación ilegal, que comprende la parcelación irregular y ocupación ilegal. Presenta finalmente un par de ejemplos de políticas públicas implantadas en Porto Alegre.

Para la ponente Mónica Valcarcel la idea de los DESC está asociada a la dignidad de la persona y de su autonomía, sosteniendo la interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos, cuyo fundamento axiológico remite a valores y necesidades vitales afirmadas históricamente a través de luchas y revoluciones. Luego de considerar la jurisprudencia emanada del TEDH, la autora estudia específicamente la exigibilidad del derecho a la vivienda, vinculando los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a otros ligados más bien a prestaciones o actuaciones positivas de los poderes públicos, que pueden encuadrarse como derechos sociales. A su juicio, cuando el reconocimiento del derecho a la vivienda está ligado a las circunstancias subjetivas de la persona que pide su reconocimiento, su interpretación ha de tomarse en consideración de forma prioritaria, al afectar a la identidad del individuo, su autodeterminación e integridad física y moral; a las relaciones con otras personas; y, por último, al mantenimiento de un lugar seguro y estable.

5.2. Derecho al trabajo

La intención del ponente -Prof. Pablo Scotto - es la de exponer, en diálogo con la obra de Luigi Ferrajoli, algunos problemas generales de teoría de los derechos que en su opinión están relacionados con la fundamentación del derecho al trabajo. El autor defiende tres tesis principales. La primera es que los derechos fundamentales deberían definirse como "ideales morales comunitarios", lo que implica, citando a García Manrique, "(1) la designación comunitaria de un bien como particularmente importante por estar conectado con el ideal de la vida libre (ahora no hace falta precisar más este ideal); y (2) la distribución igualitaria de ese bien entre todos los ciudadanos, en la medida en que a todos ellos se les supone capaces de realizar dicho ideal, una igual capacidad que es expresada por el concepto de la dignidad humana». Así entendidos, los derechos no se tienen que configurar

necesariamente como “derechos subjetivos”, es decir, como “susceptibles de tutela jurisdiccional”; por lo que, los derechos sociales pueden fundamentarse no como meros aseguradores de un nivel mínimo de igualdad, sino como parte de un proyecto de sociedad más justa. La segunda tesis es que la libertad es un valor moral necesario y suficiente para fundamentar los derechos fundamentales, incluidos los sociales. El autor precisa, siguiendo a Petit, que la libertad a que se refiere no es la liberal, entendida como no-interferencia, sino la republicana, asumida como no-dominación. Y la tercera tesis es que cabe distinguir tres dimensiones de los derechos fundamentales: la moral (referida a los derechos como ideales morales comunitarios), la jurídica (comprensiva de las obligaciones relativas a los derechos) y la institucional (las garantías para lograr la efectividad de éstos).

5.3. Derecho a la educación

La idea central de la ponencia de la profesora Cruz Torres es que la educación como un derecho social representa la forma de superar la vulnerabilidad del ser humano, cierra brechas de desigualdad, lo que permite aspirar a consolidar la justicia social en un Estado Constitucional de Derecho. La fundamentación del derecho a la educación está vinculada, según la ponente, con los derechos de libertad e igualdad. Por otra parte, se sostiene que el derecho a la educación es un derecho habilitante de otros derechos, es el instrumento esencial para que las personas marginadas puedan salir de la pobreza y participar en la vida social; pero es más que eso, es el objetivo o fin mismo para hacer vigente la justicia social.

En un breve ensayo, el prof. García Costa reclama el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental: el derecho a recibir una adecuada educación constitucional, caracterizado como derecho fundamental, subjetivo, con eficacia inmediata, prestacional, universal, sin contrapartida (gratuito) a la explicación de la Constitución. Para ello se basa en las alusiones a la enseñanza de los principios constitucionales o a la educación en sus valores en la historia constitucional de latinoamérica.

Por su parte, el prof. John Díaz sostiene que uno de los cuatro desafíos inmediatos que plantea el neo-constitucionalismo consiste en el reconocimiento y

consagración del derecho a recibir una enseñanza específica de la Constitución y una formación para el neo-constitucionalismo.

5.4. Derechos sexuales y reproductivos

La Prof. González Moreno realiza un pormenorizado análisis de los problemas específicos que viene planteando el tratamiento internacional y jurisprudencial de los derechos sexuales y reproductivos. Luego de relevar los antecedentes en conferencias y declaraciones mundiales en las últimas décadas, señala que si bien su inclusión en la categoría de Derechos Humanos les ha dado visibilidad en la esfera pública, sus metas de cumplimiento son insatisfactorias debido a una serie de problemas de orden epistemológico, como ser u concepción imprecisa (“anticoncepción”, “planificación familiar”), una excesiva amplitud (“salud reproductiva”, o “salud sexual y reproductiva”), o falta de acuerdos básicos (titulares de estos derechos) contribuye a hacerlos inoperativos. En particular, la autora plantea el problema de las obligaciones negativas o positivas que tienen los Estados, según se califiquen como derechos de libertad o como derechos sociales, que exigen sobre todo prestaciones a los Estados en materia de información, acceso a la salud sexual y reproductiva, pero que, en tanto derechos sociales, dependen de los recursos de los Estados y estarían dotados de menores garantías, o como derechos de cuarta generación porque exigen prestaciones negativas y positiva. Mientras tanto, señala -como han señalado también otros ponentes- que la defensa de estos derechos se canaliza en función de otros derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad, derecho a la vida privada, derecho a la salud, etc.), y en línea con su perspectiva epistemológica, también resaltarla ausencia de una convención internacional vinculante sobre DSyR, con lo cual no afecta la autonomía de esta categoría, sino que se hace difícil garantizarlos.

5.5. Derecho a no ser pobre eternamente

Entre las ponencias programáticas, cabe mencionar la del prof. Estévez Araújo, que propone un "derecho a no ser pobre eternamente".

5.6. Derecho a una renta mínima

El Prof. Vieira Sarapu se propone mostrar en su ponencia las relaciones entre el derecho a una renta mínima y el ideal de una ciudadanía digna. Para ello, examina diferentes posiciones frente al reconocimiento de este derecho: Por un lado, la de quienes consideran que el derecho a la renta mínima tiene un efecto negativo en la ciudadanía, sosteniendo una vinculación entre la dignidad y el trabajo; en segundo lugar, la de quienes consideran que ese derecho es un mal necesario, una medida excepcional para paliar los efectos de la pobreza; por último, las de quienes entienden que se trata de un derecho incondicional. El autor asume que la fundamentación del derecho a una renta mínima se encuentra en el hecho de que el acceso a los ingresos proporcionados por los sistemas de redistribución social, estén o no vinculados al trabajo, asegura a los ciudadanos un grado mayor de "libertad real" y de oportunidades para el desarrollo humano.

5.7. Derecho a la ciudad

Sobre un "derecho a la ciudad" discurre la ponencia del Prof. Norberto Alvarado, a partir de un par de datos: actualmente la mitad de la población mundial vive en ciudades, y en el 2050 la tasa de urbanización en el mundo llegará al 65%. De ahí, entonces, que derecho a la ciudad sea clasificado como un derecho social emergente, extensión de contenidos de derechos humanos ya reconocidos a colectivos que históricamente no los han disfrutado. Para ello propone ampliar el enfoque tradicional para trascenderlo al ejercicio efectivo de todos los derechos humanos en, y desde la ciudad; el acceso en condiciones de libertad e igualdad en, y a la ciudad; e intervenir en los procesos participativos para la gobernabilidad, planeación y gestión democrática de la ciudad. Por lo que se aboga por la positivación del derecho a nivel internacional y constitucional, con miras a la reducción de la desigualdad social y a la elevación la calidad de vida en el contexto de las sociedades urbanas, en conjunto con el resto de los derechos humanos.

5.8. Derecho al medioambiente

La ponencia de la Prof. Saravia Caballero, advierte que por falta de voluntad de los Estados, el derecho al medio ambiente no ha sido positivizado a nivel internacional. En la ponencia se muestra que tanto la Corte Interamericana de

Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos humanos han tutelado el derecho a un medio ambiente sano, pero de manera indirecta, por conexidad con derechos fundamentales. Expone luego el caso de Colombia, donde para proteger este derecho se habilita la acción popular o de grupo, mediante la que se solicita el cese de la acción u omisión de la entidad pública o del particular que resulte vulneradora.

En otra ponencia -presentada por el Prof. Valentín Bartra- se propugna de modo programático un giro en el planteamiento del Derecho ambiental y del derecho fundamental al medio ambiente como derecho social a partir de una incorporación de los planteamientos de la economía y la ecología, que él denomina "perspectiva iuseconómica".

5.9. Derecho al cuidado

La autora -Ana Marrades- aboga por la ampliación del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución española, para incluir en ellos, por un lado, los derechos sociales (consagrados sólo como principios rectores) y, por otro lado, nuevos derechos sociales, como los relacionados con el cuidado. Su postulación de un derecho fundamental al cuidado parte de una perspectiva de género y lo vincula con la "ética del cuidado" (aún cuando esto no se desarrolla). Como fundamento fáctico se señala "El previsible aumento de personas necesitadas de cuidados, la escasez de servicios públicos para su asistencia, el tipo de cuidado informal prestado casi exclusivamente por mujeres que tienen que afrontar problemas y dilemas personales que afectan al libre desarrollo de la personalidad y también al derecho a la igualdad, pero sobre todo, la inexistencia de una ética de la solidaridad y de la responsabilidad extendida socialmente conducen a pensar en la conveniencia de un derecho al cuidado.

6. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

6.1. Derechos del menor

La ponencia de García Medina se centra en los derechos de los niños y la operatividad del principio del interés superior del menor, a partir del análisis y glosa de diferentes instrumentos internacionales, fundamentalmente informes y recomendaciones (Consejo de Europa, Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Unicef, legislación española...).

6.2. Justicialidad de Derechos Sociales en Argentina y en México

La ponencia de las profesoras Scarponetti y Ariza, analiza la jurisprudencia argentina de los últimos años en materia de derecho a la salud. El trabajo resulta muy interesante por cuanto traza una panorámica sobre el activismo judicial en este ámbito en la que se incorporan diversos trabajos recientes que aportan tanto información empírica relevante sobre esta práctica, en trance de consolidación, cuanto una elaboración teórica acerca de sus condiciones de justificación (en el contexto de la discusión del “neoconstitucionalismo”). Son interesantes, en la medida en que resultan sin duda generalizables a otros muchos países latinoamericanos en los que se registra idéntica tendencia, algunas conclusiones que se desprenden del trabajo, y fundamentalmente las dos siguientes:

- Resulta difícil negar la justificación de las estrategias de judicialización de los derechos sociales, en la misma medida en que en ellos se registran patologías del correcto funcionamiento del Estado de Derecho en términos de división de poderes.

- Son indudables también los límites y riesgos del “Estado de bienestar a pedido” que se asocian a esta práctica activista. Esta conduce a proveer de derechos sólo a aquellos que logren exigirlos por vía judicial, alejándose de principios y criterios de universalidad, lo que viene a suponer en definitiva un escaso y desigual impacto de los “litigios estructurales”.

Similar propósito hallamos en el trabajo presentado por Laura Márquez , con el cual busca sentar criterios para determinar las obligaciones justificativas o argumentativas que deben afrontar las sentencias judiciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, partiendo de la premisa de que estos derechos

no se diferenciarían en nada de los derechos de primera generación en cuanto a las obligaciones que generan para el Estado. Aboga por una posición activista judicial y analiza a estos efectos dos decisiones particulares de la Suprema Corte de México de interés (una relativa al derecho a la salud y otra al derecho a la vivienda) citando también otras decisiones similares.

6.3. Derechos del consumidor: el caso de Colombia

Los prof. Latorre y Rodríguez formulan una serie de consideraciones sobre los derechos del consumidor en el derecho de Colombia.

6.4. Daño antijurídico y control de constitucionalidad

La ponencia de Leiva Ramírez, defiende la tesis de que sería posible imputar responsabilidad patrimonial por daños a las decisiones de los Tribunales Constitucionales como un caso más de mal funcionamiento de la justicia, a partir de los casos de Colombia y España.

7. RÉGIMEN DE TRABAJO EN NUESTRA COMISIÓN

De acuerdo con las pautas de trabajo dispuestas para las comisiones, invitamos a los autores de las ponencias para que hagan intervenciones breves aclarando lo que consideren conveniente.

Luego de una pausa para el café, retornaremos para desarrollar la discusión abierta de los temas planteados. Para esa ocasión me permitiré dejar planteadas algunas cuestiones que a mi juicio nos permitirán ordenar la discusión y dotar de más interés a las mismas.

Desde luego, espero que los debates refieran a las grandes y tradicionales cuestiones en torno a los Derechos Sociales, como son:

-¿la homogeneidad o heterogeneidad entre DCP y DESC depende de una fundamentación última común o simplemente de un proyecto político común?

-¿cuáles serían -en su caso- las supuestas especificidades de los DESC?

-¿es la técnica de formulación positiva de los DESC un límite razonable para la judiciabilidad de estos derecho ella sólo afecta el modo en que deba argumentarse en cada caso?

-¿Existen riesgos para la autonomía y la dignidad humana en el programa del neo-constitucionalismo ideológico, basado en el juego de una democracia procedimental con pautas morales en manos de un tribunal contramayoritario?

-¿es indiferente para la satisfacción de los DESC la técnica que se utilice en su obtención?: procesos individualizados, procesos sociales, gobernanza, etc.

Pero al margen de estas cuestiones obvias, se me ocurre que resultaría interesante plantearnos además cuestiones que nos conciernen no ya como observadores, sino como agentes situados en el vórtice de estas tensiones:

-¿en qué medida los condicionamientos históricos, culturales y paradigmáticos afectan un tratamiento o construcción universal de categorías como “derechos humanos” y “derechos sociales”? Si así fuera, ¿en qué medida, entonces, una filosofía del derecho para el mundo latino debería tomar en serio tales condicionamientos?

-Dado que, según se desprende de las doctrinas y prácticas generadas en torno a la efectividad de los derechos sociales, las categorías de las teorías analíticas del derecho (derecho subjetivo, jerarquía formal de las fuentes, subsunción normativa, Estado nacional, etc.) resultarían insuficientes o inadecuadas, ¿qué tipo de teoría deberíamos elaborar? Seguramente una teoría moral, pero ¿cuál meta-teoría para manejar los debates y evaluar las argumentaciones entre teorías en competencia?

-Más aún, y previo: dado que todos estamos de alguna manera comprometidos con el mundo académico-universitario, una de cuyas funciones es la formación de los futuros profesionales y operadores de los sistemas jurídicos, ¿cómo deberíamos concebir la formación de juristas para una institucionalidad jurídica convertida explícitamente en arena de la moralidad pública?. Cuando

jueces y profesores terminen convirtiéndose en misioneros de los derechos humanos ¿qué formación deberíamos brindar a los estudiantes de derecho?

-Y ¿cómo deberíamos diseñar los procedimientos para confiar a los juristas autoridad tan significativa, evitando su cooptación por quienes simplemente no conciben el Estado al servicio de sus propios intereses?

Relatoría del tema tercero, "Pluralismo, multiculturalidad y derecho indígena"

THOMAS BUSTAMANTE
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
tbustamante@ufmg.br

RESUMEN

El relator presenta las treinta y cuatro ponencias presentadas en torno a esta rica temática clasificándolas en cinco categorías más o menos delimitadas.

ABSTRACT

The rapporteur presents the thirty-four papers on this rich theme, classifying them into five more or less clearly defined categories.

PALABRAS CLAVE: derecho indígena, Estados pluralistas, interculturalidad, multiculturalismo, pluralismo jurídico, sentencias mestizas.

KEYWORDS: Indigenous Law, plural States, interculturality, multiculturalism, juridical pluralism, mestizo judgments.



Copyright© Thomas Bustamante

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

I. O PLURALISMO JURÍDICO E A NECESSIDADE DE REDEFINIÇÃO PARADIGMÁTICA NA FILOSOFIA DO DIREITO

1. Manuel Calvo García y Daniel Oliver-Lalana, em seu trabalho, demonstram como a noção de pluralismo jurídico sempre foi um calcanhar de Aquiles na filosofia jurídica tradicional, criando tanto uma dificuldade para se explicar o funcionamento do direito moderno de matiz liberal – fundado no princípio da supremacia da lei e em uma única teoria das fontes do direito – como também uma desarmonia entre, de um lado, a experiência empírica e a reflexão metodologicamente orientada da sociologia do direito (que rapidamente constatou a presença do pluralismo no âmbito da normatividade social) e, de outro lado, a pretensão universalista da filosofia do direito tradicional, que intentava estabelecer “um único conceito” de direito capaz de explicar a origem e o funcionamento de todas as suas normas. Após realizarem uma cuidadosa revisão da literatura em sociologia do direito (desde os escritos de Erlich até nomes como Kantarovicz, Weber e Santos) e uma reflexão crítica sobre a teoria do direito e a sua dimensão social (em autores como Tamanaha, Melissaris e Berman, os autores apontam importantes argumentos para defender as teses de que uma boa teoria do direito: 1) não pode ter uma pretensão unicamente filosófica, pois dificilmente ela dará conta do pluralismo existente no direito; 2) deve pretender explicar mais do que o direito estatal e, finalmente 3) deve ser uma “teoria sócio-jurídica” do direito, que se aproxime do direito enquanto fenômeno social.

2. Horacio-José Alonso Vidal apresenta em seu trabalho duas objeções à Teoria da Justiça de John Rawls, que pretendem demonstrar a sua inadequação às comunidades multiculturais. De um lado, remete-se às críticas comunitaristas propostas por autores como Taylor e Sandel. De outro, trata das objeção formulada por Sen ao denominado “institucionalismo transcendental”. O objetivo principal do trabalho, no entanto, é defender a posição de Rawls frente a essas críticas, o que é feito da seguinte maneira. I. Contra as críticas comunitaristas, não se nega a

importância da cultura enquanto papel constitutivo de nossas vidas, que havia sido apontado por Taylor. “Aceitar o fato de que vivemos em sociedades cada vez mais diversificadas não tem porque ter as implicações apontadas por Taylor e, em concreto, não nos tem que levar a aceitar as pressuposições que subjazem à sua teoria do reconhecimento, a saber: a) que o mundo se divide claramente em diferentes culturas e que cada comunidade tem a sua própria; b) que cada indivíduo necessita assumir uma e só uma dessas culturas para dar forma e conteúdo à sua vida”. Mais interessante parece, nesse sentido, reconhecer a crescente interdependência (em todos os âmbitos) entre os mais diferentes países, culturas, nações e grupos étnicos. Mais do que um compromisso com uma cultura particular, seria interessante um “compromisso cosmopolita” tal como defendido por Waldron. Ao invés de sustentar que cada cultura exclui das demais, mais vigorosa se apresenta a proposta de um “reconhecimento de recíprocas interdependências entre as culturas”. O pluralismo mais adequado seria, pois um “pluralismo a partir do qual cada indivíduo possa desenvolver os seus próprios planos de vida”, que parece ser exatamente o tipo de modelo adotado por Rawls em sua obra “O Liberalismo Político”. De outro lado, oferece-se também uma resposta à objeção de Sandel segundo a qual a teoria de Rawls seria “acontextual” e pecaria por uma concepção de pessoa que desconsidera os vínculos sociais de cada indivíduo. Essa crítica, que se aplica também a todas as concepções deontológicas de matiz kantiano, supõe que o modelo de posição original de Raz assume que “o eu antecede os fins”, e com isso implica uma imagem distorcida do ser humano, na medida em que suas tradições e crenças (seu contexto) determinam profundamente os objetivos e os fins de sua vida. Contra essa crítica, o autor aponta que é equivocado se rejeitar uma teoria normativa com base em uma premissa descritiva. Nesse sentido, o que se observa em Rawls “é uma concepção normativa de pessoa, é dizer, uma concepção de como devem ser tratados os indivíduos para determinados fins, e não uma descrição de como somos os seres humanos na realidade”. Por derradeiro, a concepção de justiça de Rawls é defendida também contra a objeção de Amartya Sen que pretende abandonar o “institucionalismo transcendental” de Rawls porque não acredita, faticamente, na

possibilidade de se imaginar a partir de um hipotético contrato social de natureza transcendental as “instituições perfeitas” que deveriam reger o nosso mundo real. Contra a defesa de um approach comparativo entre alternativas institucionais, defendido por Sen, o autor advoga, de modo geral, que inexistente essa dicotomia insuperável entre o enfoque “comparativo” e o “institucionalismo transcendental”. Nesse sentido, argumenta: “Mi intuición, frente a lo argumentado por Sen, es que cualquier teoría de la justicia presupone un cierto ‘institucionalismo trascendental’, esto es, la identificación de unos principios de justicia que regulen una sociedad justa y que, a su vez, nos sirvan como razones para la acción, lo que no obsta para que, una vez fijado ese marco institucional, el enfoque comparativo defendido por Sen sea especialmente valioso para proporcionar soluciones que nos permitan articular las implementaciones concretas de la idea de justicia. Prueba de ello es que autores adscritos por Sen al enfoque comparativo, como Bentham y Stuart Mill, en realidad también practicaron el “institucionalismo transcendental” de forma semejante a Rawls -aunque sus conclusiones, obviamente, fueron muy diferentes-, pues trataron de identificar un principio de justicia (en este caso, el principio de la utilidad) que, a su vez, guiaría nuestro pensamiento acerca de cómo organizar nuestras instituciones sociales. Y solamente cuando ese marco institucional ha sido fijado, entraría en juego la perspectiva comparativa para determinar qué sociedad maximizaría el principio de utilidad”.

3. Vanessa Tassara Zevallos, em seu paper “El Multiculturalismo liberal de Will Kymlicka”, faz uma reconstrução do multiculturalismo liberal de Will Kymlicka, apresentado na sua obra *Cidadania Multicultural*, que desenvolve um enfoque liberal dos direitos de culturas minoritárias, reformulando a doutrina liberal tradicional a partir dos princípios básicos da liberdade individual e da autonomia moral. Para Kymlicka, segundo a autora, os direitos das culturas minoritárias “não apenas são considerados consistentes com a liberdade individual, mas também podem, na realidade, fomentá-la”. Dito isso, o texto apresenta os quatro princípios que de acordo com Kymlicka podem fazer essa revisão. São eles:

1) Principio de la tolerancia: “En una sociedad democrática liberal el principio de la tolerancia guarda un fuerte compromiso moral con la autonomía. No obstante, el valor de la autonomía no puede constituirse en el límite de lo tolerable”. 2) Principio de adopción restrictiva de las formas de diversidad cultural: “En una sociedad democrática liberal se pueden cobijar y adoptar muchas formas de diversidad cultural, pero no todas”. 3) Principio de limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias: “En una sociedad democrática los principios liberales imponen una limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias: No está justificada ninguna restricción a las libertades civiles o políticas básicas de los miembros de una cultura minoritaria”. 4) Principio de garantía a los derechos de las minorías: “En una sociedad democrática existe la obligación de garantizar protección a los derechos de las culturas minoritarias frente a las decisiones que pudiera tomar el conjunto de la sociedad”.

4. Cristina García Pascual, por sua vez, faz uma reflexão sobre a concepção de H. L. A. Hart acerca do direito internacional, situando-o entre o monismo e o pluralismo jurídicos. Aborda a autora as principais deficiências do tratamento que a filosofia do direito hartiana dá ao direito internacional, que por vezes se aproxima de uma moral social compartilhada entre os Estados e não comparte as principais características que Hart utilizou para caracterizar os Estados modernos. As principais deficiências e oscilações da concepção de Hart, segundo a autora, está em sua afirmação de que o Direito Internacional careceria de regras secundárias, e por conseguinte só poderia ser classificado como “direito” se nós entendêssemos essa expressão no sentido do direito das sociedades primitivas em que existem apenas regras primárias que disciplinam o comportamento dos agentes submetidos a uma determinada ordem jurídica. O direito internacional restaria, pois, sem instrumentos capazes de solucionar os três tipos de problemas que as regras secundárias, no sistema de Hart, se destinam a enfrentar, a saber: os problemas de adjudicação, os problemas de modificação e os problemas de identificação. A assimilação do Direito Internacional a uma ordem

primitiva, porém, é descrita como implausível pelo trabalho. Como explica a autora: “En la raíz de la pobreza de los resultados que Hart nos ofrece está, creo, el error en el punto de partida. Asumiendo los presupuestos positivistas³⁹, afirmar que no existen reglas secundarias y que, a la vez, las normas internacionales son obligatorias, nos lleva a imaginar el derecho internacional como las normas de una comunidad primitiva aislada, estrechamente unida y con gran homogeneidad entre sus miembros. Pero la comunidad internacional es justamente lo contrario de una sociedad primitiva, no se puede aplicar el adjetivo de aislada, no está unida y no es homogénea. Hart parte de que en el ámbito internacional no existe ningún tipo de normas secundarias y esto, tanto en nuestros días como en 1961, parece una afirmación precipitada, hecha sin un profundo análisis de la realidad del derecho internacional”. Como apontam os internacionalistas, de modo geral, uma análise mais aprofundada da prática social do direito internacional não hesitará em apontar tanto um conjunto de regras de aplicação (rules of adjudication) como regras que estabelecem mecanismos de produção do direito internacional e modificação das regras existentes (rules of change). Ademais, é quase um consenso no âmbito dos filósofos que se debruçam sobre o direito internacional que o artigo 38.1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de Haia, pode ser considerado, ao menos de forma parcial, uma boa enunciação da regra de reconhecimento do direito internacional. Vistas as coisas dessa perspectiva, a autora provavelmente tem razão quanto às suas críticas a Hart, na medida em que mesmo a sua própria teoria do direito conseguiria explicar, ainda que com pequenas adaptações, a normatividade e o caráter jurídico do Direito Internacional.

5. Guadalupe Itzi-Guari Hurtado Bañuelos, em seu ensaio, dedica-se a realizar uma crítica ao denominado “uso alternativo do direito” e a certas adaptações dessa teoria que encontraram ressonância na América Latina, sob a denominação de “Direito Alternativo”. Este último seria uma espécie de radicalização do primeiro porque não apenas propõe um uso emancipador do direito, autorizando o juiz a valer-se do direito opressor para emancipar o

oprimido, com os instrumentos jurídicos que estão em suas mãos, mas porque reconhece um “pluralismo jurídico” que consiste se, segundo o jurista brasileiro Antonio Carlos Wolkmer, “naquela juridicidade produzida no próprio seio dos grupos sociais”. Acredita a autora, porém, que essas estratégias processuais são inadequadas e ainda incapazes de uma construção teórica e prática efetivamente emancipadora, e que as categorias utilizadas para a construção de uma filosofia do direito adequada ao mundo latino ainda estão por ser elaboradas, e devem ser encontradas em nossas próprias práticas sociais.

6. Maria Eugenia Marichal analisa, em seu trabalho, um potencial conflito entre, de um lado, a tendência de uma regulação técnica global, por meio de soft law como as regras técnicas e consensos formados em nível internacional sobre a segurança alimentar, as técnicas de produção de alimentos, acondicionamento, informação, produtividade etc., e, de outro lado, a autonomia estatal para estabelecer as suas próprias normas acerca dessa questão. O trabalho parte da concepção de Günther Teubner sobre o pluralismo jurídico no nível internacional. O pluralismo é vislumbrado, em termos amplos, como “processo de produção de regulações de problemas sociais, técnicos, econômicos, etc. que coexistem em paralelo com os odernamentos jurídicos estatais oficialmente aceitos” e podem entrar em colisão entre si. Nesse sentido, diante da improbabilidade de estabelecimento de uma única constituição global, que não se encontra no horizonte próximo da humanidade, fala-se, com Teubner, em uma regulação por meio de várias constituições parciais que interagem e não reclamam uma normatização autônoma ou exclusiva. Uma proposta possível, nesse sentido, é vislumbrar a regulação da produção e comercialização de alimentos, que é o objeto específico do trabalho, como uma espécie de constituição global parcial. Aduz a autora, aqui, a uma série de regulações, indicadores, recomendações e regras técnicas que são produzidas no âmbito extraestatal e buscam garantir uma espécie de “segurança alimentar” em nível global. No âmbito da OMC, por exemplo, se propõe uma espécie de Comissão, de natureza técnica, para constante manutenção

de um Codex Alimentarius a ser globalmente considerado pelas esferas governamentais, ainda que de maneira indicativa. Como o estado nacional deve lidar com essas normas? Esse é o ponto central que o trabalho pretendeu analisar. Destaco, aqui, que de um lado esse tipo de regulação global propõe uma espécie de “codificação sobre riscos e determinações técnicas”, que interage com o direito estatal de diferentes maneiras, já que cada sistema jurídico assimila essas diretrizes de maneira diferente e é chamado a traduzir essas diretrizes (que podem ser vislumbradas como “estímulos externos”) na sua linguagem própria. Nesse sentido, explica a autora: “Aquello que sucede en el interior de la Comisión del Codex Alimentarius ejemplifica muy bien ese espacio de construcción de normas. Aunque para el jurista las normas allí aún son “simplemente técnicas”, cabe estudiarlas porque generan una cierta perturbación al sistema jurídico que lo obliga a encontrar la forma de codificarlas y traducirlas a su interior, para mantener su propia diferenciación”. Essa não é, contudo, a única preocupação que esse sistema global de normas gera. De outro lado, essa codificação “técnica” pode ter como consequência uma “despolitização” da decisão e uma imposição exógena de padrões que muitas vezes são discutíveis, enfraquecendo inclusive a cidadania e a participação dos indivíduos e grupos políticos na produção do direito. Contra esse risco, salienta: “En tensión con la forma de globalización hegemónica que representa el régimen global alimentario de FAO/OMC, existen propuestas de formas alternativas de gobernanza global alimentaria por parte de diversos movimientos sociales y organizaciones civiles situadas en una perspectiva crítica de la liberalización de los mercados internacionales de alimentos”. De todo modo, independentemente dessas duas tendências, o trabalho evidencia a necessidade, no âmbito da filosofia do direito, de se buscar construir uma nova concepção de “fontes do direito”, capaz de explicar e assimilar essa interação e esses potenciais conflitos entre ordens jurídicas parciais.

7. Vanessa Tassara Zevallos em seu paper “Multiculturalismo liberal y multiculturalismo ‘comunitarista’” busca realizar uma comparação entre o

multiculturalismo de matiz liberal e o multiculturalismo comunitarista, com o fim de defender o primeiro e rechaçar o último. Como explica Sen, há “dois enfoques basicamente diferentes do multiculturalismo: um deles se concentra na promoção da diversidade como valor em si mesmo; o outro baseia-se na liberdade de raciocínio e tomada de decisões, e celebra a diversidade cultural na medida em que é escolhida com tanta liberdade como seja possível pelas pessoas envolvidas”. Na posição da autora – que nos parece bastante simpática – a diversidade cultural não é um fim em si mesmo, e só merece acatamento enquanto se traduzir em expressão dessa liberdade, assegurada de maneira igualitária a todos. Caso adotemos o multiculturalismo comunitarista, somos forçados a admitir a diversidade como fim último, com sério risco de comprometimento da liberdade e de valores morais universais, o que é difícil se sustentar do ponto de vista moral.

8. Rafael H. Chanjan Documet apresenta, em seu trabalho, uma crítica ao denominado “direito penal do inimigo”, na teoria do Professor alemão Günther Kakobs, que é contrastado com o pluralismo jurídico e cultural de certas comunidades latinoamericanas. A partir da análise das premissas dessa teoria, o autor demonstra como elas não resistem a um escrutínio crítico à luz dos pressupostos ético-normativos involucrados na ideia de Estado democrático de direito. Isso se mostra particularmente importante nos denominados “estados pluralistas”, em que se verificam múltiplas culturas interconectadas e reivindicando autodeterminação e respeito às suas próprias “formas de vida”. Concretamente, a concepção de direito penal do inimigo é alvo de diversas críticas, entre as quais: a) a sua concepção “puramente normativa” sobre o conceito de pessoa. Nesse sentido, “a pessoa não pode se construir a partir do direito, pois o que ocorre é o inverso”. Como explica o autor, “las personas son las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, la comunicación personal no puede definir a los individuos como personas. De este modo, es impensable plantear axiológicamente una dicotomía entre persona y enemigo. El Derecho es el que debe estar al servicio y debe fundamentarse en los intereses personales, pues el hombre

crea al Derecho". De outro lado, em comunidades pluralistas, a teoria de Jackobs se torna ainda mais objetável do ponto de vista moral, pois está pensada sobre a base de uma "sociedade homogênea onde por seu contexto histórico e político não é possível uma coexistência de culturas paralelas no mesmo Estado". Nesse sentido, "Jakobs reniega de la existencia de estas sociedades minoritarias, viéndolas como nocivas y como factor de desintegración social. Debería considerar el autor, tal vez, que dichas naciones se encontraron en el espacio geográfico que hoy ocupa la nación mayoritaria mucho antes de la aparición del Estado y el Derecho hegemónico. La concepción de Jakobs de la sociedad conlleva a que se pretenda uniformizar y homogenizar a las culturas en torno al Derecho hegemónico, pasando por encima de todas sus costumbres, su derecho, su identidad, etc." Essas premissas, como relata o trabalho, são inteiramente incompatíveis com a Constituição Peruana e com o sistema interamericano de proteção dos direitos de minorias e comunidades indígenas.

9. Soledad Ucedo, por sua vez, aborda em seu trabalho o problema da coexistência entre o direito indígena e o direito oficial estatal, no âmbito da Argentina, em face do reconhecimento, por esse Estado, da Convenção 169 da OIT e da Declaração Universal da UNESCO. Propõe-se, nesse sentido, a interpretação adequada do sistema de direitos indígenas, mormente no direito penal, que é analisado a partir das reflexões de Eugenio Zaffaroni na obra "La Palabra de los Muertos". O sistema correntemente adotado na Argentina pressupõe a existência de uma duplicidade de ordens jurídicas coexistente: o direito estatal e o direito costumeiro das comunidades indígenas, que deve ser considerado e respeitado em todos os atos de aplicação do direito relativos às pessoas que integram essas comunidades. Incluem-se nesse espectro de direitos o direito a uma aplicação sensível às tradições da comunidade, o direito de cada comunidade indígena de conservar as suas tradições, costumes e normas, e o direito de que estas sejam consideradas inclusive no campo penal, onde o encarceramento deve ser evitado e tratado como uma última opção.

10. César Carvajal Santoyo, em seu trabalho, aduz ao problema da concorrência de normas e razões provenientes do direito estatal e dos direitos e práticas sociais indígenas, com referência específica a certos casos julgados pela Corte Constitucional Colombiana, que são relatados no início do trabalho e se referem a aplicações do direito penal que implicam acentuadas dificuldades pela necessidade de aplicação mesclada de razões provenientes das duas ordens. A partir desses exemplos, que serão trabalhados de maneira particularizada no ensaio, o autor sustenta as seguintes teses gerais sobre as denominadas “sentenças mestiças”: “El pluralismo jurídico es un concepto de especial amplitud y vaguedad. Se refiere a la coexistencia de órdenes normativos, que pueden incluir actores no estatales, ‘contraestatales’ y privados. En este trabajo se hablará exclusivamente de la coexistencia del derecho mayoritario con los derechos de los pueblos indígenas (análisis que podría extenderse a otras comunidades étnicas). Esta estipulación asume el pluralismo como una cuestión de grado (algo así como un proceso de pluralización), que depende de un amplio conjunto de factores, entre los que se cuentan (i) los procesos de recuperación, conservación o modificación de los Derechos propios, (ii) el acceso a la administración de justicia indígena, (iii) el diseño de herramientas de coordinación entre las justicias, (iv) la formación intercultural de jueces indígenas y jueces ordinarios, (v) los cambios en la cultura jurídica, (vi) la incorporación de líderes y autoridades indígenas a las altas cortes o (vii) la traducción de las decisiones entre los distintos sistemas, para enunciar algunos. Com base nessas submissões, o autor analisa a possibilidade de aplicação, pela Corte Constitucional, de denominadas “sentenças mestiças”, que podem ser classificadas como “difíceis” e exigem um intenso esforço de justificação externa (no sentido de Alexy) ou “profunda” (no sentido de Peczenik. “En este escenario, los argumentos que se incorporan a la argumentación exceden los puramente jurídicos y hacen parte del discurso práctico general. En ese marco, se sostendrá que la “saturación” argumentativa (Alexy, 1989) de estas sentencias requiere la incorporación de razones propias de los pueblos indígenas, como parte de los fundamentos centrales de la decisión, y a las sentencias que poseen esa

característica se les denominará “mestizas”. Es importante aclarar que el concepto de sentencias mestizas hace referencia a la incorporación de “razones” de los pueblos indígenas y no de “normas” de Derechos propios en sentencias de órganos de la justicia mayoritaria que deban asumir problemas relacionados con la eficacia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”.

II. EM BUSCA DE UMA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS ADEQUADA A UM MODELO DE ESTADO PLURALISTA

11. Roberto Cammarata faz, em seu ensaio, uma comparação entre dois modelos de comunidade: a *Gemeinschaft* pensada por Tönnies (e reelaborada por Schmitt) e o modelo de Comunidade a que se referem os povos indígenas latinoamericanos. Na análise, os mitos das origens constantes do Livro do Gênesis e da cosmologia Maia (narrada em *Popol Vuh*) repercutem até hoje no âmbito da razão pública quando se trata dos temas da identidade e dos direitos em sociedades multi e inter-culturais. Como aponta o autor, no resumo do seu trabalho, o argumento da ponência “se concentra em como os elementos da identidade cultural podem ser utilizados para motivar políticas e normas de signo contrário, orientadas tanto à exclusão como à inclusão, à discriminação ou à emancipação de determinados indivíduos ou grupos sociais”. O autor rejeita, com isso, o modelo de “comunidade-estirpe”, que constitui o elemento central do modelo europeu, e propõe uma atenção maior ao modelo dominante nas comunidades indígenas latinoamericanas, que partem da “multiplicidade originária dos diversos”, a qual constitui o fundamento à reivindicação, pelos indígenas, ao reconhecimento, estatal e internacional, de uma nova categoria de direitos humanos, de caráter nitidamente coletivo.

12. Maria Claudia Torrens propõe, em seu ensaio, uma ressignificação do discurso jurídico e das formas de compreensão e transmissão do conhecimento

acerca dos direitos humanos, a partir de reflexões teóricas que buscam desconstruir o modelo individualista – pautado na ideia de “direito subjetivo” – que parece associar de maneira indissociável o modelo de direitos ao indivíduo e ao Estado. A partir de uma análise de decisões mais progressistas do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a autora demonstra o surgimento de novas concepções em relação à “consagração dos direitos humanos que possibilitam alegar uma perspectiva regional com definidas significações”, em que os Direitos Humanos se apresentam de 3 maneiras: 1) como garantias, 2) como mediadores de conflitos, 3) como reivindicações de novos posicionamentos sociais e individuais; e 4) como instrumentos de reclamos sociais e individuais. A partir de doutrinas consolidadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a doutrina da “Reparação Integral”, e de críticas à concepção tradicional de Direitos Humanos, como a de Boaventura de Sousa Santos, que apõe reservas ao modelo “estadocêntrico” de Direitos Humanos e, em seu lugar, defende uma concepção “erga omnes” e “evolutiva” de Direitos Humanos, sustenta-se uma concepção interdisciplinar de direitos humanos que torna menos precisas as fronteiras entre o político, o jurídico, o social e o emotivo.

13. Geraldo Miguel Nieves Loja volta suas atenções para o que se tem denominado, no Equador, de “justiça indígena”, buscando afastar determinados mitos criados pelos meios de comunicação e por uma espécie de ignorância generalizada sobre os princípios fundamentais da ética indígena. Entre esses mitos, estariam as asserções de que a “justiça indígena” seria uma espécie de “linchamento” ou práticas “justiceiras”, como se tratasse de uma “selvageria primitiva que atenta contra os direitos humanos”. Expõe, dessa maneira, os princípios de resolução de conflitos na justiça indígena, para defendê-la dessa acusação e demonstrar que os seus procedimentos conduzem à “reconstrução individual e coletiva da comunidade”, a partir de uma ética comunitarista que está orientada por rituais reconstrutivos, que pretendem ir além do modelo de justiça ordinária ocidental, cujas penas estão regidas pela lógica do encarceramento.

Enuncia o autor os princípios éticos fundamentais das comunidades indígenas andinas, entre os quais as máximas: 1) “Atue de tal maneira que contribuas para a conservação e a perpetuação da ordem cósmica das relações vitais, evitando transtornos à mesma” (Estermann, 1998, p. 231) e 2) “Atue de tal maneira que tua ação seja uma restituição correspondente a um bem ou favor recebido, ou que aponte para que os benfeitores possam restituir de forma proporcional ao bem ou favor feito” (Estermann, p. 239). A partir dessas exigências, o trabalho volta-se para uma explicação detalhada dos principais procedimentos admitidos pela justiça indígena praticada em certas comunidades do Equador, que se destinam a buscar a reconstrução do ideal holístico que informa essas comunidades e a reparação dos males sofridos pelas vítimas.

14. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, em seu trabalho, indaga sobre a possibilidade de considerar a jurisprudência constitucional latinoamericana sobre direito indígena como um intento de alcançar um meio-termo entre as perspectivas universalistas e multiculturais dos direitos humanos. A opção por uma filosofia e uma ética intercultural parece, aos olhos do autor, uma via interessante para alcançar esse desejável meio-termo. A perspectiva intercultural, diferente do multiculturalismo, não abandona a ideia de uma moralidade universalizável ou de que há direitos aplicáveis a todos os indivíduos ou povos, mas também, por outro lado, defende uma concepção de direitos humanos que reconheça diversidades culturais, buscando considerá-las na avaliação de cada caso em que esses direitos estejam em questão. De um lado se leva a sério, portanto, a ideia universalista de que existem certos “bens básicos” do ser humano. De outro, se toma a sério a importância que o multiculturalismo reconhece à história e aos contextos culturais específicos em cada experiência humana. O interculturalismo se apresenta como uma tentativa de superar essa dicotomia, na medida em que reconhece o mérito de ambas as concepções e, em que pese valorizar as perspectivas locais que são essenciais para uma formação ética e avaliação de decisões concretas, toma em conta a advertência liberal de que nenhuma cultura pode assumir a si própria como

uma forma de vida imune a qualquer tipo de avaliação moral. A partir desse enfoque, o autor analisa alguns dos casos mais polêmicos na jurisprudência latinoamericana sobre direito indígena, no âmbito penal, em decisões de tribunais do Equador, da Colômbia e da Argentina, referentes a casos trágicos de atos considerados toleráveis e harmônicos no interior de comunidades isoladas, mas fortemente repulsivos à luz de uma perspectiva universalista, como, em uma decisão, a prática de violência sexual contra uma menina de 11 anos de idade e, em outra decisão, de genocídio contra tribo rival em igual estado de isolamento. Ao realizar uma avaliação crítica dessas decisões, o autor pretende testar suas hipóteses e formular uma tese geral sobre a filosofia jurídica intercultural e a dogmática jurídica latinoamericana sobre direito indígena, que volta-se para o diálogo e a capacidade de aprendizado recíproco entre cada uma das comunidades envolvidas. O seguinte excerto talvez exprima o núcleo das conclusões alcançadas pelo autor: “El camino de la interculturalidad así entendido puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por de pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v. gr. el liberalismo–); ni, tampoco, los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo– la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; la violación en perjuicio de menores de edad; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de Alexy, como “idea regulativa” que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la

historia. Por eso, escribe Walzer, el minimalismo moral es “reiterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos””. Advoga-se, pois, ao final, uma perspectiva dialógica em que se possa considerar os contextos para apreciar o valor moral de cada costume ou regra de ação, mas se possa pensar, também, na possibilidade de transcender esses contextos de uma perspectiva que poderíamos denominar de interna, devidamente estimulada por um diálogo entre culturas que se reconhecem como igualmente aptas a rever as suas próprias concepções morais.

15. Angélica Porras Velasco, em seu ensaio “La noción de derechos humanos en los pueblos indígenas del Ecuador. Una introducción a los problemas interculturales del Derecho”, apresenta uma introdução aos problemas “interculturais” do direito, sob a perspectiva dos direitos humanos dos povos indígenas do Equador. A perspectiva proposta pela autora é a de fundamentar os direitos humanos, principalmente em comunidades pluralistas e plurinacionais, como o Equador (objeto específico de estudo), na ideia de “filosofia intercultural”, que se contrapõe à perspectiva ocidental e eurocêntrica da filosofia moderna. Essa filosofia intercultural tem pontos em comum com o pós-modernismo, na medida em que subscreve a crítica à razão ocidental, mas deste se afasta em importantes momentos. De um lado, a rejeição à filosofia moderna não é apenas decorrente da superação história de um momento temporal, mas do fato de ser essa filosofia uma “manifestação cultural de uma determinada cultura”, i.e., uma cultura particular que pretendeu estender os seus valores a todo o mundo “como se fosse universalmente válida e verdadeira”. De outro lado, critica-se também o pós-modernismo, com razão, por seus axiomas de “esteticismo, individualismo, separação objeto/sujeito” etc. Finalmente, a filosofia intercultural define-se no “diálogo ou polílogo entre todas as culturas involucradas”, e nesse ponto tem “muito em comum com a ética discursiva de Apel ou Habermas”. Talvez a principal especificidade da filosofia intercultural, segundo a autora, seja a concepção da

racionalidade fundada não mais no “logos, no conceito, na representação ou na tecnologia”, mas “no símbolo, no sacro”. O conceito-chave, aqui, para a ser o runa, que designa o humano, o qual “se relaciona com a realidade de maneira cerimonial e ritual”. Como explica a autora, “o princípio fundamental da chamada filosofia andina é a relacionalidade, antropologicamente falando, isso significa que o ‘runa’ se define num conjunto de relações com algo, que não necessariamente é o seu oposto, senão um seu complemento, seu todo complemento. Ser um indivíduo, um ente isolado, é nada (um não ser), é uma sentença de morte. (...) O ser humano se encontra relacionado com outros seres humanos e com outros seres, para os andinos, todas as coisas têm uma força vital, inclusive os objetos inanimados, têm sua energia e suas relações. A diferença entre o ser humano e o resto da natureza está na responsabilidade que ele têm com respeito ao cuidado de tudo, como uma espécie de guardião”.

16. A autora (Angélica Porras Velasco) apresenta ainda um segundo trabalho, com o título “‘La sabiduría está en las arrugas de nuestros mayores’. La racionalidad del derecho moderno en crisis. El derecho propio indígena, el Sumak Kawsay y los Derechos de la Naturaleza”, em que se pretende aplicar as noções da filosofia intercultural – tratada no ensaio anterior – ao campo específico do Direito, com o fito de apresentar os fundamentos da concepção de direito próprias das comunidades indígenas andinas (em especial do Equador). O objetivo central do trabalho é demonstrar que os três elementos fundamentais do direito indígena (o reconhecimento do Direito próprio; a noção de Sumak Kawsay ou Suma Qamaña; e a consideração da natureza como sujeito de direitos) “questionam de maneira profunda o conceito tradicional de direito” e reclamam, de maneira decisiva, uma mudança de paradigma que supõe o abandono do direito moderno.

17. Eric Leiva Ramírez, em sua comunicação, aborda a viabilidade e as potencialidades das denominadas “TICs” (Tecnologias de informação e comunicação) no fomento da democracia deliberativa em sociedades pluralistas. O

foco do paper é o emprego das TICs nos processo de “educação cívica”, com vistas a viabilizar uma maior oportunidade de participação democrática e construir espaços deliberativos em que a diversidade entre cada um dos membros da comunidade global seja respeitada. O autor considera valioso, nesse contexto, o pluralismo, que se contrapõe ao mero multiculturalismo porque o primeiro, diferentemente do segundo, produz uma integração entre as culturas, ao invés de meramente tolerar a cultura diferente, mantendo-a em seu isolamento em relação às demais. Nesse contexto, uma sociedade pluralista é uma sociedade em que a diversidade é assumida como um valor a ser promovido e tolerado, mantendo-se por outro lado uma integração dialógica entre os diferentes, por meio de processos comunicacionais democráticos e respeitosos. Nesse contexto, as TICs possuem um relevante valor instrumental para viabilizar esses processos e para a inclusão dos diferentes grupos em condições igualitárias.

18. Ángeles Solanes Corella ataca o difícil problema da conciliação entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, que se apresenta de modo dramático em estados considerados multi ou pluriculturais. Em particular, esses direitos têm sido objeto de atenção pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e, mais recentemente, de tribunais espanhóis. Inexiste, no entanto, uma fórmula incontroversa e não susceptível a críticas para conciliação desses interesses, de modo que podem ser encontradas, como explica Atienza, ao menos quatro posturas interpretativas ou concepções divergentes que encontram um grau razoável de aceitação nos estados democráticos contemporâneos: i) “Los fundamentalistas religiosos y los comunitaristas extremos que priman el valor de lo sagrado, de la religión, por encima del de la libertad de expresión”. ii) “Los comunitaristas moderados y los creyentes no fundamentalistas que tienden a plantear el problema en términos de la necesidad de conciliar dos valores del mismo rango. Esta posición se encuentra en los escritos que muestran una cierta simpatía o comprensión hacia el Islam. iii) “El liberalismo moderado en el que podría ubicarse, en opinión del mencionado autor, la jurisprudencia del TEDH que

cabria esquematizar entendiendo que la libertad de expresi3n no es un derecho absoluto y como tal, al igual que ocurre en otros casos, cuando entra en contradicci3n con otros posibles derechos o valores resulta imprescindible realizar una ponderaci3n para ver cu3l tiene un mayor peso atendiendo a las circunstancias. Por su parte, la libertad de expresi3n goza, en principio, de cierta prioridad pero puede resultar derrotada de forma excepcional". iv) "Los liberales m3s radicales que entienden que las convicciones religiosas por s3 mismas no pueden triunfar nunca sobre la libertad de expresi3n. No se trata de ponderar sino de entender que la libertad de expresi3n es un valor y las creencias religiosas no pertenecen a la vida privada". A partir de uma detalhada an3lise casuística de decis3es da Corte Europeia de Direitos Humanos e de decis3es de tribunais espanh3is, a autora aponta a ineludível necessidade de ponderar entre esses valores e a tend4ncia, verificada na doutrina da Corte e em importantes perspectivas acad4micas, de uma posiç3o moderada em favor do liberalismo, mas que carece ainda de estabelecer crit3rios mais robustos para precisar essas as ponderaç3es que se fazem necess3rias entre os dois direitos.

III. DIREITOS INDÍGENAS E A SUA PROTEÇÃO ESPECÍFICA NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

19. Jesús Luis Castillo Vegas, em seu trabalho, oferece um histórico do regime jurídico das populaç3es indígenas no período colonial da América Espanhola, expondo de maneira detalhada os institutos da "encomienda" e da "mita", que se destacam entre outras formas de trabalhos forçados. O estudo exp3e de maneira crítica e detalhada as principais espécies de trabalhos forçados que se impunham à populaç3o indígena no período colonial, elucidando também as contradiç3es mais expressivas do direito espanhol da época em relaç3o à populaç3o indígena. Como aponta o autor na introduç3o do trabalho, o direito colonial nunca foi exatamente igual ao da Espanha, pois havia na col3nia "uma dupla normativa", sendo "uma para os espanh3is e outra para os índios". A própria

forma como os índios foram agrupados em povoados (então denominados de “repúblicas”) e a organização política de suas comunidades tinha o propósito de colocá-los mais facilmente sob o controle da coroa e, ao mesmo tempo, evitar a formação de senhorios locais que pudessem competir com o poder centralizado pelo Rei na metrópole. Como explica o autor, as “comunidades” indígenas foram criadas artificialmente e tinham como objetivos tornar mais fáceis a evangelização, o pagamento de impostos e o aproveitamento de sua mão-de-obra. Como explica a ponência, o regime jurídico dos índios e as obrigações impostas a eles pela Coroa (ou, por vezes, alguns administradores e senhores locais) expõem uma contradição palmar. De um lado, há por parte dos monarcas uma pretensão – que, à luz da doutrina cristã da época, parecia de fato encontrar uma certa justificação moral – de conservar os índios como “súditos livres, que não sejam submetidos à escravidão e nem se convertam em vassallos de senhores feudais”. Os índios seriam conservados como “súditos livres”, ao menos do ponto de vista do direito. De outro lado, esse discurso oficial, no entanto, jamais conseguiu ser operacionalizável na prática. Como explica o autor “do mesmo modo que as ‘encomiendas’ não suporiam para a população indígena a escravização jurídica, para sim uma submissão de fato à servidão, da mesma forma as fazendas serão verdadeiros senhorios, e os índios servos dos espanhóis recém-chegados e mais tarde dos criollos”. Do ponto de vista social, como explica Silvio Zavala, citado no trabalho, a distinção entre os índios e os escravos “não deixava de ser até certo ponto formal”, pois ambos se dedicavam aos mesmos trabalhos. Essas contradições são apontadas com cuidado no ensaio, que analisa pormenorizadamente a evolução do regime jurídico das “encomiendas” e das “mitas”. I. Encomiendas. Como explica o autor, “la encomienda es una institución de carácter contractual, similar a los contratos de vasallaje de tipo feudal, en la que se mezclan obligaciones de muy diversa naturaleza. Se configura como un contrato entre el encomendero y la Corona, que es quien ‘encomienda’, o sea, quien pone bajo tutela a los indios, junto con el derecho a cobrarles impuestos y la obligación de adoctrinarlos en el cristianismo. El encomendero asumía también la obligación de defender la tierra aportando para ello ‘armas y caballos’”. Diversas foram as leis que trataram desse regime de

exploração da mão-de-obra indígena, os quais foram expostos de maneira pormenorizada no trabalho. O ponto a ser observado, no entanto, é que desde o começo da legislação indianista “encontramos uma contradição profunda entre a pretensão de proteger os índios e a necessidade de obrigá-los a trabalhar”. Embora se achem, inclusive, alguns ocasionais avanços legislativos tentando ampliar a liberdade dos índios, como as Leyes Nuevas de Índias promulgadas em Barcelona em 1542, esses avanços nunca passaram de uma ficção e nem chegaram a ser implementados na prática, o que motivou a sua revogação pouco tempo depois de serem implementados. Frise-se, ainda, que do ponto de vista legal as “encomiendas” apresentavam uma certa “justificação oficial” no dever imposto aos índios de pagar tributos: como os índios não possuíam receitas, justificava-se o regime das “encomiendas” para que pudessem adimplir as suas obrigações em relação à Corte. O tributo, nesse sentido, foi um importante fator de dominação: “No encontraron los monarcas hispanos mejor manera de obtener nuevos territorios sin apenas gasto, ni en su adquisición ni en su conservación. El pago de los tributos fue concedido a los encomenderos como un medio para recompensar los servicios prestados a la Corona pero también para garantizar su futura fidelidad. El tributo fue un factor determinante en la disminución de la población indígena, por las pesadas prestaciones personales que comportaba, y también un factor de discriminación social ya que, al llevarse un registro de los tributarios, contribuía a mantener a los indios como miembros de una clase socialmente considerada como inferior”. II. Mitas. De maneira semelhante, as “mitas” foram utilizadas como um sistema especialmente eficiente para servir aos interesses da igreja e da metrópole na expansão da mineração e da economia extrativista. Como explica o autor, “la mita tenía su origen en la propia tradición de los incas y sería utilizada por los españoles para la explotación de las minas y también para otras labores agrícolas e industriales. La mita es el sistema de turno con el que se repartían los indios mayores de 18 y menores de 50 para ciertos trabajos: minas, obras públicas, tambos (posadas en los caminos), transportes de mercancías, guardar ganado, acarrear leña o para el servicio doméstico. Los mitayos recibían una pequeña cantidad por su trabajo que en absoluto compensaba el enorme gasto

que suponía desplazarse desde sus aldeas hasta el lugar de la explotación, de tal forma que, aparte de los que morían por accidentes y sobreesfuerzos, muchos no tenían medios suficientes para volver a sus aldeas por lo que se iban quedando poco a poco despobladas". Como apunta o autor, o que caracteriza esse sistema é ser ele uma forma de imposição de pesados trabalhos forçados perante a população indígena, em condições de trabalhos forçados absolutamente precarizadas e muito próximas da condição de escravidão.

20. Daniel Felipe Dorado Torres, em seu trabalho, adota uma perspectiva normativa que busca delinear os contornos de um direito jurídico e moral devido por minorias, mormente grupos indígenas, em estados considerados pluralistas e plurinacionais. Trata-se do direito à "consulta prévia" em todas as políticas públicas e decisões do poder público que possam afetar os seus interesses ou repercutir sobre o seu território e as suas formas de vida. O autor reconstrói, com profundidade e cuidado, os principais estándares e critérios de interpretação desse direito encontrados na jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos e na Corte Constitucional Colombiana. Com base nessa análise, se busca entender a potencialidade desse direito e a sua relação prática com mecanismos institucionais de garantia do direito de participação dessas comunidades e de ter a seu dispor uma negociação efetiva, em condições de igualdade e em respeito à autonomia e à diversidade dos povos indígenas.

21. Alejandro Morales Bustamante analiza, también, o processo de recepção – a seu ver ainda insuficiente – do direito de consulta dos povos indígenas previsto no Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas em Países Independentes. O direito de participação e o princípio do diálogo, como reconhece a literatura sobre o convênio, constituem a pedra-angular do Convênio, e permeiam todas as disposições que integram o mesmo. Busca-se com isso mais do que "integrar" as comunidades indígenas nos Estados em que elas se inserem, reconhecer também aos povos indígenas sua

identidade e respeitá-la, tornando os seus próprios juízos relevantes para a formulação da política pública que de algum modo possa afetar assuntos que lhes concernem diretamente. Como expõe o autor, a Comissão de Experts na Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT fixou 4 diretrizes básicas para a aplicação do aludido convênio: a) “As consultas devem ser formais, plenas e levarem-se a cabo de boa fé; deve-se produzir um verdadeiro diálogo entre os governos e os povos indígenas e tribais caracterizado pela comunicação e pelo entendimento, respeito mútuo, boa fé e desejo sincero de alcançar um acordo”; b) “Devem ser estabelecidos mecanismos apropriados em escala nacional e isso deve se realizar se forma adaptada às circunstâncias”; c) “Devem ser levadas a cabo consultas através de instituições representativas dos povos indígenas e tribais em relação com medidas legislativas e administrativas”; d) “Devem ser levadas a cabo consultas com o objetivo de chegar a um acordo ou lograr o consentimento sobre as medidas propostas”. Essas medidas concretas, que constituem um desdobramento necessário do princípio do direito à consulta prévia, não foram ainda, como relata o ensaio, suficientemente entronizadas e protegidas na Guatemala, o que demonstra que esse ideal de participação das comunidades indígenas nas políticas públicas – o qual se reveste do status de um Direito Humano de natureza fundamental – ainda se encontra distante da realidade.

22. Emilio Molina Barboza, em seu trabalho, também dedica atenção ao direito à consulta prévia das comunidades indígenas e afrodescendentes, com atenção específica ao ordenamento jurídico colombiano e ao tratamento jurisprudencial que tem sido dado a esse direito pela Corte Constitucional daquele país. Como aponta o autor, a Corte Constitucional teve oportunidade de pronunciar-se sobre esse direito em casos concretos, envolvendo Ações de Tutela em sede de Controle Abstrato de Constitucionalidade, e com isso fixou regras que devem ser consideradas para determinar a procedência de pretensões aduzidas com fundamento neste direito. Em linhas gerais, a Corte fixou a diretiva que esse direito aplica-se nos casos em que haja uma “afetação direta” à comunidade e

questão, seja restringindo seus direitos ou conferindo benefícios à mesma. Entende ainda a corte que são subsumíveis a esse direito “aquelas medidas susceptíveis de afetar especificamente as comunidades étnicas em sua qualidade de tais, e não aquelas disposições que são previstas de maneira uniforme para a generalidade dos colombianos”. No trabalho, os contornos e regras específicas desse direito, que foram estabelecidos pela Corte Constitucional Colombiana, são aprofundados e expostos de maneira sistemática, com o escopo de estabelecer a Linha Jurisprudencial seguida pela Corte e as posições jurídicas que ela considera protegidas.

23. Rudy Ariel Paco Ancalle também dedica o seu trabalho ao estudo do direito à consulta prévia dos povos indígenas, que é interpretado como um instrumento de proteção da livre determinação desses povos. O direito é analisado, porém, em uma dimensão mais concreta, já que se tem como objeto específico a sua interpretação pela Corte Constitucional colombiana no conflito surgido no Território Indígena do Parque Nacional de Isibro Sécure-Tipnis. A discussão surge no contexto da Constituição Boliviana de 2009, que assegura especial atenção aos direitos fundamentais dos indígenas, constituindo-se assim “em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, fundando-se na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico e lingüístico, com seus princípios ético-morais de uma sociedade plural: ama quilla, ama llulla, ama suwa (não sejas frouxo, não seja mentiroso e nem ladrão), suma tamaña (viver bem), ñandereko (vida harmoniosa), tekokavi (vida boa), ivi maradi (terra sem mal) e qhapaj ñan (caminho ou vida nobre), todos baseados em valores de unidade, igualdade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, justiça social e de gênero na participação, bem estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para viver bem”. Uma nota importante nessa sistema constitucional é o reconhecimento da pluralidade e a igual hierarquia das normas produzidas pelas

36 nações Indígenas Originárias Camponesas da Bolívia. Não obstante, em que pese esses princípios, não foi ainda possível uma atenção satisfatória, pelo governo, a todos esses direitos em certos casos concretos, como o conflito relacionado à construção da auto-estrada Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, que passa pelo coração da Terra Indígena e Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), a qual criou uma série de descontentamentos aos povos indígenas originários camponeses que habitam a área, já que as políticas foram implementadas em violação ao direito à consulta prévia, estabelecido na Convenção 169 da OIT. Endente o autor que os povos indígenas têm o “direito natural e original de viver em livre determinação e territorialidade, decidindo suas próprias prioridades, segundo sua cosmovisão de respeito e admiração a tudo o que os rodeia”. Sustenta, porém, que nesse contexto seria imperativo que o governo boliviano “houvesse estabelecido mecanismos apropriados para garantir: a planificação, coordenação, execução e avaliação” dessas políticas, em cooperação com os TIPNIS.

24. Luciana Álvarez, em seu ensaio, oferece uma análise crítica do processo de reconhecimento jurídico dos direitos indígenas na Argentina. Em seu diagnóstico, que foi testado à luz de casos concretos decididos na Argentina sobre direitos indígenas, os direitos dos povos indígenas, em relação à sua propriedade comunitária, “ficam reduzidos à mera gestão de assuntos e interesses patrimoniais”, submetidos, portanto, a uma lógica individualista e judicializante que reconhece um campo limitado para a “participação e autodeterminação” dos povos indígenas, que são forçados a adequar as modalidades de direitos propriamente indígenas às figuras jurídicas conhecidas no direito patrimonial estatal. O modelo argentino é, em sua leitura, ainda um modelo “assimilacionista” ou “indianista”. Em suas palavras, “En muchos casos, los tribunales reconocen la justicia de las peticiones formuladas por las comunidades, pero el problema parece radicar en la efectiva habilitación simbólico-política del indígena en tanto ‘Otro’ que encabeza una disputa política. A esta práctica discursiva subyace el énfasis de la reparación histórica, de naturaleza circunstancial y relativamente asistencialista. En los casos

en que se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la tierra, se lo hace en los términos en que lo concibe el derecho civil común como aplicación clara, directa y sin ruptura del mismo. Sin fundamento en la legislación que encarna el derecho a la diferencia, cuando así lo han solicitado las comunidades, ni en referencia a derechos o principios que excedan la propiedad individual o generen algún desplazamiento de sus presupuestos”. Essa visão se associa, como explica a autora a uma concepção de direitos ainda atrelada a um modelo neoliberal que resiste em reconhecer, em toda a sua extensão, um direito a autodeterminação das comunidades indígenas e tribais. Mesmo quando se reconhecem direitos a essas comunidades, os grandes atores do capitalismo global tratam de conceptualizar esses direitos de maneira a garantir o seu controle Estatal.

25. Oscar E. Torres, por seu turno, reflete sobre o direito dos povos indígenas à tradução dos atos processuais praticados nos processos em que eles tenham interesse, com ênfase específica no Direito Mexicano, onde o problema se põe de maneira particularmente relevante em vista do elevado número de comunidades indígenas não falantes da língua castelhana. O referido direito é analisado em seus aspectos particulares, que debatem a forma de tradução dos referidos atos e as dificuldades encontradas para tradução a línguas cujo princípio é a oralidade. O autor enfrenta, ainda, ao final, a espinhosa questão de saber quais atos devem ser traduzidos, rejeitando a orientação radical dos “fervorosos defensores” da perspectiva indígena, que exigem a tradução de todo e qualquer ato processual. Contra essa diretiva, sustenta-se o dever de tradução de todos os “atos essenciais”, que envolvem os atos potencialmente relevantes para a liberdade ou os direitos da parte interessada.

26. Alma Guadalupe Melgarito Rocha, em seu ensaio, parte de uma perspectiva fundada na teoria crítica do direito para contestar o modelo mexicano de interação entre o direito estatal estabelecido pelo poder central mexicano e o direito indígena, que acaba sendo reduzido a meros “usos e costumes” que são

reiteradamente remetidos a uma categoria jurídica inferior ou subordinada, o que reflete uma subordinação dessas comunidades. Para explicar essa problemática, a autora analisa o sistema normativo da Polícia Comunitária na Sierra de Gerrero, no México, em que há previsão de certos mecanismos de autorregulação para as comunidades indígenas que vivem nesse território. Sem embargo, uma análise semiótica da relação entre as normas estatais e as normas comunitárias revela uma situação de “hegemonia”, no sentido gramsciano, das primeiras em relação a estas. Uma análise semiológica tanto do texto da Constituição Mexicana como da legislação aplicável revela esse sentido hegemônico de dominação. “Es necesario entender que en el texto, los sentidos que connotan las relaciones de hegemonía y las de dominación se encuentran mezcladas, pero a pesar de esto, su carácter permanece bien delimitado: frente a la relación de «hegemonía» —donde prima una dirección social lograda mediante el consenso obtenido merced al uso del control ideológico, y que aquí hemos llamado sentido ideológico del derecho—, la de dominación representa la utilización de la violencia, que aquí hemos llamado sentido deóntico del derecho. Esto es, en término gramscianos, el bloque en el poder, incluso en una situación de hegemonía, no dirige a toda la sociedad, sino sólo a las clases auxiliares y aliadas que le sirven de base social, y hace uso de la violencia frente a los grupos opositores, entre ellos, y para el tema que nos ocupa, los pueblos y comunidades indígenas”. Nesse sentido, a autora aponta, a título de exemplo, o artigo segundo da Constituição Mexicana, que é redigido nos seguintes termos: “[...] Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible. - La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...]. Como explica a autora, “con esta estrategia, el texto presenta a los pueblos indígenas como «formando parte de» la Nación Mexicana. Lo cual a primera vista nos podría parecer una perogrullada. Sin embargo, si bien el texto hace uso de una semiótica denotativa de inclusión de los pueblos indígenas, al mismo tiempo connota la dominación de estos grupos sociales. Recordemos que precisamente uno de los

reclamos que dieron origen a esta reforma fue la negación sistemática de los pueblos y comunidades indígenas en los textos normativos estatales.” Esse padrão se repetiria ainda, segundo o argumento do texto, em várias outras normas e formas de regulação jurídica, que são analisados detalhadamente no texto.

27. Simone Maria Palheta Pires e Iaci Pelaes dos Reis, em seu estudo, realizam um estudo sobre a justiça itinerante no Arquipélago de Bailique, na Amazônia, e o papel da denominada Justiça Itinerante, a partir da “sociologia das ausências” de Boaventura de Sousa Santos. O estudo compara as premissas teóricas de Sousa Santos com a experiência concreta da Justiça Itinerante, por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, que põe periodicamente à disposição das populações ribeirinhas uma vara fluvial itinerante. Um dos propósitos do trabalho, como identificado no resumo, é identificar se a prestação jurisdicional na itinerância fluvial é, em sua essência, “influenciada pela globalização neoliberal e o capitalismo global que não incentivam práticas contra-hegemônicas, permitindo que a cultura ribeirinha seja reduzida ao silêncio”. A escolha da perspectiva da Sociologia das Ausências, como apontam os autores, “deve-se ao fato de tratar-se de uma visão que confere legitimidade aos saberes periféricos, tornando presentes invisibilidades que são produzidas pelo modelo hegemônico como não-existências, sugerindo uma monocultura de pensamentos e relações lineares. Baseando-se no relato de algumas experiências práticas em jornadas itinerantes fluviais, o estudo tem uma abordagem qualitativa baseada em pesquisa bibliográfica e em pesquisa documental (dados secundários), considerando algumas premissas provisórias, à guisa de conclusão, que darão continuidade à reflexão da prática itinerante tendo como mote a sociologia das ausências preconizada por Boaventura de Sousa Santos. O estudo de caso se realizou na comunidade de Bailique, na foz do rio Amazonas. Como explicam os autores, “O Bailique ou o arquipélago do Bailique, situado no Estado do Amapá, é definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) como um distrito do município de Macapá. É composto pelas Ilhas de Bailique, Brigue, Curuá,

Faustino, Franco, Marinheiro, Igarapé do Meio e Parazinho. Geograficamente, está localizado na Foz do Rio Amazonas, na Amazônia Oriental, e limita-se ao Norte com o rio Araguari e ao Sul com o Canal do Norte, a leste limita-se com o Oceano Atlântico e a Oeste com a região do Pacuí (VIEIRA e ARAÚJO NETO, 2006). Segundo o Censo Demográfico 2010 do IBGE, a população do Arquipélago do Bailique representa 2% da população do município de Macapá, totalizando 7.618 habitantes. Almeida et al (2013) ressaltam que a população que vive nos núcleos urbanos das ilhas é pequena, aproximadamente 1.500 pessoas. A maior parte (80,55%) reside no meio rural (IBGE, 2013). (...). O Bailique é formado por florestas de várzea, possui um ecossistema típico da região amazônica no qual algumas áreas são periodicamente inundadas pela maré, o que impossibilita o acesso a determinadas comunidades em algumas épocas do ano. Os habitantes moram em palafitas, as ruas das comunidades são a maioria formadas por pontes de madeira. O nível de escolaridade é muito baixo e o que predomina é o analfabetismo (DESTRI, 2007). Esse quadro foi reduzido com a implantação de escolas de ensino fundamental pela Prefeitura Municipal de Macapá. Ferraz (2007) ao desenvolver pesquisa de campo no arquipélago asseverou que em 2005 a região era muito carente, pois não havia nas comunidades do Bailique nenhuma infraestrutura como: saneamento básico, água encanada, energia elétrica, postos de saúde e policiamento. As casas, chamadas de palafitas, não possuíam móveis nem eletrodomésticos e abrigavam no mínimo oito pessoas, entre adultos e crianças. Inclusive, naquele ano não havia transporte regular para capital, caso fosse necessário, normalmente em razão de algum problema de saúde, o transporte utilizado eram as “voadeiras”. Nesse contexto, os autores acompanham a experiência da Justiça Itinerante e verificaram se, de fato, a noção de “Sociologia das Ausências”, cumpriu algum papel na ação estatal por meio da “justiça itinerante nas comunidades do Bailique. Em linhas gerais, a perspectiva da sociologias das ausências pode ser descrita da seguinte maneira: ““O objectivo da sociologia das ausências é transformar objetos impossíveis em possíveis e com base neles transformar as ausências em presenças. Fá-lo, centrando-se nos fragmentos da experiências social não socializados pela totalidade metonímica. O que é que existe

no Sul que escapa à dicotomia Norte- Sul? O que é que existe na medicina tradicional que escapa à dicotomia medicina moderna/medicina tradicional? O que é que existe na mulher que é independente da sua relação com o homem? É Possível que os países considerados menos desenvolvidos seja mais desenvolvidos que os desenvolvidos domínios que escapam à dicotomia hegemônica? (SANTOS, 2010, P. 102)". Não obstante a ação da Justiça Itinerante tivesse um propósito análogo a essa perspectiva emancipadora, de fato a ação da Justiça na região do Bailique não se mostrou eficaz, pois não compreendeu a necessidade de ajustar o seu olhar e os métodos de solução de conflitos à realidade e à cosmovisão da própria comunidade, como apontam os autores em suas conclusões: "O Judiciário brasileiro expressa a ideologia dominante, quando se dispõe a ir ao encontro de uma comunidade tradicional, mas desconsidera suas peculiares, seus saberes e cultura. Depois de 20 (vinte) anos de jornadas itinerantes para o arquipélago do Bailique, não houve a preocupação de confrontar a ignorância do próprio Judiciário com o conhecimento dos ribeirinhos para que o contrario também pudesse acontecer de forma equilibrada. (...) O enfoque atual do acesso à justiça preconiza a emancipação de comunidades através de formas dialogadas de solução de conflitos. Em Bailique o empoderamento, se é que este existiu ou existe, deveria ter como mote a valorização dos métodos utilizados antes do encontro com a Justiça institucionalizada, bem como, métodos autocompositivos de solução de controvérsias que geram protagonismo do cidadão. De acordo com relatos de serventuários e magistrados que atuam na justiça itinerante desde os seus primórdios, os poucos conflitos que eram submetidos à Justiça giravam em torno de questões de terra. Atualmente, as estatísticas apontam para um aumento acentuado de crimes que envolvem tráfico de entorpecentes, furtos, roubos, estupros, violência doméstica etc. Diante desse quadro urge a reflexão sobre as seguintes questões: Qual a razão dos conflitos criminais terem aumentado após o início das jornadas itinerantes? Ou, sempre existiram e não eram contabilizados? Como eram solucionados os conflitos antes do início das jornadas itinerantes? Havia a figura de pater eleito informalmente pela comunidade para mediar

conflitos? Questões como essas devem ser consideradas para que as ações futuras sejam menos hegemônicas e mais contra-hegemônicas”.

IV. POTENCIAIS CONFLITOS DE DIREITOS E VALORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

28. Mauro Barberis. Em seu ensaio sobre o pluralismo dos valores, o novo constitucionalismo e a possibilidade de ponderação entre os valores da liberdade e da segurança, Mauro Barberis faz uma profunda análise dos argumentos filosóficos (principalmente, meta-éticos), políticos e jurídicos empregados pelos governos para justificar uma ponderação entre a “liberdade” e a “segurança” para fins de restrição a direitos individuais na denominada “guerra ao terror”, no cenário pós-11 de setembro de 2001. Nesse contexto, como explica o autor, “a metáfora da ponderação está compartilhada entre o pluralismo dos valores”, que é uma doutrina metaética, e o new constitutionalism do pós-guerra, que atribui essas mesmas características aos princípios constitucionais. Para se defender a ponderabilidade entre esses valores, por conseguinte, várias das teses filosóficas sustentadas no campo da metaética e das suas versões correspondentes no âmbito do constitucionalismo devem ser rechaçadas. Um argumento em favor da ponderação irá necessitar, pois, de uma tomada de posição em relação às questões da objetividade (ou subjetividade), pluralidade (ou unidade, no sentido de redução a um valor comum), conflitividade, incomensurabilidade e determinabilidade dos valores. Deverá estabelecer, também, correlativamente, não apenas uma posição em favor do novo constitucionalismo, mas também um argumento sobre a objetividade (ou subjetividade) dos princípios constitucionais e a sua pluralidade, conflitividade, comensurabilidade e determinabilidade. Mas o desafio não para por aí. Sustentar a possibilidade de se restringir a liberdade com fundamento na segurança, em nome de uma suposta “guerra ao terror”, implica uma decisão política que corrói as bases do Estado de Direito e gera paradoxos e perplexidades que não são bem resolvidos com as ferramentas à disposição dos

juristas e filósofos morais. A própria natureza da situação que legitimaria essas medidas, como prisões sem acusação, tortura etc. não pode ser delimitada com o nosso conhecimento convencional. Nesse sentido, argumenta Barberis: “Se si trattasse di autentica guerra, ai prigionieri di guerra si applicherebbero le garanzie previste dalla Convenzione di Ginevra (1949). Se si trattasse di semplice terrorismo, ai terroristi si applicherebbero le garanzie previste dal diritto penale interno. La guerra al terrore, invece, permette di adottare misure estranee al diritto, tanto internazionale quanto interno: detenzione senza accuse e senza processo di sospetti qualificati come enemy combatants, eventualmente anche in prigioni segrete (black holes) all’estero; omicidi mirati (targeted killings) o extraordinary renditions dei sospetti verso paesi che praticano la tortura.” A partir daí, o autor examina vários argumentos, entre os argumentos puramente políticos e morais de Jeremy Waldron e os argumentos especificamente jurídicos trazidos na seção final de seu trabalho, para colocar sob forte suspeita esse tipo de ponderação, que é no mais das vezes um mero pretexto para fortalecimento do Poder Executivo e enfraquecimento dos demais poderes e da própria democracia. Nesse sentido, a própria possibilidade de ponderação entre segurança e liberdade, mesmo se todos os entraves morais (e políticos) e jurídicos apontados no trabalho conseguirem ser superados, deve ser vista quase sempre como um “simple artifício retórico a serviço da propaganda do Executivo”.

29. Betzabé Marciani Burgos, em direção contrária a uma possível tendência de sobrevalorização dos direitos de comunidades e grupos indígenas, defende a concepção, proposta pelo Tribunal Constitucional Peruano, segundo o qual a cláusula do Estado Democrático e Social de Direito, apesar de superar o modelo de um Estado “liberal” de Direito, impõe certos limites ao direito à identidade cultural e à autodeterminação, inclusive dos povos indígenas. Na visão do tribunal, esses limites dizem respeito aos direitos fundamentais e a outros valores ou bens jurídicos constitucionais. O ponto central do seu texto é rebater a crítica de que esses limites tornam “banal e inoperante” o reconhecimento pelo

Tribunal do direito à identidade cultural, de modo que seria necessário o reconhecimento de uma ampla margem de autonomia das comunidades ou povos indígenas em relação às decisões que afetam a sua forma de vida. A partir de casos concretos como, por exemplo, o denominado “direito de vingança” reconhecido por certas comunidades tribais e justificado para “restaurar a paz na comunidade” e as regras de certas comunidades sobre a “reparação” de crimes sexuais cometidos contra mulheres – que podem ser objeto de negociações entre famílias, compensações financeiras e penas de baixa proporcionalidade. Em particular, oferece-se uma análise do Regulamento do Chefe de Justiça Aguaruna de 1989, que conferiria uma proteção quase insignificante à mulher contra a violência sexual. Critica-se esse tipo de solução “comunitarista” como uma forma primitiva de utilitarismo, que não toma em conta os direitos individuais da mulher e se vale de costumes e razões “não públicas” no sentido de John Rawls. No argumento da autora, “Serían inadmisibles en un Estado constitucional, pues todos ellos significan tratos discriminatorios, que afectan la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer, y que no creo que dependan de una lectura cultural de estos valores – ni tampoco de supuestos significados abstractos–, sino de escuchar la voz de las afectadas y de reconocer un mínimo de elementos necesarios para que sus vidas merezcan ser vividas, no desde una concepción occidental etnocéntrica y jactanciosa, sino desde lo que pueden ser sus propias elecciones (también si éstas las llevan a decidir vivir una vida de recato o sumisión)”. De outro lado, rebatendo críticas que usualmente são aduzidas contra a “racionalidade ocidental”, a autora sustenta ainda que é plenamente compatível com os direitos indígenas o reconhecimento de uma certa natureza humana universal, “precisamente porque permite desenvolvimentos teóricos como os de Sen e Nussbaum acerca das capacidades” individuais. Não haveria, ainda, incompatibilidade lógica entre, de um lado, o liberalismo igualitário e o reconhecimento de direitos do indivíduo e, de outro lado, os direitos dos povos indígenas. Finalmente, parece mais plausível um modelo de racionalidade pública, no sentido de Rawls, e de uma ética deliberativa, no sentido de Habermas, que possa garantir a um só tempo uma “paridade participativa”, no sentido de Fraser, e um tipo de “universalismo moral nem

puramente racionalista e nem abstrato, mas pluralista e baseado em um modelo de democracia deliberativa”, no sentido de Benhabib. Com base nesse conjunto irrenunciável de garantias, defende-se uma concepção de civilidade que é apresentada como um pressuposto do Estado democrático de direito que não pode ser renunciado ou substituído por uma concepção culturalista de racionalidade.

30. Ricardo Cueva Fernández, em seu trabalho, aborda a delicada questão da questão de gênero em situações de confrontação com as pretensões “multiculturalistas” de subordinação da mulher fundadas em uma suposta liberdade religiosa. O marco teórico da análise é desenvolvido a partir da autora canadense Collen Sheppard, que explica diferentes possibilidades de manifestação da denominada “discriminação sistêmica” contra grupos sociais ou um gênero específico. Na esteira dos escritos de Young, são apontadas diferentes formas de discriminação e subordinação, entre as quais ganha destaque a noção de discriminação derivada (“adverse effect discrimination”), que ocorre quando um determinado sistema normativo confere uma proteção insuficiente a partes sujeitas (ou potencialmente sujeitas) à discriminação. Aqui, uma suposta “neutralidade” se revela como um fator positivo de discriminação por omissão, e resulta às vezes em uma forma “intencional” de discriminação. Feitas essas considerações, o autor passa a analisar um caso específico que reclama atenção dos estudiosos dos direitos humanos e concerne aos limites da denomina “multiculturalidade” ou do “pluralismo” de concepções de mundo. O caso em análise é o caso do imã de Fuengirola, que escreveu uma obra literária intitulada “A Mulher no Islã”, onde são descrita de maneira detalhada uma série de medidas “disciplinares” que o marido, em uma relação conjugal, pode infligir sobre a mulher, incluindo-se atos de violência física e a forma de exercê-los sem deixar sequelas. Descreve-se, em detalhe, a forma de prática desses atos de violência em “partes sensíveis” do corpo, que são capazes de causar “sofrimento psicológico” suficiente para subjugar a mulher e submetê-la aos desígnios do marido. Após analisa de maneira detida os argumentos invocados na corte e os limites normativos previstos em preceitos

éticos e nos tratados internacionais em vigor do denominado “discurso de ódio”. A chave para encontrar uma resposta sobre se a obra literária em questão constitui – ou não – uma violação aos direitos da mulher (e portanto uma extrapolação da denominada “liberdade religiosa” está na ideia de subordinação. Nesse sentido, afirma-se: “La respuesta se halla justamente en el área de la subordinación. En nuestras sociedades presumimos de haber construido criterios de decisión basados en la igualdad por anclados en el procedimiento democrático. Cabe darse cuenta que la jerarquización es fuente de desigualdad y que una establecida en forma estructural, sistémica, sin fundamento alguno en criterios de mérito o capacidad, puede reiterar mecanismos injustos de distribución de los roles sociales. Las confesiones religiosas no son una excepción en este plano, y muchas de ellas en un grado más desventajoso para los colectivos vulnerables que otros grupos de nuestra sociedad. Desde el momento en que los varones monopolizan un discurso, por vía de la potestad de que disponen, las mujeres se verán abocadas a situaciones subordinadas como las que expresa el imán de Fuengirola en su discurso y para las que el Derecho Penal es un remedio al que sólo debería acudir en último extremo. Lo más preocupante no es quizás el comportamiento individualizado y concreto del clérigo, sino la sospecha que su actitud y lenguaje dirigidos a la subordinación sexual están muy extendidos en el ámbito de muchas confesiones religiosas”. Restam em aberto, pois, as situações que autorizariam o emprego do direito penal. Não encontramos no texto, pois, uma resposta conclusiva sobre essa indagação. O Autor se mostra a princípio simpático, porém, a uma forma de controle “administrativo” sobre as confissões religiosas, menos intensa do que o direito penal e susceptível (ainda assim) de um escrutínio rigoroso sobre a “proporcionalidade” das restrições impostas à liberdade religiosa com fundamento na proteção da igualdade entre os sexos.

31. Rocio Villanueva Flores formula, em seu trabalho, uma indagação sobre o problema dos direitos das mulheres em comunidades indígenas, onde a questão do conflito entre concepções universalistas e pluralistas de direitos

humanos se manifesta com máxima intensidade. A situação se mostra especialmente grave porque a regra geral, no direito de muitas das comunidades indígenas latinoamericanas, é a subordinação das mulheres e uma potencial violação intolerável à sua dignidade e uma subproteção de seus direitos individuais (por exemplo: casamentos arranjados, punições por crimes sexuais “negociadas” entre os pais, penas de banimento, restrições ao direito à educação, etc.). A partir da perspectiva de Benhabib, o autor sustenta a necessidade de um diálogo intercultural com vistas à superação de tais posições subordinadoras da mulher, num esforço de emancipação discursiva e submissão, do ponto de vista interno, das próprias práticas culturais a uma avaliação crítica por parte de seus membros. Nesse sentido, “Se suele proponer que el tema de los derechos humanos sea tratado en el marco de un diálogo intercultural que contemple contextos cultura-les, históricos y sociales. En esa misma línea, se afirma que el intérprete constitucional debe “recorrir a un diálogo que le permita entender el punto de vista de una cultura distinta, para ello debe escuchar a los involucrados y auxiliarse además de los conceptos y la indagación em-pírica de las ciencias sociales, y en especial de la antropología jurídica, en este sentido también hay diálogos de saberes”. Em casos limite, porém, advoga-se uma concepção de proteção aos direitos indígenas que reconheça certos limites ao pluralismo, os quais se assentam na dignidade e integridade das mulheres, enquanto sujeitos de direitos individuais.

32. Encarnación La Spina analisa, em seu paper, o problema da convivência entre o paradigma pluralista dos direitos no âmbito das relações familiares, onde o potencial conflito entre ordens jurídicas e concepções éticas potencializa-se. A partir de uma análise específica de três situações específicas toleradas por vários países africanos, em sua maioria, ao menos, de tradição islâmica, a autora submete as teses do pluralismo a um teste de natureza casuística. São examinadas, em particular, as situações de “poligamia”, dissolução matrimonial por “repúdio” unilateral do marido, e “matrimônio forçado”. Após revisar a forma como essas instituições jurídicas são recepcionadas em sociedades liberais – que

se revestem da forma de Estado democrático de direito – a autora conclui que há importantes limites ao pluralismo jurídico, formulando sua conclusão nos seguintes termos: “La exploración casuística que se ha propuesto sobre el reconocimiento de la diversidad familiar en tres modalidades de formación y disolución matrimonial atípicas da cuenta de la escasez de transformaciones sustantivas del Derecho y la linealidad de las respuestas normativas apuntadas para acomodar dicha diversidad. En los tres casos analizados estas oscilan entre la prohibición, la anuencia, la criminalización o la contundencia del rechazo, sin dejar espacio a la sana flexibilidad. Una relectura de los indicios que ponen a prueba la consideración de la perspectiva intercultural en el ámbito de la gestión de diversidad familiar en sociedades multiculturales son insuficientes y subyace una voluntad de “pluralismo ma non troppo”. Los supuestos vinculados a prácticas culturales consideradas “dañinas” como el matrimonio forzado, el repudio o la poligamia no han suscitado dudas a la hora de incorporar en sus respectivos ordenamientos medidas legislativas específicas destinadas a prevenirlas, perseguirlas y sancionarlas. En definitiva, si situar el enfoque multicultural o intercultural en el marco de un Estado de Derecho democrático es una tarea compleja, lo es mayormente la aplicación coherente del sistema jurídico de derechos individuales y la apertura a un ámbito de discusión pública que permita la participación de los sujetos implicados para fijar las restricciones o protecciones jurídicas necesarias⁷². Por consiguiente, como “aditivo” imprescindible para reactivar al paradigma pluralista es afrontar dichas tensiones desde la neutralidad estatal no neutralizante y la laicidad como herramienta de protección. Incluso si lo es de forma indirecta del pluralismo cultural y principalmente de las condiciones de igualdad de los distintos grupos y de las personas que los conforman. Así, la fórmula inaplazable a reintegrar debería ser el pluralismo normativo subjetivo, por ser el único que mantiene un equilibrio entre la viabilidad y las pretensiones normativas acordes con la diversidad y la libertad de elegir. Esto es poner el acento en el individuo, como sujet de droits, sin obviar como referente de acción: la ponderación de derechos, bienes jurídicos y argumentos jurídico-constitucionales”.

V. DIREITO E IDEOLOGIAS

33. José Luis Antonio Tinajero Andrade, em seu escrito, reflete sobre a influência da ideologia e a forma como estereótipos sobre determinados grupos sociais gera repulsa, nas sociedades democráticas, ao reconhecimento dos seus direitos. Citem-se, por exemplo, decisões sobre casamento igualitário ou liberação de uso de substâncias como a maconha. Pretende o autor esclarecer a forma como surge, em nossas sociedades, um sentimento, por grande parte da população, de não reconhecimento desses direitos e de repulsa moral aos seus titulares, que se apresentam como “diferentes” de nós. Esse fenômeno, segundo se argumenta, está ligado a relações sociais de dominação em nosso ambiente, que podem ser explicadas a partir da filosofia de Foucault. Nesse sentido, quando certos “grupos que dominam um certo saber se assenhoram da verdade, a transmitem por meio de relações de poder; pois o poder não é um objeto, não é um ente apreciável pela via sensorial, mas pelo contrário só pode existir em um âmbito relacional, é dizer, só se apresenta através de relações sociais”.

34. Carlos Ignacio Giuffré, em seu ensaio intitulado “Derecho e ideología: imposibilidad de asepsia en la interpretación y determinación del Derecho”, aduz a importantes aportações de tradições filosóficas díspares como o movimento “Critical Legal Studies”, nos EUA, através das formulações de Duncan Kennedy, e da Hermenêutica Filosófica, aplicada ao direito na tradição alemã por autores como Kaufmann, entre outros, para rechaçar a proposição de que seria possível uma interpretação “neutra” ou “desengajada” no âmbito do direito. As perspectivas ideológicas seriam, pois, simplesmente inafastáveis no âmbito da argumentação jurídica, e isso não pode ser considerado de todo ruim. Entre as vantagens do reconhecimento expresso dessa impossibilidade de neutralidade, estariam as seguintes: i) um conhecimento de nossas ideias e ideologias exigiria, de cada um de nós, um esforço maior de promover a coerência, no nível axiológico, entre as decisões; ii) a afirmação de “neutralidade” ou de “apoliticidade” é percebida,

portanto, como um erro que precisa ser enfrentado e combatido pelos operadores do direito, que se tornam mais conscientes dos ônus decorrentes de suas escolhas; iii) permite estabelecer uma distinção proveitosa entre a garantia de imparcialidade, que se faz necessária, e o mito da neutralidade, que não passa de uma mentira.

PONTOS PARA CONVERSAÇÃO

- Em que sentido se deve (se é que se deve) superar o paradigma tradicional de investigação acerca da natureza do direito? Uma teoria sociológica do direito dá conta de explicar a natureza e a normatividade do direito?

- A adequação de uma única teoria do direito internacional;

- É possível explicar o multiculturalismo desde uma perspectiva liberal-igualitária?

- Os desafios da teoria jurídica no cenário do estado plurinacional;

- A concepção filosófica “interculturalista” apresenta novidades e vantagens em relação às concepções deontológicas, ou procedimentais, ou liberais igualitárias?

- É possível uma concepção “interculturalista”, mas não relativista?

- O modelo de conflitos entre direitos fundamentais se mostra adequado, ou deve-se buscar uma perspectiva “integradora” dos direitos fundamentais? O que dizer dos potenciais conflitos entre “segurança” e “liberdade”, ou entre “liberdade religiosa” e “liberdade de expressão”?

- Qual o papel da ideologia na interpretação e aplicação do direito?

Relatoría del tema cuarto, "Anomia y Estado de derecho"

FRANCESCA POGGI
Università degli Studi di Milano
Francesca.Poggi@unimi.it

RESUMEN

La relatora presenta una elaborada reexposición de las principales tesis contenidas en las quince ponencias enviadas sobre el tema. Diferenció distintos sentidos del concepto de anomia para conectarlo a continuación con la idea de crisis del Derecho, en dos frentes principales: crisis del imperio de la ley y crisis del Estado constitucional. Ambos frentes abarcaban las temáticas de la mayoría de ponencias

PALABRAS CLAVE: anomia, constitucionalismo, crisis del Derecho, democracia, desregulación, Estado constitucional, globalización, imperio de la ley, lex mercatoria.

ABSTRACT

The rapporteur presents an elaborate presentation of the main thesis in the fifteen papers on the topic. She distinguishes several meanings of the concept of *anomie* in order to connect this concept to the notion of the Crisis of Law on two main fronts: the crisis of the rule of Law and the crisis of the Constitutional State. Both fronts include themes from most of the presentations.

KEYWORDS: anomie, Law's imperium crisis, democracy, de-regulation, constitutionalism, Constitutional State, globalization, rule of Law, lex mercatoria.



Copyright© Francesca Poggi

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

La palabra “anomia” es de origen griego, su raíz está compuesta por el prefijo ἀ- a- «ausencia de» y νόμος, normas: por tanto, significa ausencia de normas.

Esta palabra tiene por lo menos tres usos técnicos en la teoría del derecho (entendida en sentido amplio): usos estrechamente relacionados entre sí.

El primero, quizá el más conocido, fue difundido por Durkheim, que entiende “anomia” como "Un estado sin normas que hace inestables las relaciones del grupo social, impidiendo así su cordial integración, cooperación". La anomia produce, según Durkheim, una disonancia cognitiva entre las expectativas normativas y la realidad cotidiana. Me ha sorprendido un poco que la mayoría de las ponencias de hoy no hagan referencias a este sentido, tampoco cuando analizan temas conectados con él – hay excepciones, como Torres Ortega y, sobre todo, Pérez Perdomo, que hace un análisis muy detallado del concepto de “anomia” en Durkheim y en Merton.

El segundo sentido técnico se debe a Bobbio, que en Norma (1980) habla de “anomia” como “uno stato di generale mancanza di norme”. Este sentido no es citado por ninguna de las ponencias de hoy, aunque algunas de ellas emplean un concepto parecido a la anomia de Bobbio: el estado de naturaleza, teorizado variadamente por Locke, Hobbes, Rousseau y otros pensadores contractualistas.

Finalmente, el último sentido de anomia, éste sí en el centro de muchas de las ponencias que vamos a discutir, fue empleado por Carlos Santiago Nino en Un país al margen de la ley (1992): según Nino, es anómica una sociedad instalada en la ilegalidad, entendida como falta de respeto a las normas.

Me parece que, en que las ponencias que vamos a discutir, la ‘anomia’ (en alguno de los tres significados mencionados) está conectada, sobre todo, con un fenómeno que podemos llamar “crisis del derecho” (expresión que, como vamos a ver, puede ser entendida de diferentes maneras): una crisis que algunas veces produce un estado parecido a la anomia y otras produce nuevas formas de regulaciones que pueden ser intermitentes, discrecionales, injustas y, así, de nuevo

conectadas con una situación anómica. En particular, en las ponencias de hoy, la crisis del derecho se configura por lo menos en dos sentidos distintos:

(1) crisis del derecho como crisis de la fuente "ley", la fuente producida por el Parlamento elegido democráticamente; esto es, crisis del imperio de la ley (en italiano se habla de la crisis del "principio della supremazia della legge")

(2) crisis del estado constitucional de derecho

Partamos del primer sentido: crisis del derecho como crisis del imperio de la ley, la fuente producida por el Parlamento. Este tema es abordado principalmente por Liborio Hierro, que nos recuerda cómo el imperio de la ley es también un principio ético-político, conectado con el principio democrático, siendo la ley – producida por un Parlamento democráticamente elegido - expresión de la voluntad general. Según Liborio Hierro, los motivos por los cuales se piensa que el imperio de la ley está actualmente en crisis son varios – tantos que nos hacen dudar si siempre se habla de crisis del imperio de la ley en el mismo sentido. Muy brevemente, estos motivos son los siguientes:

(i) La diversificación de las leyes: diversificación que se produce en tres niveles: (a) en el nivel de ordenación horizontal, al distribuirse la competencia legislativa entre la ley federal y la ley estatal o entre la ley estatal y la ley regional o autonómica; (b) en el nivel de ordenación material o de contenido, al aparecer leyes formales de dudoso contenido como ley material (sin generalidad y abstracción) e, incluso, a veces, de pretensión normativa directa, como en las leyes-medida, leyes-programa, leyes-plan, etc.; (c) finalmente, en el nivel de ordenación vertical, al haber aparecido en ciertos sistemas jurídicos diferentes categorías de leyes, como las orgánicas que aprueban estatutos de autonomía, las meramente orgánicas y las ordinarias, creando así diferentes tipos de legislador y suscitando el debate sobre si la distinción es meramente competencial o estrictamente jerárquica.

(ii) El segundo motivo residiría en la aparición, en el contexto del proceso de integración europea, de normas no legales en sentido formal que cobran fuerza paralegal, desplazando la aplicabilidad de las leyes internas a favor de los reglamentos y ciertas directivas comunitarias.

(iii) El tercer motivo es la expansión de la fuerza normativa de la constitución y de sus principios, que supone una obvia limitación de la potestad legislativa.

Liborio Hierro centra su análisis en el último motivo y afirma - ésta es su tesis principal - que los cambios que se produjeron durante la transición del Estado de derecho hasta el Estado Constitucional no afectan al principio ético-normativo del imperio de la ley.

Aquí surgen dos problemas, que están también en el centro de otras ponencias:

(i) Primero, si hay un conflicto, una tensión, entre principio democrático y estado constitucional - y creo que claramente la hay. (Abro un paréntesis: en su ensayo, Juan de Dios González Ibarra y Barbara E. Orihuela Rosas subrayan la importancia del pensamiento de Bobbio y Ferrajoli en la transformación del estado de derecho hacia un estado constitucional en América Latina y, sobre todo, en México. Pero me parece que hay también una tensión en el pensamiento de estos dos autores: Bobbio es el teórico de la democracia, una democracia que él entiende esencialmente en términos formales - de procedimientos -. Ferrajoli, en cambio, es el teórico del neo-constitucionalismo y, como he dicho, entre democracia y constitucionalismo hay tensiones - tensiones bien analizadas, p.e., por Anna Pintore, en su libro *I diritti della democrazia*).

(ii) El segundo problema es si este conflicto entre principio democrático y estado constitucional, puede superarse o si debe ser resuelto a favor del uno o del otro.

Estos problemas son enfrentados también por Isabel Trujillo, que subraya la importancia del principio de proporcionalidad, que tiene que eliminar, cito, "aquellas intervenciones sobre los derechos que no aparezcan adecuadas a las finalidades de la constitución, que no sean las menos restrictivas posibles, que sean desequilibradas respecto a los beneficios que pueden traer de la medida legislativa". El problema, creo, es que las intervenciones que sean adecuadas, menos restrictivas posibles, etc., son fruto de una decisión discrecional, sobre todo

porque lo mismos derechos constitucionales pueden entrar en conflicto, y esta discrecionalidad no es eliminable.

Respecto de estos temas, el conflicto entre democracia e imperio de la ley, por un lado, y entre principios e imperio de la Constitución, por el otro, Liborio Hierro descarta la tesis, que él atribuye al constitucionalismo fuerte – y sobre todo a Manuel Atienza – según la cual (cito) “la crisis de la ley [de la ley en sentido formal] no es una enfermedad antigua y curable, es la muerte irreversible de la ley tal y como era en el estado legislativo de derecho y, consecuentemente, la desaparición del principio ético-jurídico del imperio de la ley”. Contra esta tesis, Liborio Hierro desarrolla un argumento muy brillante. Él opina que si esta tesis fuera correcta, se produciría una paradoja constitucional del siguiente tenor: (a) La Constitución somete a los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley. (b) La Constitución desplaza el principio del imperio de la ley.

Ambas proposiciones serían verdaderas, y esto es paradójico, pues son contradictorias.

Según Hierro, el constitucionalismo débil puede salir de esta paradoja, porque prescribe el principio *in dubio pro legislatore*, lo que implica que la ponderación, aunque sea revisable en vía constitucional, tiene que ser realizada primariamente por el legislador.

Dos notas sobre el ensayo de Hierro:

En primer lugar, la pregunta de partida parecía una pregunta de hecho, algo como “¿Es verdadero que la transición del Estado de derecho hasta el Estado Constitucional ha minado, ha matado, el principio ético-normativo del imperio de la ley?” Pero su respuesta me parece normativa, más que descriptiva: algo como “tenemos que adoptar el principio *in dubio pro legislatore* para no minar el principio ético-normativo del imperio de la ley”. Pero si de hecho, *as a matter of facts*, los jueces no adoptan el principio *in dubio pro legislatore*, entonces el principio ético-normativo del imperio de la ley está (de hecho) muerto. Y este hecho, creo, no produce en realidad una paradoja constitucional – porque se podría argumentar que “La Constitución somete a los jueces y magistrados únicamente al

imperio de la ley no contraria a la Constitución” – sino que hace vacía la misma norma constitucional, porque son los mismos jueces los que tienen que establecer si las leyes son contrarias a la Constitución. Esta situación es desagradable pero puede bien ser, de hecho, verdadera.

En segundo lugar, me pregunto si las conclusiones de Liborio Hierro serían las mismas si el autor hubiera tomado en cuenta también las otras razones de la crisis de la ley y, sobre todo, si nos remitimos a un nivel más general, si hubiera considerado también la situación internacional. En este nivel, entra en escena una más profunda crisis del derecho: una crisis que afecta a todo el derecho de producción estatal, incluso al derecho constitucional – una crisis que se traduce en la crisis del estado constitucional de derecho. Estos temas son analizados por María José Fariñas Dulce, Antonio Giménez Merino, José Luis Gordillo Ferré, Isabel Trujillo y Rafael Escudero.

Así, tanto María José Fariñas Dulce como Antonio Giménez Merino y José Luis Gordillo Ferré destacan cómo el imperio de la ideología neoliberal y neo conservadora, que acompaña al proceso actual de globalización, está apoyando y dirigiendo un proceso de desregulación y re-regulación de importantes sectores de la actividad socioeconómica – una desregulación en el sentido de ausencia de normas estatales, y una re-regulación a través de nuevas normas que no son de derecho estatal, no son democráticas y no son en defensa del interés general.

Esta desregulación, según Fariñas Dulce, afecta (i) al ámbito de la radiodifusión y medios de comunicación (con imposición por parte de las empresas transnacionales de Leyes de secretos comerciales) – yo añadiría problemas de jurisdicción que hacen inefectivos los tradicionales instrumentos de represión de los ilícitos; (ii) al mercado laboral, con fenómenos de externalización y flexibilización del trabajo; (iii) y, sobre todo, al ámbito económico-financiero, donde hay capitales desterritorializados y fenómenos de supresión de controles jurídicos de actividades socioeconómicas.

En este último ámbito, estamos asistiendo a una nueva forma de pluralismo jurídico: potentes agentes y estructuras privadas de ámbito global están actuando como nuevos actores de la regulación social, creando un derecho global sin Estado,

que tiene carácter privado, desterritorializado y no democrático – la nueva *lex mercatoria*.

Los fenómenos de desregulación y re-regulación a través de normas no estatales producen una crisis del derecho en el sentido de crisis de la ley – disminuye el ámbito de competencia de la fuente “ley” –, pero también afectan el estado constitucional de derecho, pues los derechos constitucionales (nacionales) no son protegidos en los sectores abandonados a estas nuevas formas de regulación.

Me pregunto (y pregunto a la autora) si entre este amplio fenómeno de la desregulación se puede colocar también la difusión de los códigos éticos, de los cuales trata Gema Marcilla. En su ponencia, que es muy articulada y que aquí no tengo tiempo de analizar, me parece que Gema Marcilla subestima el problema de la inclusión de códigos éticos en las fuentes del derecho. Escribe que “la relevancia de la incorporación o no de los códigos éticos en el derecho tiene relevancia sólo en una visión muy formalista” (p. 12). En particular, la autora reconoce el problema de establecer el “carácter vinculante” de las normas de los códigos éticos, pero sólo para aquellas profesiones para las cuales la función social es central y definitoria (los jueces, y no los abogados). Ahora bien, las violaciones de los códigos éticos pueden implicar sanciones muy graves también para los abogados (suspensión e irradiación), así que me parece que también para ellos es importante aclarar el carácter vinculante. Por lo que nos interesa ahora, los códigos éticos que no están incorporados en las fuentes del derecho parecen formas de desregulación: de imponer normas mediante instrumentos privados.

Volviendo a casos más claros de desregulación, Escudero sostiene que el paradigma de la “gobernanza”, *governance* – concepto acuñado por primera vez en un informe del Banco Mundial de 1989- ha dado un impulso fuerte en esta dirección. Dos son las características que lo definen: (i) recurre al compromiso voluntario más que a las sanciones (*soft law*); (ii) busca legitimarse no mediante la participación ciudadana sino a través de la expertise de los gobernantes. Este paradigma, según Escudero, supone una retirada estatal en el propio proceso de

elaboración del derecho: mira a excluir la economía de la toma de decisiones colectivas.

Esta retirada no equivale a un espacio vacío de derecho: como bien argumenta Isabel Trujillo, el soft law es derecho: según Trujillo “su juridicidad depende precisamente de la capacidad de resolver problemas de coordinación”. En efecto, Isabel Trujillo expresa una posición mucho menos crítica respecto este fenómeno. Siguiendo a Linda Sendel, ella distingue el pre-law (Green and White books and guidelines) y el post-law (regulations), por un lado, y el para-law, por el otro. Si he entendido bien, según Trujillo la legitimación de las dos primeras formas de normas (que son normas de armonización supranacionales) se encuentra en su capacidad de coordinación; mientras que la legitimación del para-law (que incluye el derecho producido por sujetos privados, corporaciones, como la ley mercatoria) reside en su capacidad de resolver conflictos y en el principio de accountability, “por el cual aquel que establece la regla tiene que estar sometido a ella y aquel que la aplica debe hacerlo con imparcialidad y debe responder de su decisiones”. Aquí hay, creo, una divergencia entre la posición de Trujillo y las de los otros autores citados: para estos últimos, esta legitimación no es suficiente – porque no siempre el principio de accountability es satisfecho – y, me parece, no es suficiente porque hay muchos modos de realizar una coordinación y no todos son igualmente buenos, y los conflictos pueden ser resueltos de manera injusta, en perjuicio de los derechos y a favor de los poderes económicos. Esta divergencia no debe ser exagerada, porque también Trujillo asigna un papel central a la protección de los derechos, sobre todo a nivel internacional: pero, entonces, el problema es si, de hecho, esta protección no se ve afectada por fenómenos como la re-regulación.

Si Giménez Merino y Gordillo Ferré subrayan que la gestión neoliberal de la economía está determinando también “la suspensión por tiempo indeterminado de muchos derechos sociales”, Rafael Escudero sostiene que, en el ámbito europeo, la afectación a los derechos sociales es consecuencia sobre todo de la política de la Unión Europea: de la imposición desde la UE de la “Golden rule”, la regla del “déficit cero”, que impone que el derecho se ajuste a los intereses de la economía.

Si los derechos sociales se encuentran debilitados, mejor suerte no encuentran los derechos de libertad sometidos a una creciente limitación desde el 11 septiembre.

Estos dos fenómenos – (i) desregulación estatal y re-regulación mediante normas no estatales y no democráticas (mediante un derecho privado global, la nueva ley mercatoria) de importantes sectores de la actividad socioeconómica, y (ii) afectación de los derechos sociales y de los derechos de libertad por parte de los estados – pueden parecer distintos.

El primero implica (o puede implicar) una crisis del derecho estatal, en el sentido de que tanto las leyes estatales como las constituciones estatales se retiran de ciertos ámbitos de disciplina – o, simplemente, no pueden intervenir en estos ámbitos supranacionales, no pueden controlar fenómenos desterritorializados, que dejan a actores privados. El segundo, en cambio, se materializa en el derecho estatal – por las leyes formales en los límites permitidos por la Constitución (o infringiendo o no teniendo en cuenta la misma), o por las leyes constitucionales – y determina más bien una crisis del estado constitucional de derecho.

En realidad, como subraya sobre todo Rafael Escudero, también la desregulación es el producto de una política interna que se produce (o se produce también) a causa de normas estatales y constitucionales. De nuevo, pensemos en la inclusión en el propio texto constitucional de cláusulas como las de estabilidad presupuestaria o “déficit cero”, que ofrecen un argumento de carácter normativo contra el mandato constitucional de protección de los derechos sociales, lo que no implica la prevalencia de los intereses de corporaciones, oligopolios, mercados financieros, sino una regulación distinta.

De una manera similar, Giménez Merino y Gordillo Ferré subrayan que estos fenómenos son, por un lado, antidemocráticos, porque comportan un debilitamiento de los derechos y la conversión de la excepcionalidad en un estado permanente (y también porque la participación popular se ha debilitado mucho) – y, en el ámbito europeo, también porque están impulsados por la UE, que carece de una legitimación democrática fuerte – pero son también medidas democráticas

porque la democracia representativa es un "instrumento necesario" de su actuación.

¿Cuáles son, en detalle, las consecuencias de todo esto?

Jiménez Merino y Gordillo Ferré analizan un ámbito limitado, pero muy relevante: su tesis es que la fuerte limitación de los derechos de libertad se refleja en una ampliación del derecho penal de autor. Por el derecho penal de autor se debe entender, cito, "todo conjunto de normas punitivas que sanciona la actitud interna del sujeto". Quiero preguntar a los autores algunos ejemplos de esta ampliación porque los casos que citan en su texto - la violación y/o restricción sistemática de derechos tan fundamentales como la presunción de inocencia, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, el habeas corpus - me parece que no afectan las actitudes internas, y también porque los delitos de incitación al odio y los delitos de opinión afectan más el principio del daño.

Rafael Escudero analiza, en cambio, un ámbito mucho más amplio: él mantiene que es el fenómeno de la constitucionalización el que está en crisis: según Escudero, (cito) "resulta difícil seguir sosteniendo que la Constitución sea una norma jurídica última, vinculante y directamente aplicable. El carácter invasivo y debordante de las constituciones es puesto en crisis por poderes económicos. La inclusión en el propio texto constitucional de cláusulas como las de estabilidad presupuestaria o "déficit cero" ofrecen un argumento de carácter normativo contra el mandato constitucional de actuación de los derechos sociales. La rigidez constitucional queda igualmente en entredicho cuando se observa cómo las constituciones son reformadas al dictado de mandatos que responden a intereses peculiares, financieros, oligopólicos o similares".

La garantía jurisdiccional no es eficaz por la mismas razones. ¿Cómo seguir garantizando el programa constitucional cuando en el texto constitucional se han introducido cláusulas que lo contradicen abiertamente?

De que la Constitucionalización, como fenómeno, está en crisis, se sigue, según Escudero, que el constitucionalismo como teoría carece de referencia en la realidad (p. 19).

Antes hemos tratado los conflictos entre neo-constitucionalismo y principios democráticos: las tres ponencias ahora analizadas sostienen que ambos están en crisis: el constitucionalismo por las razones que hemos visto, y la democracia porque se volvió un instrumento de toma de decisiones no democrático, de des-regulación y de protección de intereses no democráticos, sino autoritarios y oligopólicos, bien distintos a los que debería responder un Estado constitucional.

Is it the end of law as we know it? O, mejor dicho, es el fin del derecho como lo hemos teorizado?

Así, Juan losa se pregunta cómo podemos constitucionalizar el principio de libertad negativa. losa argumenta que esto depende de la noción de autonomía personal y analiza dos maneras “liberales” de concebir esta noción: la de Dworkin, por un lado, y la de Frankfurt y Raz, por el otro. Su análisis es muy detallado y no tengo tiempo de exponerlo aquí – también porque nos lleva lejos de nuestro tema principal: claramente la garantía de la libertad negativa es algo muy distinto de la anomía, y requiere una fuerte intervención del derecho para protegerla. Solo quiero preguntar al autor si es neutral respecto a estas dos maneras de concebir la autonomía, o si, como algunas veces parece, él prefiere la noción de Raz: la concepción llamada “perfeccionismo liberal” (perfectionist liberalism), expresión debida a Charles Larmore (1987) – casi una contradicción en los términos. Según losa, si seguimos a Raz, la formulación de un principio constitucional de autonomía debería ser:

“En tanto no impliquen daño a la autonomía propia o de terceros, las acciones de las personas, aun si inmorales, están exentas de la autoridad de los magistrados”

Es una formulación que me parece muy insatisfactoria. Muchos daños económicos quedan fuera de esta formulación, pues no afectan la autonomía. No solo eso. ¿Por qué no puedo vender a mi hijos (a una buena pareja, se entiende)? Y muchas cosas afectan a mi autonomía – por ejemplo, estar aquí cuando tengo deseos (de primer y segundo orden) de estar en la playa. ¿Por qué los contratos de esclavitud deben estar vedados y los contratos laborales no?

Más en general, asumidos todos los fenómenos de limitación de la libertad que han ocurrido después del 11 septiembre, la constitucionalización del principio de libertad negativa seguramente no parece suficiente para garantizarla, pero nos podemos también preguntar si es necesaria o si es preferible constitucionalizar aspectos particulares de este principio (el derecho de circulación, el habeas corpus, etc.).

Volvemos a nuestro tema principal. En algunas áreas del mundo, a los fenómenos globales antes citados se añade otro, que también produce una crisis de la ley y una crisis del estado constitucional de derecho: el incumplimiento generalizado. Es el fenómeno de la anomia boba - de la que habló Nino - que es analizado en referencia a los países de Latino-América por Francisco Laporta, Rogelio Pérez Perdomo, Ilse Carolina Torres Ortega, Armando Romero Muñoz y Jesús Ibarra Cárdenas.

El incumplimiento generalizado tiene muchas caras, que son analizadas en detalle por los autores citados:

1. La no-vigencia o total ineficacia de las normas jurídicas en ciertos ámbitos de la vida social: el espacio de impunidad de los cárteles del narcotráfico, la existencia de territorios dominados por guerrillas o fuerzas paramilitares informales, los barrios de las grandes ciudades en los que no se aplica el derecho vigente;

2. la ignorancia y sistemática violación de las normas por los responsables de su vigencia y aplicación: corrupción, particularismo, violencia policial, gobiernos de facto;

3. la cultura del incumplimiento, el incumplimiento rutinario: las violaciones de las normas sobre el tránsito de vehículos, la violencia privada y la evasión fiscal.

4. el uso de normas de control político del aparato autoritario, normas constitucionales espurias (Aguiló), es decir restrictivas de derechos y libertades, que asignan una potestad a una autoridad o un privilegio a un sector o grupo en particular y que no son justificadas en términos de los rasgos de un Estado de derecho. Algunos de los ejemplos (citados por Jesús Ibarra Cárdenas): Belice

prohíbe la entrada al país de homosexuales y prostitutas y sanciona penalmente la homosexualidad; la constitución de México permite detener a una persona sospechosa de participar con el crimen organizado por 40 días, prorrogables hasta 80; en Bolivia se autoriza la actividad laboral de niñas y niños de 10 años.

5. otro problema, añadido por Christianne Silva Vasconcellos, se refiere a la reparación de las injusticias históricas cometidas por el derecho (pero también infringiendo el derecho) contra la población africana – en su ensayo, del cual he aprendido mucho, la autora reconstruye breve, pero muy claramente, las etapas de la historia infame de la esclavitud y nos propone un interesante problema teórico. ¿Hasta qué punto y de qué manera es justo, justificable, reparar las pasadas injusticias? Es una tesis difundida que un estado constitucional – un estado justo – tiene que asegurar a todos una igualdad de partida, una igualdad de oportunidades – también a través de una desigualdad formal que remedia la discriminaciones del pasado – pero no he entendido si la autora piensa en remedios más fuertes y distintos – como la concesión de títulos de propiedad.

Todos estos fenómenos producen claros problemas políticos: no solo afectan los derechos individuales, sino, como opina Francisco Laporta, plantean también un desafío institucional pues, contra la ideología económica neo-clásica, según la cual las instituciones jurídico-políticas no son relevantes para el crecimiento económico, se debe reconocer que “sin un tejido institucional sólido y fiable no se puede aspirar ni a un desarrollo económico y social duradero, ni a una ciudadanía plena y responsable” (p. 83). Pero estos fenómenos de incumplimientos plantean también problemas teóricos – vamos a examinar algunos.

1) La no-vigencia o total ineficacia de las normas jurídicas en cierto ámbitos de la vida social parece determinar, según la teoría del derecho clásica tanto de Kelsen como de Hart, la inexistencia del ordenamiento jurídico en dichos ámbitos (o, por lo menos, una patología del derecho, según Hart) o, según la teoría del pluralismo jurídico, la vigencia de un ordenamiento distinto. Francisco Laporta opina que apelar a la teoría del pluralismo jurídico – cito - “no deja de ser una cierta evasión teórica. Si todas las reglas aplicadas por la fuerza con procedimientos más o menos regulares acaban por ser concebidas como derecho,

entonces casi toda conducta violenta podría ser una conducta jurídica” (p. 66). Este punto es muy debatido en filosofía del derecho y teóricamente muy interesante. ¿Se requiere algo más que (i) el control territorial y (ii) la aplicación de reglas por la fuerza con procedimiento más o menos regulares para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico? Francisco Laporta opina que sí – y quiero preguntarle qué más se necesita.

Según Laporta, lo que tiene vigencia en estos ámbitos de la vida social es (no otro ordenamiento jurídico, sino) “una normatividad diferente a la jurídica impuesta por relaciones de poder informales y no establecida por el voto de sus destinatarios”. La misma idea me parece compartida por Rogelio Pérez Perdomo, quien parece, sin embargo, valorarla de manera diferente, no tan negativa. Según Pérez Perdomo, en esta situación no nos enfrentamos a una anomia, ni en el sentido de Durkheim, ni en el sentido de Bobbio: no solo no hay una “guerra de todos contra todos”, sino que hay otras normas, sociales, no de derecho estatal, que guían las conductas de los ciudadanos. En efecto, Pérez Perdomo opina que, cito, “el derecho estatal es menos importante en regir la conducta de las personas de lo que suponían los juristas”.

Estoy de acuerdo: la mayoría del pueblo tampoco conoce el derecho. Sin embargo, el derecho es importante cuando hay conflictos, disputas. Se recurre al ejemplo de los contratos en Venezuela. Pérez Perdomo afirma que el valor del contrato se debe a las normas sociales y al cuidado que se pone en mantener prestigio en los negocios: él refiere que algunos contratos son realizados también cuando son contrarios a las regulaciones formales (p.e. cuando las partes se comprometen a pagar en dólares de los E.U., lo que está prohibido) y que los abogados de Caracas admiten que no esperan solicitar la intervención del sistema de justicia en caso de conflictos. Pero éste es el punto: el derecho es un instrumento importante no para guiar las conductas, sino para resolver los conflictos cuando las conductas no se regulen por sí mismas.

2) Pasamos a examinar los problemas planteados por la ignorancia y sistemática violación de las normas por parte de los responsables de su vigencia y aplicación.

En este respecto, Isabel Lifante hace un estudio analítico sobre la noción de incumplimiento – y las formas de los posibles incumplimientos – en la actuación de la administración pública, que consiste en la determinación de las medidas a adoptar en los casos concretos para el desarrollo de las concretas funciones atribuidas a los distintos sujetos al servicio de la administración, para perseguir activamente ciertos fines predeterminados, y que implica de manera paradigmática el ejercicio de competencias discrecionales. En este ámbito las normas que guían las conductas, y, al mismo tiempo, determinan las funciones (los estados o rol) que los sujetos desempeñan en el marco de la institución social de que se trate, son – principalmente – normas de fin (de la forma “X debe procurar que se produzca el estado de cosas Y”). Éstas son muy diferentes de las normas de acción: determinar su violación es más difícil, también porque puede ser que no sea posible el cumplimiento total, sino solo en cierto grado. Así que, según Lifante, “para evaluar la responsabilidad, habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento sino también el punto de partida y los medios disponibles”. Hay dos dimensiones de evaluación: objetiva (centrada en los resultados obtenidos) y subjetiva (centrada en el cumplimiento de los deberes).

En particular, Isabel Lifante distingue 4 tipos de incumplimientos de responsabilidades públicas – algunos de los cuales en verdad son delitos sancionados por normas de conducta (corrupción, abuso de poder, etc.) – y subraya la importancia de tener diseños institucionales que dificulten estas conductas. Pregunto, sin embargo, ¿pueden existir tales diseños institucionales sin una cultura de la legalidad, puesto que también estos diseños necesitan de personas que los hagan efectivos?. En términos teóricos: sin aceptación (en el sentido de Hart) no me parecen imaginables medidas eficaces para combatir el incumplimiento generalizado de los funcionarios.

Laporta destaca que la idea de autoridad misma es incompatible con la violación de normas jurídicas por parte de quienes supuestamente serían

“autoridades”. Según Laporta, la justificación de la autoridad ha de descansar o en postulados morales previos o en la coherencia de quien la ejerce o en la racionalidad que tiene para los destinatarios seguir los dictados de quien emite las normas jurídicas (o, quisiera añadir, en su justificación democrática). La noción misma de autoridad implica, cito a Laporta, que “hay razones para obedecerla independientemente del contenido de sus mandatos”. A este respecto, creo que seguramente Laporta tiene razón: obedecer a una autoridad sólo por miedo de la sanción es también razonable, es un comportamiento estratégico y razonable, sólo si se dan algunas condiciones básicas que desaparecen cuando hay fenómenos de corrupción y particularismo generalizados, fenómenos de la violación de normas jurídicas por partes de las mismas autoridades, fenómenos de ineficacia de las normas jurídicas, de inaplicación o de aplicación esporádica o divergente.

Ilse Carolina Torres Ortega, destaca que la justificación misma del castigo, de la sanción, se ve afectada en un contexto caracterizado por un grado muy alto de incumplimiento y, sobre todo, por la tendencia a la ilegalidad generalizada por parte de las autoridades. Según la autora, que se adhiere a una concepción preventiva de la pena, las sanciones son razones adicionales para obedecer a las normas, que tienen las funciones de proteger, fortalecer, las expectativas y, así, permitir a los ciudadanos desarrollar procesos de cooperación y llegar a resultados eficaces que beneficien a los intereses generales e individuales. Para realizar esta función, es necesario que se tenga la certeza de que dichas sanciones se harán efectivas.

Sin embargo, cuando hay situaciones en las que las normas jurídicas han dejado de ser observadas por un número tan elevado de individuos que también ha disminuido el compromiso institucional de hacerlas cumplir, la percepción social del castigo se ve profundamente afectada: los ciudadanos se convencen de que no pueden confiar en las instituciones y que tienen que proteger sus intereses por sí mismos. El castigo no estabiliza las expectativas, no lleva a cabo la función preventiva, por lo que ya no está justificado.

Este fenómeno de la incertidumbre de la pena, de la ineficacia de las normas, es conectado con el problema de las inconsistencias normativas, con un

enlace doble. Por un lado, la ineficacia de las normas puede implicar que dos casos iguales sean tratados jurídicamente de manera diferente, porque en el uno las normas son aplicadas y el comportamiento es sancionado, mientras que en el otro no, debido a corrupción, ineficacia de la represión o, simplemente, incumplimiento de los deberes por parte de las autoridades. Por otro lado, puede ocurrir que sea la presencia de una inconsistencia normativa, en el nivel de las normas generales, la que haga que dos casos iguales sean tratados jurídicamente de manera diferente, y se genere así una incertidumbre frente a la pena, de manera que los ciudadanos no puedan prever las consecuencias de sus acciones.

Este último tema es analizado por Armando Romero Muñoz. Él define la “consistencia normativa” como aquella propiedad que hace que en un ordenamiento jurídico no sea posible encontrar dos directrices de acción incompatibles y que no sean susceptibles de cumplirse al mismo tiempo – yo añadiré “o que no es posible encontrar directrices de acción incompatibles sin que el conflicto sea resuelto por criterios internos (de solución de las antinomias)”. Según Romero Muñoz, las inconsistencias normativas son muy difundidas en Latino-América por tres factores: (i) el sistema de civil law; (ii) la inestabilidad social y políticas, (iii) la sujeción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voy a examinar, por razones de tiempo, solo el primero de estos factores, que me parece muy interesante – y que también afecta a otros países, sobre todo europeos.

Romero Muñoz argumenta que, en el estado constitucional, el derecho es también creado por los jueces. Sin embargo, como no hay precedentes vinculantes y las decisiones judiciales que tienen naturaleza erga omnes no son la mayoría, esto tiene como consecuencia que el juez continental tenga mayor discrecionalidad que el juez del common law y que se aumente la posibilidad de que casos similares lleguen a decisiones diferentes.

Según Romero Muñoz, una solución puede consistir en introducir un sistema de common law, o, por lo menos, la regla del precedente vinculante. Claramente esta solución no es la panacea para todos los males, no garantiza la

justicia material de las decisiones, sino sólo su previsibilidad - que no es poco, y que también está conectada con exigencia de justicia material.

Menos convincente me parece la solución propuesta por Jesús Ibarra Cárdenas para muchos de los problemas en que consiste hoy la crisis de derecho en América Latina – y, en particular, el uso de normas de control político del aparato autoritario, normas constitucionales espurias, ilícitos atípicos (en el sentido de Atienza y Ruiz Manero: acciones que prima facie son permitidas, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias deben considerarse prohibidas – según alguien, añado yo).

Según Jesús Ibarra Cárdenas, el sistema judicial “puede ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos” (11). El papel de la función judicial “se explicaría en términos de un instrumento de veto con que potencialmente cuentan los individuos para anteponer el derecho a la discrecionalidad de la política ordinaria”; “la función judicial tendría que articular de manera exitosa el código de valores y principios socialmente construido, y el marco normativo establecido en el sistema jurídico”.

Esta solución me genera muchas dudas.

En primer lugar, como subraya Francisco Laporta, “Una Constitución sin legisladores, sin administradores y sin jueces ordinarios es una pura entelequia” (p. 89). Los fenómenos de corrupción, incumplimiento, cultura de la ilegalidad afectan también a la clase judicial: ¿quién nos garantiza que no tenemos malos jueces como tenemos malos gobernantes?

En segundo lugar, como hemos visto, la sobreconstitucionalización aumenta las inconsistencias normativas, por lo menos si no adoptamos la regla del precedente vinculante.

En tercer lugar, no acabo de entender cómo el sistema judicial “puede ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos”. Los jueces ejercen un poder discrecional y político sin legitimación democrática. A este respecto, Carlos Ignacio Giuffré subraya muy bien que “la interpretación y determinación del derecho, lejos de configurar actividades neutrales o

exclusivamente técnicas, son políticas, puesto que establecen estructuras de poder: otorgan derechos a unos y determinan deberes o prohibiciones a otros; empoderan determinados sectores en desmedro de otros; permiten o no ciertas conductas; erigen un orden económico, lo reproducen y lo legitiman; dotan de sentido a ciertas relaciones entre las personas” (p. 4). Ejercer la administración de justicia es gobernar, y puede ser una herramienta de lucha y resistencia a la opresión así como de dominación. Aquí claramente volvemos al problema antes examinado de los conflictos entre democracia y estado constitucional.

En cuarto lugar, ¿cómo pueden las decisiones judiciales fortalecer y actuar los derechos si la misma Constitución expresa normas espurias que limitan los derechos de algunos individuos? Un poder judicial sobre constitucional es claramente un poder puramente arbitrario y, creo, no deseable, pero si es la constitución misma la que no garantiza los derechos de alguien o permite una limitación de los derechos, claramente no hay nada que los jueces, tampoco los constitucionales, puedan hacer. Y aquí también vuelve un tema ya enfrentado: la crisis de la constitucionalización.

Relatoría del tema quinto, "Argumentación, racionalidad y Derecho"

JUAN CARLOS BAYÓN
Universidad Autónoma de Madrid
juancarlos.bayon@uam.es

RESUMEN

El relator sintetiza en torno a diez ejes temáticos toda la riqueza, la variedad de contenidos de las cincuenta y cinco ponencias presentadas en torno al tema "Argumentación, racionalidad y Derecho, a los efectos, fundamentalmente, de sugerir un modo de estructurar la discusión llevada a efecto en el Congreso de Alicante.

PALABRAS CLAVE: argumentación, coherentismo, interpretación, negociación, objetivismo moral, particularismo, ponderación, prueba de los hechos, racionalidad jurídica, razonamiento moral.

ABSTRACT

The rapporteur synthesizes into ten key themes all richness and variety of contents within the fifty-five papers on "Argumentation, rationality and the Law". This serves to structure the discussion in the Alicante Congress.

KEYWORDS: argumentation, coherentism, interpretation, negotiation, moral objectivism, particularism, balancing, proof and evidence, legal rationality, moral reasoning.



Copyright© Juan Carlos Bayón

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

Muchas gracias. Quería empezar —por supuesto— dando las gracias a los organizadores de este encuentro, especialmente a Manuel Atienza, quien ha hecho posible que nos reunamos aquí. Y quiero empezar, también, pidiendo por anticipado disculpas; porque, en esta sección, como seguramente saben, se han presentado cincuenta y cinco ponencias, y me temo que en el tiempo del que disponemos voy a tener que hacer, en muchos casos, referencias telegráficas que inevitablemente no van a hacer justicia a la riqueza, a la profundidad de las ponencias presentadas, pero lo único que puedo decir en mi descargo es que *ad impossibilia nemo tenetur*.

Lo que voy a hacer va a ser agrupar en torno a diez puntos o a diez ejes temáticos toda la riqueza, la variedad de contenidos de las cincuenta y cinco ponencias presentadas, a los efectos, fundamentalmente, de sugerir un modo de estructurar la discusión ulterior, y también al hilo de cada uno de esos diez puntos plantearé algunas preguntas o alguna reflexión que tienen también el propósito de ser incitaciones para esa discusión posterior, que por supuesto es lo que interesa centralmente.

I

El primer punto tiene que ver con una pregunta preliminar: ¿de qué debe ocuparse una teoría de la argumentación jurídica? La teoría de la argumentación jurídica, o eso que damos en llamar una “teoría estándar de la argumentación jurídica”, se ha centrado fundamentalmente en los razonamientos judiciales con los que se justifican decisiones jurisdiccionales; incluso dentro de ellos —hasta no hace tanto tiempo, pero hoy ya no tanto—, fundamentalmente en el razonamiento que tiene que ver con la cuestión de Derecho, es un lugar común decir que hay otras formas de argumentación en los contextos jurídicos que han sido desatendidas, como procesos de argumentación que se dan en las mediaciones, o en la negociación, o en la argumentación de los abogados, etcétera, etcétera: El contexto de descubrimiento de las decisiones. Lo más interesante quizás es darse cuenta de que si eso es cierto —y creo que estaremos de acuerdo en que lo es—, no se debe

sólo a que la preferencias de los investigadores se hayan dirigido por razones espurias en una dirección poco adecuada, sino porque hay un prejuicio de fondo, el prejuicio de que en algunos de esos contextos, por ejemplo el que se da en las negociaciones, realmente no hay racionalidad discursiva, el espacio es un espacio meramente para la racionalidad estratégica y, por lo tanto, una teoría de la argumentación en realidad no tendría mucho que decir en ese campo, ni tendría quizás razones especiales para ocuparse de esas cuestiones. Hay, entonces, algunas ponencias presentadas al Congreso que —me parece que de una manera muy inteligente, muy perspicua— tratan de, primero, corregir los errores de planteamiento, de perspectiva, que hay en este punto y, sobre la base de presuponer que esa perspectiva debe ser corregida, tratan de desarrollar o iniciar algún avance concreto en esa dirección.

Una ponencia de Josep Aguiló, en concreto, discutiendo esta idea de Elster que todos conocemos, de que en contextos en que no hay consensos lo que hacemos es, o bien negociar, o bien argumentar, o bien votar —algo que todos hemos oído en reiteradas ocasiones—, Aguiló trata de demostrar que incurre en algunos errores de planteamiento serios esta forma de plantear el problema; porque votar es una manera de cerrar las deliberaciones como puede serlo alcanzar un acuerdo, y por lo tanto los tres elementos de esa terna no están en el mismo nivel conceptual; y en cuanto a los dos restantes, negociación y argumentación, plantearlo así presupone precisamente que la negociación no es un proceso deliberativo, cuando en realidad lo que sugiere Aguiló es que si superamos ese prejuicio y nos damos cuenta de que hay diferentes modos de debatir, combinando si los contextos en que las argumentaciones tienen lugar, son fundamentalmente cooperativos o fundamentalmente conflictivos, si tienen que ver más con los objetos, los temas, o tienen que ver más con los propios actores involucrados; si combinamos estas variables podemos obtener una distinción útil entre cuatro modos de debatir que llama Aguiló: disputa, controversia, deliberación y debate consensual, en los cuales, si nos fijamos en puntos tales como qué tipo de relación media entre los interlocutores, cuál es la finalidad a la que el debate se encamina, cuál es la situación inicial, cuál es el tipo de racionalidad predominante

en cada uno de ellos, cuáles son los resultados posibles en cada uno de esos contextos y cuáles son las reglas que gobiernan todo ese contexto, podríamos establecer una tipología mucho más rica que aclarara el campo y nos mostrase cuáles son exactamente, en cada contexto, los tipos de racionalidad implicados y los segmentos, los tramos en los que tiene perfecto sentido hablar de deliberación, de argumentación, y por lo tanto hay un objeto claro de estudio para la argumentación jurídica. Trasladado naturalmente al ámbito que más nos interesa, tendríamos que ver si hay contextos donde fundamentalmente lo que está en juego es la representación de intereses o más bien está en juego una posición de independencia o de imparcialidad; y todo ello, además, determinaría cosas tales como qué cuenta como falacia, como mal argumento en cada uno de esos contextos, sentado que una falacia básicamente es una violación de alguna de las reglas del discurso en el contexto correspondiente, y por lo tanto, qué cuenta como tal varía según el contexto.

En esta misma línea, incluso haciendo uso explícitamente de las categorías que presenta Aguiló en este trabajo, hay otras ponencias. Como, por ejemplo, una de Érika Quintero, que analiza acuerdos sobre justicia transicional en Colombia, partiendo de un punto de vista, como digo, similar, análogo al de Aguiló; y además, subrayando como un elemento añadido, que da riqueza a su análisis, la idea de que en el éxito de esa negociación es importante tomar en cuenta las emociones. Las emociones, a partir de un análisis de las mismas que incluye componentes cognitivos, que ve que las emociones están entrelazadas con razones y que, por lo tanto, para entender cómo se desenvuelven las negociaciones conducentes a la adopción de esos acuerdos y qué es lo que permite que se encaminen en una dirección exitosa o no, hay que combinar elementos de pura racionalidad estratégica con estos elementos de consideración de las emociones, que son productos de creencias —y, en ese sentido, también las creencias que las condicionan pueden ser objeto de deliberación— pero que además pueden de diferentes formas cortocircuitar o interferir en los mecanismos de la racionalidad prudencial, en el sentido de que ciertas emociones de las víctimas, nos dice Érika

Quintero, tienen que ser tomadas en cuenta para que los acuerdos sean posibles, para que el objetivo que en ese específico contexto se plantea, sea alcanzable.

Hay otra ponencia, de Myriam Janneth Silva Pabón y Natalina Stamile, que trata también de hacer un análisis yo diría que en la misma línea. Trata de aplicar a los mecanismos alternativos de resolución de controversias —mecanismos de mediación, de arbitraje—, un análisis donde la idea de razonabilidad —así lo plantean estas autoras— es entendida en un sentido no excluyente, no cerrado, sino que trata de incorporar todos estos elementos.

Yo diría que incluso alguna ponencia como la que ha presentado François Ost, en otra línea diferente, también podría relacionarse con el núcleo de problemas de este primer punto de los diez que he anticipado que quiero presentar. La ponencia de François Ost, a la que haré alusión también en relación con otro punto, trata de ver cómo la dimensión narrativa condiciona las interpretaciones. No solo las interpretaciones sino también la formación de las creencias de los juzgadores sobre los hechos en materia de razonamiento y argumentación probatoria. Pero esa proyección de la idea de una narración, que está hecha de un depósito, un contexto, un *stock* de sobrentendidos sociales acumulados, la aplica también —por eso lo traigo a colación en este punto— al análisis del contexto de descubrimiento, a cómo se van formando, cómo van articulándose los argumentos, no ya tanto en cuanto al análisis de qué papel pueden jugar en un razonamiento justificatorio.

En suma, todo este primer bloque o primer punto lo que trata de decir es: ¿no deberíamos tener un foco más amplio en nuestro análisis, y ese foco más amplio no requiere que clarifiquemos conceptualmente algunas cosas respecto a un tipo de análisis fino de los contextos implicados y de las reglas que son propias de cada uno de ellos?

El segundo bloque de cuestiones tendría que ver, ahora, no ya con el objeto de la teoría de la argumentación jurídica, sino más bien con sus pretensiones y su función. Hay, en primer lugar, un artículo, que ha presentado Enrique Haba, donde, a partir de algunas consideraciones sobre la “Lógica Viva” de Vaz Ferreira, prolongando algunas discusiones y polémicas que son, en este contexto, polémicas de “familia” —porque han participado directamente muchas de las personas presentes—, lo que hace es plantear el tema de fondo de qué es lo que debe hacer una teoría de la argumentación jurídica, incluso ya habiendo cerrado el foco respecto a su objeto. Si ahora ya nos concentramos en el razonamiento jurídico justificatorio, respecto de ese objeto ¿qué perspectiva debe adoptar y qué función debe cumplir? La posición de Enrique Haba —que denuncia— es que hay una deformación ideologizante, una visión embellecedora, enmascaradora, de las operaciones argumentativas reales; que la teoría de la argumentación estándar es poco realista en este sentido; que no solamente distorsiona y describe mal, sino que al hacerlo encubre los verdaderos procesos de decisión, los factores que, de verdad, determinan las decisiones de los jueces, y que por lo tanto está en buena medida, la teoría estándar, elaborada de espaldas a la realidad: no toma en cuenta cuál es la práctica real.

Aquí, el problema de fondo es, a la hora de tratar de enjuiciar qué debemos hacer ante una crítica como esta, ¿qué es lo que debemos esperar de una teoría de la argumentación jurídica? La argumentación jurídica puede contemplarse desde diferentes planos, y podemos contemplarla, en primer lugar, como un objeto a describir, como un objeto al que dar cuenta. En ese sentido, por supuesto, hay una práctica, y esa práctica es una práctica que tiene una pretensión normativa, tiene una pretensión de establecer cómo deben hacerse las cosas; por eso, describir los modos de argumentación que son aceptados en la práctica como correctos, también es, de alguna manera, identificar estándares de corrección, salvo que se presuponga que esa práctica es, en sí misma, tan errática, tan caótica, o tan ideológica —en el sentido de que hace algo distinto de lo que dice que hace— que realmente del análisis de la práctica lo único que podamos concluir es que no hay en realidad ningunas pautas de corrección reconocibles.

Esto nos remite naturalmente a un debate más amplio acerca de si, en el fondo, entre la descripción y la prescripción o la identificación de estándares de corrección, no estamos haciendo un divorcio, una frontera demasiado nítida, porque tal vez lo que deba hacer la teoría de la argumentación sea reconstruir, hacer una reconstrucción de esas prácticas, que pueda superar el hecho de que, al tratar de describirlas o identificarlas, muchas veces encontremos que la práctica no sigue los criterios que dice seguir, o que no puede seguirlos porque esos criterios en realidad son incoherentes o están mal formulados; pero si esa reconstrucción, si esa idea misma de reconstrucción ideal de lo que en la práctica sucede tiene sentido, entonces, es posible no renunciar a esa visión prescriptiva en el sentido que identifique criterios para distinguir una buena de una mala argumentación, una argumentación correcta de una argumentación incorrecta, una buena y una mala justificación.

Si se piensa que esto es inviable, entonces la propuesta correspondiente que algunos otros ponentes defienden de manera muy clara, es lo que llaman una teoría puramente retórica de la argumentación, aunque el sentido en que lo hacen no siempre es el mismo. Por ejemplo, Isaac Costa Reis ha presentado una ponencia en la cual, precisamente a partir de la polémica entre Enrique Haba y Atienza —donde parece que sus simpatías están más bien del lado de Enrique Haba—, propone una teoría retórica, lo cual naturalmente se puede entender, como digo, de distintas maneras: a veces como una propuesta de vuelta a lo que generalmente venimos a considerar hoy “precursores” de la teoría de la argumentación jurídica. Hay, por ejemplo, otra ponencia de Fabiana Pinho que a partir de los trabajos de Viehweg, sobre todo los posteriores a “Tópica y Jurisprudencia” y los trabajos de la escuela de *Mainz*, reivindica lo que ella llama una aproximación a una teoría retórica del Derecho, que básicamente es una reivindicación de la tónica. Si por teoría retórica se entiende alguna reivindicación de estos —hoy— genéricamente considerados “precursores”, entonces quizás las preguntas que están sobre la mesa o que habría que plantear a estos ponentes es hasta qué punto se hacen cargo, consideran adecuadas o inadecuadas, las críticas que usualmente reciben esos enfoques precursores, que son a su vez las razones por las que hoy las consideramos solo

precursores y no buenos enfoques en materia de la argumentación: las imprecisiones conceptuales que parecen que rodean a esos enfoques, donde no se sabe muy bien si se habla de una técnica de búsqueda de premisas o más bien lo que está en juego es la naturaleza de esas premisas o las formas de uso de esas premisas; el propio concepto de *topos* está envuelto también en una cierta indeterminación; la distinción entre pensamiento sistemático y problemático hasta qué punto puede reconducirse algunos debates más actuales o planteados en otros términos con otro aparato conceptual como, por ejemplo, el debate sobre el particularismo —del que hablaré después—, o si no es así, qué rendimiento teórico tiene. En cualquier caso, lo que parece claro es que hay otra posibilidad, que es hablar de teoría retórica en un sentido mucho más escéptico, mucho más radical: no como la reivindicación de los precursores en tanto que enfoque alternativo a lo que cronológicamente vino después y, en general, se considera hoy preferible, sino, más bien, en el sentido de una teoría de los instrumentos de la persuasión, donde la racionalidad discursiva realmente se da por imposible o como un espacio que no se puede recorrer porque no hay tal. Donde la teoría retórica, más bien, es una guía sobre el uso estratégico de formas, mecanismos o dispositivos argumentativos que se usan en la práctica, sabiendo que no hay criterios de uso correcto ni siquiera emergentes de esa práctica o externos a la misma, en los términos que sean. En ese sentido, varias de estas ponencias, como digo, con su planteamiento de una teoría retórica, nos plantean para la discusión posterior, cuál de estas opciones o cuál de estas maneras de entender su propuesta habría que tomar como indicativa de su posición.

En general, uno podría decir que una buena parte de las ponencias presentadas, un cierto número —ahora mencionaré a cuáles me refiero— lo que hacen es presuponer que la teoría de la argumentación ofrece un instrumental analítico adecuado para reconstruir el modo en que de hecho se decide, de manera que nos permitan controlar, en la medida en que la estructura de la argumentación se haga transparente, se haga visible, si está bien o mal construida. Pero, digo, hay toda una serie de trabajos presentados que suponiendo —supongo como trasfondo de su aproximación— que aclarar, hacer transparente esa estructura es

un paso útil para controlar su corrección o su validez, lo que hacen es analizar casos concretos de Cortes, de jurisdicciones concretas, a veces en problemas muy determinados, y trata de hacer transparente la estructura argumentativa, mostrando por tanto cuál es el potencial analítico-descriptivo de la teoría de la argumentación estándar hoy más o menos existente.

Por ejemplo, la ponencia presentada por Ahneyzy Carrillo Velásquez, que analiza una serie de decisiones de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos fundamentales de parejas del mismo sexo, y que utilizando una tipología más o menos al uso de criterios interpretativos, trata de identificar, de rastrear, en los pasos de la argumentación de la Corte cuáles y cómo han sido utilizados los argumentos. Algo, creo, similar es lo que propone César Higa Silva, donde analizando una ley peruana en materia educativa, trata de utilizar este arsenal conceptual, este conjunto de herramientas, para hacer transparente, para identificar qué es lo que está detrás del enfoque, la aproximación, de la Corte. O Claudia Albagli Nogueira, quien utiliza fundamentalmente categorías de MacCormick para analizar una decisión brasileña del Supremo Tribunal Federal en materia también de derechos de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio; o David Modesto Guette Hernández, quien analiza hasta cinco sentencias de la Corte Constitucional colombiana tratando de fijar lo que él denomina el “mínimo argumental” para que un Tribunal no incurra en vía de hecho, lo que permite entablar una acción de tutela, donde la vía de hecho debe ser entendida como un conjunto de defectos gruesos de la motivación y, por lo tanto, nos haría falta una suerte de plantilla analítica para tratar de explicar con claridad qué contaría como tal, como defecto grueso; o María López Ruf, quien analiza qué utilización ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del principio de proporcionalidad, y le parece efectivamente —como por otra parte no podía ser de otro modo— que es una manera de reconstruir lo que esa Corte hace con frecuencia; o Milton Pereira Blanco y Yezid Carrillo de la Rosa, quienes analizan de qué manera el principio de proporcionalidad sirve para controlar la actuación de la administración en ámbitos de discrecionalidad, en la medida en que se entienda que esa discrecionalidad no deba ser entendida como puro espacio de oportunidad

política, sino espacio controlable, sometible a un control desde los derechos fundamentales y, también, desde las directrices que la Constitución puede incorporar en materia de obtención de ciertos fines, de ciertos bienes públicos, y cómo el control de la administración pública en estos ámbitos de discrecionalidad puede articularse precisamente con el análisis conocido del principio de proporcionalidad; o Serviliano Abache Carvajal, quien, también en relación con la aplicación del Derecho en Venezuela, hace un enfoque parecido.

En todos estos casos creo que la cuestión que subyace es: ¿hasta dónde podemos apurar la definición de criterios de corrección?, ¿qué puede contar como correcto?, ¿qué es lo que pretende hacer la teoría de la argumentación?: ¿identificar, proponer un ideal, decirle a los tribunales cómo deberían argumentar, porque esa es la mejor reconstrucción del modo en que de hecho argumentan, o porque, incluso si argumentan de otra manera, por alguna clase de razón extrínseca a sus propias prácticas, deberían argumentar así?, y en ese sentido, ¿qué respaldo podrían tener afirmaciones de esa naturaleza? O quizás solo se puede aplicar como criterio de corrección lo que tenga que ver con la dimensión formal de los argumentos o con ciertos requisitos de tipo contextual o pragmático, muy básicos, que regirían para cualquier clase de argumentación, no solo específicamente jurídica. Por ejemplo, una de las dos ponencias presentadas por Riccardo Guastini, analiza cómo la Corte Constitucional en Colombia ha llegado a la conclusión de que puede controlar, desde un punto de vista en realidad sustantivo, las reformas de la Constitución, una competencia que no tiene atribuida de manera expresa por la Constitución colombiana, que incluso, al contrario, contiene algún precepto que parece, al menos en su sentido literal, excluir la posibilidad de ese tipo de control. Naturalmente, con una aproximación como la de Guastini, se supone que la idea es que era posible llegar a esa interpretación; era posible, como alguno de los magistrados discrepantes de hecho hizo, llegar a una interpretación opuesta, y que, en realidad, no tiene mucho sentido hablar de interpretación correcta o no si la interpretación en este punto se entiende como un acto de elección, un acto decisorio, no un acto de conocimiento, no un acto de identificación. Sin embargo, incluso en ese propio análisis —un análisis claro, fino, detallado, como siempre son

los suyos— hay algún momento en que señala que este argumento encierra una petición de principio, o hay un momento en que dice que esta conclusión obviamente no se sigue de las premisas que acaban de ser presentadas. Bueno, ¿tal vez ese pueda ser todo el control que podemos esperar de las argumentaciones judiciales: el que tenga que ver con los aspectos formales o el respeto de reglas como la pertinencia, la suficiencia de los argumentos, como una especie de criba, de cedazo, para descartar argumentaciones que no son correctas? Si es algo más y, por tanto, la teoría de la argumentación puede tener contenidos sustantivos normativos más ricos ¿qué relación tienen con las prácticas reales de los órganos aplicadores?, ¿hasta qué punto esos criterios de corrección son o no dependientes, y dependientes quizás de una forma compleja, que permita su reconstrucción de esas prácticas? Esto, como digo, constituye a mi modo de ver, todo el núcleo de esta cuestión segunda. Si en la primera nos preguntábamos cuál es el objeto de la teoría de la argumentación, la segunda es cuál es su función y cuáles son sus posibilidades, las perspectivas.

III

Ahí aparece un tercer bloque de cuestiones que tiene que ver con un presupuesto obvio, pero que quizás no siempre recordamos. No existe una teoría de la argumentación jurídica ecuménica, en el sentido de “válida” para cualesquiera concepciones del Derecho; las teorías de la argumentación jurídica están conectadas *con* y son dependientes *de* concepciones del Derecho distintas, y a cada concepción del Derecho le corresponde, como es obvio, una manera particular, una manera propia de entender las posibilidades y los límites de una teoría de la argumentación jurídica. Si el título de esta sección es “Argumentación, racionalidad y Derecho”, las posibilidades de entender qué rendimiento dan las teorías de la argumentación dependen no sólo de cómo entendamos la racionalidad —que también ahora me referiré a eso—, sino, trivialmente, de cómo entendamos el Derecho.

Hay, entonces, un bloque de ponencias que, en el fondo, creo, más que enfocar directamente problemas de teoría de la argumentación, lo que hacen es plantear alguna cuestión que tiene que ver con presupuestos de teoría del Derecho, que serían, por así decirlo, el trasfondo condicionante de lo que después en materia de teoría de la argumentación se pueda sostener. Es obvio que la cuestión de la objetividad del Derecho, ¿en qué consiste esa objetividad?, si es que la posee, y si no la posee, ¿en qué medida no la posee y por qué razones no la posee?; si el Derecho es o no completamente indeterminado o parcialmente determinado o ¿qué es lo que lo hace determinado en unos caso y no otros?; son cuestiones centrales de teoría del Derecho a secas. En este sentido, aproximaciones como la de Diego Armando Delgado Córdoba, que lo que sugiere es esencialmente una cuestión ontológica de qué podemos considerar un hecho empíricamente describable en relación con el Derecho, y que, a partir de ahí, va a proponer una aproximación esencialmente realista, de la cual además se va a derivar una puesta en duda de la determinación, de la objetividad del Derecho, pues naturalmente tiene consecuencias en materia de teoría de la argumentación. Como las tiene una ponencia de Henrique Goncalves Neves que habla de la objetividad del Derecho en las teorías de Kelsen y Hart, y que, por supuesto, al explorar una manera distinta, unos condicionantes distintos para la idea de la objetividad, va a tener una proyección, unas consecuencias igualmente diferentes. O la de Juan Carlos Riofrío, que propone una relectura particular de la teoría del Derecho kelseniana pero también con implicaciones similares. O la de Daniel Gorra, Gustavo Agüero y Juan Saharrea, que lo que plantea es una concepción instrumentalista, pragmatista del Derecho donde, yo diría que combinando una posición de escepticismo ante las reglas y también de escepticismo axiológico, llegan a la conclusión de que no hay posibilidad de un razonamiento propiamente justificativo, solamente caben razonamientos que busquen fines instrumentales y donde quepa, como mucho, la racionalidad de carácter puramente instrumental y un enfoque consiguientemente persuasivo o retórico. Lo mismo, por ejemplo, en una aproximación distinta — alternativa diría yo— en una ponencia como la de Eduardo Javier Jourdan Markiewicz, que plantea el problema de la fórmula de Radbruch y por lo tanto hasta

qué punto lo que podemos identificar como Derecho determinado y, por lo tanto, ámbito de la objetividad, depende de condicionantes que no son solamente consistentes en hechos o prácticas sociales, sino que dependen de otras consideraciones valorativas. O una concepción como la de María Lourdes Santos Pérez que, por el contrario, asume como central (por ejemplo, a los efectos de desarrollar un cierto análisis de algunos problemas en materia de género) una distinción como la que, en el pensamiento de la escuela alicantina es tan destacada tan frecuentemente, entre una dimensión valorativa y una dimensión autoritativa del Derecho, y cómo la distinción entre estas dos dimensiones y entre las normas y sus razones subyacentes, le parece a ella el presupuesto central para desarrollar su análisis. En todos estos casos, yo diría que lo que estamos es retrotrayendo el análisis a un peldaño, a una cuestión preliminar presupuesta, que no puede ser discutida a la vez que todo —no podemos tener a la vez todo en discusión sobre la mesa al mismo tiempo—, pero que en el fondo tenemos que ser perfectamente conscientes de qué está detrás de todo lo que digamos en estos campos. A una concepción del Derecho determinada le corresponde una concepción coherentemente relacionada con ella de las posibilidades y los límites de una teoría de la argumentación jurídica.

Incluso sin ser, exactamente, reflexiones sobre concepciones generales del Derecho, sí que hay algunas ponencias que también tocan algunos puntos específicos, por ejemplo, en relación con si se puede o no afirmar que hay una lógica de las normas, en qué términos y de qué manera; reflexiones que entiendo que también están en la trastienda, en el trasfondo, o en los presupuestos de lo que después vayamos a poder decir en materia de teoría de la argumentación. Por ejemplo, la ponencia de Daniel Mendonca, donde a partir del debate entre Kelsen y Klug y las consideraciones que hizo en su momento Bulygin sobre la raíz de esas diferencias entre Kelsen y Klug —que en opinión de Bulygin tenían que ver con diversas ontologías de las normas en relación con esos dos autores: hilética y expresiva—, Daniel Mendonca sugiere que no es así, que quizás se puede entender más bien que la raíz de la discrepancia deriva en distintas posiciones de Kelsen y Klug en relación con el “dilema de Jørgensen”: si hay que adoptar, abrazar alguno

de los cuernos de ese dilema o, más bien, hay que pretender que es posible superarlo. O una ponencia como la de Cesar Antonio Serbena, que explora una serie de paradojas de autoreferencia —la línea de Ross— pero donde lo que trata de plantear, creo, es: cómo necesitamos un entendimiento más profundo, un entendimiento mejor de algunas cuestiones lógicas y semánticas que tienen que ver con la distinción, por ejemplo, entre niveles del lenguaje, entre lenguajes objetos y metalenguajes, para que una serie de paradojas —las transferencias irrevocables de competencias o algunos problemas en materia de derogación o de jerarquía o de supremacía de una norma dentro del ordenamiento— puedan ser tratadas en términos que sintonicen con el sentido común —cualquiera que sea la apreciación o el significado que le demos a esa expresión—; cuáles son los presupuestos analíticos que deberíamos manejar en ese terreno, para que después problemas interpretativos que puedan plantearse en la práctica jurídica y que dependen de esos problemas, sean encarados o sean analizados en unos términos fructíferos.

IV

Un cuarto bloque tendría que ver con *interpretación y significado* en el siguiente sentido. La argumentación jurídica, si tiene un rasgo distintivo clarísimo sobre otras formas de razonamiento práctico, es su componente autoritativo; pero si hay un componente autoritativo, si hay prescripciones o directivas de la autoridad, entonces, naturalmente tiene que ser posible de alguna forma establecer el significado de esas directivas, así que —parece— necesitamos alguna clase de teoría del significado, porque, de lo contrario, si los textos —las disposiciones— no controlan de ninguna forma la admisibilidad o no de los enunciados que interpretan esas disposiciones, entonces la autoridad realmente se nos va de las manos (si no proyectan los textos ningún condicionamiento sobre sus lecturas posibles). Esto, naturalmente, no es decir que en interpretación del Derecho la búsqueda del significado y de los aspectos semánticos sea todo; esto es obvio que no es así, hay muchas aproximaciones, metodologías tradicionales que tratan de marcar la diferencia, por ejemplo, entre la interpretación y el desarrollo del Derecho más allá

de la ley; las diferencias entre interpretación y creación o construcción jurídica; la interpretación en un sentido estricto, propiamente dicho, como algo diferente de la elección discrecional, la atribución de algún sentido entre los posibles o más allá de los posibles. Aquí, el problema —me parece— es que para ciertos aspectos de la teoría de la argumentación necesitamos saber si tiene sentido, y en qué términos, hablar de algo así como un límite semántico, una especie de tenor literal que pueda cumplir una función delimitadora de las interpretaciones admisibles, porque, aunque sepamos que no es determinante de la corrección final de una decisión su sujeción a las constricciones semánticas —porque intervienen muchos otros criterios que pueden además justificar, entendemos, interpretaciones correctoras, etcétera— lo cierto es que para ciertos problemas interpretativos —por ejemplo, la delimitación de la admisibilidad de la interpretación conforme y cuándo se excede de lo que puede ser presentado como interpretación conforme, o, por ejemplo, la idea de que hay límites semánticos que no se pueden superar en ámbitos donde rige de manera muy estricta el principio de legalidad, por ejemplo en materia penal— necesitamos evidentemente una reflexión de tipo semántico, una reflexión sobre el significado; la que, por cierto, debería ser más rica de lo que usualmente suele ser en la teoría del Derecho. La teoría tradicional del Derecho quizá ha manejado, primero, una única teoría semántica con respecto a todos los términos que aparecen en los textos normativos, y eso probablemente no es demasiado rico ni demasiado fino: cosas como términos que pueden designar clases naturales y si deben ser entendidos en términos que, por ejemplo, hagan posible el error colectivo de la comunidad acerca de su significado o no, o como qué tipo de semántica es adecuada para conceptos densos o para conceptos valorativos densos. Hay cuestiones, me parece, ricas en este ámbito.

Hay dos ponencias que creo que se mueven en este terreno y exploran en términos muy ricos; pero, lamentablemente, no pueden ser aquí reconstruidos o presentados en todo su detalle este tipo de cuestiones. Hay una ponencia de Andrés Santacoloma que trata de discutir la teoría límite del significado, tal y como ha sido propuesta por Klatt, por Matthias Klatt, y también tal y como ha sido discutida y criticada por Neumann, donde trata de ver si lo que entiende que

constituye en Klatt una cierta amalgama entre el inferencialismo de Brandom con ideas del discurso racional de Alexy realmente —y todo ello como soporte o andamiaje para tratar de dar sentido a esta distinción típica de la metodología tradicional germánica entre especificación y determinación— funciona o no. Entiende Santacoloma que no, proponiendo una alternativa de corte pragmatista en la línea de Pierce, diciendo, creo, en sustancia, que de lo que se trata es de rechazar una agenda reduccionista —podríamos decir, en el enfoque de Klatt—, en el sentido de que ha tratado de reducir o resolver problemas distintos en materia de interpretación *lato sensu*, a partir solo de la potencialidad que él ha creído ver, y Santacoloma pone en tela de juicio en la idea de normatividad del significado. Hay otra ponencia, de Joaquín Rodríguez-Toubes, que hace una aproximación, un análisis —me parece muy original, muy fresco en el sentido de poco transitado, hasta donde yo sé— donde trata de ver hasta qué punto los juristas hemos prestado atención al fenómeno de la opacidad referencial, a cómo se dan contextos opacos donde puede haber enunciados que cambien sus valores de verdad cuando en ellos un determinado nombre se sustituye por otro que tiene la misma denotación, tiene la misma referencia, pero que tiene una intención distinta; y entonces no se puede hacer una sustitución *salva veritate* de esos términos a pesar de que sean correferentes; y, entiende que hay por lo menos un aire de familia —aunque no sea técnicamente, exactamente la misma cuestión, pero un aire de familia— con un fenómeno detectable en disposiciones normativas del Derecho que es la ambigüedad entre dos interpretaciones posibles —a veces— de esas disposiciones, una interpretación *de dicto* y una interpretación *de re*, donde la cuestión es si se hace una referencia a un ente inespecífico cuando se dice, por ejemplo, “engaño bastante para producir error en otro”, si ese “otro” es alguien determinado, específico, sería una interpretación *de re*, o si es un ente inespecífico, sería una interpretación *de dicto*. Aquí lo interesante, me parece, es que Rodríguez-Toubes llama, en primer lugar, la atención sobre la poca atención que han prestado —en sus exploraciones sobre los aspectos semánticos de la interpretación— los juristas a este posible tipo de ambigüedad de tipo pragmática; y, constatando que de estas normas suele predominar una interpretación *de re*, se pregunta si

realmente hay justificación para ello, y creo que su idea central no es tanto defender que deban ser interpretadas de una u otra de las dos maneras posibles, sino que, sin ulteriores argumentos —ahora sí, más allá de los puramente semánticos—, no sería razonable excluir las interpretaciones *de dicto*.

V

Un quinto punto. Si las reflexiones sobre el significado, la interpretación, venían a cuenta por la idea de que en el razonamiento jurídico naturalmente es un ingrediente distintivo la presencia de razones autoritativas y, por lo tanto, para dar sentido a esa constricción autoritativa, necesitamos que las disposiciones sean soportes de significados —porque, si no, esa dimensión se desvanece—, otra reflexión, ahora del otro flanco, sería la que tiene que ver con la idea de que la racionalidad en materia de argumentación jurídica, de algún modo está conectada *con* o depende *de* la racionalidad práctica en el terreno moral y, en concreto, presupondría la posibilidad de alguna clase de objetivismo moral o de objetivismo ético. Si se supone que ese enfoque, que daría soporte a una visión objetivista en ética, debe ser —esencialmente, porque parece el mejor candidato— un enfoque de tipo constructivista —de inspiración remota kantiana claro, pero con una inspiración más cercana en otros autores sobre los que algunas ponencias han presentado reflexiones interesantes—, entonces, naturalmente hay dos grandes flancos de discusión: Uno, hasta qué punto estas propuestas están bien construidas y son satisfactorias en su propio terreno: si el empeño fundamentador que se nos propone parece bien o mal construido, satisfactorio o insatisfactorio; y de eso tratan centralmente un par de ponencias presentadas. Otra cuestión, quizás dada por supuesta en estas ponencias —pero que creo que también sería bueno poner sobre la mesa— es el sentido que aclarar estas cuestiones debe o no tener para el ámbito de la argumentación jurídica; es decir, no solo el que discutamos hasta qué punto estos esfuerzos de fundamentación podemos entender que son o no satisfactorios, sino hasta qué punto necesitamos presuponer que hay racionalidad práctica en estos términos y necesitamos presuponer alguna clase de objetivismo

ético para entender bien los criterios de corrección que funcionarían en el ámbito jurídico. Esto naturalmente, creo, necesitará alguna clase de argumento específico y ese argumento específico se ha ensayado, como todos sabemos, de muchas maneras, pero creo que tan necesario —en relación con este punto quinto de los diez que estoy tocando— como explorar el éxito o la falta del mismo en relación con ese empeño fundamentador, debería ser cuál es el argumento puente, el argumento que nos tiene que llevar de la consideración de los criterios de corrección de la argumentación jurídica a dar ingreso, dar cabida, en la consideración de sus correcciones, a los empeños de fundamentación del discurso moral en términos de corrección.

Hay como digo dos ponencias; hay una de Gonzalo Villa Rosas que trata de discutir —y a su juicio hay ciertas fallas en— el análisis de Alexy (que, como sabemos, propone una fundamentación pragmático-trascendental débil de las reglas del discurso). Alexy entiende que se sobrevaloran las posibilidades de esa vía de fundamentación si considera que es suficiente, que bastaría con su utilización, cuando debe ser complementada con argumentos de tipo empírico; y le parece, sin embargo, que hay un riesgo en utilizar inadecuadamente esas vías, que sería a la inversa, subestimar el alcance de las fundaciones pragmáticas —como por ejemplo, a juicio de Alexy, hizo en su día Nino—. El problema que se plantea Gonzalo Villa Rosas es si un enfoque como el de Alexy encuentra ese punto de equilibrio entre sobreestimación o subestimación de las posibilidades del alcance de una fundamentación estrictamente pragmático-trascendental. Gonzalo Villa Rosas entiende que el empeño de Alexy es fallido; entiende que —al final— Alexy, en los propios términos en los que plantea el problema, acaba aceptando una validez meramente hipotética de las normas del discurso práctico al dar entrada a esos componentes en términos de autointerés o de racionalidad —al final— prudencial, argumentos empíricos; con lo cual, su vía no es distinguible realmente de la que el propio Alexy considera como subestimación de las posibilidades de la fundamentación pragmático-trascendental. A partir de ahí, hay también una propuesta alternativa por parte de Gonzalo Villa Rosas, donde él cree que hay que explorar de nuevo, hay que tratar de apurar las posibilidades de la argumentación

pragmático-trascendental, algo que el autor también —como hacía otra ponencia que comenté hace un momento— intenta hacer apoyándose en la teoría inferencialista del significado de Brandom, y cree que, de ese modo, el complemento que Alexy consideró necesario para la fundamentación pragmático-trascendental se puede revelar superfluo. Y hay otra ponencia de Carolina De Mitri, en que, a partir del constructivismo *rawlsiano* encuentra que ofrece un fundamento suficiente de la racionalidad moral, de la corrección moral, que necesitaría la teoría de la argumentación. Pero en ese “necesitaria” la teoría de la argumentación, recuerdo, hay esa segunda pregunta sobre la mesa, no solo hasta qué punto los empeños, los intentos concretos de fundamentación funcionan o no, son o no satisfactorios, sino también, hasta qué punto o en qué medida necesitamos, y por qué razones —exactamente— ese tipo de reflexión a los efectos de definir los estándares de corrección en una argumentación jurídica.

VI

Los dos puntos siguientes, sexto y séptimo, de los diez que me propongo tocar (aunque siento el aliento del reloj en mi nuca y esto me preocupa, pero ¡bueno!) tienen que ver ahora con la forma o con aspectos formales, estructurales del razonamiento práctico, entendiendo que los dos que acabo de tocar, el cuarto sobre la teoría del significado (y, por lo tanto, sobre los condicionantes materiales de las razones sustantivas y su alcance), o el quinto, una reflexión sobre el objetivismo ético y su necesidad (o su papel para definir estándares de corrección de la argumentación jurídica), tendrían que ver con aspectos más sustantivos, más de contenido de la racionalidad práctica, y estos dos puntos sexto y séptimo, como digo, tocan más bien cuestiones formales o estructurales.

El primero —sexto, por tanto, de mi numeración—, tiene que ver con la cuestión de *la coherencia y el pluralismo*. Aquí la cuestión, exactamente qué papel juega la idea de coherencia, y en qué términos, en la argumentación jurídica. En un sentido —yo diría muy banal— hay muchos argumentos jurídicos que, en el fondo, descansan sobre la idea de coherencia, entendida naturalmente como algo distinto,

no meramente equiparable a la consistencia lógica —los argumentos de analogía, los argumentos de reducción a lo absurdo, tratan de explorar y aprovechar el potencial de esa idea de coherencia—, la cuestión aquí va más lejos, o pretendería ir más lejos; la cuestión es hasta qué punto la racionalidad práctica (en algún sentido que no se ceñiría solamente a razonamiento jurídico, sino a razonamiento moral y que por supuesto podría tener proyecciones en otros campos; la epistemología, por ejemplo) debe adoptar esencialmente un patrón o una configuración coherentista —esta es una cuestión más profunda o más de fondo—.

Por ejemplo, hay una ponencia de Eduardo Ribeiro Moreira donde, después de analizar o recordar las ideas de MacCormick y Klaus Günther sobre el papel de la coherencia en el razonamiento jurídico y también del rendimiento del principio de universalidad en el razonamiento práctico, explora un par de cuestiones más concretas de teoría de la argumentación jurídica como, específicamente, la incongruencia como vicio de la motivación de una decisión, o el papel de la coherencia en la revisión de precedentes —las operaciones de distinguir precedentes—. Es un enfoque, como digo, que va de lo más general a la aplicación de esas ideas a dos cuestiones muy determinadas. Igual que, en algún sentido, lo hace también la ponencia de Pastora do Socorro Teixeira Leal, donde ella habla de lo que denomina el “diálogo de las fuentes”. El diálogo de las fuentes lo aplica al análisis de la noción de daño de conducta; cree que hay una idea de ciertas prácticas abusivas en ciertas situaciones de vulnerabilidad, entonces trata de ver (presuponiendo la unidad axiológica o teleológica de fondo del sistema jurídico) qué potencial dan este tipo de aproximaciones para tratar de concretar el contenido de cláusulas generales o de conceptos indeterminados. Y digo, en todos estos enfoques, aparte de que nos preguntemos exactamente ¿hasta qué punto los argumentos coherentistas podrían ser y con qué tipo de herramientas lógicas?, ¿hasta qué punto podría formalizarse, aclararse su estructura?, ¿qué clase de procesos inferenciales serían los argumentos coherentistas, si es que lo son?, ¿cómo funcionan en detalle los argumentos de coherencia?, además de todo eso hay, como digo, un problema relacionado con él, relacionado como su contracara, y sobre el que llama la atención —no solo sobre esto; haré una referencia ulterior en

otro punto, en el octavo, a esa misma ponencia— la ponencia de Mauro Barberis sobre pluralismo de valores y también sobre balance libertad-seguridad —pero sobre eso no hablaré ahora—, donde el gran problema de fondo es si una teoría coherentista de la justificación de las decisiones —sea lo que sea lo que signifique en realidad una teoría coherentista de la justificación— puede o no funcionar si presuponemos que el Derecho no es coherente; si presuponemos que el pluralismo valorativo no solamente nos da cuenta de un rasgo central del razonamiento moral, o de una familia de rasgos que agrupamos en esa etiqueta, sino que además en el constitucionalismo contemporáneo esos rasgos del pluralismo valorativo moral se habrían trasladado, se habrían transportado, al ámbito jurídico; si entendemos que los valores jurídicos, por ejemplo, son plurales, no reducibles a monismos, conflictivos, inconmensurables, esencialmente indeterminados. Aquí el problema a tratar sería ese: ¿esta es una reconstrucción adecuada, primero, para el ámbito moral y después, lo es también —y no es algo que se siga o que se tenga que seguir, creo, necesariamente de lo anterior— para el ámbito jurídico?. Y también: si damos por buena una reconstrucción como esta ¿cuál es la virtualidad de los enfoques coherentistas?, ¿hasta qué punto podrían o no quedar comprometidos o, al contrario, ser perfectamente viables en ausencia de esos presupuestos, de esos rasgos pluralistas?

VII

El bloque siete, que tiene que ver también con aspectos sobre la forma del razonamiento práctico, es el que nos llevaría a la cuestión del *particularismo* y, a partir de ella, a la cuestión de la *derrotabilidad* en algunos de los sentidos o de los ámbitos de discusión con los que se ha conectado este término, y también por cierto, hacia otra cuestión emparentada con ella, derivada de la discusión o del análisis de éstas, que es el papel o la potencialidad de un enfoque a partir de la ética de las virtudes, un enfoque *aretáico*, y hay varias ponencias que —me parece— gravitan o están en el entorno de estas cuestiones.

Desde luego una que no está en el entorno, sino que está centralmente conectada con todo ello, es la de José Juan Moreso, donde se desarrolla una posición donde se parte primero de que, en el ámbito del razonamiento práctico, tanto por razones epistémicas como conceptuales, *no* podemos generar un conjunto de reglas que estén formuladas como condicionales no derrotables, lo cual hace que debamos prescindir o renunciar al ideal de justificación que se plasma en la noción de racionalidad subsuntiva: si no tenemos este tipo de reglas específicas capaces de guiar el comportamiento en el sentido de que el razonamiento práctico sea *aplicación* —mera aplicación— de estas reglas, entonces tenemos que concebir las cosas de otra manera. Se da, además, por sentado que esta es la situación en la aplicación de los principios que reconocen derechos en nuestros ordenamientos, es decir, que este problema no es un problema específico de la moralidad, no estamos hablando solo de particularismo moral, sino que es un problema que también transita o penetra en la esfera del Derecho. Y lo que sostiene José Juan Moreso es que, ante una situación como esta, se pueden intentar dos estrategias: una, que nos conduce hacia la idea de ponderación, que es tratar de reducir la fuerza de cada uno de estos principios cuando chocan, u otra, que trata de reducir su alcance, trata de entender esas formulaciones como formulaciones incompletas y trata de expandirlas, trata de especificar o expansionar —él denomina “enfoque expansionista” o “especificacionista” en otros textos, esto es lo mismo— esas normas y parte de constatar que hay un problema en cada uno de los enfoques: el enfoque de la ponderación no sería capaz de dar cuenta de un rasgo que asumen todos los enfoques particularistas que es el de la variabilidad de las razones, mientras que el enfoque expansionista parecería, al menos en principio, que no haría posible codificar estas razones. La posición que defiende José Juan Moreso, que denomina “expansionismo contextualista”, creo que se puede sintetizar, espero sin distorsión, en la idea de que solo podemos lograr estándares realmente universales delimitando o acotando el universo del discurso, solo para contextos específicos; fuera de esos contextos, solo sería posible formularlos incluyendo cláusulas de excepción (o defeaters) que sería, eso sí, imposible formular en términos que no fueran valorativos, no podrían formularse

en términos de propiedades puramente naturales. Más allá de los problemas clasificatorios de si eso podría ser o no equiparable a alguna forma de generalismo moderado, o si es un particularismo disfrazado, etcétera, lo más importante a efectos de entender cómo una construcción como esta condicionaría nuestra forma de representarnos, de concebir, el razonamiento práctico, creo que tendría que ver con la conexión de esta reconstrucción y la idea de un enfoque *aretáico*, al que me refería antes: la idea de que el agente que razona prácticamente no utiliza un procedimiento algorítmico, no lleva un elenco de normas que son condicionales no derrotables que aplica, sino que tiene que tener un cierto rasgo del carácter, una disposición, una cierta estructura intelectual y emocional —a la vez— que viene a coincidir, por su puesto, con el concepto clásico de *frónesis*, de sabiduría práctica, de prudencia; con lo que de lo que se trata ya no es exactamente de fiar todo en materia de corrección al procedimiento de decisión que se sigue, sino de desplazar esa perspectiva también al agente que decide y a su responsabilidad y a los rasgos de su carácter que acompañan a la elección.

Esto me permite entroncar, creo, de manera bastante directa, con otras ponencias que hablan, por ejemplo, la de Michele Mangini, sobre la dimensión subjetiva de la razonabilidad, o la de Natalina Stamile, que también utiliza este concepto, o —incluso— una a la que me refería antes en otro contexto, la de Myriam Janneth Silva Pabón y Natalina Stamile. Todas ellas tratan de explorar la idea de razonabilidad —que en Derecho se ha usado de muchas maneras y con muchos significados distintos, como es obvio—, pero tratan de, aparte de ver que algunos de los usos que se han hecho de esa noción: Por ejemplo, a Mangini le preocupa especialmente la utilización en materia de derecho de daños (de responsabilidad civil extracontractual), a la hora de tratar de definir el estándar de diligencia debida, del estándar de diligencia; o, por ejemplo, a Natalina Stamile le preocupa más bien —o enfoca su análisis desde la consideración de— los problemas que aparecen a la hora de hacer instrumentos de unificación del Derecho, de creación de Derecho uniforme; donde se utilizan cláusulas de razonabilidad, muchas veces como acuerdos incompletamente teorizados para hacer posible, presente, la unificación de derechos, que si tuvieran que definir en

términos de reglas estrictas, cuáles serían las obligaciones precisas derivables de esa noción de razonabilidad, no llegaría a ponerse de acuerdo en ese punto. Y creo que lo más interesante es que, de una manera, en algunos casos, más apuntada, en otros, más elaborada, en estos análisis, en estas ponencias, se apunta hacia, precisamente, esta misma idea que aparecía en la ponencia de José Juan Moreso; esta idea de que aquí lo que cuenta para entender qué es un sujeto razonable, es este componente de *frónesis*, esta idea —por cierto, también— de perfiles a veces un poco escurridizos: un componente intuitivo, una capacidad perceptiva, una sensibilidad para percibir cuál es la respuesta apropiada *a través de o a lo largo de* una variedad indefinida, potencialmente infinita, de situaciones, que —creo— es algo que no deja de plantear también problemas sobre los que tal vez merecería que discutiéramos después: ¿hasta qué punto el tipo de agente práctico virtuoso, que deriva de estos enfoques particularistas, más o menos restringidos, desarrolla algo que se pueda llamar *razonamiento práctico*?, ¿hay alguna clase de proceso inferencial en lo que hace el agente práctico virtuoso cuando reconoce como correcto ciertos rasgos, o como relevantes ciertos rasgos?, ¿de qué manera y en qué términos podría deliberar un agente práctico virtuoso, de esta manera, con otro que también pretendiera ser un agente práctico virtuoso e hiciera un reconocimiento diferente de la relevancia de sus rasgos o de su importancia?

Y, aparte de esta cuestión, creo que hay otra sobre la que también deberíamos reflexionar: en Derecho, ¿nunca el razonamiento jurídico consiste en la subsunción de un caso individual en un caso genérico que está previsto por una regla preconstituida?; es decir, si el particularismo es una buena reconstrucción del razonamiento práctico moral, ¿lo es siempre —o incluso lo es en algunas ocasiones— en el ámbito jurídico?, ¿no hay en el ámbito jurídico reglas jurídicas que son estrictamente opacas a sus posibles justificaciones subyacentes y que, por lo tanto, no justifican el recurso a esas razones y, por lo tanto, la incidencia de la variabilidad de esas razones y —con ellas todo— del aparato particularista conectado?, ¿las reglas no marcan nunca una genuina diferencia práctica en el discurso jurídico, como los particularistas nos dicen en el fondo que no lo marcan en el razonamiento moral?, ¿no puede haber quizá razones—razones del tipo que

sea, incluso razones morales particularista— para que la toma de decisiones en ciertos contextos se haga sobre la base de reglas?; e, incluso si esas razones en términos morales particularistas fueran equivocadas, ¿no podríamos decir que a veces las autoridades, equivocadamente, creen que hay razones para decidir sobre la base de reglas y que eso determina que jurídicamente la decisión correcta deba tomarse así, incluso aunque esa decisión de segundo nivel de las autoridades pueda considerarse irracional en términos morales?

Hay una última ponencia en este bloque séptimo de cuestiones, que es la de Fabio Enrique Pulido Ortiz, “Límites a la autoridad práctica de los precedentes judiciales”, donde lo que se pregunta el autor es ¿cuáles son los límites a la autoridad de los precedentes, es decir, cómo nos vinculan y en qué términos?, porque si se reconocen límites a la fuerza de alcance de los precedentes, su pregunta es, ¿no estamos entonces negando su carácter de reglas?, y si no le negamos el carácter de reglas ¿tiene sentido hablar de su vinculatoriedad?, y si tratamos de distinguir diferentes formas de vinculatoriedad del precedente —llama estricta o limitada— ¿hasta qué punto podemos hablar de esas vinculaciones estrictas o limitadas sin salirnos de los límites de sentido de la propia idea de regla vinculante? Todo ello le lleva a hacer una discusión del análisis de la derrotabilidad, pero me gustaría subrayar que a mi modo de ver —no sé si interpreto bien—, esto nos lleva a un mundo de problemas distinto del que se contempla en la discusión sobre el particularismo. La discusión sobre el particularismo creo que versa, al final, sobre si son o no posibles en el razonamiento, esencialmente en el razonamiento moral, reglas —reglas que funcionen como condicionales inderrotables o no—, si podemos codificar todas las razones morales en reglas así. La respuesta particularista obviamente es que no, o solo en los términos muy restringidos y matizados de estas reconstrucciones a las que he aludido. Otra pregunta distinta y que tiene que ver —creo— con la que suscitaba ahora en relación con si todas estas construcciones tienen que valer de manera irrestricta siempre para el Derecho, es la de si dada una cierta regla en el Derecho ¿está convencionalmente aceptado o no —y si estos son los términos de plantear el problema tiene que ser una cuestión contingente— el que esa regla se trate como

transparente o parcialmente transparente a las razones que la subyacen? Si esto es así o no, puede considerarse —el autor Fabio Pulido entiende que es una cuestión contingente—, pero es una cuestión diferente de la cuestión estrictamente particularista.

VIII

El punto octavo nos lleva ya de lleno —pero a poco que lo piensen verán que no es más que una proyección del anterior, o una concreción del anterior— a la cuestión de la *ponderación*.

Hay en primer lugar una ponencia de Riccardo Guastini, distinta de la que aludí anteriormente, donde —muy sintéticamente— mantiene las siguientes ideas. La aplicación de principios implica cuatro operaciones: la primera es su identificación como principios, pero, respecto de esta operación, la cuestión sería si de una disposición decimos que expresa un principio porque tiene ciertos rasgos, o más bien las cosas funcionan al revés y en realidad le atribuimos ciertos rasgos porque hemos decidido considerarlo un principio por razones que serían esencialmente subjetivas. La segunda operación sería la interpretación de ese principio, que le parece también a Guastini una operación altamente discrecional, negando por otra parte que haya especificidades teóricamente importantes en la interpretación constitucional respecto a la que se desenvuelve en otras esferas, y afirmando además que los términos que tienen una cierta carga moral, tal y como aparecen en las constituciones, pues o bien son interpretables en términos de una moral social en la cual, sin embargo, hay una situación de pluralismo o desacuerdo, o en términos de una moral crítica, que para Guastini tiene que ser la moral crítica del intérprete, y por lo tanto *su* moral, *su* moral subjetiva. La tercera operación sería la ponderación, que consistiría en una jerarquía absolutamente móvil, válida solo para el caso, y además axiológica, que determinaría el intérprete sin constricciones reales. Y la cuarta operación, que considera distinguible, aunque por supuesto conectada a la tercera, la operación de concretización, la extracción de una regla implícita. Guastini señala que ese sentido de “extraer” y de “implícito” no

tiene nada que ver con un sentido deductivo, y que por lo tanto hablamos de una extracción de una regla implícita en un sentido esencialmente creativo, que de nuevo tendría que verse condicionado o entenderse como condicionado por las premisas subjetivas del intérprete, lo cual naturalmente no es nada más que una forma de demoler desde diferentes ángulos, o desde diferentes puntos, los presupuestos y la manera habitual de entender la ponderación dentro de una importante corriente de la teoría de la argumentación jurídica.

Y en un sentido que creo que es paralelo o afin a éste, creo que puede entenderse también la ponencia de García Amado. La ponencia de García Amado de alguna forma también sintetiza debates, discusiones anteriores con muchas de las personas presentes —en ese sentido a lo mejor podemos manejar sobrentendidos entre todos nosotros que haga la exposición más breve, no lo sé—. García Amado insiste mucho en que lo que está detrás de la forma en la que usualmente se habla de ponderación en el fondo es una concepción del Derecho que él denomina “iusmoralismo” que, en síntesis, lo que vendría a hacer es borrar, difuminar la separación entre el Derecho y la moral, de manera que no regiría cada una de estas esferas independientemente, sino que concurrirían; es decir, el razonamiento jurídico se acabaría fusionando con el razonamiento moral, se perdería la especificidad del razonamiento jurídico, la idea del razonamiento jurídico como una esfera delimitada. Claro, a su juicio, si se entiende que la Constitución es un orden de valores, que además es un orden de valores que es reflejo de *la* moral correcta o verdadera, que además esa moral no debe ser entendida en términos pluralistas sino, al contrario, armónicos, sin tensiones, sin contradicción, entonces naturalmente todo esto lleva a entender que hay posibilidad prácticamente siempre de una única decisión correcta, y que, además, la forma en la que se suele manejar la distinción entre principios y reglas vendría a decirnos que no hay norma que no pueda ser derrotada alguna vez, donde esa derrota sería entendida como excepción a la luz de razones morales. García Amado insiste mucho en que, ocasionalmente, el resultado de esta operación puede ser moralmente muy atractivo el resultado que ofrezca esta operación, pero no necesariamente es así. Y lo que trata de contraponer García Amado a este punto de vista es que las cosas en realidad no

son, nos dice él, ni pueden ser así; que cuando hay una regla y no hay en el sistema otra que prevea expresamente una excepción, el juez ha de aplicarla, lo cual es una manera de ver las cosas muy distinta —obviamente— de lo que veíamos hace un momento.

Por supuesto que las etapas del juicio de proporcionalidad son, cada una de ellas, sumamente inciertas o indeterminadas, no hay muchas constricciones reales respecto de lo que puede hacerse en cada una de ellas y el modo de hacerlo. Y, aunque sea telegráficamente, no quiero dejar de mencionar —porque también conecta con lo que otra ponencia nos propone— que en el fondo, detrás de todo esto, quizás hay una manera equivocada de entender los conflictos entre derechos; que, por así decirlo, no todo caso iusconstitucional es un caso de conflicto de derechos; que el conflicto entre dos partes, cada una de las cuales invoca un derecho, es presentado por las partes así pero que no tiene por qué ser un conflicto de derechos, que en muchos de estos casos no se decide ponderando, sino se decide delimitando mediante su interpretación el alcance de cada uno de esos derechos; otra cuestión es si esas operaciones interpretativas de delimitación en realidad diferirían o no, y en qué casos si y en qué casos no, tal vez en todos o no, de las operaciones de ponderación. Si las operaciones interpretativas, por ejemplo, de tipo teleológico encaminadas a tratar de delimitar el alcance de los derechos, en el fondo son o no distinguibles de las operaciones de ponderación. Por ejemplo, hay tribunales en el mundo, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que no utilizan el lenguaje de la ponderación, el lenguaje del *balancing*, que expresan incluso cierta aversión hacia ese lenguaje y utilizan un aparato conceptual distinto, como todos sabemos, con niveles de escrutinio, etcétera, pero a veces —no digo que sea equivalente, que sea idéntico— lo que se dice es que materialmente no hay tanta diferencia por debajo de un aparato conceptual distinto. Pero lo planteo como un problema para la discusión nada más.

Hay una ponencia de María Claudia Cachapuz, que también trata de entroncar —creo— con este último punto de los que he mencionado en relación con García Amado, esta idea de que al final tenemos que repensar esta

contraposición clásica entre teoría interna y externa de la restricción de los derechos fundamentales, o estas teorías estricta y amplia del supuesto de hecho para tratar de ver qué hay de delimitación, que no tiene nada que ver con la ponderación, o qué hay de ponderación en todo ello. La autora lo hace contraponiendo los análisis de Häberle y Alexy, pero no hay tiempo ahora.

Y no quería dejar de mencionar, para cerrar este bloque octavo sobre la ponderación, algo que aparece en la ponencia de Mauro Barberis que mencioné antes pero en relación con el problema del pluralismo y que quiero ahora poner de colación en relación con el análisis que hace sobre la dialéctica libertad-seguridad. Dos cuestiones al menos. Una: de ese análisis emerge que algunos derechos son para nosotros —quiera eso lo que quiera decir— derechos “absolutos”, o los entendemos como derechos absolutos, como el derecho a no ser torturado, por ejemplo. Si decimos que ese es un derecho absoluto, ¿eso no está en contradicción con la idea de que no hay rasgos de ninguna naturaleza que nos permitan decir que una disposición expresa una regla o un principio, que puede ser entendida como lo uno o lo otro dependiendo de la óptica del intérprete?, ¿qué sentido tendría una afirmación como la que diría “esto es un derecho absoluto”?, ¿sería solo una propuesta subjetiva? ¿tendría que ver con prácticas de interpretación vigentes, reales, que ven como un derecho absoluto ese derecho, piense lo que piense uno al respecto (uno puede pensar que también respecto de esa cuestión habría que tener un enfoque particularista y que el holismo de las razones y la variabilidad de las razones podría consentir que en ciertos casos...)? Cuando decimos que es un derecho absoluto, ¿cuál es el estatuto o el contenido de una afirmación como esa?, ¿qué es lo que estamos diciendo? Y también, en el análisis que ahora no puedo reproducir de Barberis sobre la dialéctica libertad-seguridad, ¿no está implicado también el que nuestra visión —la de los enfoques conceptuales más difundidos en materia de ponderación— es pobre, o está en algún sentido sesgada, en el sentido de que ignora cosas que introducen factores de complejidad estructural en el razonamiento práctico en relación con los derechos (porque el enfoque a lo Alexy, el enfoque de ponderación tradicional, que entiende todos los bienes o valores a ponderar en el fondo como conmensurables y donde en el fondo de lo que se trata

es de hacer una estrategia de maximización conjunta de valores que pueden ser conflictivos en algún caso)?. Ideas como que los derechos restringen la persecución de objetivos colectivos —de objetivos agregativos— de ciertas maneras, o que los derechos pueden estar incorporando límites deontológicos, ¿no obligan a acondicionar de alguna forma las estructuras de ponderación en casos como estos? Unos dicen que los elementos formales a tomar en cuenta en los razonamientos son más ricos y deberían considerarse con más profundidad.

Hay un par de ponencias finales en este bloque octavo, la de Ricardo Garzón Cárdenas y la de Duvi Teixidor, que creo que lo que hacen es plantear de nuevo el problema que ya suscitaba García Amado: si hay una regla clara ¿qué necesidad hay de ponderar? La ponencia de Ricardo Garzón, a partir de una cierta decisión de la Corte Constitucional colombiana, lo que nos dice es que el discurso de la ponderación a veces encubre una posición de activismo indebido, de activismo en el mal sentido, del juez, y que además en ocasiones puede ser —esa es su tesis— regresiva para los derechos, porque en el fondo lo que hace el juez es pensar —el juez constitucional, me refiero, naturalmente— que si lo que el legislador o el constituyente, en este caso, coincide con la ponderación correcta de las razones, entonces se sigue la regla —pero no por la regla sino por su coincidencia con las razones de fondo—, y si no coincide entonces se excepciona; pero esto quiere decir que la regla no cumple ningún papel, no controla en realidad la decisión o el razonamiento. Claro, su idea es que cuando hay regla clara —el ejemplo que él utiliza personalmente no sé si es el de una regla totalmente clara, pero esto no lo podemos discutir ahora— realmente el escenario de la ponderación no viene a cuento, no se presenta. Y hay una ponencia de Duvi Teixidor que creo que plantea lo mismo para el juez ordinario en relación con la materia penal, algo así como —el habla del caso *Stübing*, un caso donde el Código Penal alemán castigaba el incesto entre hermanos— el problema de fondo sería: una regla que nos parece tiene detrás una ponderación incorrecta de los bienes o de los derechos o de los principios constitucionales ¿puede ser de alguna forma excepcionada o inaplicada por el juez ordinario?

IX

Esto naturalmente creo que nos lleva a plantearnos la cuestión central que, creo, constituye el punto noveno, que es que estos análisis al uso de la ponderación suelen hacerse como en una campana de vacío, como si todos los decisores jurídicos fuesen eso, decisores jurídicos; no específicamente, a veces, jueces ordinarios de un sistema con control de constitucionalidad difuso; o jueces ordinarios de un sistema con control de constitucionalidad concentrado; o jueces ordinarios o constitucionales de un sistema conectado con sistemas supranacionales de protección de derechos. A veces razonamos como si todo eso no fuera relevante, y sin embargo lo es, lo es mucho y lo es de muchas maneras. Entonces este bloque noveno tiene que ver, a mi juicio, con ponencias que han tratado de destacar desde diferentes ángulos estas cuestiones.

Por ejemplo, Mariano Melero nos dice que la técnica de la proporcionalidad es una cosa, y la forma en la que después los tribunales la utilizan efectivamente es otra, que depende de una cierta cultura sobre los derechos y de una cierta concepción del papel institucional de los jueces en relación con esa cultura de los derechos. Él contrapone una concepción optimizadora, que sería la de los tribunales constitucionales europeos, y una concepción restrictiva que asocia —no sé si entiendo bien—, a veces, a los modelos de jurisdicción constitucional difusa, a veces más bien a los modelos de nuevo constitucionalismo *Commonwealth*, de constitucionalismo débil —no es lo mismo una cosa que otra, obviamente—, pero entiende que la idea de la deferencia, el papel de los principios formales —no es que en ese enfoque optimizador continental, etcétera, la idea de deferencia se desconozca pero— es completamente diferente y, por lo tanto, la manera de entender qué es lo que debe hacer el juez, qué espacio debe reconocer al legislador, qué intervenciones debe acometer argumentativamente y cuáles no, están condicionadas por todos esos entendimientos, todas esas presuposiciones de fondo; lo que, por cierto —estoy pasando muy por encima y no haciendo justicia a la riqueza del planteamiento, pero creo que inevitablemente lo voy a hacer así—

nos lleva de vuelta, si lo piensan, en realidad, al punto dos de lo que estábamos viendo; nos lleva al punto de si al final lo que condiciona los criterios normativos en teoría de la argumentación tiene que ver con prácticas, tiene que ver con cuestiones institucionales o no, y de qué manera tiene que ver con ellos.

Lo mismo —me parece— aunque la óptica, el enfoque sea otro, se advierte en la ponencia de Henrik López Sterup, que nos propone algo que en principio suena raro —a mí me sonó raro— y que sin embargo creo que cobra sentido cuando uno lo entiende desde esta óptica, desde esta perspectiva de condicionantes institucionales. Lo que se plantea es lo siguiente: ¿no deberíamos hacer un análisis de validez, en términos que tienen que ver con la noción de realizabilidad de políticas públicas?, y una política pública no es nada más que un conjunto de normas que tratan de articularla y esas normas naturalmente pueden ser objeto de un análisis de validez en términos formales, procedimentales, o materiales por su contenido. Pero lo que subraya López Sterup —y este creo que es el punto interesante— es que allí donde, por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional haya desarrollado una figura como la del “estado de cosas inconstitucional”, que tiene que ver con la idea de que, para hacer frente a la idea de ciertas violaciones estructurales de los derechos, hay que plantearse cuestiones como si se están adoptando políticas públicas adecuadas o no, ese análisis, que es esencialmente un análisis finalista, instrumental, etcétera, de esas políticas, puede llevar a una declaración de un estado de cosas inconstitucional, por tanto, a la apreciación de que hay una violación estructural, y por lo tanto, da entrada a un tipo de planteamiento, a un tipo de argumento, a un tipo de enfoque de criterios para la decisión que, desde luego, estarían completamente fuera de lugar si no se admitiera que cabe una cosa tal como un estado de cosas inconstitucional, si se entendiera que eso es algo que excede de las competencias del rol institucional de esos jueces, entonces ese tipo de argumentos estaría fuera de lugar, lo que nos lleva de vuelta a lo que intento subrayar que no pensemos —quizá no deberíamos pensar— en las formas de la ponderación, de la proporcionalidad en abstracto, sino siempre en conexión con las condiciones institucionales en las que se desenvuelve el juicio.

Y esto también en relación con la conexión entre los ordenamientos internos y los ordenamientos supranacionales. Hay una ponencia de Francisco Javier Ezquiaga que trata precisamente de cómo hay que argumentar en relación con las cláusulas de interpretación conforme, que muchas veces contienen las constituciones en relación con tratados internacionales de derechos humanos. También Irma Rosa Lara Hernández habla de cómo aparecen nuevas formas de argumentar en relación con estos instrumentos internacionales. Y hay muchos problemas aquí, pero, por ejemplo, en la ponencia de Ezquiaga se dice que estas cláusulas nos tienen que llevar —en la ponencia de Ezquiaga, entiendo, como algo que deriva de la propia incorporación de estas cláusulas— a aceptar la vinculatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, y nos tiene que llevar a aplicar el principio del estándar de protección más alto —el principio *pro homine*, *pro persona*, o *favor personae*—, que para él, dice, es una consecuencia lógica del mero hecho de la apertura a través de estas cláusulas de interpretación conforme a los tratados internacionales.

Me parece que aquí hay muchos problemas —y los menciono ya no telegráficamente sino menos que eso—: ¿no depende (igual que muchas cuestiones acerca de cómo debe razonar el juez en materia de proporcionalidad, ponderación, dependen de cómo entendamos la relación entre legislador y juez, de democracia y derechos) también todo este tipo de enfoques de cómo entendamos la relación entre órganos nacionales, órganos supranacionales y la legitimidad, la esfera de legitimidad de cada uno de ellos, y el margen de deferencia o no que alguno de estos órganos debería adoptar en relación con otros?, ¿no dependería de cómo entendamos todas esas relaciones? Lanzo también —sin desarrollarlo— como pregunta para el debate posterior: ¿es tan claro y da tanto juego argumentativo, como a veces se presupone, la idea del estándar de protección más alto?, ¿está claro qué quiere decir estándar de protección más alto, en todos los casos de conflicto de tutela a diferentes niveles de la protección de los derechos? Por ejemplo, la ponencia de Marcos Andrade Moreno sobre el margen de apreciación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos lleva —me parece— a tomar en cuenta, en relación con estas otras ponencias que acabo de mencionar,

que también desde el órgano supranacional hay ciertas doctrinas para entender su relación con el órgano interno; y, por ejemplo, una doctrina como la del margen de apreciación —que el Tribunal Europeo ha usado muchas veces de manera muy poco clara, poco coherente, arbitraria, a veces, incluso, oportunista, estratégica—, puede reconstruirse, seguramente, en términos de una deferencia justificada, y a la hora de entender qué es lo que un órgano interno debe hacer respecto de las decisiones de los tribunales supranacionales ¿no habría que tomar en cuenta también si habría buenas razones para que ese tribunal supranacional adoptase, por su parte, un criterio de deferencia como el que mejor o peor a veces adopta el Tribunal Europeo, y sin embargo, por ejemplo, la Corte Interamericana no adopta casi nunca?

X

Y el último punto —pido ya muchas más disculpas a los autores que están agrupados en él, porque voy a tratar de en cinco minutos de dar cuenta al menos muy por encima— tiene que ver con la *argumentación probatoria*, la argumentación en materia de hechos. Ni siquiera el decálogo mosaico tenía diez mandamientos de igual entidad —algunos tenían más entidad que otros—. Tampoco este decálogo tiene diez puntos de igual riqueza de contenidos; sin duda, es un macro punto, pero no tengo otra manera de exponerlo.

Hay algunas ponencias que, en primer lugar, por ejemplo, la de Sebastián Reyes Molina, tratan de poner en tela de juicio algo que, sin embargo, es un presupuesto de todas las demás, y yo creo, del enfoque más común o más habitual en esta materia: la idea de que debemos tratar de construir una concepción racionalista de la prueba; la prueba debe ser una actividad racional, por lo tanto, guiada por criterios de racionalidad epistémica; que lo que buscamos en el fondo es averiguar la verdad —es una concepción cognoscitivista— y que ese es el fin institucional, no el único —todos lo sabemos— del proceso. Y si preguntamos, ¿y por qué razón esto es así?, la ponencia de Sebastián Reyes Molina está encaminada a tratar de discutir el éxito de una de las respuestas que pueden darse a esa

pregunta —¿por qué razón?—, una de esas respuestas, la que él considera, es que de otro modo el Derecho no podría motivar las conductas. Bueno, él hace un análisis crítico de esta idea, aunque en el fondo no sé si tiene una proyección muy demoledora, o no, la crítica, porque no es lo mismo decir que la concepción racionalista y la concepción cognoscitivista es la que debemos defender aunque tal vez no por esta razón quiera decir que no se debería defender por ninguna razón posible. Creo que no es eso lo que pretende el autor.

Hay alguna otra ponencia que, ahora sí asumiendo plenamente este criterio estrictamente racionalista, esta concepción racionalista-cognoscitivista, lo que hace es tratar de detectar malas prácticas, tópicos viciosos en las prácticas jurisdiccionales de nuestros sistemas jurídicos que no son plenamente congruentes con estar a la altura de este ideal racionalista. Por ejemplo, la ponencia de Juan Igartua, que trata esencialmente de criticar —a veces precisamente por una proyección indebida de la posición institucional del juez— cómo en España se ha llegado a entender —mal interpretando nociones ligadas a la presunción de inocencia, por ejemplo— que las motivaciones de las decisiones absolutorias tienen que ser menos rigurosas y, en el fondo, pueden basarse en la mera manifestación de la duda, no en el razonamiento de por qué la duda es razonable, sino en la pura expresión de la duda, y cómo eso, que se acepta que no cabría de ninguna forma para una sentencia condenatoria, sin embargo sí que sería admisible para una sentencia absolutoria; y esto es algo que es un vicio real de muchas decisiones en la práctica jurisdiccional española. Igartua creo que hace un análisis fino y adecuado, no ya de por qué esto no es aceptable, sino sobre todo de las raíces que están detrás de ese error; y una de esas raíces, a pesar de que parte de las mismas sigan siendo el viejo influjo, el viejo peso de concepciones psicologistas de la prueba, la propia duda del decisor, etcétera, tienen que ver —creo— con la idea de que no es lo mismo el estándar de corrección y la revisión de ese estándar en la motivación del juez penal, del juez de instancia, que en la revisión ulterior que puede llegar a hacer en ciertos contextos el juez constitucional. Lo cual —me parece— nos lleva de vuelta a esto que trataba de destacar en el punto nueve, que no pensemos los criterios de corrección a veces en el vacío, sino siempre ligados a

posiciones institucionales y, por lo tanto, condicionados por toda una serie de criterios formales que rodean esa específica posición institucional.

Josefa Dolores Ruiz Resa presenta una ponencia que creo que sugiere una vía interesante para el desarrollo de lo que en materia de prueba se está haciendo en teoría de la argumentación, que sería algo así como construir una teoría de las falacias de la prueba. Igual que toda teoría de la argumentación suele incorporar un análisis de las falacias, un elenco de las mismas, de las formas de razonar mal en relación a ciertos contextos que, sin embargo, pueden persuadir. Lo que sugiere Josefa Ruiz Resa es que en materia de prueba —por supuesto hay una serie de mediaciones, de prejuicios, de fenómenos pre-rationales o directamente no racionales ligados al sentido común— es que hagamos un análisis estructural fino de las formas, los momentos concretos del razonamiento probatorio en el que esas distorsiones podrían producirse. Saber que esas mediaciones pueden condicionar indebidamente el razonamiento probatorio es una obviedad, pero hacer un análisis fino de los puntos concretos, los pasos concretos y los modos concretos en los que en cada uno de esos puntos podría incidir estos prejuicios, me parece que es la sugerencia, la aportación de esta ponencia que es muy interesante.

La ponencia de Daniela Accatino sobre la arquitectura de la motivación de las decisiones, esencialmente —claro, preguntándose qué cuenta como una motivación completa, suficiente— contrapone dos modelos: *holista* y *atomista*, y trata de subrayar que ese modelo *holista* inicialmente tenía que ver más bien con el contexto de descubrimiento, con la explicación de cómo se forman los procesos psicológicos que conducen a la convicción y cómo impactan o pueden impactar en todos esos procesos también prejuicios y consideraciones de plausibilidad narrativa pero que están mediadas y condicionadas por todos esos factores indebidos; pero si se consideran, no de esa manera, sino como de criterios que tienen que ver con la dimensión justificativa del análisis del razonamiento, pueden incorporar ciertos peligros, pueden hacer que el buen relato se confunda con el relato verdadero, porque quizá se puede estar dando prevalencia a consideraciones de plausibilidad narrativa sobre la atención a las pruebas específicas y al

rendimiento probatorio de esas pruebas consideradas de una manera *atomista*. Lo que ella propone, subrayando estos riesgos de estos enfoques coherentistas, ahora en materia de prueba, es un enfoque híbrido que, resumiendo de manera brutal ideas mucho más finas, creo que lo que vienen a sugerir es que para el análisis de lo que es objeto de prueba y de las inferencias probatorias tiene que ser un modelo *atomista* el que rijan nuestro análisis y que, sin embargo, el componente *holista* entra en juego esencialmente para el juicio de suficiencia, de suficiencia de las pruebas respecto a la satisfacción o no de los estándares legales exigibles en cada tipo de proceso.

Y, por último, tres ponencias que tratan ya específicamente —dentro, naturalmente, de todo este mundo de ideas— de los problemas que plantea la prueba pericial o la prueba científica, en el sentido de que, aunque suponemos que el juez es quien valora la prueba, evidentemente hay una sobrevaloración, un auge de la prueba científica a la que se rodea con un aura de supuesta objetividad que muchas veces trae de la mano una actitud deferencial, pero absolutamente deferencial e indebidamente deferencial del juez, que en el fondo cancela, suprime, la idea de la libre valoración.

La ponencia de Marina Gascón trata de situar qué es exactamente lo que el perito debe decir y cómo debe decirlo, y qué es exactamente lo que al juez corresponde juzgar y en qué términos, contraponiendo dos maneras de funcionar con las pruebas estadísticas, que llama el “paradigma de la individualización” y el “paradigma de la verosimilitud”, pero al final —y de nuevo, no puedo explicar todo lo que esta ponencia contiene— lo que propone es recuperar el momento de valoración del juez a través de su formación en una serie de campos que hoy probablemente los jueces no están formados adecuadamente, lo que, por cierto, abre la pregunta de cómo estas consideraciones sobre la educación podrían o deberían proyectarse sobre los jurados —si estos existen, no sé cómo estas propuestas se pueden proyectar sobre ese campo— y en qué medida la deferencia del juez hacia el perito debe ser entendida de una manera mucha más estricta o condicionada. Algo que también —simplemente las menciono— está en las

ponencias de Zoraida García Castillo, que habla de la valoración de la prueba científica en el sistema penal acusatorio, o incluso en la Margarida Maria Lacombe Camargo, que habla de la valoración que hacen los jueces de opiniones de expertos en un contexto distinto, que no es el de un proceso penal, sino el de la consideración de estas opiniones expertas por parte de la jurisdicción constitucional, cuando esa jurisdicción constitucional tiene que englobar en su consideración de un problema algunos elementos de hecho.

Perdón a todos porque he abusado del tiempo de manera, creo, injustificable, pero de verdad no he visto otra manera de poder hacer, no justicia — que no lo he conseguido—, sino por lo menos mostrar mi respeto por todas las ponencias que —creo—, no solo eran muchas sino muy interesantes, y respecto de todas la cuales había mucho que decir pero creo que no ha sido posible.

Gracias.

Mesa Redonda: “El futuro de la Filosofía del Derecho en el Mundo Latino”

JUAN-RAMÓN CAPELLA
Datos del autor
e-mail

ELÍAS DÍAZ
Datos del autor
e-mail

LUIGI FERRAJOLI
Datos del autor
e-mail

PAOLO COMANDUCCI (MODERADOR)
Datos del autor
e-mail

RESUMEN

Los eminentes profesores mencionados reflexionan sobre el tema de la mesa redonda.

PALABRAS CLAVE: igualdad, filosofía del Derecho, Mundo Latino, desigualdad.

ABSTRACT

The eminent professors mentioned reflect on the theme of the round table.

KEYWORDS: equality, philosophy of Law, Latin World, inequality.



Copyright© Juan-Ramón Capella

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

Juan-Ramón Capella:

Buenas tardes, creo que mi primera y muy feliz obligación es agradecer a Manuel Atienza el regalo de convocar y preparar este I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Preparar un congreso cuesta mucho esfuerzo, mucha dedicación, y debemos agradecerle este esfuerzo y esta dedicación principalmente a él y al grupo de profesores de la Universidad de Alicante. En estos congresos fundamentalmente se establecen relaciones, se intercambian ideas, partimos de un mundo de conceptos y de tradiciones, sobre todo de pensamientos diferentes, y reuniones como esta pueden servir para poner muchas cosas en común. Creo, Manolo, que tu esfuerzo y el de tus compañeros ha valido la pena.

Bueno, supongo que puesto que se me ha concedido el honor de dirigirme a ustedes, debo reflexionar en voz alta sobre la Filosofía del Derecho, moral y política ante el futuro, especialmente ante los retos que se plantea en América Latina, pero no sólo y justamente en un momento de crisis social grave, de crisis del Derecho, pues el Derecho forma parte de la sociedad y esta sociedad está atravesando un momento de cambio brusco, rapidísimo, esa es una verdadera crisis. Y expresan toda una perplejidad. No voy a entrar en muchos detalles, sino que voy a tratar de expresarme a través de ideas generales. Tengo una duda compleja, se trata de saber si la tarea principal de filosofar sobre el Derecho ha de ser, en este marco de crisis, contribuir al asentamiento de las instituciones, de las instituciones de la democracia por supuesto, de sus podres judiciales en particular, para conseguir la plena igualdad jurídica, para que todas las personas sean iguales ante la ley, o —y he aquí mi duda y perplejidad— si este paso ha de ir de la mano de, o incluso solo estar subordinado a, algo completamente distinto. Voy a tratar de justificar el porqué de esta duda. El Derecho que tenemos es el derecho de la igualdad, el derecho de la sociedad capitalista, este Derecho nos construye en la imaginación o nos representa a todos como iguales porque nos ve a todos como propietarios, unos de tierras, otros de industria, de bienes en definitiva, y otros, por emplear la expresión de Locke, como propietarios de sus manos, como propietarios de su

capacidad para trabajar, de modo que todos podemos vender algo en el mercado, en un mercado cuyo paroxismo es precisamente el capitalismo, ahora además excluyente de todo correctivo; por supuesto, mercado en general no equivale a capitalismo, este es el paroxismo excluyente del mercado absoluto. Al mismo tiempo, el capitalismo construye un derecho igual porque todos somos iguales ante la ley, por el hecho de que la ley es igual para todos según se dice. Hay que concederle a este derecho igual el haber reconocido aspiraciones humanas fundamentales, lo ha hecho en forma de derechos, de derechos humanos, eso es muchísimo; a pesar de esa forma de derechos, reserva a las instituciones estatales y singularmente a los tribunales, la defensa y la custodia de aquellas aspiraciones fundamentales de las personas. Los derechos están custodiados por las instituciones y solo por ellas, esa es su limitación fundamental, no está bien visto que las personas se tomen su derecho por propia mano. Dar pasos para dejar atrás el capitalismo, consiste esencialmente en dejar atrás, una por una, las desigualdades sociales que justamente los supuestos del derecho igual convierten la igualdad jurídica en una ficción, porque en realidad el derecho igual del capitalismo es indiferente a las desigualdades sociales, a las desigualdades que se reproducen socialmente, el derecho formalmente igual es el derecho de las desigualdades reales, pues las deja en pie, pasa a través de ellas como si fuera una onda hertziana. Pues bien, dar pasos atrás, dar pasos para dejar atrás el capitalismo, consiste precisamente en dejar atrás, una por una, las desigualdades sociales y los mecanismos que las reproducen. No crean que estoy proponiendo bajo mano asaltos revolucionarios, no es eso, creo sencillamente que el capitalismo, si llegara a ser superado, será paso a paso, por etapas, como el capitalismo sustituyó al feudalismo, probablemente. Pero hoy, en el extremismo de la desregulación, hay multitudes que exigen o van a exigir dar estos pasos, dar estos pasos exige, y esta es mi propuesta y al mismo tiempo mi perplejidad, un derecho de la desigualdad, cada paso supondrá un derecho desigual, un derecho con privilegios justamente para acabar con los privilegios reales Sé que la noción misma de derecho de la desigualdad es difícil de asimilarse dada nuestra formación jurídica, dado todo lo que se nos ha enseñado y dado buena parte de lo que siempre

hemos creído, yo mismo me sentí inicialmente poco de acuerdo con una temprana manifestación de este derecho de las desigualdad, como fueron las primeras normas de discriminación positiva para las mujeres como privilegios, si ustedes quieren, precisamente para acabar o al menos paliar la gran situación de desigualdad social en que estaban y en que en muchos países están aún hoy las mujeres respecto de los hombres. Hoy en cambio, defiendiendo ese derecho a la desigualdad que habrá que ir inventando, por eso lo propongo ante ustedes, sobre todo porque es necesario y porque puede acabar también convirtiéndose, y esto es muy interesante, en un derecho igual. Doy un ejemplo, a sabiendas de que es un ejemplo malo, de que los ejemplos se vengan, lo que decía Zubiri, por tanto, que no es un ejemplo ideal pero, en España los permisos de trabajo por maternidad, inicialmente concedidos como un privilegio solo a las mujeres han acabado siendo, con la incorporación masiva de las mujeres al mercado del trabajo, un derecho de la pareja que esta administra según prefiere y, por tanto, lo que inicialmente era un derecho, mejor dicho un privilegio, se convierte en un derecho de igualdad para la pareja; ya sé que el ejemplo no es perfecto, pero otra discriminación positiva que se entiende quizá mejor es el que afecta a las personas discapacitadas, a las que se atribuyen privilegios sobre todo en el mercado de trabajo para compensar la discapacidad. Si todo esto es posible en sociedades que son aun plenamente capitalistas, imagino que un derecho a la desigualdad va a hacer justamente el derecho del meta-capitalismo o del socialismo verdadero, como se le quiera llamar. (Utilizo la palabra socialismo porque no sé si se ha usado mucho en este Congreso y es necesario que alguien la pronunciara, no he estado en todas las sesiones; por tanto, quizá me atribuyo algo que no es mío). Un derecho de la desigualdad que sirva para eliminar una a una las desigualdades sociales más relevantes, claro que el derecho a la desigualdad pleno supondrá un cambio social, exige la condición previa de una economía parcialmente pública, parcialmente regulada no sé en qué marcos, estoy pensando en el futuro, por tanto no necesariamente en un marco estatal. Ahora bien, ¿significa eso que no hemos de defender, además del derecho de la desigualdad, también el derecho de la igualdad, los derechos e instituciones de ciudadanía? Creo que el derecho puede verse como un conjunto de prácticas y las

prácticas jurídicas son reales, no exactamente formales, y creo que se debe defender que ante esas prácticas no se produzcan desigualdades, debemos defender también el derecho de la igualdad; aunque el derecho de la igualdad jurídica parezca contradictorio con el derecho de la desigualdad, en realidad se puede actuar de modo que no lo sean, al menos para los desfavorecidos. El derecho de la igualdad jurídica es necesario cuando no lo hay, y cuando lo hay es necesario el derecho de la desigualdad, para compensar las desigualdades, una fórmula sencilla que permita hacerse una idea de cómo podemos mirar hacia adelante. También es necesario afianzar las instituciones, aunque tratando, por ejemplo, de que las magistraturas no se nutran de la ideología de las clases dominantes o de la ideología del género dominante, como suele ocurrir; se debe afianzar los procedimientos democráticos sin olvidar, sin embargo, las trampas discriminatorias de las leyes electorales y evitando los procedimientos trampa, o la pura y simple corrupción de los procedimientos con que se puede legitimar hasta un golpe de estado como acabamos de ver en Brasil; y en ningún momento se debe olvidar que, como decía Pierre Paolo Pasolini , “la burguesía más que una clase social, es una terrible enfermedad contagiosa”; el aburguesamiento afecta casi necesariamente a los que están en el lado mejor de la desigualdad, incluso cuando luchan contra ella, de modo que los juristas y filósofos del Derecho que no se alineen con el mantenimiento de las desigualdades tienen ante sí tareas complicadas y pueden comenzar a cultivar la perplejidad, no asustarse ante ellas, afianzar las instituciones democráticas y proponer prácticas jurídicas que actualicen el derecho a la desigualdad. Esta es la tarea, esto último debe pasar a estar en el centro de nuestras reflexiones si queremos de verdad cambios esenciales y no caer víctimas de la peor de las enfermedades contagiosas, que no mata pero modula el alma, modula la vida. Gracias por su atención.

Elías Díaz:

Perdón por el tono, yo pensaba decir, de prisa, de prisa que todavía estamos vivos.

Bueno, ya no tiene la poca gracia que tenía lo que acabo de decir. Pero decía yo que las circunstancias actuales y el talante —yo hablo a veces desde estas alturas, y ya me corregí una vez y dije no! más bien desde estas bajuras—, y pues es eso que estaba diciendo de prisa, de prisa que todavía estamos vivos, sobre todo yo que soy el más viejo —con mucho— de los presentes. Pero de todas formas vendrán otros clásicos; no se apurarán, nosotros nos iremos, a algunos les queda mucho más tiempo de vida, pero vendrán otros clásicos. Y miraba y digo: a muchos ya les veo la cara de clásicos. O sea que con la renovación de la taza de clásicos no hay problema, aquí estamos gente sin solución, estamos embarcados en una cosa que es la academia, la universidad, la filosofía del Derecho y ya no creo que tengamos otras soluciones que a romper con todo ello.

Miren que en los últimos meses le vengo diciendo a Manuel Atienza que yo ya no estoy para intervenir en un Congreso, sobre todo de estas características, y de esta importancia. He dicho que ya no tengo nada que decir, y luego a veces matizaba —yo siempre matizo—: nada o apenas nada que decir en este Congreso o en otros similares. He dicho que nada o apenas nada, porque si al terminar resulta que no he dicho nada, dirán “pues tenía razón y no sé qué hemos hecho aquí”, y me reservo la cláusula del apenas nada, para poder convertir apenas nada, en algo, porque si no, también les estaría engañando. Bueno, todo esto tiene que ver con estas disquisiciones analíticas que hacéis, y que a mí me parecen muy importantes.

Tengo que decir que yo llegué ayer y estaba encantado esta mañana de escuchar la magnífica y conmovedora, admirable, síntesis de que ha sido capaz Juan Carlos Bayón. Se nota que es de la Autónoma, y yo ya estoy acostumbrado; quiero decir, no es, para mí, una sorpresa porque cuando voy por el pasillo y me tropiezo con él, cualquier cosa que le pregunto de teoría y de práctica, siempre me hace los análisis de una rigurosidad y de una profundidad que a veces ya no sé a qué atenerme porque a veces no profundizo tanto, pero otras veces también me valen.

También la de Manuel Atienza, no le dejemos de menos, aunque no es de la Autónoma, pero lo fue y está también a ese nivel.

Bueno, yo creo que a las discusiones y matizaciones que se hacen en el Derecho les falta contexto social. Hay discusiones sobre problemas de metodología, sobre el lenguaje, pero todo ese pensamiento importantísimo ha transitado sobre tiempos enormemente difíciles, en toda América latina. A mí me gustaría que esas disensiones, discusiones, y matizaciones tuviesen mayor arraigo en el contexto social. Como Manuel Atienza ha insistido mucho recientemente, la filosofía del Derecho está en crisis. Como a mí no me gusta la palabra crisis, diré que la filosofía del Derecho está en serios problemas, cuáles son esos problemas, cuáles son algunas características de esta "crisis" de la filosofía del Derecho.

No voy hacer una gran lista, no se preocupen. Yo diría que una primera es la falta, o la ausencia, o insuficiente identidad, digamos hay una *crisis de identidad* de la filosofía del Derecho. Cuando el estudiante de Derecho va a la asignatura de constitucional, de procesal, de civil, de mercantil..., sabe lo que va a estudiar. Pero si va a una asignatura que se llama filosofía del Derecho, no lo sabe, lo que significa que los profesores le pueden echar cualquier cosa, y el estudiante dice: bueno esto debe ser filosofía del Derecho, y lo pasa por ello, porque lo que le interesa es no tener problemas al final, y bueno a veces también se dicen cosas interesantes. En todo caso, junto a todas esas asignaturas que configuran los estudios de Derecho hay una un poco rara que se llama filosofía del Derecho, con una cierta falta de identidad.

Voy a utilizar lo que decía antes Paolo Comanducci: "que junto a las asignaturas de Derecho positivo, están las de Derecho negativo", para decir que "frente al Derecho positivo, está el Derecho natural". ¡Ah! Menudo invento el del Derecho natural, me refiero al fuerte, al duro, al que hemos sufrido en nuestros países, y en concreto quien les habla, porque crecí en unas condiciones sociales, económicas, políticas "x" de España de esa época. Realmente, lo que había es un Derecho positivo que además de ser positivo era natural, es decir, "justo", por tanto había que dar la batalla. Para algunos había un Derecho natural que procedía

de la ley eterna, que se encarnaba en el corazón o razón del ser humano, para luego ser traspasado al Derecho positivo. Esto que hoy nos parece una broma, entonces no lo era: yo tuve un estudiante de doctorado que realizó un trabajo sobre la filosofía del Derecho de los juristas españoles de aquellos años, porque los Garriges, los Castro, los Guasp, etcétera¹, que se sabían el Derecho positivo y lo explicaban muy bien a los abogados y a los jueces, en el fondo eran positivistas ramplones, o positivistas formalistas de aquellos a los que Manuel Atienza critica muy bien, continuamente. Estos juristas, en los discursos que daban en las sesiones solemnes de las grandes instituciones, sobre este Derecho positivo, salía como fondo el Derecho natural. Entonces, tuvimos una lucha importante, porque el Derecho natural implicaba teologías y siempre habían estudiantes que en esos años le salían a uno con teologías, y había que saberse la historia de la filosofía occidental para poder responder a estas cosas. Sin embargo, también habían estudiantes combativos de ello. También, habían estudiantes, los más acertados (aunque los menos), que sostenían que junto a ese Derecho natural hubo un Derecho natural "racionalista", de Pufendorf, Leibniz, en fin, Locke, etcétera. Pero de ese Derecho natural no era del que se hablaba. Del que se hablaba era fundamentalmente de la doctrina católica con su ley eterna, etcétera, de tal modo que uno que no comulgaba con eso e intentaba refutarlo con otras dimensiones del Derecho natural, le venía muy bien el ser analítico, en el sentido de análisis, porque la analítica es imprescindible frente al irracionalismo, al aventurismo, al populismo...

Lo que dijo el gran matemático Lorenz: "las matemáticas no mienten, pero sirven para mentir" se aplica a la analítica, pues "la analítica no miente, pero sirve para mentir" –o puede servir para mentir–. Por dónde voy con esto, voy a que –como Laporta lo ha dicho varias veces– el problema de la analítica, e incluso del positivismo, es que se queda mudo ante los juicios de valor. Está muy bien que la analítica ordene el caos del Derecho, pero le faltan cosas. En mi opinión, a la analítica lo que le falta es la relación con el poder, porque obedecer al Derecho es

¹ Hablo más bien de los grandes maestros de Madrid, pero en otros sitios también los hay.

obedecer al poder, si no tienes poder, ni el juez, ni Dios te hacen caso. Por lo tanto: apertura al poder. Lo que yo veo es que el Derecho está demasiado retenido en la interioridad, y algunas veces –ironizando lo digo– somos como decoradores de interiores, que a lo mucho te dejan la casa muy mona y bien puesta, pero claro, a lo mejor alrededor hay un paisaje horroroso.

Es necesario tener en cuenta al poder, a las ciencias sociales. El Derecho es una ciencia social, si no se entiende que el Derecho sirve para implantar la justicia en un mundo que se desajusta continuamente, y que los hombres desajustan, no se entiende nada.

Qué es lo que he hecho yo al respecto, bueno yo escribí en el año 66 (ya había publicado antes unos artículos de ese tema en el 61 y en el 63), un librito titulado "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" que tuvo más de diez ediciones. Este libro empezaba con la frase "no todo Estado es Estado de Derecho", porque el Estado es el que produce un derecho. El nazi fue derecho, el de Stalin fue derecho, y el de Franco era derecho, los abogados, los jueces utilizaban ese derecho, los colegas explicaban ese derecho, pero eso no es un estado Derecho. Luego, escribí otro libro "Sociología y Filosofía del Derecho", publicado en el año 71, tuvo doce ediciones. Ambos fueron libros que tuvieron mucha presencia. "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" quiere decir, perspectiva interior. Si se me permite la simplificación analítica, "y Sociedad Democrática", quiere decir apertura de la economía, de la sociedad y hoy al mundo de las grandes desigualdades, de las grandes corrupciones y de las grandes desafecciones. Después de éstos libros, no morí de éxito y seguí publicando cosas hasta hoy mismo. El último libro fue "El Derecho y el Poder. Realismo Crítico y Filosofía del Derecho". Ahora yo me sitúo en el "realismo crítico", no tengo tiempo para explicarlo más, afortunadamente, pero lean el libro "El Derecho y el Poder. Realismo Crítico y Filosofía del Derecho". En fin, mi propuesta iría por estos causes que les he resumido, desordenadamente. Gracias.

Luigi Ferrajoli:

Gracias, pienso yo también que debemos ante todo agradecer a Manuel Atienza por la iniciativa de este congreso que ha mostrado, por un lado, el pluralismo de las ideas, de los enfoques filosóficos jurídicos en el mundo latino en clima cultural común. Me disculpo por mi mal español. La discusión, la argumentación en este congreso, también ha mostrado que las afinidades son mayores que de las divergencias. Yo creo que la afinidad principal es el rol que todos los diversos enfoques atribuyen a la razón como factor de civilización y como limitación del Derecho, sea la filosofía analítica, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, la metodología jurídica. Es significativo que estos diversos enfoques son afirmados en Italia, en España, en América Latina, después de la liberación del fascismo, del franquismo, de las dictaduras porque en estos períodos anteriores autoritarios el pensamiento principal dominante era siempre un pensamiento fuertemente metafísico. Después, con la democracia, se ha afirmado un pensamiento laico, racionalista, se ha afirmado el abandono de las especulaciones metafísicas y sobre todo una relación más estrecha entre la filosofía del Derecho y el Derecho mismo, el Derecho positivo, la práctica jurídica.

Pues bien, si nos preguntamos ¿cuál es el futuro de la filosofía del Derecho?, naturalmente nuestras tesis sobre el futuro de la filosofía del Derecho dependen de las concepciones diferentes que tenemos del Derecho, de la relación entre Derecho y democracia y también del rol que reconocemos a la ciencia jurídica y a la cultura jurídica política. Y todavía, en mi opinión, lo que más allá de nuestras diferencias acumula nuestra manera de concebir y practicar la filosofía del Derecho son algunos enfoques que reflejan características estructurales de nuestros ordenamientos, de nuestras democracias constitucionales rígidas y que no se encuentran de la misma manera en los sistemas del *Common Law* y que nuestra *subalternidad* a la cultura jurídica anglosajona muchas veces nos hace olvidar.

Estas características son, en primer lugar, el principio de legalidad como norma de reconocimiento de todo el Derecho existente, en segundo lugar, la constitucionalización rígida como límites y vínculos a los poderes del principio de

justicia como la igualdad de los derechos fundamentales de libertad y sociales. Preguntamos entonces, ¿qué tipo de enseñanza filosófico jurídica es requerida por estas dos características de nuestras democracias para favorecer la formación del jurista y promover el desarrollo en nuestros estudiantes del interés por el Derecho? Siempre he pensando que el mayor peligro que corre la enseñanza del Derecho (hablo también por experiencia personal recordando los años de mis estudios en la facultad de jurisprudencia, de Derecho) es el tedio, el aburrimiento, el hecho de que el estudiante tenga la sensación de estudiar una técnica burocrática del poder, del ejercicio del poder o del control social. Pues bien, yo creo que el desarrollo del interés y agrego de la pasión por el Derecho es posible sólo si somos capaces de mostrar a nuestros estudiantes los dos aspectos de la experiencia jurídica que he mencionado antes y que solamente la reflexión filosófico jurídica puede ilustrar.

El primer aspecto: el carácter artificial del Derecho. El Derecho es construido por nosotros, por la política y antes todavía por la cultura jurídica, es el lenguaje con el cual formulamos los problemas sociales y sus soluciones. El segundo aspecto está representado por la distancia (ha hablado, al respecto, Juan-Ramón Capella) entre la normatividad fuerte exigente de los principios de justicia establecidos por nuestras cartas constitucionales, la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales y el crecimiento de las desigualdades y las violaciones de los derechos producidos para el desarrollo, desregulados de poderes salvajes, sobre todo económicos, financieros al interior de nuestros ordenamientos, y todavía más en el moderno mundo globalizado. Se trata de dos aspectos de la fenomenología jurídica capaces de fundar –yo creo– un doble punto de vista crítica respecto al Derecho vigente: la crítica desde el externo, a partir del punto de vista de la justicia, y la crítica del punto de vista interno, a partir del punto de vista de la legitimidad constitucional.

Empiezo por el primer punto de vista, aquel generado por el primero de los dos aspectos antes mencionados, la total *artificialidad* del Derecho y de las instituciones jurídicas y políticas. Todo el Derecho, todas las normas, todas

nuestras instituciones son producto de decisiones de los hombres como resultado de sus intereses, valores, y todos nosotros, comenzando por los juristas, tenemos la responsabilidad de cómo el Derecho ha sido pensado y proyectado. Yo creo, que es este el significado profundo del positivismo jurídico. Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad, como norma de reconocimiento del Derecho existente, nació la política moderna como producción y transformación del Derecho, es decir, de las reglas de las relaciones sociales.

El lenguaje del Derecho se ha convertido, desde entonces, en el lenguaje de la política en el cual repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones, a lo cual siguen dos corolarios. El primer corolario de este principio de legalidad es una cuestión que ha dividido mucho a nosotros, es decir la separación entre Derecho y justicia. Si es verdad que es Derecho todo aquello y sólo aquello que es producido por las fuentes habilitadas, entonces su existencia y su validez se separan de la moral y la justicia, en el sentido que no todas las normas existentes son justas, y no todas las normas justas existen. De hecho, por efecto del principio *iuspositivista* de legalidad, el deber ser moral y político del Derecho se separa de su existencia efectiva. Este es un significado muy banal: la separación entre Derecho y moral no significa, obviamente, que el Derecho no tenga contenidos morales, significa, solamente, el rechazo del legalismo ético, es decir, de la idea que el Derecho es por su naturaleza justo. El rechazo del moralismo jurídico, es decir, de la idea que el Derecho justo existe. Una idea muy banal, según la formulación clásica elaborada por Bobbio, por Hart, la validez del Derecho no implica su justicia. Lo dijo Elías Díaz: también un Derecho totalitario es Derecho, e inversamente la moralidad, la justicia no implica la existencia del Derecho positivo. Es importante, sobre todo, la autonomía del punto de vista externo, político, moral. Solamente si reconocemos esta separación, existe una autonomía del punto de vista de la política, de la moral.

El segundo corolario significa que si el Derecho es un producto de la política podemos reformarlo, cambiarlo, criticarlo, transformarlo. El punto de vista de la política es un punto de vista de cada uno de nosotros. En este sentido podemos

decir que los verdaderos padres constituyentes del estado de Derecho, de la modernidad, no han sido gobernantes o juristas, han sido filósofos de la política, Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Kant. Así, deriva la dimensión pragmática y la responsabilidad de la filosofía jurídica en la proyección del Derecho y la institución política. El positivismo jurídico es una construcción jurídica que no puede limitarse a formular derechos, es la construcción de un edificio complejo del sistema de las garantías de los derechos fundamentales. Pues bien, el segundo punto de vista crítico respecto al Derecho vigente que –en mi opinión– se ha producido con las constituciones rígidas, sobre todo en el mundo latino, es el punto de vista de la legitimidad constitucional, el carácter artificial no sólo del Derecho sino también de los principios, de los valores a los cuales el Derecho debe conformarse, y la distancia que separa aquellos principios (nunca más viviremos en un mundo deónticamente perfecto). Yo creo que éste es el significado, la sustancia del constitucionalismo rígido que ha producido una segunda separación, la separación no sólo entre justicia y validez, sino también entre validez y existencia del Derecho. Si es verdad que llega a existir todo el Derecho y sólo el Derecho producido en las formas establecidas por el ordenamiento jurídico, entonces la existencia de las normas se separa también de su validez así como de su justicia, en el sentido que es posible que se produzcan normas inválidas en contraste con la constitución o no se produzcan normas que son impuestas por derechos fundamentales, por ejemplo sociales como sus leyes de actuación. El segundo corolario es por tanto un rol pragmático, no sólo de la filosofía política, no solo desde el punto de vista externo, a este punto de vista se agrega un punto de vista crítico, interno, jurídico, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico respecto al Derecho inválido, proyectado respecto al Derecho impuesto por los principios, en el entendido de que tales normas no existan aún². Se manifiesta en este doble rol crítico y proyectado a la ciencia jurídica (no solamente de la filosofía política), el nexo isomórfico entre Derecho y democracia, la condición de validez de

² Es un problema sobre todo en América Latina, en donde sus constituciones contienen derechos sociales, a la salud, a la vivienda, a la educación... que no siempre están desarrollados en la legislación para su aplicación en la esfera pública, como la introducción del servicio sanitario gratuito para todos, de la escuela pública, etcétera.

las normas en una democracia constitucional son las mismas condiciones de legitimidad que pertenece a la forma de los actos normativos, a la sustancia, al significado de estos actos, que legitiman el sistema político.

En fin, por último, me parece, que si bien la investigación empírica y sociológica sobre el concreto funcionamiento de nuestros ordenamientos representa el presupuesto elemental de cualquier abordaje científico del Derecho, no obstante, es necesario evitar dos falacias muy difundidas³. La primera falacia es común en todas las ciencias sociales: en la ciencia jurídica y también a la teoría política y sobre todo la ciencia económica, consiste en su concepción como ciencia puramente descriptiva y en la configuración de su objeto de estudio como objeto natural, como si el Derecho, las instituciones jurídicas y políticas, el funcionamiento del mercado mismo fueran fenómenos naturales y no fenómenos artificiales producidos por la política y de los cuales la política carga con la responsabilidad, no hay alternativas, es la tesis que exprime tal naturalización de los fenómenos sociales, precisamente privan de alternativas, ésta viene repetida, por ejemplo por nuestros gobernantes y por gran parte de los economistas que sostienen la políticas de austeridad que están llevando a Europa a la ruina.

La segunda falacia es aquella ligada específicamente a la naturaleza normativa del Derecho, y en particular a la normatividad fuerte de las normas constitucionales. Esta consiste en configurar como válido el Derecho practicado de hecho y por tanto en ignorar, y más aún en secundar el eventual Derecho ilegítimo o bien las violaciones por comisión o por omisión de las normas a los mismos supra ordenados. En ambos casos se produce una suerte de legitimación cruzada, de la teoría por parte de la realidad, es decir, de la tesis de la ausencia de alternativas por parte de la primacía de la ley del mercado inversamente de la ley del mercado como las verdaderas normas fundamentales, en lugar de las normas constitucionales por parte de la teoría. Yo creo que este es un verdadero problema del futuro del Derecho y consecuentemente de la filosofía del Derecho.

³ Que provienen de las falacias del realismo jurídico y político

Pues bien, los verdaderos problemas políticos y también filosóficos jurídicos de hoy, del futuro son dos. El primero, el problema de las lagunas, es decir, de la falta de actuación de los derechos fundamentales y sobre todo de los derechos sociales que es un hecho de ilegitimidad, debemos tomar en serio estas normas y considerar Derecho ilegítimo las violaciones por comisión y la violaciones por omisión de los derechos fundamentales. En segundo lugar, y sobre todo, la grande dramática anomía, la ausencia de reglas heterónomas sobre el ejercicio de poderes económicos y financieros desplazados fuera de los estados nacionales y del control de la política y de la regulación del Derecho. Hoy el imperio de la ley no es amenazado por el control de constitucionalidad, el imperio de la ley es amenazado, es sustituido por el imperio del contrato, y la soberanía política ha sido sustituida por la soberanía del mercado, de este soberano sobre estatal difuso como lo ha llamado Juan-Ramón Capella en su último libro, un soberano invisible, anónimo, irresponsable y también voraz predatorio, excluyente. Se ha producido esta paradoja: en el momento en que se ha perfeccionado el modelo constitucional del estado de Derecho, los poderes se han desplazado fuera de los confines del estado, fuera del control del Derecho, por esta asimetría estructural entre el carácter global de la economía y de la finanza y el carácter ahora local, estatal prevalentemente estatal, tanto de la política como del Derecho, es esta la globalización, el vacío del Derecho público, es decir, de una esfera pública a la altura de los poderes globales del mercado y el pleno del Derecho privado producido directamente por los mismos actores de mercado, el tránsito de la heteronomía de las leyes y de las constituciones a la autonomía del contrato como fuente privilegiada de producción jurídica, la sustitución como verdadera *Grundnorm* de nuestros ordenamientos, la sustitución de las constituciones con la ley del mercado, el capultamiento de la relación entre política y economía. Yo creo que repensar la geografía de los poderes, no solo de los poderes públicos, sino también de los poderes privados, reivindicar el rol del Derecho como ley del más débil contra esa ley del más fuerte que es la ley del mercado, es el rol principal de la filosofía del Derecho del futuro en nuestro mundo, yo creo en todo el mundo.

Paolo Comanducci:

Manuel Atienza me ha dejado una tarea prácticamente imposible, que es la de decir algunas palabras en conclusión de la mesa redonda y de este congreso ¿Por qué imposible o al menos muy difícil? Porque, como ya notaba Luigi, pero creo que es una constatación común a todos nosotros, es difícil encontrar elementos definitorios comunes en los que están de este lado de la mesa (Elías Díaz, Luigi Ferrajoli y Juan-Ramón Capella) pero también entre nosotros escuchando las ponencias del congreso. Es verdad que tenemos idiomas parecidos en el sentido que nos entendemos más o menos, hablamos español más o menos como nosotros los italianos, tenemos alguna dificultad en entender el portugués o brasilero, con los franceses nos entendemos pero no completamente. Tenemos raíces comunes, seguramente, pero también raíces muy diferentes, conquistadores y conquistados por ejemplo.

¿Qué tenemos en común? Yo creo que la imagen del "parecido de familia" de Wittgenstein es la que mejor nos pinta. Parecido de familia en los idiomas, hay palabras del español que son parecidas a las italianas y palabras italianas parecidas a las portuguesas... Pero, sobre todo, "parecido de familia" en nuestra manera de entender y de practicar la filosofía del Derecho. A mí me ha sorprendido, por ejemplo, encontrar en el discurso que hizo Rodolfo Vigo ayer elementos de realismo, entonces los genoveses y Vigo tenemos algo en común, sí, pero no tanto porque después salen otras cosas: él es iusnaturalista y nosotros seguro no. Hay un "parecido de familia" en lo que ha dicho Capella y Ferrajoli, en el sentido de un afán crítico de la idea de la filosofía del Derecho como fuerza transformadora de la realidad, pero discrepan claramente sobre el rol de las instituciones de la democracia representativa. Hemos encontrado, por ejemplo, entre Manolo y los positivistas muchos rasgos en común cuando hablamos de filosofía normativa, de ética práctica, estamos casi siempre de acuerdo, pero cuando sacamos el tema de la metaética nos peleamos tremendamente, entre objetivista y no objetivista. Pero, cada uno de nosotros tiene algo en común con algún otro que tiene algo en común con algunos otros, aún como si no tenemos nada –yo creo– nada en común (la idea de razón que presentaba Luigi, yo creo que nos une a algunos pero no a todos).

Bueno y entonces qué estamos haciendo aquí, convocados por Manolo por el grupo de los alicantinos. Yo creo que estamos haciendo una operación de política cultural o de política académica, de institucionalización. ¿Institucionalización de qué? De – yo diría– unas redes intelectuales, académicas, culturales, científicas que ya existen, cada uno de nosotros está insertado en una red existente: hay una red de filosofía analítica en el mundo latino, hay una red de iusnaturalismo en el mundo latino, hay una red de críticos en el mundo latino, bueno esta es la tentativa de unión de redes, institucionalizándolas. Y, yo creo que esta operación no es sólo (aun si es) una operación que yo llamaría sindical, es decir, para qué sirve el sindicato, también para defender intereses grupales en contra de intereses que a veces son hegemónicos, no hace falta aquí decir cuáles serían los intereses hegemónicos en esta operación. Yo no creo que solo esto, porque creo que en la institucionalización de redes, en la unión de redes, puede salir algo más. ¿En qué sentido? Bueno no en una dirección unívoca, porque claramente tenemos perspectivas diferentes, pero sí creo que esta institucionalización podría avanzar nuestras respectivas actividades en dos direcciones que son (estoy descubriendo el agua caliente, algo muy conocido por todos) por un lado el avance del conocimiento, del conocimiento del Derecho, de sus relaciones con la sociedad con la economía, etcétera. Esta es una tarea que la filosofía del Derecho, desde enfoques diferentes no puede olvidar y esta institucionalización podría permitir algo interesante, por ejemplo, darse cuenta que hay diferentes maneras de conocer el fenómeno jurídico entre nosotros que estamos aquí, y quizás conociendo estos diferentes enfoques de estudio del Derecho podríamos, cada uno en su tradición, enriquecer sus instrumentos analíticos, heurísticos de conocimiento del Derecho. Y, por otro lado (yo creo que el aplauso sobre la moción que hicimos al comienzo es indicativa en este sentido), la filosofía del Derecho siempre ha sido una suerte de conciencia crítica de los juristas y tenemos que reivindicar esta idea, que puede ser interpretada de formas muy diferentes porque una cosa es la crítica moral del Derecho que pueden hacer algunos iusnaturalistas o algunos objetivistas morales, cosa diferente es la crítica política del Derecho y cosa diferente es una crítica interna como la que propone Luigi Ferrajoli, y diferente, también es una crítica más

bien diría yo externa, como la que propone Capella, pero siempre conciencia crítica. Entonces estas dos tareas, el conocimiento del Derecho y sus relaciones con la sociedad, y la consciencia crítica de los juristas, creo que podrían ser dos de los objetivos (quizás muchas más podrían haber) de esta asociación que se está constituyendo ahora.

Por terminar, los agradecimientos. Estamos aquí porque hubo alguien y un grupo que impulso esta iniciativa y hay que reconocerlo: a Manolo Atienza, y a todos los compañeros y compañeras de Alicante por esta idea y por su realización. Creo que la construcción de puentes entre el mundo latino de un lado del océano y del otro lado ha sido una de las tareas principales de grupos como los de Alicante, pero no solo, la idea de que hay que encontrar la posibilidad de trabajar juntos, de investigar juntos, de reflexionar juntos, de un lado y del otro del charco, lo han hecho aquí en Alicante, con dos poderosos instrumentos: uno es DOXA que es una revista que realmente une la reflexión, las distintas corrientes de la filosofía del Derecho latina, la otra es el máster de argumentación que ha servido a muchos de los jóvenes, sobre todo de Latinoamérica, para conocer algunas herramientas conceptuales, algunas técnicas importantes. Y también ha enriquecido, el grupo de Alicante, a los demás grupos europeos con energías nuevas, ideas nuevas y entonces un provecho mutuo. En este sentido un agradecimiento al grupo de Alicante, pero también un agradecimiento por la organización de este evento, de este congreso. Yo creo que la calidez como anfitriones de los alicantinos ya es proverbial, yo creo que la amistosa recogida que han hecho a todos nosotros se merece un gran aplauso.

Crónica del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, 26-28 de mayo de 2016)

JESÚS VEGA
Universidad de Alicante
jesus.vega@ua.es

RESUMEN

El Secretario de i-Latina, Jesús Vega, ofrece en esta crónica una síntesis de los propósitos, la preparación y el desarrollo del Congreso, así como una suerte de relatoría global de las discusiones congresuales.

ABSTRACT

In this chronicle the i-Latina Secretary, Jesus Vega, presents a synthesis of the purposes, preparation and development of the Congress, as well as a global rapporteur of the congress debates.

PALABRAS CLAVE: Alicante, i-Latina, crónica.

KEYWORDS: Alicante, i-Latina, chronicle.



Copyright© Jesús Vega

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

1. Durante los días 26, 27 y 28 de mayo de 2016 tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad de Alicante el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, organizado por el Área de Filosofía de la misma Universidad bajo la dirección de Manuel Atienza . El Congreso respondía en su origen a un proyecto, largamente meditado, cuya idea básica giraba alrededor de la necesidad de articular y reforzar la comunidad de intereses iusfilosóficos del conjunto de los países del área latina. Como se señalaba en la Presentación del Congreso (en su página web: iusfilosofiamundolatino.ua.es):

En el contexto de la filosofía del Derecho del mundo latino se ha ido formando en los últimos tiempos una corriente de opinión favorable a la vertebración de algo así como una ‘iusfilosofía regional’, cuyo cometido principal tendría que ser el desarrollo de un pensamiento capaz de incidir en la cultura jurídica (y en la cultura en general) y, por tanto, de transformar las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo latino.

No se trata, sin embargo, de un proyecto de pretensiones “aislacionistas” ni tampoco “a la contra” de otras comunidades iusfilosóficas, particularmente la anglosajona, dominante actualmente en el panorama internacional:

La iniciativa podría contribuir también a equilibrar la filosofía del Derecho a nivel mundial y a reducir, por ello, el excesivo peso que en las últimas décadas está teniendo la cultura anglosajona. Con ello no se trata, naturalmente, de embarcarse en una batalla cultural dirigida a excluir la presencia entre nosotros de las grandes figuras del mundo anglosajón. En cierto modo, es todo lo contrario. Está claro que a los autores importantes de esa tradición (y de otras) hay que seguir leyéndolos, discutiéndolos y obteniendo provecho de sus aportaciones. Pero junto a esa necesidad de apertura, de no exclusión (consustancial a cualquier filosofía que merezca la pena), resulta también ampliamente compartida la idea de que debería evitarse un colonialismo cultural que no parece estar justificado en términos intelectuales y que condena a quienes se dedican a la filosofía del Derecho en el mundo latino (en América y en Europa) a jugar un papel subordinado, lo que ciertamente no hay por qué aceptar.

El Congreso vino precedido por un período de consultas previas a las principales figuras de la filosofía jurídica de los países latinos, europeos y americanos, en el que pudo constatarse un amplio consenso en torno a tal propósito. Seis consagradas figuras “senior” integraban el Comité de Honor del Congreso: Eugenio Bulygin, Juan Ramón Capella, Elías Díaz, Luigi Ferrajoli, Ernesto Garzón Valdés y Boaventura de Sousa Santos. El Comité Asesor reunía a destacados iusfilósofos de todas las orientaciones de los países latinos .

2. En consonancia con su vocación fundacional, para este Primer Congreso se pensó una selección de aquellos temas de discusión que fueran representativos de los principales intereses de discusión actual para la iusfilosofía de los países latinos. Los temas elegidos fueron los siguientes: 1. ¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?; 2. Los derechos sociales en el Estado constitucional; 3. Pluralismo jurídico, multiculturalidad, Derecho indígena; 4. Anomia y Estado de Derecho; 5. Argumentación, racionalidad y Derecho; y 6. Nuestros clásicos. También se quiso adoptar una metodología de funcionamiento novedosa respecto del formato común de los congresos que propiciase una discusión de carácter colectivo, no fragmentada por especialidades o grupos de trabajo. Para ello se optó por un sistema de relatorías en el que las distintas ponencias serían sistematizadas y presentadas en una sesión única, de mañana o tarde, por un relator siguiendo una discusión abierta en plenario dirigida por un moderador. Se proyectaba asimismo dedicar la última sesión del Congreso a celebrar una Asamblea para constituir una Asociación de Filosofía del Derecho del Mundo Latino.

La acogida del Congreso fue magnífica. Se inscribieron un total de 418 participantes, 337 de ellos presenciales y 81 en la modalidad “en línea” (que pudieron seguir las transmisiones en vivo de todas las sesiones a través de la web del Congreso, donde desde entonces están disponibles los vídeos). La distribución de inscritos por países fue la siguiente: España (87), México (76), Colombia (46), Brasil (37), Perú (33), Argentina (31), Italia (18), Ecuador (18), Chile (15), República Dominicana (9), Bolivia (8), Costa Rica (7), Francia (5), Guatemala y Paraguay (4), Bélgica, El Salvador, Portugal, Uruguay y Venezuela (3), Alemania, Polonia y Suiza

(1). Se presentaron 202 ponencias al Congreso (todas ellas colgadas en la web y de acceso libre) procedentes de: España (57), Brasil (23), Argentina y México (21), Colombia (20), Italia (16), Perú (14), Chile y Ecuador (7), Venezuela (3), Alemania, Bélgica, Francia y Portugal (2), Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Uruguay (1). La página del congreso ha registrado más de 42000 visitas a la fecha (febrero 2017). Estas cifras dan idea del interés suscitado por el Congreso, y por el proyecto general en que se inscribe, en el conjunto de los países latinoamericanos.

3. El Congreso fue oficialmente inaugurado por el Rector de la Universidad de Alicante con la presencia de Luigi Ferrajoli y Juan Ramón Capella, en representación del Comité de Honor. El director del Congreso hizo una declaración de bienvenida a los asistentes agradeciendo el apoyo institucional y moral recibido. Tras dedicar un recuerdo a la memoria de A.-J. Arnaud, expresó el propósito principal del Congreso: que la iusfilosofía del mundo latino pueda tener un mayor peso en el contexto internacional construyéndose como un espacio intermedio entre instituciones como la IVR y las distintas asociaciones nacionales de filosofía del Derecho. Explicó también la mecánica de las relatorías proyectadas en cada una de las sesiones e indicó que en la documentación entregada a los participantes se incluía una propuesta de Estatutos de la asociación a ser debatida en la asamblea constituyente del último día. Concluyó su presentación leyendo una poesía náhuatl del s. XV: “Aquí [a la tierra] solamente hemos venido a conocernos”. De inmediato dio paso a la primera de las sesiones.

4. La relatoría de la sesión inicial (“¿Qué filosofía del Derecho para el mundo latino?”) corrió a cargo de Rodolfo Vázquez (ITAM), quien marcó perfectamente la línea a seguir para las sucesivas sesiones. El relator hizo una completa presentación sintética de las 32 ponencias recibidas clasificándolas en torno a varios puntos temáticos: el debate sobre el carácter “regional” y universal de la filosofía jurídica y su dimensión práctica (ponencias de Atienza, Vega, Viola, Vigo, González Lagier, Andrade y Rivera), diferentes aspectos de la conexión entre iusfilosofía, racionalidad práctica y constitucionalismo (E. Moreira, Gaviria, P. Moreira, Ortega y Mercier, Albagli, Santos, Figueroa y Cachapuz), la concepción

positivista y analítica de la filosofía jurídica (Guastini, Alonso, Chiquetti, Jori y Belloni), las visiones críticas de la iusfilosofía (Duquelsky, Tapia, Ávila, Oliveira, Weyl/Moura, Muñoz y Ulloa) y, por último, un conjunto de trabajos que abordaban el problema del lugar de la filosofía jurídica entre las disciplinas filosóficas, la enseñanza del Derecho en general y de los jueces en particular (Peña, Calvillo, Contreras y Ramírez). El relator planteó a continuación una serie de preguntas abiertas para la discusión ulterior que afectaban a las cuestiones nucleares suscitadas por la diversidad de enfoques concurrentes: cómo compatibilizar el carácter “regional” o “particular” de la filosofía del Derecho en cuanto relativo a una agenda temática característica del mundo latino y en cuanto enfoque filosófico con vocación de universalidad, la necesidad de una redefinición crítica de la “familia constitucionalista” en vista de sus distintas versiones (neoconstitucionalismo, constitucionalismo garantista y constitucionalismo popular) o las dificultades de conciliar un positivismo desde el “senso comune” con la pretensión simultánea de neutralidad valorativa.

Estas cuestiones concitaron buena parte del debate plenario que siguió a la relatoría —moderado por J. Aguiló—, después de un breve turno de palabra otorgado a aquellos ponentes que desearon hacer alguna puntualización sobre su trabajo. La discusión se concentró fundamentalmente sobre la primera de las cuestiones apuntadas (la posibilidad de una “filosofía del Derecho latina”), diferenciándose al respecto dos puntos de vista principales. Por un lado, Moreso manifestó sus dudas acerca de la existencia de verdaderos problemas filosóficos del mundo latino y no más bien propios de todas las culturas jurídicas. No puede haber propiamente una “agenda regional” para la filosofía del Derecho sino universal. Aunque la dimensión emancipatoria de ésta se conciba como discusión de problemas regionales, esta discusión puede llevarse a cabo de muy diversas maneras y debe hacerse analizando todas las posiciones con una vocación universalista. En el mismo sentido se pronunció Ferrer, subrayando que el carácter local de los problemas del mundo latino (como la anomia, o el debate sobre el sistema acusatorio) son muy diversos entre sí y de carácter contingente, mientras

que la agenda teórica de la filosofía del Derecho ha de ser universal. Atienza, por otro lado, insistió en que la universalidad de la filosofía jurídica no es realmente tan universal como aparenta cuando resulta ser la globalización de una perspectiva ella misma local como la anglosajona. La discusión universalismo/regionalismo no es excluyente sino dada en función del nivel de abstracción que se adopte con respecto a los problemas e intereses en discusión (no es lo mismo la teoría de la norma que la interpretación constitucional o los problemas de organización política). Ferrajoli subrayó la especificidad histórico-política de los ordenamientos jurídicos latinos y su estructura constitucional, destacando la amenaza común que supone la ideología neoliberal para los logros del constitucionalismo en materia de control del poder político y derechos sociales. El papel de la filosofía del Derecho reside, afirmó, en teorizar críticamente la hegemonía cultural del mercado y de los “poderes salvajes” para recuperar el lugar del Derecho frente a la economía en el lenguaje de la política. Vigo vinculó la dimensión regional de la filosofía jurídica latina con la vertiente de ésta como filosofía distintivamente práctica, no especulativa. Diferentes intervenciones incidieron en la necesidad de armonizar ambos aspectos —universal y regional— de la filosofía jurídica (Rabbi-Baldi, Serbena, Elorza), destacando aspectos como la ausencia de homogeneidad del propio mundo latino (Figueroa), el ser resultado de sucesivas oleadas globalizadoras lo que impone un sentido principalmente emancipatorio (Duquelsky), la necesidad de clarificar qué aportaciones originales puede hacer el mundo latino a la iusfilosofía (Sarlo, Ulloa, Alvarado) o ponderar las que ya ha hecho en países como Italia (Belloni), la existencia de un lenguaje común como elemento básico para encarar el pluralismo cultural (Linares), la necesaria aproximación a la historia social del Derecho y la sociología (Pérez Perdomo) o , en fin, el riesgo de incurrir de nuevo en errores del pasados como la dependencia y la colonización cultural (Malem). El relator contestó a estas diferentes intervenciones concluyendo que el sentido del debate sobre la regionalización es en última instancia dependiente del carácter justificativo-práctico de la filosofía jurídica. Sobre el segundo de los temas (el auge constitucionalista en América Latina) el relator intervino por último para dar respuesta a las intervenciones de Lozada y

Villanueva quienes, ante la disyuntiva planteada en la relatoría entre “más constitución” o “más Estado”, subrayaron los rasgos peculiares de un constitucionalismo propio de países en que la labor legislativa del Estado ha tenido que ser suplida por los tribunales constitucionales. Vázquez respondió apuntando a la necesidad institucional de reequilibrar la parte orgánica de las constituciones a fin de soportar la inflación de derechos generada por el garantismo constitucional.

5. La segunda relatoría (“Los derechos sociales en el Estado constitucional”) fue desempeñada por O. Sarlo (U. de Uruguay), quien agrupó las cerca de 40 ponencias recibidas en tres ejes: a) cuestiones generales de concepto y fundamentación, b) discusión específica de derechos sociales particulares y c) experiencias nacionales en torno a los derechos sociales. En la primera categoría, que encuadraba la mayoría de ponencias, el relator hizo varias subdivisiones según se ocupasen de cuestiones de marco epistemológico, histórico-cultural e ideológico, como el análisis crítico de Cruz Parceros sobre la Constitución mexicana de 1917 y su evolución política, la discusión de Lozada sobre el “reduccionismo iusfundamental” de Ferrajoli o las relaciones entre derechos sociales y política (Gatti); de cuestiones de fundamentación conceptual, como el encaje unitario de los derechos sociales entre los derechos fundamentales (Prieto, Valcárcel), el papel fundador de la dignidad humana (López, Sosa) o las relaciones entre derechos sociales e igualdad (García Amado); de cuestiones de orden estructural, como la justificación de su diseño institucional (Comanducci) y su dualidad (Arriagada), o la tensión subjetividad-socialidad subyacente (García Manrique); y finalmente de cuestiones prácticas, como la exigibilidad o justiciabilidad de los derechos sociales (Aguirre), su no regresividad (Añón), las relaciones entre Estado social y mercado (Jiménez), el litigio social como forma de judicialización (Ucín), derechos sociales y gobernanza global (Bolio, Estévez/Ramos), el papel de los jueces en los derechos sociales (León) y el lugar de la ponderación (Cubero). Dentro de la segunda categoría, diversas ponencias discutieron casos especiales de derechos sociales, sin abandonar por ello la perspectiva de fundamentación: derecho a la vivienda digna (Fagúndes), al trabajo (Scott), a la educación (Cruz,

García Costa, Díaz Mejía), derechos sexuales y reproductivos (González Moreno), derecho a no ser pobre (Estévez/Ramos), la renta mínima (Vieira), el derecho a la ciudad (Alvarado), al medioambiente (Saravia, Bartra), al cuidado (Marrades), derechos del menor (García Medina). En la última categoría el relator incluyó análisis especiales sobre la justiciabilidad de diversos derechos sociales en Argentina (Scarponetti/Ariza), México (Márquez) y Colombia (Latorre/Rodríguez) y sobre la responsabilidad patrimonial de los tribunales constitucionales en la materia (Leiva).

En el largo debate posterior, moderado por I. Lifante (U. de Alicante), salieron a relucir todos los problemas teóricos y prácticos característicos de la discusión sobre los derechos sociales: su definición propia, su relación con los derechos civiles y políticos, sus bases ideológicas, sus condiciones de implementación institucional. Ferrajoli subrayó la necesidad de distinguir el plano conceptual (donde los derechos sociales deben entenderse como expectativas universales de hacer que implican obligaciones a cargo del Estado cuya garantía es ante todo primaria) y el plano axiológico (los derechos sociales como corolarios del derecho a la vida que vuelven ilegítima su no actuación o violación). La cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales y del activismo judicial centró buena parte de las intervenciones. Moreso sostuvo que el diseño institucional idealmente más adecuado pasa por su protección por vía legislativa y ejecutiva; cuando esta actuación falla se produce una situación trágica que sin duda genera deberes para los jueces, pero este no es el modo óptimo de implementar los derechos sociales. Lozada y Arriagada plantearon la devaluación que supone entender estos derechos en términos de mínimo justiciable. Duquelsky subrayó que la oposición garantismo/activismo es una falsa dicotomía que sólo sirve para poner límites a la actuación redistributiva del Estado. Ucin destacó como tópicos especiales de los derechos sociales aún por repensar su litigiosidad, las formas de respuesta jurisdiccional que demanda su formato colectivo-prestacional y los cauces procesales adecuados. Otro importante eje de discusión fue la cuestión de la subjetividad-socialidad de los derechos sociales. Cruz Parceró afirmó que esta

cuestión está mal planteada cuando se aborda como un dilema: ni hay que elegir entre ambas dimensiones ni las técnicas respectivas se excluyen, sino que la cuestión de fondo es el alcance de la concepción de los derechos que se mantenga (mínima o neoliberal, máxima o socialista). En el mismo sentido, León afirmó que una teoría sustantiva de los derechos sociales permite superar la disyuntiva entre una visión legalista o procedimental, eludiendo las antinomias del activismo. El relator expuso el caso uruguayo como exponente de que la mejor manera de garantizar los derechos sociales es fortalecer una cultura política republicana en donde la intervención parlamentaria y la habilitación de políticas públicas hagan innecesaria la toma de decisiones colectivas por vía judicial. Distintas intervenciones incidieron en el lastre teórico que, en diferentes frentes, supone abordar los derechos sociales adoptando como referencia exclusiva el esquema de los derechos civiles y políticos de tradición liberal. García Manrique argumentó en esta línea que la subjetivización de los derechos sociales conduce a confundir el medio o técnica de protección con los fines o ideales políticos que los justifican. Se destacó por otros intervinientes en el debate el papel de control contramayoritario de los jueces en el ámbito latinoamericano como “jurisprudencia del más débil” (Silva), la relevancia de la ponderación como método de razonamiento en el Estado social (Cubero), el rol fundamentador indispensable de la idea de dignidad (Melero) y la importancia de los principios rectores en esta materia en cuanto directrices (Atienza).

6. La segunda jornada del Congreso dedicó su sesión de mañana a la relatoría del tema “Pluralismo Jurídico, Multiculturalidad, Derecho Indígena”, presentada por Th. Bustamante (U. Federal de Minas Gerais), quien clasificó las 34 ponencias presentadas en cinco categorías. La primera (“Pluralismo jurídico y redefinición de la filosofía del Derecho”) recogía aproximaciones críticas a los problemas del pluralismo jurídico desde perspectivas tan diversas como la teoría socio-jurídica (Calvo/Oliver-Lalana), el liberalismo rawlsiano (Alonso), el multiculturalismo liberal (Tassara), la visión hartiana del Derecho internacional (García Pascual), el uso alternativo del Derecho (Hurtado), la regulación técnica

global en materia alimentaria (Marichal), el “Derecho penal del enemigo” en los Estados pluralistas (Chanjan), la coexistencia de la justicia penal indígena y estatal en Argentina (Ucedo) o las llamadas “sentencias mestizas” en Colombia (Carvajal). El segundo grupo (“Una concepción de los derechos humanos para el Estado pluralista”) englobaba ponencias cuyos temas eran los distintos modelos de la noción de “comunidad” (Cammarata), la concepción evolutiva e interdisciplinar del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Torrens), los principios y procedimientos de la justicia penal andina (Nieves), el enfoque “intercultural” como vía media superadora entre universalismo y multiculturalismo de los derechos humanos (Rabbi-Baldi, Porras), las relaciones entre TIC’s y democracia deliberativa (Leiva) y la conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa en los Estados multiculturales (Solanes). Una tercera categoría iba referida específicamente a la rúbrica “Derechos indígenas” e incluía trabajos sobre el estudio histórico de algunas instituciones jurídicas del periodo colonial como las encomiendas o las mitas (Castillo), el derecho de consulta previa de las comunidades indígenas en diferentes países latinoamericanos (Dorado, Morales, Molina, Paco), las insuficiencias de la integración de los derechos indígenas en Argentina (Álvarez), el alcance del derecho a la traducción de los actos procesales en México (Torres), o estudios críticos de sistemas normativos especiales como el de la policía comunitaria en la Sierra de Guerrero (Melgarito) o el sistema de justicia itinerante fluvial del archipiélago amazónico de Bailique (Palheta/Pelaes). El cuarto grupo versó sobre “Conflictos de derechos y valores en el Estado democrático” y agrupaba ponencias de calado más filosófico, sin dejar de elaborarse sobre una interesantísima casuística, sobre las tensiones axiológicas abiertas por el pluralismo cultural en materia de libertad y seguridad (Barberis), de discriminación por razón de género y violación de los derechos de las mujeres (Cueva, Villanueva) y de diversidad de modelos de familia (La Spina), planteándose, en definitiva, los límites que la razón pública impone a la diversidad cultural en el Estado constitucional (Marciani). Por último, el quinto grupo de ponencias (“Derecho e ideologías”) recogía aportaciones sobre la estereotipación ideológica

ejercida sobre ciertos grupos en las sociedades democráticas (Tinajero) y la imposibilidad de neutralidad ideológica en la interpretación del Derecho (Giuffrè).

J.P. Alonso (U. de Buenos Aires) condujo la sesión de discusión. Diversos ponentes tomaron el turno de palabra para hacer alguna precisión. En el turno abierto varios intervinientes aprovecharon algunas de las preguntas abiertas que el relator había formulado para el debate. Una de ellas —qué desafíos plantea el multiculturalismo para la filosofía jurídica— fue retomada por Atienza para defender que este es en efecto un problema central para la filosofía jurídica actual en la medida en que revela la inadecuación del concepto del Derecho propio del paradigma positivista en su principal rasgo: la separación. Duquelsky afirmó que la concepción estadocéntrica dominante dejaba paradójicamente desarmado al Estado frente a violaciones de los derechos fundamentales provenientes de las transnacionales. A propósito de la debilidad teórica del uso alternativo del Derecho (corriente que había sido objeto de la ponencia de Hurtado) Duquelsky afirmó que se trataba de una práctica en busca de teoría y que ésta debía ser la teoría crítica del Derecho. El relator intervino para decir que se trataba más bien de un movimiento político por el que sentía simpatía pero que presentaba autocontradicciones teóricas derivadas de la negación de la necesidad de universalizar las justificaciones en el sentido propugnado por las teorías superadoras del positivismo como las de Dworkin o Alexy. Guastini tomó la palabra para introducir dos aclaraciones conceptuales: que el no positivismo equivale al Derecho natural (no habría *tertium*) y que el concepto de “multiculturalismo liberal” era una *contradictio in adiecto* por cuanto el multiculturalismo supone la atribución de derechos a entidades colectivas y el liberalismo es una forma de individualismo metodológico. Rabbi-Baldi planteó como la cuestión clave en el debate multiculturalismo-universalismo la de si es posible una interculturalidad que no sea relativista. Barberis retomó otra de las preguntas del relator (¿es el modelo “conflictualista” de derechos fundamentales adecuado o debe buscarse una perspectiva “integradora”?) para afirmar que, en relación con el par seguridad-libertad, las decisiones judiciales individualmente tomadas y *ex ante* responden a

un modelo conflictualista, mientras que tomadas en conjunto y ex post obedecen a un modelo integrador. También replicó a Atienza que las discusiones sobre libertad y seguridad podían formularse igualmente, y mejor, desde dentro del paradigma positivista. Ruiz alertó sobre los peligros de la idealización romántica de lo indígena tanto en materia de protección de la naturaleza (hay evidencia de prácticas indígenas contaminantes) como de protección de los derechos de ciertos grupos (mujeres, niños, minorías sexuales y disidentes religiosos son objeto de opresión en muchas comunidades), e indicó que la protección constitucional ante la injusticia indígena muchas veces no es accesible ni operativa. Moreso afirmó que el riesgo relativista del muticulturalismo sólo podía neutralizarse mediante un acuerdo razonable sobre una moral mínima, la representada por la declaración de los derechos humanos, desde la cual cabe acoger las demandas de comunidades históricamente maltratadas. También subrayó que el positivismo jurídico no podía ser identificado con el rechazo del objetivismo moral. Linares reflexionó, por último, sobre la existencia no sólo de un “colonialismo cultural” reflejado en el monismo jurídico de la filosofía, sino también de un “colonialismo interno” derivado del antagonismo entre comunidades indígenas, tal como sucede en el caso boliviano.

7. La sesión vespertina estuvo dedicada al tema “Anomia y Estado de Derecho”, cuya relatoría desempeñó F. Poggi (U. De Milán). La relatora presentó una elaborada reexposición de las principales tesis contenidas en las 15 ponencias enviadas. Diferenció distintos sentidos del concepto de anomia a partir de tres aproximaciones clásicas (Durkheim, Bobbio y Nino) para conectarlo a continuación con la idea de crisis del Derecho, en dos frentes principales: crisis del imperio de la ley y crisis del Estado constitucional. Ambos frentes abarcaban las temáticas de la mayoría de ponencias, que abordaban desde diferentes puntos de vista las tensiones entre democracia, imperio de la ley, Estado constitucional, constitucionalismo y globalización. Hierro planteó este conjunto de problemas centrándose en la crisis del imperio de la ley y el tránsito al Estado constitucional, mientras que otras ponencias (Fariñas Dulce, Giménez Merino/Gordillo, Trujillo,

Escudero) se enfocaron en los fenómenos de desregulación y re-regulación (soft law, lex mercatoria) en diferentes ámbitos de la actividad socioeconómica a escala supraestatal. Marcilla analizó la función normativa de los códigos éticos y en particular del Código Iberoamericano de Ética Judicial. Iosa abordó la constitucionalización del principio de libertad negativa a partir de la noción de autonomía. Otro grupo de ponencias se ocuparon de los fenómenos de anomia como incumplimiento generalizado por parte de actores sociales y de autoridades con especial referencia al ámbito latino (Laporta, Pérez Perdomo, Ibarra), tocándose también la anomia en la función pública (Lifante) y problemas concomitantes como la disfunción en la justificación del castigo (Torres), la consistencia normativa (Romero) o el deber de reparación de injusticias históricas como la esclavitud (Silva).

La discusión fue moderada por D. Sarapu (U. Federal de Minas Gerais). Pérez Perdomo hizo una interpelación a la totalidad de ponencias en el sentido de que el problema de la anomia, quizá por tratarse de un congreso de juristas, había sido tratado menos como problema externo de las relaciones normas sociales-Derecho que como problema interno del Estado de Derecho. Quintero planteó, a propósito de la ponencia de Silva sobre reparación de injusticias pretéritas, si esto debía verse como un asunto de justicia transicional y se refirió al caso colombiano subrayando la importancia de las medidas de justicia distributiva de restitución de tierras. Duquelsky puso en conexión el problema de la anomia con el problema de la legitimidad: la inexistencia de razones para obedecer el Derecho cuando éste ha sido históricamente un medio de dominación explica que la anomia pueda tener también sentido emancipatorio. A esto contestó la relatora que debía diferenciarse entre desobediencia civil e incumplimiento rutinario del Derecho. Escudero expuso su discrepancia con la valoración positiva del soft law hecha en la ponencia de Trujillo: lo definió como terreno abonado para lobbistas y fenómeno normativo caracterizado por la falta de transparencia y de rendición de cuentas. Moreso apuntó que no debía imponerse una visión pesimista en exceso ni sobre la crisis de la ley ni sobre los nuevos fenómenos como el soft law; a su juicio, la democracia

constitucional ha demostrado ser un diseño institucional exitoso cuyos tres ideales fundamentales (imperio de la ley, democracia y derechos) pueden exhibir tensiones permanentes pero también pueden armonizarse y deben ser fortalecidos, del mismo modo que es tarea de los juristas la construcción de instituciones internacionales más transparentes y democráticas que permitan el control de los poderes económicos en el marco de un constitucionalismo global. Atienza aludió como causas del mundo anómico en que vivimos la inflación y burocratización del Derecho, se mostró en desacuerdo con las propuestas de inaplicar ciertas normas del Derecho por los jueces (Ibarra) y de fundar la libertad negativa sólo en la autonomía y no también en la dignidad (Losa), e insistió en que los códigos éticos no debían verse como un supuesto de desregulación sino como modelos normativos de excelencia profesional que no pueden sustituirse por la regulación legal. Manrique preguntó sobre si la ponencia de Losa suponía que la libertad negativa constituye en sí misma un valor o más bien una condición necesaria de la autonomía. Este último ponente aclaró que el sentido de su ponencia era dejar fuera de la interferencia estatal aquellas acciones que no supongan daño al valor de la autonomía aun si suponen inmoralidad. Vigo enfatizó como el principal factor del debilitamiento del Derecho contemporáneo el problema de su indeterminación, acrecentado en el Estado constitucional por el hecho de que prácticamente cualquier conflicto involucra principios y derechos; en su opinión, la respuesta a esta indeterminación sólo puede venir dada por dispositivos institucionales como el precedente anglosajón y por una ética de la virtud que haga confiable la labor judicial. Ibarra respondió a Atienza aclarando que su propuesta de inaplicación de ciertas normas operaba sólo en casos respecto de los que ya existían precedentes de inconstitucionalidad (también, a propósito de este punto, García Castillo defendió la corrección de la inaplicación en casos difíciles del ámbito médico). Preguntada por un participante, Lifante explicó que su clasificación de las formas de incumplimiento encaja dentro de la desviación de poder, puesto que se trata de poderes públicos, pero va más allá del sentido en que esta noción es usada en el Derecho administrativo.

8. La tercera y última jornada del Congreso fue con mucho la que mayor número de ponencias congregó y constituyó sin duda su momento culminante. La sesión matutina se dedicó al tema “Argumentación, racionalidad y Derecho”, en el que se recibieron 55 ponencias, contando como relator con J.C. Bayón (U. Autónoma de Madrid). La relatoría, que fue calificada con justicia por varios participantes como “hercúlea”, consistió en realidad en una presentación crítica del status quaestionis de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea (TAJ) en la que Bayón organizó las ponencias en torno a diez puntos fundamentales respecto de los cuales formuló una serie de preguntas e incitaciones para la discusión. El primer punto —cuál ha de ser el objeto de una TAJ estándar— planteaba si ésta tiene que extenderse desde el razonamiento judicial a otros contextos relegados hasta el momento del campo de la argumentación, tales como la negociación, la mediación, el arbitraje... La ponencia de Aguiló proponía en tal sentido una reclasificación de los modos de debatir en función de su estructura cooperativa o conflictiva, finalidades, reglas específicas, etc., mientras que otras ponencias planteaban la incorporación de nuevas perspectivas como la funcionalidad de la emociones y las creencias subyacentes en los procesos negociadores (Quintero), el papel de la razonabilidad en los medios alternativos de resolución de conflictos (Silva/Stamile) o la relevancia de la dimensión narrativa y el contexto de descubrimiento (Ost). En segundo lugar, señaló Bayón, es preciso fijar la función y pretensiones de la TAJ: ¿tiene ésta un rol exclusivamente ideológico (Haba), como instrumento de persuasión retórico (Costa) o tópico (Pinho), o bien aborda la práctica argumentativa del Derecho con el propósito de identificar en ella estándares objetivos de corrección? Esta identificación ¿es de alcance solamente descriptivo o tiene también un aspecto normativo y reconstructivo? La pregunta se suscitaba a propósito de diferentes ponencias que utilizan el instrumental de la TAJ para el análisis de casos concretos resueltos por cortes constitucionales latinoamericanas (Carrillo, Higa, Albagli, Guette, López Ruf, Pereira/Carrillo, Abache). La dimensión normativa de la TAJ ¿incluye afirmaciones sobre cómo deberían argumentar los jueces o supone un control de alcance únicamente lógico-formal o pragmático (Guastini)? El tercer punto cuestionaba los

presupuestos teóricos de la TAJ: ¿qué concepción del Derecho subyace a ésta? Diversas ponencias son mencionadas aquí para subrayar la relevancia de ciertas tomas de postura previas de carácter ontológico, epistemológico y axiológico sobre cuestiones tales como la objetividad del Derecho (Delgado, González Neves, Lacombe, De Prada, Riofrío), su indeterminación (Agüero/Gorra/Saharrea), su dimensión valorativa (Jourdan, Lage, Santos) o la aplicabilidad de la lógica a las normas (Mendonca, Serbena). Un cuarto frente de cuestiones gira en torno a la teoría de la interpretación y plantea la necesidad de construir una teoría del significado que determine los límites semánticos de la argumentación jurídica — inherentes a su carácter autoritativo— en cuanto diferenciados de una teoría de la corrección. Las ponencias de Santacoloma sobre el debate Klatt-Neumann, con el inferencialismo como trasfondo, y de Rodríguez Toubes sobre la opacidad referencial avanzaban en esta dirección. El quinto punto afecta al problema del objetivismo moral y las relaciones entre argumentación jurídica y racionalidad práctica moral. Hay aquí dos flancos principales de discusión: no sólo se trata de la fundamentación general del constructivismo de raigambre kantiana y rawlsiana (sobre lo que versaban las ponencias de Villa Rosas y De Mitri) sino también de qué argumentos-puente deben llevarnos de la argumentación jurídica a la moral. Esto conduce a problemas más amplios acerca de la forma o estructura del razonamiento práctico jurídico que Bayón trató como puntos sexto y séptimo de su exposición: por un lado, la cuestión de la coherencia y el pluralismo de valores, y por otro la cuestión del particularismo y la derrotabilidad. Sobre lo primero se plantea en qué términos debe aceptarse el coherentismo (Moreira, Teixeira) y cómo se afrontan desde éste los problemas de inconmensurabilidad, conflicto o indeterminación de los valores (Barberis). Lo segundo suscita en qué medida las propuestas contextualistas (Moreso) constituyen realmente un tertium entre generalismo y particularismo. El relator lanzó en especial la pregunta de si las propuestas de comprensión del razonamiento práctico en términos de phrónesis o prudencia, que subrayan cualidades como la responsabilidad y carácter del agente, que remiten a la razonabilidad (Mangini), o que cuestionan los límites de la autoridad del precedente (Pulido), excluyen completamente la deliberación y

subsunción bajo reglas generales opacas a las razones subyacentes. La cuestión de si hay o no reglas en el razonamiento jurídico (problema del particularismo) es distinta de la de si deben ser tratadas o no como reglas más o menos transparentes. El punto octavo abordó el problema de la ponderación, a propósito de enfoques generales críticos como los de Guastini y García Amado y análisis jurisprudenciales sectoriales como los abordados por Garzón y Teixidor. Puntos de discusión son aquí si el componente discrecional o no deductivo de las operaciones ponderativas las convierte necesariamente en subjetivas y contingentes, si todo caso jurídico puede presentarse como un conflicto de derechos, si el tratamiento de éstos es siempre materialmente ponderativo independientemente de que se use el lenguaje de la ponderación, si éste encubre o no el activismo indebido o regresivo, si existen derechos absolutos... El noveno eje de discusión versaba sobre la dimensión institucional del razonamiento jurídico. La incorporación a éste de principios formales y de deferencia condiciona enteramente su alcance. Ello tanto a nivel interno, donde el razonamiento constitucional está en función de diferentes diseños de control difuso o concentrado y de diferentes modos de configurar su relación con las políticas públicas (López Sterup), como a nivel supranacional, en donde está en dependencia de diferentes modos de articular la construcción de sistemas jurisprudenciales internacionales (Melero, Ezquiaga, Lara, Andrade). El último de los puntos es la argumentación en materia de hechos, que plantea problemas específicos referentes a la racionalidad epistémica del proceso y su relación con la verdad (Reyes), la identificación de falacias y malas prácticas probatorias (Igartua, Ruiz Resa), la arquitectura holística o atomista de la motivación fáctica (Accatino) o el papel de la prueba pericial o científica (Gascón, García Castillo).

El debate posterior fue moderado por R. Villanueva (Pont. Univ. Católica del Perú). Varios participantes tomaron la palabra para aclarar el sentido de sus ponencias dentro del anterior mapa de problemas propuesto por el relator. Lozada y Vigo destacaron que este mapa no sólo constituía una guía para el desarrollo de la TAJ sino también para replantear la agenda de la propia teoría y

filosofía del Derecho. López Sterup subrayó la involucración de éstas con la filosofía política a través de una teoría jurídica de las políticas públicas. Guette enfatizó la necesidad de trasladar los resultados del debate académico al plano profesional en términos de pautas y criterios orientativos de la práctica jurídica. Se discutieron también algunos de los puntos sustantivos propuestos por el relator. Moreso recogió la pregunta de si existen reglas opacas en el Derecho para responder afirmativamente y rechazar que el contextualismo comporte una posición escéptica sobre la subsunción, sin que ello excluya hacerse cargo de que el razonamiento judicial debe estar abierto a mecanismos de incorporación de nuevas propiedades relevantes. Guastini puso de relieve las dificultades de justificar desde el punto de vista jurídico-normativo las relaciones políticas entre poderes y contrapoderes que subyacen al Estado constitucional. Mendonca mencionó el debate irresuelto Kelsen-Klug sobre lógica y Derecho como un buen ejemplo de cómo la filosofía jurídica continúa girando recurrentemente en torno a cuestiones abiertas como qué son las normas. Melero atribuyó el déficit de la metodología de la proporcionalidad en cuanto a los principios formales al hecho de estar pensada exclusivamente para la posición superior del juez constitucional continental, a diferencia del common law en donde su intervención en materia de bienes públicos está mediada por la doctrina de la deferencia debida. Atienza resaltó que la presentación del relator combinaba magníficamente el análisis con la síntesis y habló de la necesidad de construir un “sentido común jurídico” a partir de los consensos establecidos como condición para un progreso del enfoque argumentativo que, afirmó, no es sólo un enfoque filosófico sobre los temas tradicionales de la teoría jurídica sino que también debe dar cabida a las ciencias sociales. Bustamante retomó la polémica sobre la ponderación y la teoría alexiana de los principios para preguntarse si su justificación teórica originaria (restringir la discrecionalidad judicial) no se ve traicionada en la práctica al ser utilizada en ciertos casos para retirar el poder del legislador democrático. Duquelsky apostilló que los esquemas de ponderación siempre suponen privilegiar diferentes relaciones de poder. Rabbi-Baldi identificó como tareas de las TAJ la explicitación de las comprensiones implícitas en toda interpretación y la clarificación del

proceso de concretización norma-caso, complejo incluso en presencia de normas claras. Pérez Perdomo calificó la relatoría como una buena “muestra sociológica” del “trabajo de campo” de la filosofía del Derecho, sugiriendo incluir también en la agenda de la TAJ el análisis de la argumentación académica.

9. La sesión vespertina se inició con la relatoría del tema “Nuestros clásicos”, a cargo de M. Atienza, quien comenzó encomiando la importancia de recuperar la obra de autores importantes de nuestras tradiciones como parte del proyecto de construir una comunidad iusfilosófica. Estos clásicos existen, y merece la pena ocuparse de ellos para rescatarlos del olvido y hacer que su obra perdure entre las nuevas generaciones. El conocimiento de nuestro pasado intelectual, afirmó, puede contribuir bastante a entender nuestras insuficiencias del presente. La relatoría consistió en una síntesis de las 29 ponencias que se presentaron siguiendo un orden cronológico de autores y yendo del viejo al nuevo mundo. Comenzó con la ponencia de Pérez Luño, quien hizo un retrato de la escuela clásica española del Derecho Natural y de Gentes, ocupándose en especial de la teoría de la ley de Suárez, tema que también desarrolló la ponencia de Amezúa. Rivaya se centró en el exilio iusfilosófico español posterior a la guerra civil, dos de cuyos principales representantes fueron objeto de ponencias específicas: L. Recaséns (Cuadros) y F. González Vicén (E. Fernández). Bañuls reivindicó la categoría de clásico contemporáneo para E. Díaz, sin el cual no se entiende la filosofía del Derecho española actual. Lo mismo hicieron las ponencias de Ruiz Miguel y Mastromartino con la figura de N. Bobbio, el padre de la filosofía jurídica en Italia. Sobre las aportaciones de otro clásico perteneciente a esta misma tradición, L. Muratori, escribió M. Fernández, mientras que Sarthea dedicó su ponencia a S. Cotta. Los dos principales discípulos de Bobbio, U. Scarpelli y G. Tarello, de quienes arrancan las dos escuelas fundamentales de la iusfilosofía jurídica italiana contemporánea —Milán y Génova— fueron objeto de sendas semblanzas por Morales, y Barberis y Chiassoni. Dentro de la tradición francesa, Fariñas recordó in memoriam la figura de A.-J. Arnaud. Da Rocha se aproximó a la filosofía del Derecho internacional del tunecino R.J. Dupuy. Pasando ya al área latinoamericana,

dos ponencias (Garza y Vázquez) reivindicaron la importancia de E. García Máynez como uno de los más importantes filósofos del Derecho del panorama mexicano. Mattei-Gentili analizó las contribuciones de R. Tamayo, mientras que Orihuela y González Ibarra escribieron sobre la influencia de Bobbio y Ferrajoli en el constitucionalismo mexicano. Otras ponencias recuperaron pensadores importantes pero más desconocidos fuera de sus fronteras como el chileno discípulo de Kelsen J. Millas (Cofré) o los brasileños C. Maximiliano (Miozzo), Machado Neto (Albagli/Muricy) y L.A. Warat (Wollmann). De un aspecto de la teoría de las falacias del uruguayo C. Vaz Ferreira se ocupó Abache. La filosofía del Derecho argentina, aquella que en palabras del relator ha conocido un mayor desarrollo en el pasado reciente dentro del ámbito latinoamericano, fue también objeto de tratamiento por varias ponencias. Luna dedicó su contribución al primer iusfilósofo latinoamericano que creó una escuela (la egológica) con repercusiones fuera de su país: C. Cossio. M. Fernández rescató la obra del tomista T. Casares. Las importantísimas aportaciones de C. Alchourrón y E. Bulygin a la teoría del Derecho y la lógica jurídica fueron glosadas por Almanza. Roca sistematizó las principales líneas del pensamiento de C. Nino, a quien algunos califican como el filósofo del Derecho latinoamericano más relevante, prematuramente fallecido en 1993. Y Malem, por último, hizo un recorrido por la vida y obra de E. Garzón Valdés, miembro del Comité de Honor del Congreso pero que no pudo estar presente, con especial referencia a sus aportaciones en ética y filosofía política. El relator concluyó remarcando el trabajo que aún queda por hacer en la rehabilitación de los clásicos de la iusfilosofía latina (citó en tal sentido como lagunas, “casi océanos”, a autores como Ch. Perelman o M. Reale) y encomendó la tarea de culminarlo como una de las más importantes a cumplir por la futura asociación I-Latina.

10. La sesión “Nuestros clásicos” no fue seguida de discusión sino que en su lugar se celebró una mesa redonda sobre “El futuro de la Filosofía del Derecho en el mundo latino” en la que participaron E. Díaz, Luigi Ferrajoli y J. R. Capella, oficiando P. Comanducci (U. de Génova) como moderador. Se dio lectura antes de

ello a un manifiesto en el que los profesores e investigadores de filosofía del Derecho reunidos en Alicante expresaron su rechazo a la actual política de la Unión Europea respecto a los refugiados por poner en peligro los derechos de miles de personas que huyen de la guerra, la persecución y la miseria contradiciendo frontalmente los ideales de justicia y libertad que inspiran sus Tratados fundacionales. El moderador planteó a los ponentes la cuestión titular no sólo como predicción sino ante todo como directiva: qué metodología debería tener a su juicio en el futuro la filosofía del Derecho en nuestros países. Intervino en primer lugar Capella, quien defendió que la tarea que tienen ante sí los juristas y filósofos del Derecho en las próximas décadas es la de actualizar un “Derecho de la desigualdad” como condición del cambio socioeconómico y político frente al “Derecho de la igualdad” que hemos heredado. Las profundas desigualdades reales producidas por el Derecho formalmente igual de la sociedad capitalista, dentro del actual escenario de “paroxismo excluyente del mercado absoluto” y de “desregulación extrema”, sólo pueden ser superadas inventando medidas que toman paradójicamente la forma de “privilegios” (como la discriminación positiva) que permitan dejar atrás los privilegios realmente existentes. Esta acción compensatoria, gradual y por etapas, exigirá una economía del postcapitalismo o socialismo parcialmente pública y regulada bajo nuevos marcos, no necesariamente estatales, así como el afianzamiento de las instituciones igualitarias y los procedimientos democráticos. Elías Díaz, después de ironizar sobre el concepto de “clásico”, señaló que no le gusta hablar de crisis de la filosofía del Derecho, porque este siempre ha sido su estado natural, aunque sí constató que tiene “serios problemas” en el presente. Destacó entre ellos el de cierta indefinición o falta de identidad en su planteamiento metodológico, achacable sobre todo a la falta de complemento de una visión internalista o analítica del Derecho, necesaria pero insuficiente, con la consideración del contexto histórico-social en el que debe predominar la referencia a valores, la crítica del poder y la perspectiva de las ciencias sociales externas. El filósofo del Derecho no puede limitarse a ser un “decorador de interiores” sino que debe poner atención también al paisaje circundante. A fin de cuentas el Derecho es una ciencia social, una técnica para la

implementación de la justicia. Recordó que esta había sido la tónica en su propia manera de entender la filosofía del Derecho desde los tiempos de vigencia oficial del Derecho natural durante el período franquista, cuando publicó sus libros Estado de Derecho y sociedad democrática (1966, obra cuya publicación fue secuestrada por el régimen) y Sociología y Filosofía del Derecho (1971). Finalizó con la propuesta de un realismo crítico para la filosofía jurídica del mundo latino. Ferrajoli, por su parte, arrancó de un diagnóstico acerca de las afinidades que el Congreso había puesto de manifiesto por encima de las divergencias de enfoque y cultura, cifrándolas en un consenso general en torno al papel de la razón como factor de civilización y crítica del Derecho. Dos características estructurales de nuestras democracias constitucionales, tras la superación de períodos autoritarios dominados por un pensamiento fuertemente metafísico, han abierto el paso a este planteamiento racionalista, laico y más centrado en la práctica del Derecho positivo: el principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho y la constitucionalización rígida de los principios de libertad, igualdad y derechos sociales. El verdadero problema del futuro de la filosofía del Derecho en el mundo latino (puesto que estos rasgos estructurales no se presentan igual en los sistemas del common law, algo que según Ferrajoli nuestra subordinación a la cultura anglosajona nos hace olvidar a veces) estriba en dar cuenta críticamente del Derecho en lugar de presentarlo ante estudiantes y juristas como una mera técnica burocrática del poder o del control social. Ello entraña asumir el carácter artificial y construido del Derecho como lenguaje de la política y de los problemas sociales y sus soluciones, así como la distancia existente entre la normatividad fuerte constitucional y las desigualdades y violaciones de los derechos en un mundo globalizado. Surge así un doble punto de vista crítico correlativo a las dos características mencionadas: la crítica externa de la validez jurídica en términos de justicia y su crítica interna en términos de legitimidad constitucional. Ferrajoli alertó también sobre las falacias del realismo jurídico y político consistentes en la naturalización de los sistemas sociales, sobre todo la economía, y en la legitimación del Derecho realmente practicado como si en ambos casos no hubiera alternativa política. La anomia del Derecho ilegítimo por acción u omisión es el mayor reto del

constitucionalismo en una época en la que el imperio de la ley ha sido sustituido — no por los tribunales constitucionales sino— por el imperio del contrato. Es preciso, finalizó, repensar la geografía de los poderes sociales para llenar el vacío actual de Derecho público mediante reglas heterónomas que sometan de nuevo el poder económico y financiero transnacional a las soluciones políticas del Derecho en lugar de a las del mercado. Por último, Comanducci cerró la mesa redonda con unas palabras de conclusión en las que recalcó igualmente los elementos en común existentes entre la diversidad de concepciones representadas en el Congreso (analíticos, iusnaturalistas, críticos, argumentativistas), dentro las que constató un “parecido de familia” no sólo lingüístico-cultural sino también en cuanto a una manera compartida de entender y practicar la filosofía del Derecho como fuerza crítica y transformadora. Calificó el encuentro como una operación de política cultural: la institucionalización de redes intelectuales ya existentes que debía avanzar en dos direcciones. Por un lado, profundizar el conocimiento del Derecho de manera que unas tradiciones se enriquezcan en el intercambio con las otras y, por otro, fortalecer la función que la filosofía del Derecho ha ejercido siempre como conciencia crítica de los juristas. Finalizó agradeciendo al Director del Congreso, Manuel Atienza, y al grupo de Alicante el impulso en la construcción de puentes dentro de la cultura latina a ambos lados del océano.

Se formó a continuación con todos los asistentes la asamblea constituyente de la Asociación iusfilosofía del Mundo Latino (i-Latina). Tras debatir la propuesta de Estatuto previamente suministrada a los participantes del Congreso se acordó aprobarla y declarar constituida la Asociación. Como órgano originario de la misma se establece la Asamblea General, a la que pertenecen como miembros natos los inscritos en el primer congreso y todos aquellos que deseen integrarse en la misma en el futuro. La Asamblea se reunirá en los Congreso bienales a celebrar desde ahora en los años pares. Se nombra también un Comité Ejecutivo formado por 24 miembros que se renovarán por mitad cada dos años y cuya misión es organizar los Congresos a partir de 2018, crear y mantener una página web de la Asociación y editar la revista “i-Latina” que será el órgano de expresión de la Asociación. Son

designados como miembros del Comité: D. Accatino (Chile), J.P. Alonso (Argentina), N. Bersier (Suiza), E. Bodelón (España), J. Calvillo (México), V.J. Carvajal (Colombia), J. Cruceta (República Dominicana), J.A Cruz Parceró (México), D. Duquelsky (Argentina), R. García Manrique (España), I. Lifante (España), M. Lacombe (Brasil), H. López Sterup (Colombia), A. Lozada (Ecuador), D. Mendonca (Paraguay), E. Millard (Francia), R. Ortega (México), F. Poggi (Italia), M.C. Quispe (Perú), J.C. Riofrío (Ecuador), R. Rabbi-Baldi (Argentina), C. Roesler (Brasil), J. Vega (España) y R. Villanueva (Perú). Como Secretario fue elegido J. Vega. Finalmente se nombra también un Consejo Asesor integrado por todos los miembros de los Comités de Honor y Asesor del Congreso, a los que se añaden J. Aguiló, M. Atienza, J.C. Bayón, M. Gascón, A. Rubio y A. Ruiz Miguel. La Asamblea emite su opinión favorable sobre la propuesta de organización del Segundo Congreso en Brasil, encomendándose al Comité Ejecutivo recién nombrado la decisión definitiva al respecto. Se levantó la sesión y se puso fin al Congreso con una cena de clausura de todos los asistentes en el Castillo de Santa Bárbara de Alicante.

Actualmente está ultimándose la web de la Asociación (i-latina.org). También está poniéndose en marcha, con la colaboración de la Biblioteca Cervantes Virtual, la edición de la revista digital i-Latina y la publicación de una sección permanente de clásicos de la filosofía jurídica del mundo latino. La sede del Segundo Congreso, previsto para julio de 2018, será la ciudad de Río de Janeiro.