

DISCUSIONES XVII

Autonomía
y legitimidad



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección Discusiones: Cortes

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección Discusiones: Libros

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección Discusiones: Balance

Responsable: Diego Dei Vecchi

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES XVII
“Autonomía y legitimidad”

Juan Iosa (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Introducción: Autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann. <i>Introduction: Moral Autonomy and Political Autonomy in Jan Sieckmann</i>	7
JUAN IOSA (<i>UNC – US21 - CONICET</i>)	
Autonomía moral y legitimidad democrática. <i>Moral Autonomy and Democratic Legitimacy</i>	21
JAN-R. SIECKMANN (<i>Universidad de Erlangen-UBA</i>)	
Autonomía, legitimidad y legalidad: en torno de un antiguo conflicto entre las facultades de filosofía y de derecho. <i>Autonomy, Legitimacy and Legality: About an Ancient Conflict Between Philosophy and Law Schools</i>	73
MAURICIO KEINERT (<i>Universidad de San Pedro</i>)	
Autonomía, Democracia e Igualdad. <i>Autonomy, Democracy and Equality</i>	97
MARTÍN ALDAO (<i>Instituto A.L.Gioja - UBA</i>)	
Legitimidad democrática, Rousseau y Kant. Respuesta a los comentarios de Aldao y Keinert. <i>Democratic legitimacy, Rousseau and Kant. Reply to the comments by Aldao and Keinert</i>	119
JAN-R. SIECKMANN (<i>Universidad de Erlangen-UBA</i>)	

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

<i>A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa. A, B and C v. Ireland: abortion in Europe</i>	133
SILVINA ALVAREZ (Universidad Autónoma de Madrid)	

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff. <i>Responsibility, authority and democracy. A critical exploration of Antony Duff's philosophy criminal law</i>	167
JUAN PABLO MAÑALICH R. (Universidad de Chile)	

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

La autoridad del derecho en contextos de injusticia socio-económica: diez años después. <i>The Authority of Law in Contexts of Socio-Economic Unjustice: Ten Years On</i>	223
MARCELO ALEGRE (UBA)	
Instrucciones para los autores	255

Sección I
Discusión

Introducción: autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann

Introduction: Moral Autonomy and Political Autonomy in Jan Sieckman

Juan Iosa*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/10/ 2015.

Aceptación: 13/12/ 2015.

Recepción y aceptación final: 10/02/2016

Resumen: La introducción al texto de Jan Sieckmann, *Autonomía Moral y Legitimidad Democrática*, presenta esquemáticamente las principales tesis del texto y las críticas y aportes de sus comentaristas. Además presenta lo que a mi juicio son algunas de los problemas centrales que el texto enfrenta con la idea de facilitar su lectura crítica.

Palabras clave: Jan Sieckmann, Autonomía Moral, Legitimidad Democrática, Autonomía Política.

Abstract: This introduction to *Moral Autonomy and Democratic Legitimacy* of Jan Sieckmann schematically presents the main theses of the text and the criticisms and contributions of its commentators. In addition it presents what in my opinion are some of the central issues raised by the text, with the aim of making its critical reading easier

Keywords: Jan Sieckmann, Moral Autonomy, Democratic Legitimacy, Political Autonomy.

* CONICET, UNC, US21. Correo electrónico: juanfiosa@gmail.com

En nuestra común reflexión ética muchos sostenemos, siguiendo a Kant, que las normas morales a las que estamos vinculados surgen de nuestra razón práctica o voluntad racional: de nuestra autonomía moral. De hecho, en *Autonomía Moral y Legitimidad Democrática*, el texto sobre el que gira la discusión aquí propuesta, Jan Sieckmann afirma que esta idea ocupa el centro de la filosofía práctica moderna. Pese a ello es, al menos a mi parecer, un pensamiento bastante oscuro. A modo de clarificación baste aquí apuntar que refiere a una tesis acerca de la fuente de la normatividad moral: pretende dar cuenta tanto del contenido de la moral como de su autoridad, su carácter vinculante. Tenemos las normas morales que tenemos porque son esas las que nos hemos dado a nosotros mismos y tienen autoridad por esa misma razón. No quisiera abundar en la cuestión, ello corresponde al autor del texto principal puesto en debate. Sí quisiera, con el fin de facilitar la comprensión de la discusión que aquí introduzco, distinguirla de otras ideas análogas y también vinculadas al término “autonomía”.

Debe distinguirse en primer lugar de la autonomía personal. Somos autónomos en este segundo sentido cuando elegimos por nosotros mismos entre un conjunto de opciones disponibles. En última instancia cuando elegimos nuestro modo de vida. Aquí la idea central es que podemos elegir y que en ello hay un valor, algo digno de respeto. Pero podemos elegir mal o bien. Si nuestras elecciones son o no valiosas dependerá de cómo la moral las califica; quien sostiene la idea de autonomía moral considera que de aquí emana esa calificación. La autonomía personal entonces apunta a nuestras elecciones, la autonomía moral, en cambio, a la fuente de la calificación moral de esas elecciones.

También es importante distinguir una tercera idea de autonomía: no interferencia en la tradición liberal, no dominación en la república. Ingresar al análisis de su mutua relación y al debate suscitado al respecto está fuera de lo que pretendo hacer en este texto. Baste señalar que cuando hablamos de autonomía como no interferencia pensamos en un límite, en un espacio libre de las intervenciones ajenas, donde podamos ejercer nuestra propia capacidad de elección. El liberal exige al Estado que asegure que ni el propio estado ni los demás ciudadanos violen ese espacio de autonomía individual. La idea

de no dominación va un poco más lejos: no se contenta con que de hecho no haya interferencia, exige que el Estado nos garantice que aquel que hoy no interfiere no podrá mañana hacerlo aun si quisiera: que tendrá los incentivos necesarios para asegurarnos que no estaremos sometidos a su voluntad.

Estas ideas están relacionadas de un modo directo con el individuo. Pareciera (al menos en la tradición kantiana, de donde nos viene en su forma actual)¹ que el agente racional es la fuente de la autonomía moral, este mismo agente es el que elige en virtud de su autonomía personal y se espera que el Estado le asegure a él el goce de un espacio de no interferencia/no dominación, justamente para que pueda elegir por sí. De aquí que a veces se hable de “autonomía individual” sin aclarar mucho a cuál de estas ideas se hace referencia. Como veremos esta ambigüedad es fuente de uno de los problemas que surgen en la discusión que nos ocupa.

Una cuarta idea de autonomía deja de hacer centro en el individuo para hacerlo en la sociedad, en el colectivo. Me refiero a la autonomía pública, política. La idea es que el derecho es legítimo cuando somos, en algún sentido, sus autores, cuando hemos participado, en alguna medida, en su creación. Obsérvese que mientras las segunda y tercera idea de autonomía se refieren a conceptos un tanto divergentes, la primera (moral) y la cuarta (política) son bastante parecidas: ambas se refieren a la fuente de un sistema de normas (morales y jurídicas respectivamente) y ambas refieren su legitimidad, su capacidad de vincularnos, a la posibilidad de imputárnoslas a nosotros mismos. Son ideas al menos análogas. ¿Pero cuál es, en definitiva, su relación? ¿Hay alguna prioridad, conceptual o normativa, entre autonomía moral y autonomía política? ¿O son acaso, tal como pretende Habermas, ideas cooriginarias, que no dependen una de otra sino de un principio común, como su principio del discurso? Y por cierto, ¿son realmente compatibles? ¿Si estoy vinculado a obedecer las leyes colectivas, me

¹ Aunque, como veremos, Sieckmann introduce en la autonomía moral la idea de reflexión intersubjetiva, ajena al pensamiento Kantiano tal como él lo formulara.

parezcan o no correctas², hay algún sentido genuino en que me obedezco a mí mismo? ¿No será acaso todo este discurso mera ideología legitimadora de la heteronomía, del gobierno de los otros?

En “*Autonomía moral y legitimidad democrática*”³ Jan Sieckmann nos ofrece una teoría de la autonomía moral, una teoría de la autonomía política (de la legitimidad democrática) y de cómo se vinculan, conceptual y normativamente, ambos sistemas teóricos. Parte del referido isomorfismo entre la autonomía moral del individuo, “la formación de juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos” y la autonomía política, el proceso democrático de formación de normas jurídicas, colectivas. En este último, los agentes también introducen juicios y argumentos. Pero aquí lo hacen a través de un proceso institucionalizado. Cuando en cualquiera de ambos procesos se logra una convergencia razonable, las normas dictadas son, a su juicio, vinculantes, legítimas.

Si las ideas de autonomía moral y política funcionan, entonces han de dar cuenta del surgimiento, mediante el ejercicio de la autonomía, de normas (morales y jurídicas respectivamente) vinculantes para los sujetos que las dictan. Recordemos que en ambos casos la autonomía es entendida como autolegislación. En términos de Sieckmann “establecer la validez de una norma mediante las propias decisiones normativas de sus destinatarios: los agentes autónomos determinan por sí mismos qué norma es válida para ellos.” A su entender, cabe destacarlo, esta no es otra que la concepción kantiana de la autonomía⁴. ¿Pero cómo puede ser que las normas se vuelvan vinculantes, deberes genuinos, en virtud de las propias decisiones de los sujetos vinculados?

² La idea de autoría, valga la aclaración, no está necesariamente vinculada a la aceptación o a la creencia en la corrección de la norma en cuestión.

³ El texto objeto de esta discusión se encuentra profundamente conectado a todo lo sostenido por Sieckmann en su libro *The Logic of Autonomy*, Hart Publishing, Oxford, 2012. Quien desee profundizar sus tesis y argumentos debe dirigirse a esa obra.

⁴ Esta afirmación es relativizada en su respuesta a las contribuciones de Aldao y Keinert. Sieckmann allí afirma que su concepción es superadora de los problemas de las de Rousseau y Kant.

Sieckmann comienza su análisis destacando por un lado la ya largamente reconocida paradoja de la autonomía moral y, por otro, lo que aquí podríamos llamar paradoja de la autonomía política. La primera afirma que o bien la ley moral (las normas morales particulares, no el imperativo categórico, así entendida la idea no tendría sentido) surge de mi propia y contingente decisión, pero entonces no es ni objetiva, ni necesaria, ni vinculante universalmente. Incluso yo me puedo desvincular cambiando de opinión. O me obliga, me vincula tanto a mí como a los demás, pero no es producto de mi voluntad, de mi decisión personal, subjetiva, en ningún sentido relevante, sino más bien de su razonabilidad.

La autonomía política, por su parte, hace depender la vinculatoriedad de las normas del consenso (en algún sentido del término) de los obligados. Pero si el consenso es meramente empírico, un consenso de voluntades reales, no es vinculante: siempre alguien puede cambiar de parecer, de querer, y entonces se rompe el consenso. Y si el consenso es necesario, uno al que no se puede dejar de asentir, entonces no hay lugar para la voluntad, para la decisión y el querer contingente de los individuos participantes. Entonces o bien el consenso depende de la voluntad de los sujetos pero no es vinculante o bien es vinculante pero no depende en absoluto de su voluntad empírica, concreta. En cualquier caso no tenemos lo que queremos: un consenso autónomo y vinculante. Para ello hay que mostrar que el consenso es un contrato. Y la vinculatoriedad de los contratos (al menos dentro de esta tradición) es ininteligible sin la idea de autonomía moral la que, como vimos, sufre su propia paradoja.

El objetivo central de Sieckmann es ambicioso: ofrecer una teoría de la autonomía tal que resuelva estas paradojas y nos permita dar cuenta primero de la objetividad y vinculatoriedad de la moral sin dejar de lado la relevancia de la decisión individual y, segundo, de la obligatoriedad de las decisiones de una comunidad política respecto de sujetos que se conciben a sí mismos como autónomos. La suerte de su texto se juega aquí. Curiosamente, y esto creo que es fuente de futuros problemas, Sieckmann, al presentar la “estructura del razonamiento autónomo” o “lógica de la autonomía” no hace mayores

distintos entre autonomía moral y autonomía política: a su entender presentan una estructura común. Más explícitamente, Sieckmann sostiene que la lógica de la autonomía moral es análoga al proceso democrático de toma de decisiones colectivas y permite, en consecuencia, guiar el diseño y la evaluación de la legitimidad de las instituciones democráticas (sobre este punto hay que destacar el aporte de Marín Aldao, que pone a funcionar el aparato teórico de Sieckmann con notable claridad y agudeza en la evaluación de instituciones y decisiones concretas). La única diferencia ostensible parece ser que en la segunda la reflexión es institucionalizada. ¿Pero basta esta afirmación para luego diferenciar entre el sistema de normas morales y el de las jurídicas? No pretendo contarles la película. Pero, al solo efecto de plantear con mayor claridad esta y otras inquietudes que espero sean útiles a la hora de leer críticamente el texto, adelantaré sucinta y esquemáticamente algunas de sus ideas.

Sieckmann entiende que el proceso de autolegislación de normas morales y políticas por y para los individuos es una reflexión colectiva, intersubjetiva, que incluye los siguientes pasos. Primero los agentes plantean *pretensiones normativas*, basadas en sus *intereses*, acerca de determinada cuestión. En el caso de las expresiones ofensivas por ejemplo, entran en conflicto el derecho personal al honor y la libertad de expresión. Algunos pueden pretender que se prohíban las expresiones ofensivas; otros que siempre esté permitida cualquier expresión, aun si ofensiva. Cuando hay, como en este caso, conflicto entre diversas pretensiones normativas, los agentes, individualmente, ponderan esas pretensiones y emiten juicios relativos a cómo debe resolverse el conflicto. Si sigue habiendo desacuerdo, ahora en el nivel de los juicios de los diversos agentes, y dado que ninguno puede definir la situación normativa por sí solo, se abre una segunda ponderación que incluye, ahora sí, una reflexión colectiva sobre qué norma debe ser aceptada como definitivamente válida. Si una norma particular logra aceptación común tras este proceso, es definitivamente válida.

Tenemos suficientes elementos como para apuntar ciertas perplejidades. Primero algunos puntos que destaca y critica Keinert en su comentario. ¿Realmente la concepción de la autonomía de Sieckmann

puede reclamar, como parece sugerir el texto principal, pedigree kantiano? ¿Entiende Sieckmann la idea de autonomía en términos análogos a cómo la entiende Kant? Para averiguarlo no queda más que hacer exégesis del pensamiento kantiano. A mi entender el punto de Keinert es que en Kant las máximas, el principio subjetivo del obrar, no cumplen el rol que Sieckmann atribuye, en su propio pero análogo lenguaje, a los intereses y decisiones subjetivas. En última instancia en Kant, según Keinert, lo único que garantiza la moralidad de una máxima es su forma de ley, su universalidad. En otras palabras, para Kant la moral no está en la máxima sino en la ley práctica. De aquí que para Keinert tampoco haya en Kant ninguna paradoja de la autonomía: la ley no surge en absoluto de la voluntad particular de los agentes sino de la estructura de la voluntad racional. Un ser capaz de actuar por razones toma por tales solo aquellas que puedan serlo para cualquier agente racional. Ello depende de que sean razones universalizables, que cualquier agente podría aceptar. Repitiendo la idea en términos canónicos: la universalizabilidad, la fórmula de la ley universal, primera formulación del imperativo categórico, no surge en absoluto de las voluntades particulares sino de la estructura de una voluntad racional y la potencia legislativa de las máximas particulares y contingentes de los individuos depende enteramente de su conformidad con aquella. Keinert, entiendo, lee a Kant en términos realistas (lectura expresamente rechazada por Sieckmann en su texto). De aquí que Keinert también acuse a Sieckmann de confundir autonomía personal con autonomía individual. Desgraciadamente no precisa Keinert, al menos no todo lo que se pudiera esperar, qué entiende por este término. Al respecto dice que

se trata de una concepción extremadamente liberal del concepto de individuo, visto como portador de intereses determinados de manera puramente mecánica... Esta lectura supone que es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimación (...) y no exactamente el concepto de autonomía.

Es el acento en la voluntad y los intereses de los individuos presente en la concepción de Sieckmann lo que hace a Keinert calificarla de

centrada más en la autonomía individual que en la moral. Creo que esto nos permite inferir que cuando Keinert habla aquí de autonomía individual se está refiriendo a lo que arriba denominamos autonomía personal⁵. Esto se ve claro cuando remite, como aval para su postura a “Autonomy, Plurality and Public Reason”, de Onora O’Neill. En su texto, ella indica que en los últimos años la autonomía ha sido frecuentemente concebida como una característica de los individuos que moldean o gobiernan sus propias vidas (a través de sus decisiones, sus intereses)⁶. En todo caso hay aquí dos cuestiones. La primera de naturaleza exegética. Cuando Kant hablaba de que la voluntad de un agente racional es autolegisladora, ¿se estaba refiriendo a sus intereses y decisiones particulares? Solo si esto es así existe la paradoja de la autonomía en Kant. La segunda es de naturaleza filosófica (aquí podemos dejar completamente a Kant de lado). Una concepción plausible de la autonomía, que parta de cómo funciona efectivamente la facultad moral en los seres humanos, ¿debe tomar en cuenta sus intereses como el insumo básico a partir del cual derivar, mediante algún proceso como la universalización, la reflexión colectiva, la ponderación, etc., las normas morales que los han de vincular? Sieckmann pretende que la suya es la concepción correcta de la autonomía moral. Lo que tenemos que evaluar entonces es si a partir de los intereses contingentes de los sujetos y a partir del procedimiento que propone, podemos extraer normas vinculantes.

⁵ Es importante destacar que Sieckmann explícitamente niega que esté confundiendo autonomía moral y personal: “La autonomía personal... comprende la decisión de conducirse moralmente o no, pero no la determinación de qué normas resultan moralmente válidas.” La crítica de Keinert, a mi juicio, debe entenderse en el sentido de que el arsenal teórico de Sieckmann no le permite más que dar cuenta de la idea de autonomía personal, que no puede con ese instrumental justificar la autolegislación de normas definitivamente vinculantes.

⁶ O’Neill, O., “Autonomy, Plurality and Public Reason”, en Brender, N., Krasnoff, L. (Eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 182-3. El agregado entre paréntesis es mío.

Un par de señalamientos sobre este proceso en lo que atañe a la producción de normas morales. Comenzamos con los intereses de los agentes. A partir de ellos se plantean pretensiones normativas, *i.e.* qué debe ser aceptado como norma definitivamente válida. Estas pretensiones, para poder ingresar como argumentos, deben ser universalizables, y cumplir con el resto de los requisitos formales de la ética del discurso: ser coherentes, tratar igual los casos iguales, no depender de afirmaciones empíricas falsas, etc. Pero imaginemos un potencial desacuerdo respecto de una cuestión particular. Tomemos el ejemplo de las expresiones ofensivas. Algunos pueden pretender que todas las expresiones ofensivas deben ser prohibidas. Otros que cualquier expresión, incluso las ofensivas, debe estar permitida. Creo que podemos asumir que ambas pretensiones cumplen con los requisitos formales para ingresar a la reflexión. Bien, ahora hay que ponderarlas. ¿Sobre qué base? ¿Qué ha de usarse como criterio para determinar cuál tiene mayor peso? Sieckmann, consecuentemente, entiende que aquí no se pueden usar argumentos epistémicos. Estamos tratando de legislar las razones por las que hemos de guiarnos, no hay razones previas a las que apelar. Pero si no hay razones objetivas y sólo hay intereses que deben cumplir requisitos formales, ¿basta esto para resolver conflictos entre pretensiones antagónicas? De hecho no es esta la posición de Sieckmann. Una vieja crítica a Kant (sobre cuya corrección aquí no abro juicio) afirma que el imperativo categórico en su fórmula de la ley universal es vacío, que dos máximas contradictorias como las que acabamos de enunciar pueden ser simultáneamente universalizables. En el mismo sentido Sieckmann señala que varias máximas contradictorias pueden superar el test de universalizabilidad. Pero, suponamos, por un momento que esta fuera la posición defendida, que la crítica a Kant no diera en el clavo y bastara el criterio de universalizabilidad. Entonces, creo, cabría preguntarse si el argumento de Sieckmann no es sino una reformulación de Kant en términos actuales. En su respuesta a Aldao y Keinert, Sieckmann niega categóricamente que éste sea el caso, presentando su teoría como una nueva concepción de la autonomía como autolegislación, la que por fin resuelve la paradoja planteada, cosa que, a su entender, Kant no hacía. Pero si la referida

crítica es certera y el criterio de universalizabilidad, coherencia, etc., no basta, entonces cabe preguntarse ¿sobre qué base hacemos, ya individual, ya colectivamente, la ponderación? Tal vez la respuesta es que no hay criterios. Esto parece implicar Sieckmann cuando afirma que

...una característica esencial de la ponderación de argumentos normativos es que la prevalencia de un argumento sobre los demás no puede deducirse de criterios objetivos sino que requiere un juicio normativo. Por consiguiente, el agente podría haber tomado una decisión diferente, y en este sentido su juicio es libre.

No resulta claro qué quiere decir que un *juicio* sea *libre*. ¿Está Sieckmann tal vez afirmando que estamos ante una mera decisión? ¿Pero cómo esta opción podría explicar la vinculatoriedad de la argumentación autónoma? Sin duda no es ésta su postura:

...el juicio autónomo no supone una decisión arbitraria, como escoger entre té o café. Al contrario: cualquiera que sea el juicio, viene exigido por el argumento normativo más fuerte y, por lo tanto, ha de entenderse como una decisión exigida por razones normativas.

Bien. Pero si no son razones objetivas, previas a la ponderación, ni pueden ser meramente formales, ¿cuáles son, entonces, estas razones? Tal vez su respuesta sea que los argumentos normativos incluyen *mandatos de validez reiterados*. Podemos ver la idea en el texto. En todo caso lo que aquí interesa es que a su entender estos mandatos explican la idea de autolegislación. Habrá que prestar mucha atención al leerla pues es, sin duda, oscura. En todo caso, a mi juicio, al estudiar el texto valdrá estar atentos a la cuestión de cuál es el criterio que permite la ponderación de los argumentos basados en pretensiones normativas.

Retomemos, ahora el tema de la distinción entre moral y derecho. Según Sieckmann, tanto en la moral como en el derecho las normas vinculantes han de ser el producto de la reflexión intersubjetiva, del consenso (en el particular sentido de Sieckmann). Primer punto. Ésta bien puede ser una tesis normativa respecto del derecho: sólo es vinculante, legítimo, el derecho que nos trata adecuadamente como autores.

¿Pero cuál es la tesis respecto de la moral? No puede, me parece, ser una tesis normativa del tipo “sólo serán vinculantes las normas morales sobre las que haya habido suficiente debate público”. ¿Querría esto decir que cuando no se da el caso de una reflexión moral intersubjetiva profunda no tenemos deberes morales? No parece plausible pensar que ésta sea la tesis sostenida. Tampoco puede ser una tesis sobre cómo *de hecho* surgen nuestros deberes morales: (aun si aceptamos las reglas del discurso moral, a lo Habermas) no sucede, me parece, que debatamos públicamente acerca de cuáles son nuestros deberes morales, que estos surjan como fruto de ese debate. Sin embargo hay que insistir en una distinción presente en Sieckmann: la existente entre autonomía individual en sentido estricto y autonomía moral. En la autonomía individual el agente delibera solo. Pero el resultado de esa deliberación, en relación al resto de los agentes e incluso respecto de sí mismo, no es más que una pretensión normativa. Para que sea vinculante, para que sea una norma moral, es necesaria, a su juicio, la reflexión intersubjetiva. Y esto es lo que, al menos a mí, me llama la atención. Pues ahora no resulta obvio cómo distinguir la autonomía moral de la política.

Volvamos, desde otro ángulo, sobre esta última cuestión. ¿Si tanto los deberes morales como los jurídicos surgen de la ponderación colectiva de argumentos y pretensiones normativas, en qué se diferencian? ¿Cómo hemos de separar derecho y moral? Las normas secundarias, las instituciones, tienen que ser la clave de la respuesta correcta. ¿Pero acaso una reflexión moral colectiva no requeriría también normas secundarias? ¿Cómo, si no, definiríamos el colectivo relevante? Si es toda la humanidad, como parece debiera ser, eso mismo implicaría ya la aplicación de una norma secundaria. En todo caso, ¿cuál es la diferencia en Sieckmann entre la lógica de la autonomía moral y la de la autonomía política? Al respecto Sieckmann afirma que

las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes.

Pero, continúa inmediatamente “... la necesidad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla”. Sin duda he aquí otra idea compleja. Dadas las dificultades para generar consenso, ¿delegamos el juicio o no lo delegamos? ¿O es acaso, tal como parece sugerir Sieckmann, que se pueden tener ambas cosas a la vez? Seguramente lo que se está sugiriendo es que los legisladores al dictar leyes deben seguir la estructura de la argumentación autónoma, que deben ponderar al igual que ponderamos en cuestiones morales. ¿Pero basta esto acaso para afirmar que no hay delegación de autonomía moral por parte de los sujetos, que no hemos sido liberados de sus exigencias, que autonomía moral y política son compatibles?

Por último ¿resuelve efectivamente Sieckmann la paradoja de la autonomía, ya en el nivel moral, ya en el político? De ser éste el caso, nos tiene que mostrar que las normas dependen de nuestra voluntad, nuestra aceptación y que, además, nos vinculan objetiva, necesaria y universalmente. Pero el texto parece derivar entre dos sentidos de vinculatoriedad o, más bien, entre una idea de vinculatoriedad en sentido estricto y una de pretensión de vinculatoriedad. En el primer sentido, aquél en el que pensamos si resulta que su propuesta resuelve la paradoja, una norma es vinculante cuando genera deberes genuinos, categóricos, de los que un sujeto no puede apartarse racionalmente. El mismo Sieckmann afirma que cuando la ponderación establece una norma válida y constituye, en consecuencia, un acto de legislación, “los/las destinatarios/as de la norma deben aceptarla como válida”. Pero si bien todo indicaría que ésta es la idea que Sieckmann tiene en cuenta, cerca del final del trabajo parece asumir otra idea respecto de cuál sea la vinculatoriedad derivada del proceso de reflexión autónoma. Recordemos que a su entender no hay normas vinculantes sin reflexión colectiva. Idealmente esta reflexión debería llevar al consenso. Pero dadas las dificultades de un consenso universal necesitamos debilitar la idea. El criterio que propone Sieckmann es la convergencia razonable. Cuando hay convergencia razonable “esto justifica sostener la norma como vinculante incluso para sus opositores.” Pero, y aquí la perplejidad, Sieckmann entiende que aun cuando haya convergencia

razonable, “su autonomía les permite (a los opositores) sostener una concepción normativa opuesta”⁷. Esto es, la convergencia razonable puede justificar, por ejemplo, la coerción estatal de ciertas conductas. Pero el agente autónomo siempre puede considerar que los argumentos ofrecidos no lo convencen y por lo tanto no considerarse vinculado en sentido fuerte, por deberes genuinos surgidos de la argumentación autónoma intersubjetiva. Parece haber entonces dos concepciones de lo que significa que una norma es definitivamente válida, vinculante. La segunda, en sentido estricto, solo podría ser descripta como una pretensión de vinculatoriedad. ¿Pero basta con ésta, que es la que en última instancia adopta Sieckmann, para afirmar que se ha resuelto la paradoja de la autonomía?⁸

Sin duda en el texto principal, en los aportes de Aldao y Keinert y en la respuesta de Sieckmann, están las respuestas a estos interrogantes. No he pretendido aquí más que ofrecerlos al lector con la esperanza de que ingrese al debate con la curiosidad que merece. Ojalá haya cumplido ese propósito.

⁷ El agregado entre paréntesis es mío.

⁸ Que ésta es la postura de Sieckmann se ve con mayor claridad en Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford: Hart Publishing, 2012, págs. 122-125.

Autonomía moral y legitimidad democrática

Moral Autonomy and Democratic Legitimacy

Jan-R. Sieckmann*

Recepción y evaluación de propuesta: 10/02/2015.

Aceptación: 17/04/2015.

Recepción y aceptación final: 04/07/2015.

Resumen: La autonomía consiste en la formación de juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. Esta concepción permite resolver la paradoja de la autonomía, es decir, cómo los autores de las normas pueden entenderse vinculados por esas mismas normas, explicar la validez objetiva de las normas como resultado de una argumentación autónoma y reconstruir la idea de la democracia como institucionalización de la argumentación autónoma. La argumentación autónoma es un proceso en el que los agentes introducen libremente argumentos normativos y juicios normativos y tratan de llegar a normas comunes a través de un proceso de reflexión intersubjetiva. Cuando de tales procesos resulta una convergencia razonable acerca de la validez de ciertas normas, es legítimo reclamar tales normas como vinculantes. La tarea de la democracia es crear un sistema político que realice las exigencias de la argumentación autónoma.

Palabras clave: argumentación autónoma, validez objetiva, democracia.

Abstract: Autonomy consists in the formation of normative judgments, on the basis of weighing normative arguments. This concep-

* Universidad de Erlangen - Universidad de Buenos Aires.
Correo electrónico: jan.sieckmann@fau.de, jansieckmann@yahoo.de
Agradezco a Federico De Fazio, Martín Aldao, Laura Clérico y Juan Iosa por la revisión del trabajo y sus valiosos comentarios.

tion permits to solve the paradox of autonomy, that is to say, how the authors of the norms can be themselves bounded by those norms, explain the objective validity of the norms as a result of an autonomous argumentation and reconstruct the idea of democracy as an institutionalization of the autonomous argumentation. The autonomous argumentation is a process in which the agents freely introduce normative arguments and normative judgments and try to arrive to common norms through a process of inter subjective reflection. When the result of those processes is a reasonable convergence about the validity of certain norms, it is legitimate to claim that those norms are binding. The task of democracy is to create a political system that performs the requirements of autonomous argumentation.

Keywords: autonomous argumentation, objective validity, democracy.

I. Introducción

El derecho, como cualquier otra forma de poder político, requiere contar con una legitimidad¹ tal que justifique el ejercicio del poder hasta la aplicación de la fuerza². La pregunta entonces es cuál podría ser tal justificación. Podemos constatar que cualquier justificación del poder político debe basarse sobre la idea de la autonomía de los individuos que se ven sujetos a dicho poder. No tenemos otro criterio para legitimar el poder político. En cambio, sostener que existe una justificación del poder político sobre la base de un criterio independiente de la autonomía individual implicaría que algunos individuos pueden es-

¹ Originalmente había usado aquí el término “legitimación”, entendido como legitimidad que resulta de un proceso de justificación. Sin embargo, como Juan Iosa ha advertido, el término “legitimación” puede entenderse en otro sentido, por lo que en lo que sigue usaré el término “legitimidad”. *En este segundo sentido la legitimación de una norma equivaldría bien al proceso (no necesariamente racional) por el cual se logra su reconocimiento, la creencia en su legitimidad, bien a la creencia misma, (creencia que puede estar equivocada).* (Lo agregado en cursivas pertenece al editor).

² Véase Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre* (1797/98), § E, AB 36, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1914, t. 6, pág. 232. También Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres: Fontana, 1986, págs. 93, 190.

tar sujetos al poder político aunque podrían con razón objetarlo. Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimidad de este poder.

En este sentido, filósofos como Rousseau y Kant han destacado que se requiere una legitimidad política compatible con la libertad de los sujetos del poder político. El problema según Rousseau es encontrar una forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y gracias a la cual cada uno se obedezca sólo a sí mismo y permanezca tan libre como antes³. Como Kant enfatizó, el poder legislativo debe asignarse a la voluntad unida del pueblo. Como todo el derecho debe provenir de este poder, debe ser imposible que una ley de este poder implique un acto injusto contra alguien. Por el contrario, si un individuo dispusiera sobre otros, siempre sería posible que cometiese actos injustos. Por eso, según Kant, sólo la voluntad unificada de todos, en que cada uno y todos deciden lo mismo para todos y cada uno, puede legislar⁴. Entonces, el problema de la legitimidad del poder legislativo es el de cómo la existencia de las leyes puede resultar compatible con la libertad de cada uno, y cómo, a su vez, es posible dar cuenta de leyes tales que puedan contar con el consentimiento de cada uno y así resultar legítimas.

El consentimiento de los sujetos al poder forma el núcleo de la legitimidad democrática. Pero como el derecho consiste en normas que reclaman ser vinculantes y el poder político implica la competencia o autoridad de tomar decisiones vinculantes para toda la comunidad, no se puede esperar que en un sistema político los individuos queden tan libres como antes, es decir, en un estado natural. Van a perder algo de libertad, y quizás ganar otra forma de libertad. Lo importante es que ello esté justificado por el consentimiento de los individuos afectados.

El problema de la democracia es entonces cómo organizar un sistema tal que el derecho, o al menos la competencia para establecerlo, pueda recibir el consentimiento de cada uno de sus destinatarios. Esta idea, sin embargo, conlleva algunos problemas. ¿Qué tipo de consentimiento es necesario? ¿Por qué el consentimiento es vinculante y no puede ser revocado en cualquier momento? ¿Cómo puede sostenerse la idea de consentimiento frente a las limitaciones propias de cual-

³ Rousseau, J. J., *Contrat Social*, Amsterdam, 1762, cap. 6.

⁴ Kant, *op. cit.* (n.º 2), § 46, AA, t. 6, págs. 313-314.

quier sistema político real, en particular la necesidad de establecer autoridades que pueden tomar decisiones sin el consentimiento de todos los afectados? Discutiré diversos tipos de consentimiento, una concepción de la autonomía y de la argumentación autónoma que permite justificar normas vinculantes, y el diseño del sistema político desde la perspectiva de la argumentación autónoma.

II. El criterio del consentimiento

El criterio del consentimiento puede entenderse de distintas maneras. Una distinción fundamental es entre consentimiento real e ideal. El consentimiento real es un acuerdo empírico. Presupone que actores reales acuerden de hecho sobre cierta solución. El consentimiento ideal presupone que un consenso cumpla ciertas condiciones que garanticen la fuerza justificatoria de este consenso, como un consenso logrado en un discurso ideal. Estas condiciones ideales pueden referirse a los actores, que pueden ser reales o ideales, o al mismo discurso, que puede ser un discurso real o ideal. Actores o discursos ideales se definen por ciertas condiciones ideales. Pero incluso en un discurso real con participantes reales valen ciertas exigencias ideales, como, por ejemplo, la información completa o la imparcialidad completa de sus participantes, que contribuyen a la fuerza justificatoria de tales discursos. Además, existen distintas formas de consentimientos empíricos o ideales. Un consentimiento empírico puede ser no solamente real, sino también hipotético, probable, o posible. Un consentimiento normativo puede ser necesario, hipotético, o posible.

II. 1. Tipos de consenso

Entre los consensos empíricos podemos distinguir:

- Un consentimiento real existe cuando todos los agentes involucrados aceptan de hecho cierta norma.
- Un consentimiento hipotético existiría cuando se diera un consenso bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, se aceptaría un compromiso si los demás hicieran lo mismo. Aunque el consentimiento todavía no es real, se realiza cuando ciertas condiciones empíricas están dadas.

- Un consentimiento probable existe cuando se puede esperar consenso acerca de cierto tema. Por ejemplo, se puede esperar que cualquier proceso de la argumentación llegaría a un consenso acerca de la protección de la vida humana.
- Un consentimiento posible existe –en sentido empírico– cuando no se pueda excluir que todos acepten cierta solución. Otro sentido –un sentido procedimental– es que todos tengan la oportunidad de consentir. Esto requiere procedimientos en que todos pueden participar, es decir, un sistema democrático.

Por otro lado, entre los consensos ideales puede distinguirse:

- Un consentimiento necesario existe cuando cualquier agente racional debería aceptar cierta norma como resultado de la argumentación.
- En cambio, si no se puede mostrar que cierto consentimiento es imposible, existe un consentimiento posible en sentido ideal⁵.
- El consentimiento hipotético-ideal sería un consenso que se lograría entre agentes razonables bajo condiciones ideales. Por ejemplo, si nadie conociera su posición en la sociedad todos aceptarían principios de máxima libertad y cierta forma de igualdad⁶.

Una forma del consentimiento ideal es el consentimiento razonable, que es un consenso entre agentes razonables, es decir, agentes que juzgan de manera autónoma y racional⁷.

2. La fuerza justificatoria del consenso

El problema es si estos distintos tipos de consenso pueden ofrecer una justificación para el poder político. Al respecto, cada una de las alternativas tiene sus debilidades.

⁵ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Tr. de M. Atienza, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁶ Cfr. Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.

⁷ Entonces, razonabilidad se entiende como combinación de autonomía y racionalidad. Véase Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2012, 2, n.º 5.

El consentimiento empírico-real no es fácil de lograr en los casos problemáticos en los que existen controversias acerca de la solución correcta de la cuestión normativa. Además, sin las restricciones de un discurso ideal, no tiene fuerza justificatoria, porque es posible cometer errores argumentativos, y cualquier resultado podría aparecer como posible en este sentido⁸.

El consentimiento probable no puede presentar una justificación más allá de lo que cada uno piensa, porque cada uno sostiene que su posición es la correcta y espera que todos los demás, en cuanto racionales, acepten esta posición, y ninguno puede justificar que justamente su posición vaya a encontrar el consenso de todos.

El consentimiento empírico-hipotético no ofrece una ventaja, pues si se dieran las condiciones para el consentimiento, entonces resultaría un consenso real, y si no, no habría consenso. Y como el consenso empírico-real ya no puede ofrecer una justificación, tampoco la pueden ofrecer formas de consenso empírico que son meramente hipotéticas, probables o posibles.

El consentimiento necesario, por otra parte, presupone que ciertas normas deben ser consentidas o aprobadas necesariamente, en particular, como resultado de un discurso ideal. Pero para mostrar eso, el resultado debe ser calificado como correcto con independencia de la decisión de los agentes involucrados. Entonces el consentimiento parece resultar irrelevante para el resultado, y la autonomía individual queda reemplazada por criterios de validez que son independientes del juicio normativo individual.

El consentimiento hipotético-ideal presentaría una justificación, pero sería una forma de consenso necesario, porque todos los agentes razonables deben aceptar cierta solución en dichas condiciones, lo cual desconocería a la autonomía individual.

⁸ Durante el proceso de edición de este trabajo Juan Iosa me ha señalado que esta tesis puede ser demasiado fuerte en la medida que niega que un consenso empírico total, como en una democracia directa y por unanimidad, conceda legitimidad a las leyes. De hecho, requerir un discurso ideal es demasiado exigente. Pero algunas exigencias del discurso ideal deben valer para que un consenso empírico tenga fuerza justificatoria. Aunque fuera poco probable, incluso un consenso empírico total podría ser ilegítimo.

La mera posibilidad de un consenso ideal o el hecho de que una norma sea discursivamente posible⁹, es insuficiente para establecer su validez normativa, ya que varias normas incompatibles entre sí podrían ser objeto de consenso o aprobación dentro de un discurso. Dado que toda norma válida implica la obligación de ser cumplida, y que las normas obligatorias que son incompatibles no pueden ser válidas al mismo tiempo, el criterio de un consenso posible no resulta ser un criterio de validez apropiado.

Además, cuando un consenso es meramente empírico y no necesario, cualquier agente podría cambiar su posición con la consecuencia que ya no habría más consenso. No sería vinculante. En cambio, si un consenso fuera necesario, parece entonces que no quedaría espacio para la autonomía de los individuos. Pero aún así subsiste la alternativa de interpretar el consenso como un contrato. Entonces, el consenso puede ser considerado como vinculante cuando y en la medida en que se pueda justificar qué contratos son vinculantes. La vinculatoriedad de contratos sería una norma objetiva de segundo nivel, que restringiría en algún grado la autonomía individual, aunque dejaría espacio para decisiones individuales. Como toda restricción de la autonomía individual, esta alternativa también requeriría una justificación. Pero no es claro si existe una justificación superior a la autonomía misma. Incluso el principio de la vinculatoriedad de los acuerdos requiere una justificación basada en la idea de autonomía individual. Si un agente razonable pudiera objetar este principio, entonces no estaría justificado.

Entonces queda el problema de cómo es posible una justificación normativa sobre la base de evaluaciones autónomas de todos los agentes involucrados. Esto nos lleva a la pregunta por la autonomía.

III. La idea de autonomía

La idea de autonomía ocupa el centro de la filosofía práctica moderna. Literalmente, autonomía significa auto-legislación¹⁰, esto es,

⁹ Cfr. Alexy, *op. cit.* n.º 5.

¹⁰ Sobre la interpretación de la autonomía como auto-legislación, véase Bittner, R., *Moralisches Gebot oder Autonomie?*, Freiburg/München, Alber, 1983, 120; Reath, R., *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays*, Oxford: Clarendon Press, 2006, pág. 92.; y sobre la autonomía

establecer la validez de una norma mediante las propias decisiones normativas de sus destinatarios: los agentes autónomos determinan por sí mismos qué norma es válida para ellos¹¹. En términos de Kant, la voluntad de un agente racional no sólo se encuentra sujeta a la ley moral, sino que además tiene que darse esa ley a sí mismo (*selbstgesetzgebend*) y justo por eso es que queda sujeto a la ley¹². La idea de autonomía como auto-legislación, sin embargo, parece tener una estructura paradójica¹³. Entendida como auto-legislación, la autonomía parece exigir que la validez de las normas dependa de su reconocimiento, es decir, de que sus destinatarios, en cuanto agentes autónomos, reconozcan que esas normas son válidas. Pero, por otra parte, las normas pretenden vincular u obligar a sus destinatarios, y ¿cómo puede una persona estar vinculada por normas cuya validez depende de que ella misma, como destinataria, las reconozca como válidas? Si, por el contrario, las normas son válidas con independencia del juicio individual, ¿cómo puede sostenerse que los individuos son autónomos? Si ellos no determinan qué normas son válidas, no se están “auto-legislando”.

en general, Kaufmann, M., *Rechtsphilosophie*, Freiburg/München, Alber, 1996 o Schneewind, J., *The Invention of Autonomy*, New York: Cambridge University Press, 1998.

¹¹ La autonomía moral no siempre es interpretada como autolegislación. Pueden distinguirse la autolegislación y el juicio propio como dos concepciones de la autonomía moral. Véase Iosa, J., “Concepciones de la autonomía”, *Filosofia Social e Teoria do Direito*, 2010, 60; id., “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Analisi e diritto*, 2011, págs. 47-48.

¹² Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1911, t. 4, pág. 431. Trad. en Castellano: “La voluntad, de esta suerte, no está sometida exclusivamente a la ley, sino que lo es de la manera que puede ser considerada como legislándose a si propia, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley (de la que ella misma puede considerarse autora”. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Por Manuel García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1980. (disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>).

¹³ Cfr. Wood, A., *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University. Press, 2008, págs. 109-110; Reath, A., *op. cit.*, n.º 10, pág. 93; Baumann, P., *Die Autonomie der Person*, Paderborn, Mentis, 2001, pág. 11; Bittner, R., *op. cit.* (n.º 10), pág. 118 y ss.; o Wolff, R.P., *In Defense of Anarchism*, Berkeley, University of California Press, 1973, págs. 180-81.

III. 1. La paradoja de la autonomía

El dilema que plantea la idea de autonomía surge porque la auto-legislación implica que la validez de una norma depende de la voluntad, es decir, de un acto de reconocimiento¹⁴ por parte de la persona a quien ésta se dirige. La validez debe entenderse en sentido normativo, es decir, la validez de una norma implica que ésta se debe aplicar y cumplir. Desde luego, esa elección debe ser razonable, o sea, debe cumplir con los requisitos de una decisión razonable; pero no puede derivarse de normas preexistentes que hayan sido establecidas sobre la base de la moral o la razón práctica. Ahora bien, si una norma es válida solo a causa de la decisión de sus destinatarios, cabría decir entonces que no puede ser vinculante para ellos, y por lo tanto tampoco ser válida en un sentido normativo. La paradoja de la autonomía surge, entonces, del hecho de que la decisión autónoma, por una parte, debe ser auto-determinada y no puede derivarse de normas preexistentes, mientras que, por la otra, pretende establecer una norma válida, lo que presupone que hay razones normativas por las cuales la norma en cuestión debe ser considerada válida y, por ende, vinculante para sus destinatarios. Así pues, las decisiones autónomas no pueden ser por completo libres: tienen que estar limitadas normativamente. El primer requisito hace depender la validez de las normas de la aceptación individual mientras que el segundo implica que dicha propiedad es, en algún sentido, independiente de la aceptación de sus destinatarios. ¿Cómo escapar de los cuernos de este dilema?

Parece que la discusión filosófica no ha encontrado todavía una respuesta plausible¹⁵, y que se ocupa, más bien, de otros fenómenos relacionados con, aunque distintos de, la autonomía en cuanto auto-legislación.

¹⁴ Es decir, reconocimiento de la validez, no de la verdad. Se debe entenderlo como aceptación de la validez de una norma, no como acto epistémico.

¹⁵ No obstante algunas sugerencias sobre cómo resolver este problema, cfr., por ejemplo, Paton, H. J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, 3^o ed., London: Hutchinson, 1958, 182f.; Beck, L.W., *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, Chicago/London, Chicago University Press, 1960, pág. 123.

III.1.1. Concepciones de la autonomía como autolegislación

Una interpretación usual de la autonomía la define como la capacidad para reconocer la ley moral y actuar conforme a ella; tal concepción, atribuida a Kant¹⁶, mantiene la idea de validez objetiva de las normas morales¹⁷. Podría ser denominada “concepción realista” de la autonomía. Esto, sin embargo, no cuadra con la idea de autonomía como auto-legislación, ya que presupone la existencia de una ley moral que ya es válida antes y con independencia de que sea reconocida o aceptada por agentes autónomos. Si se asume la tesis de que las normas son válidas no porque los individuos las acepten como tales, sino en virtud de algún criterio predeterminado, se termina asumiendo una teoría que socava la autonomía individual.

La autonomía podría residir aquí, desde el punto de vista de la “concepción realista” en el hecho de que, si bien una persona razonable adoptará necesariamente la ley moral, para estar sujeto a esta ley tiene que comprenderse a sí mismo como un ser razonable¹⁸. O sea, no es que las normas existan en un mundo independiente de nuestra mente, sino que se les atribuye validez. Sin embargo, ya está determinado a qué normas se debe atribuir validez. Así se combina una concepción realista con un elemento del constructivismo. Pero subsiste el problema de la idea de la auto-legislación, es decir, cómo puede una persona entenderse a sí misma obligada o vinculada por normas que son válidas como resultado de su propia decisión. Y en cualquier caso, esta concepción de la “autonomía sin elección”, donde la ley moral es la única opción para elegir, presenta como mucho un supuesto extremo, y no da cuenta del hecho de que amplias partes de

¹⁶ Cfr. Kant, I., *op. cit.*, n.º 12, AA, t. 4, págs. 428, 431, 432, 440, 461; id., *Kritik der praktischen Vernunft*, AA, Berlin 1913, t. 5, pág. 31. También Wildt, A., *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pág. 173; Baumann, *op. cit.*, n.º 13, pág. 154.

¹⁷ Cfr. Wood, *op. cit.*, n.º 13, 112; Kain, P., “Self legislation in Kant’s Moral Philosophy”, *Archiv für Geschichte der Philosophie*, 83, 2004, pág. 257 y ss.

¹⁸ Cfr. Kant, *op. cit.* (1996a: 4: 450). Juan Iosa ha advertido que en las traducciones de Kant al castellano se usa “racional”, no “razonable”. Sin embargo, el término “racional” puede ser entendido de manera limitada, que no incluye todo lo que implica ser razonable.

la moral se ocupan de la elección razonable, es decir, de la decisión libre basada en argumentos normativos y limitada por demandas de racionalidad¹⁹.

Si uno, por el contrario, intenta preservar la autonomía garantizando que la ley moral u otros principios vinculantes para los agentes autónomos tengan carácter meramente formal y dejen margen para la decisión individual, surge el problema de cómo podría considerarse que la decisión se encuentra normativamente limitada. En especial, si los agentes eligen máximas sujetas a la restricción que marca el imperativo categórico²⁰, resulta que hay varias máximas que pueden superar el *test*. Pero entonces este criterio no ofrece una razón para creer que la máxima que elige el agente es vinculante para él, pues igualmente podría haber elegido una de esas otras máximas.

Otra propuesta es la que afirma que un agente es libre si primero elige una máxima por la que queda después vinculado²¹. Esto, sin embargo, significaría que se excluye una deliberación ulterior y que la decisión inicial es autoritativa. En consecuencia, la obligatoriedad deriva de la autoridad y no del razonamiento autónomo. Además, según esta interpretación, uno perdería su propia autonomía al hacer uso de ella, lo que resulta muy poco satisfactorio. Nada puede impedir a un agente autónomo cuestionar sus propias decisiones y efectuar una nueva elección. La decisión anterior, como tal, no afecta a la decisión posterior.

Una interpretación procedimental del imperativo categórico, entendido como proceso deliberativo más que como criterio estático de validez²², tampoco resuelve la cuestión. Sigue siendo un problema tanto que el proceso deliberativo pueda tener más de un resultado como que conduzca solo a un único resultado. Si son posibles resultados diferentes, parece que ninguno de ellos se puede considerar vinculante; y si solo es posible un único resultado, entonces no puede haber elección autónoma.

¹⁹ Sobre la concepción de razonabilidad como combinación de autonomía y racionalidad véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, 2, n.º 5.

²⁰ Cfr. Paton, *op. cit.*, n.º 15, pág. 183.

²¹ Brandom, R., *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)/Londres, Harvard University Press, 1994, pág. 50 y ss.

²² Reath, *op. cit.*, n.º 10, pág. 104.

Tampoco la teoría del discurso²³ puede explicar cómo los agentes autónomos pueden quedar vinculados por el consenso alcanzado discursivamente. Aunque existiera consenso, en tanto que nada impide a los agentes autónomos revocar su consentimiento, éste no sería vinculante. Por otro lado, es cierto que la teoría del discurso no usa solo el criterio del consenso, sino trata de desarrollar argumentos pragmático-trascendentales que intentan revelar presupuestos necesarios de la praxis o práctica comunicativa²⁴ que cualquiera ha de aceptar necesariamente al tomar parte en la comunicación, y estos argumentos dan a entender que algunos de esos presupuestos implican derechos que deben ser reconocidos de manera necesaria. Tales derechos, en la medida en que refuerzan el razonamiento autónomo, encajan con la idea de autonomía y pueden justificarse como presupuestos de esta idea o, menos ambiciosamente, como instrumentos del razonamiento autónomo. Sin embargo, los argumentos pragmático-trascendentales no resultan ya compatibles con el razonamiento autónomo si pretenden introducir restricciones sustantivas sobre lo que los agentes autónomos pueden defender, reclamar o aceptar como normas válidas. Un individuo autónomo no tiene por qué aceptar las reglas de la práctica comunicativa si puede proponer una alternativa. Por lo tanto, la existencia de una praxis comunicativa y sus presupuestos no pueden limitar el razonamiento autónomo.

Desde otro punto de vista, pueden distinguirse tres tipos de concepciones de la autonomía como autolegislación²⁵: el voluntarismo, el constructivismo y el realismo. El voluntarismo asume que el deber es constituido por actos de voluntad legislativos. El realismo asume que la ley moral está inscrita en la estructura normativa de la voluntad de un agente racional. El constructivismo entiende a los deberes

²³ Cfr. Habermas, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (orig.: *Faktizität und Geltung*, 4 ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994); id., *The Inclusion of the Other*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1998 (orig.: *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996).

²⁴ Cfr. Apel, K.O., *Transformation der Philosophie*, t. 2, Frankfurt/aM., Suhrkamp, 1973; Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/aM., Suhrkamp, 1991; Alexy, R., "Diskurstheorie und Menschenrechte", en Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995, págs. 127-164

²⁵ Siguiendo a Iosa, *op. cit.*, n.º 11) págs. 69-70.

morales como resultado de un proceso de deliberación. Cada una de estas concepciones destaca algo importante para una concepción de autonomía: el elemento volitivo, la necesidad de construir normas a través de la deliberación, la pretensión de que las normas existen con cierta independencia de lo que cada uno crea y no son solo creaciones arbitrarias. Sin embargo, ninguna de estas concepciones parece adecuada: el voluntarismo no puede explicar cómo los actos voluntarios pueden ser vinculantes.

El realismo no deja la posibilidad de elegir y así no permite la autolegislación. El constructivismo no puede explicar cómo llegar a un resultado vinculante cuando la deliberación permite distintos resultados igualmente posibles y no puede explicar tampoco cómo es posible la autolegislación cuando sólo cabe un único resultado.

III. 1.2. Concepciones que no tratan de autolegislación

En vista de que la filosofía práctica no encuentra una solución satisfactoria para la paradoja de la autonomía, algunos autores han sostenido que la idea de autonomía individual es una simple metáfora²⁶, o que la noción de autonomía tiene sentido solo si se la concibe como autonomía política²⁷. Así, la discusión acerca de la autonomía a menudo no se ocupa de la auto-legislación²⁸, sino de la autodeterminación²⁹; de la autonomía personal³⁰; de la facultad de ordenarse hacer a sí mismo

²⁶ Patzig, G., “Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie”, en: Patzig, G., *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 1994, pág. 174 y ss.

²⁷ Baumann, *op. cit.*, n.º 13, pág. 11.

²⁸ Excepciones son Wood, *op. cit.*, n.º 13, pág. 106 y ss.; Reath, *op. cit.*, n.º 10, pág. 92 y ss.; Kain, *op. cit.*, n.º 17, pág. 257 y ss. Cfr. también Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, págs. 137-138; Nagl-Docetal, H., “Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung”, en: Pauer-Studer, H. y Nagl-Docetal, H. (eds), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie*, Viena/Berlín, Oldenbourg/Akademie Verlag, 2003, págs. 296-326.

²⁹ Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1989, pág. 314 ss.; Mele, A.R., *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1995.

³⁰ Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986; Spector, H., *Autonomy and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994; Mele, *op. cit.*, n.º 29.

lo que se piensa que sería una buena idea hacer³¹; de la capacidad de abandonar la comunidad moral o de no seguir la ley moral³²; o, en fin, del problema del libre albedrío. Sin embargo, ninguna de estas concepciones ofrece una explicación de la idea de auto-legislación. Por el contrario, deben distinguirse de ella.

La posibilidad y existencia del libre albedrío es un tema central en las discusiones filosóficas sobre autonomía. La cuestión es si las decisiones individuales pueden estar libres de predeterminaciones causales o empíricas³³. No obstante, este enfoque no proporciona una concepción de la auto-legislación individual, sino que se ocupa más bien de un problema diferente: cómo conjugar la existencia de decisiones individuales con las concepciones empíricas del mundo, si son o no son causales, y de investigaciones de psicología cognitiva que ofrecen explicaciones empíricas de cómo funciona la mente humana³⁴.

La noción de auto-legislación tiene que distinguirse también de la autodeterminación y de la autonomía personal y privada. La autodeterminación puede entenderse, de forma negativa, como lo contrario de la heteronomía³⁵, es decir, como el derecho a juzgar y decidir por uno mismo sin estar sujeto a la influencia de otros; o bien puede entenderse positivamente, en el sentido de la autonomía personal, que incluye, por un lado, la capacidad y, por otro, el derecho a llevar una vida auto-determinada. Esto comprende la decisión de conducirse moralmente o no, pero no la determinación de qué normas resultan moralmente válidas. La autonomía privada significa que uno tiene competencia para regular por sí mismo sus propios asuntos. Pero, una vez más, nada de esto implica que la validez de las normas sea establecida por sus mismos destinatarios; cuando menos, todos estos enfoques son compatibles con la idea de unas normas preexistentes que son válidas con independencia del juicio individual; o bien, si se entiende que incluyen una elección, no pueden mostrar por qué la norma elegida tendría que reputarse vinculante. En definitiva, tam-

³¹ Korsgaard, C., "The Authority of Reflection", en Korsgaard, C.M., *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pág. 107.

³² Tugendhat, E., *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pág. 89.

³³ Cfr. Patzig, *op. cit.*, n.º 26, 176; Schneewind, *op. cit.*, n.º 10, págs. 515, 520.

³⁴ Cfr. Korsgaard, *op. cit.*, n.º 31, págs. 96-97.

³⁵ Cfr. Schneewind, *op. cit.*, n.º 10, pág. 4.

poco estas nociones permiten explicar la idea de autonomía como auto-legislación.

La noción de autonomía pública o política, en cambio, sí incluye la de auto-legislación, por cuanto se refiere a la determinación de normas colectivamente vinculantes. Pero tropieza, no obstante, con el problema de cómo es posible la auto-legislación. Sin una concepción de la auto-legislación individual, no está claro cómo pueda operar la auto-legislación colectiva. No funciona solo, en la realidad, sobre la base del consentimiento individual, sino que requiere decisiones colectivas que pueden ser mayoritarias o de ciertos órganos políticos. Si la autonomía pública es así, que los individuos pueden quedar sujetos a la decisión de la mayoría o a la decisión de los órganos políticos, esta sujeción, de nuevo, requiere una justificación referida al juicio individual y no explica la idea de auto-legislación.

En suma, ninguna de las concepciones mencionadas ofrece un tratamiento adecuado de la autonomía individual. Así que, voy a sugerir una concepción del razonamiento autónomo que define la autonomía como una estructura conforme a la cual un juicio normativo se forma sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. Una tesis central de este enfoque es precisamente que la estructura de la ponderación de argumentos normativos proporciona una solución a la paradoja de la autonomía tal como acabo de plantearla: la autonomía consiste, entonces, en la ponderación de argumentos normativos.

III. 2. La lógica de la autonomía

La cuestión central que abordaré ahora es la justificación de normas basada en la idea de autonomía³⁶. Esta justificación supone un “razonamiento autónomo”, o sea, un razonamiento hecho por agentes autónomos del que resultan decisiones con respecto a qué norma es definitivamente válida y, por tanto, vinculante u obligatoria para dichos agentes. El razonamiento autónomo comienza con agentes que plantean demandas o pretensiones normativas y efectúan juicios nor-

³⁶ Véase también: Sieckmann, J., “The Concept of Autonomy”, en Gizbert-Studnicki, T./Stelmach, J. (eds), *Law and Legal Cultures in the 21st Century, Diversity and Unity*, Cracovia, Oficina/Kluwers, 2007, págs. 149-170; Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, *op. cit.*, n.º 7.

mativos en cuanto a qué norma debe ser aceptada como válida en relación con esas pretensiones. Este razonamiento reconoce el derecho de cada agente autónomo a plantear pretensiones y formular juicios normativos, pero también reconoce que ninguno de ellos puede determinar, por medio de su propio juicio normativo individual, si esta o aquella norma es definitivamente vinculante para otros agentes. Las normas definitivamente vinculantes solo pueden determinarse mediante enunciados o proposiciones que tengan en cuenta los diversos juicios de los agentes autónomos (“tesis de la interdependencia”), lo cual requiere un proceso de reflexión intersubjetivo dirigido a determinar qué norma debe considerarse vinculante, sobre todo ante casos de desacuerdo razonable entre agentes autónomos. Por tanto, los enunciados normativos tienen que basarse en algo más que en los juicios normativos individuales. A su vez, el razonamiento autónomo implica que ninguna norma puede considerarse definitivamente válida con independencia de las pretensiones o juicios normativos de los agentes autónomos.

Por ejemplo, en el caso de las expresiones ofensivas, entran en conflicto los intereses en la protección del honor personal y los intereses en la libre expresión. Los agentes plantearán sus pretensiones normativas basadas en esos intereses, como la pretensión de que las expresiones ofensivas deben ser prohibidas, o la de que cualquier expresión, incluso las ofensivas, deben ser permitidas. El conflicto entre ambas pretensiones requiere de una ponderación, sobre cuya base los agentes efectuarán juicios normativos. Estos juicios darán prioridad a una de las pretensiones en conflicto, por más que condicionalmente suela entenderse, por ejemplo, que cualquier forma de expresión, incluso las insultantes, deben permitirse mientras tengan una causa legítima y no persigan meramente humillar a una persona. No obstante, distintos agentes pueden aducir juicios normativos diferentes, y ninguno/a de ellos/as puede pretender determinar la situación normativa por sí solo/a. De ahí que se necesite una segunda ponderación que incluya una reflexión intersubjetiva sobre qué norma debe ser aceptada como definitivamente válida en casos de pretensiones y juicios normativos contrapuestos. Esa reflexión intersubjetiva puede lograr la aceptación común de una norma particular como definitivamente válida. Si lo logra, uno puede sostener que dicha norma está objetivamente justificada y, en el supuesto de que se requiera una norma colectivamente

vinculante para todos, que dicha norma es objetivamente vinculante para sus destinatarios.

III. 2.1. Cómo no entender la autonomía

El problema de la idea de autonomía como auto-legislación es cómo puede uno estar vinculado por una norma cuya validez depende del juicio de uno mismo. Si uno está en posición de decidir qué norma es válida, obviamente esa norma no puede vincular la decisión que uno tome. Y como uno es libre de cambiar su propia visión normativa, tampoco puede quedar vinculado por una decisión previa de considerar válida una norma. La dicotomía entre elección y obligatoriedad parece ineludible mientras concibamos la validez de las normas como algo parecido a su existencia objetiva. O bien una norma existe objetivamente, o sea, al margen del reconocimiento por parte de sus destinatarios, y entonces no hay autonomía, o bien la norma no existe objetivamente, en cuyo caso no puede ser vinculante para las personas a quienes se dirige. ¿Hay alguna alternativa a esta dicotomía? Para ser capaces de encontrarla, debemos evitar ciertas asunciones comunes.

(1) No debemos presuponer que las normas morales existen independientemente de su reconocimiento por parte de agentes autónomos. Por consiguiente, en el plano de la argumentación normativa debemos evitar un compromiso con el realismo moral.

El razonamiento autónomo tan solo garantiza la validez de normas al margen del consentimiento individual en la medida en que estas constituyen un marco para el razonamiento moral. Esto incluye, formalmente, requisitos de racionalidad práctica como, por ejemplo, ofrecer una justificación para las pretensiones normativas, tratar los casos iguales de igual manera o procurar cumplir las exigencias normativas en la mayor medida posible. E incluye también, sustantivamente, argumentos normativos basados en las pretensiones legítimas de los agentes autónomos. Estos argumentos ya son válidos y por tanto vinculan a otros agentes, si bien solo sea como argumentos, por cuanto es un agente autónomo quien ha planteado una de esas pretensiones. Los demás agentes deben aceptar tal pretensión como un argumento válido que debe ser ponderado con argumentos contrapuestos.

Más allá de los requisitos de racionalidad y argumentación normativa, sólo se puede pretender que las normas definitivas sean vinculantes si, además de ser resultado del razonamiento autónomo colectivo, producen una norma colectivamente vinculante. Sin embargo, la validez de estas normas depende de la aceptación de los agentes autónomos, y eso contradice el realismo moral.

(2) Debemos rechazar la idea de que los argumentos normativos a favor de una norma concreta implican pretensiones sobre su corrección moral en sentido cognitivo.

Los agentes autónomos deben presentar argumentos normativos acerca de qué norma debería considerarse válida, pero no pueden establecer individualmente normas vinculantes para otros agentes autónomos. Por lo tanto, no pueden pretender conocer por sí mismos lo que sea moralmente correcto. De otra parte, no necesitan justificar con razones cognitivas sus demandas basadas en intereses y sus correspondientes argumentos normativos. Antes bien, la autonomía incluye la competencia normativa para alegar esos argumentos, y con ello se establece la obligación para otros agentes de prestarles el debido respeto en su razonamiento.

(3) Debemos evitar tanto una interpretación descriptiva como una interpretación prescriptiva de los enunciados de normas que son usados como argumentos normativos³⁷.

De acuerdo con una interpretación descriptiva, los enunciados normativos expresan proposiciones normativas. Si esas proposiciones son verdaderamente normativas, y no meras aserciones de hechos empíricos relativos a una particular norma³⁸, entonces incluyen una descripción de una norma (N) y una adscripción de validez a dicha norma, con lo que se pretende que su contenido normativo debe efectiva-

³⁷ Para estas interpretaciones, cfr. Stuhlmann-Laeisz, R., *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart/Bad Cannstatt, Frommann-holzboog, 1983, 23; Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Vienna, Springer, 1971, pág. 121; v. Wright, G.H., *Norm and Action*, Londres/Nueva York, Routledge & Kegan Paul, 1963, pág. 132; Kamp, G., *Logik und Deontik*, Paderborn, Mentis, 2001, pág. 19.

³⁸ La otra interpretación, que se encuentra en v. Wright, *op. cit.* (n.º 37), 132, y en Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, n.º 37, 121, incluye aserciones descriptivas acerca de hechos empíricos, no de normas.

mente ser aplicado y observado. Sin embargo, los agentes autónomos, en el curso de su argumentación, no pueden plantear razonablemente esta pretensión, porque no pueden presuponer la existencia de una norma sin considerar las visiones normativas de otros agentes autónomos. En sus argumentos, solo pueden plantear pretensiones acerca de qué norma *debe ser aceptada* como válida.

Por otra parte, también debemos evitar una interpretación prescriptiva de los enunciados de normas usados como argumentos normativos, porque los agentes autónomos no están en posición de establecer prescripciones frente a otros agentes autónomos. Pueden plantear pretensiones o demandas normativas sobre otros agentes, pero la medida en que tales pretensiones hayan de ser aceptadas como normas definitivamente válidas, es decir, deban ser efectivamente aplicadas y observadas, no depende del juicio de un único agente, sino que puede determinarse solo sobre la base de los juicios normativos de todos los agentes autónomos implicados.

En suma, al analizar el razonamiento autónomo, el primer paso es dejar de lado las discusiones habituales sobre realismo moral, sobre cognitivismo y sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de los enunciados normativos. Estas discusiones no tienen mucho sentido sin una comprensión adecuada de la estructura de la justificación normativa. Lo que hace falta, en su lugar, es analizar qué sucede cuando los agentes autónomos aducen argumentos normativos en un intento de establecer normas como válidas y vinculantes.

III. 2.2. La estructura del razonamiento autónomo

El punto de partida del razonamiento autónomo son las pretensiones o las demandas basadas en intereses, que constituyen argumentos normativos que exigen que cierta norma sea aceptada como definitivamente válida; un proceso del que resultan juicios normativos individuales y, eventualmente, aserciones normativas de normas definitivamente válidas y, por tanto, vinculantes. La peculiar estructura de los argumentos normativos, así como la de su ponderación por agentes autónomos, determina la estructura del razonamiento autónomo o, dicho en forma abreviada, la “lógica de la autonomía”. Y es esto lo que hace posible entender el concepto de autonomía como auto-legislación.

El núcleo del razonamiento autónomo consiste en la ponderación de argumentos normativos basados en las pretensiones de los agentes autónomos³⁹. Los argumentos normativos exigen un resultado concreto de esta ponderación, un resultado plasmado en un juicio normativo que establece que cierta norma es definitivamente válida y, por tanto, ha de ser en efecto aplicada y observada. Cuando ocurre un conflicto que no se encuentra resuelto por una regla establecida los argumentos en conflicto deben ponderarse según su importancia en las circunstancias del caso concreto para establecer una prioridad entre ellos, la cual determina una norma con validez definitiva. La validez definitiva significa que una norma es resultado de una ponderación de todos los argumentos e información relevantes. Esto es, marca la transición de la argumentación a la aserción de una norma que guía la acción. Más precisamente, el juicio normativo que proviene de la ponderación puede incluir dos elementos: primero, que una determinada norma *debe ser* definitivamente válida; y, segundo, que la norma *es* definitivamente válida. Al segundo elemento cabe llamarlo “proposición normativa”.

El ejemplo de las expresiones ofensivas esbozado antes presenta cuatro características de la ponderación autónoma.

(1) El resultado de la ponderación no puede inferirse a partir de normas preexistentes, sino que debe ser establecido mediante un juicio autónomo.

Si hubiera que decidir el caso de acuerdo con normas preestablecidas, no quedaría espacio para la autonomía. Cabría objetar que los conflictos pueden resolverse con reglas ya establecidas. Por ejemplo, los tribunales podrían haber establecido una regla por la cual la libertad de expresión prevalece sobre derechos contrapuestos siempre que la expresión sea una contribución adecuada a la discusión de los asuntos públicos; y entonces la argumentación podría tratar acerca de lo que haya que entender por “adecuado” en este contexto. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no queda establecida ya por dicha regla; y aunque así fuese, la regla podría cuestionarse ante nuevos casos. Por tanto, seguiría habiendo un problema de ponderación. De ahí que el

³⁹ Cfr. Sieckmann, J., “Legal System and Practical Reason”, *Ratio Juris* 5, 1992, págs. 288-307, 296; id., “Autonome Abwägung”, *ARSP* 90, 2004, pág. 66; id., *op. cit.*, n.º 36, pág. 149; id., *op. cit.*, n.º 7, págs. 13, 85 y ss.

razonamiento autónomo sea opuesto al razonamiento interpretativo, en la medida en que el objetivo de la interpretación es determinar el significado existente de una norma dada. También se opone a las concepciones que consideran la ponderación de argumentos como alguna forma de cálculo. De nuevo, si hubiese suficiente información disponible para efectuar dicho cálculo, tampoco quedaría margen para una decisión o elección autónoma. El razonamiento autónomo es compatible con las reglas de la ponderación correcta, pero presupone que tales reglas no determinan el resultado de la ponderación. Es importante, pues, distinguir el razonamiento autónomo tanto respecto de la interpretación como del cálculo.

(2) Los argumentos normativos son resultado de pretensiones que plantean los agentes autónomos basándose en sus intereses.

El esquema de tales pretensiones es que uno quiere que una norma sea válida y, por tanto, exige o pretende que debe ser válida. Cualquier pretensión basada en intereses es legítima, y constituye un argumento normativo válido, sencillamente, porque un agente autónomo la ha planteado. No se requiere ninguna justificación adicional⁴⁰. La validez como argumento normativo implica que todos los demás agentes están obligados a dar la debida consideración a este argumento en su razonamiento⁴¹. No obstante, hay límites a la validez de tales argumentos: los argumentos normativos pueden exigir solo aquellos resultados de la ponderación que sean posibles; y como los resultados dependen de los juicios de agentes autónomos, solo son posibles los que sean razonablemente aceptables para todos los demás agentes. Por tanto, rige aquí un criterio de universalidad. En general, uno no puede negar la relevancia de los intereses de otros agentes autónomos para una argumentación; y tampoco puede transformar un interés en un argumento normativo cuando dicho interés persigue, por su propio contenido, una injerencia injustificada en los intereses de otros agen-

⁴⁰ Cfr. en contra Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven/London, Yale University Press, 1996, pág. 165.

⁴¹ Entonces, implica un poder normativo en el sentido de Hohfeld, esto es: dar la posición de crear obligaciones argumentativas para otros agentes. Cfr. Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, pág. 23 y ss.

tes. Por ejemplo, los intereses en el asesinato, la violación o el robo no pueden constituir argumentos normativos válidos que otros agentes tengan que considerar en su deliberación. Por tanto, las pretensiones basadas en los intereses de los agentes autónomos constituyen argumentos normativos solo si pueden tenerse por legítimas.

(3) Los argumentos normativos incluyen exigencias de validez, esto es, demandan que una norma concreta sea aceptada como definitivamente válida.

El *quid* de la argumentación autónoma es qué norma debería aceptarse como resultado de la argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos incluyen exigencias para que una norma concreta sea aceptada como resultado de la argumentación; o sea, incluyen exigencias de que una norma concreta sea definitivamente válida. Empleando “O” para expresar el operador deóntico “deber”, “VAL_{DEF}” como predicado para “... es válido definitivamente”, y “N_i” como variable para las instancias particulares de normas, los argumentos normativos presentan esta estructura:

$$O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i.$$

Es importante que tales exigencias de validez no se interpreten como proposiciones o enunciados normativos. Pues para contar como argumento dentro de una ponderación de argumentos en conflicto, un argumento normativo ha de reconocer la validez de los argumentos contrapuestos al tiempo que mantiene su fuerza argumentativa en la situación de conflicto. Esto es, los argumentos normativos no solo deben ser objeto de ponderación, sino que deben contar también como razones dentro de la ponderación. Esto no sería posible si los argumentos normativos tuviesen el carácter de enunciados o proposiciones, ya que los enunciados normativos demandan que se cumpla la norma enunciada y, por tanto, precluyen la consideración de las exigencias normativas contrapuestas. Un enunciado y la proposición que incorpora se dirigen a denotar un hecho. Pero si fuese un hecho que uno debe cumplir una norma, ninguna norma contrapuesta podría ser reconocida como válida al mismo tiempo. Por el contrario, las exigencias de validez mantienen su validez como argumentos a favor de un resultado concreto incluso en una situación de conflicto con otros argumentos normativos.

Queda el problema de cómo construir argumentos con estas características. *La idea es que los argumentos normativos incluyen mandatos de validez reiterados.* Es decir, cada mandato de validez de cierto nivel está apoyado por otro de un nivel superior, que exige reconocer la validez del primero. Es decir, un argumento normativo consiste en una cadena reiterada de argumentos:

$O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i,$
 $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i,$
 $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i,$
 etc.

La estructura de argumentos normativos puede anotarse como

... $O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i.$

Esta estructura lógica de los argumentos normativos tiene implicancias interesantes⁴². Aquí interesa que permite explicar la idea de la autonomía moral como autolegislación. El primer paso es la pretensión de corrección normativa que se sigue de la estructura de los argumentos normativos.

(4) La estructura de los mandatos de validez implica que los juicios normativos incluyen la pretensión de que el resultado establecido es normativamente necesario.

De acuerdo con esto, los agentes autónomos plantean la pretensión *de la necesidad normativa* (NN) de sus juicios:

(NN) Cualquiera que sea la norma que un agente, a resultas de la ponderación de argumentos normativos contrapuestos, proponga como definitivamente válida, debe pretender que la validez de dicha norma viene exigida por el argumento más fuerte.

Esta pretensión de necesidad normativa es crucial para la estructura de la autonomía. La autonomía se define como una estructura para la toma de decisiones normativas, esto es, una estructura para efectuar juicios normativos basados en la ponderación de argumentos normativos. La estructura de esta ponderación puede explicar los dos aspectos del juicio autónomo: elegir libremente una norma y al mismo tiempo

42 Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 45 y ss.

quedar vinculado por la propia decisión. Por tanto, este juicio puede entenderse como un acto de auto-legislación.

Por una parte, una característica esencial de la ponderación de argumentos normativos es que la prevalencia de un argumento sobre los demás no puede deducirse de criterios objetivos, sino que requiere de un juicio normativo. Por consiguiente, el agente podría haber tomado una decisión diferente; y en este sentido su juicio es libre.

Por otra parte, esta ponderación establece una norma válida, y en este sentido constituye un caso de legislación. Un acto legislativo requiere, primero, atribuir validez a una norma que, en segundo lugar, debe tenerse por normativamente válida por cuanto la norma debe ser aplicada y observada. En tercer lugar, el acto ha de implicar que los/as destinatarios/as de la norma deben aceptarla como válida. Estas son características inherentes a la legislación: un legislador no puede decir que, aunque establece una norma válida, cualquiera es libre de seguirla o no; y tampoco puede pretender que alguien deba seguir esa norma aunque no haya ninguna razón por la que debiera aceptarla como válida. Expresiones semejantes desbaratarían el propósito mismo de la legislación. Por lo tanto, la marca de un acto legislativo es la atribución de validez a una norma junto con la pretensión de que sus destinatarios/as deben aceptarla como válida.

Los juicios basados en la ponderación de argumentos normativos poseen estos rasgos o características. Atribuyen validez definitiva a una norma, con lo que pretenden que debe ser aplicada y observada y que se debe aceptar como válida. El primer rasgo se sigue de la función pragmática, en tanto guía de la acción, de las proposiciones normativas. El segundo rasgo deriva de la estructura de los argumentos normativos en cuanto requisitos de validez de una norma. Cualquier juicio que resulte de la ponderación de argumentos normativos, aunque sea libre y no esté determinado por criterios preestablecidos, tiene que reflejar la pretensión de que viene exigido por el argumento normativo más fuerte. Por tanto, cualquiera que sea el juicio, está vinculado por argumentos normativos que exigen que este resultado de la ponderación sea el elegido. Debido a esta estructura, el juicio autónomo no supone una decisión arbitraria, como escoger entre té o café. Al contrario: cualquiera que sea el juicio, viene exigido por el argumento normativo más fuerte y, por tanto, ha de entenderse como una decisión exigida por razones normativas.

Por ejemplo, si uno decide que las expresiones ofensivas sean permitidas, esto no es solo porque uno lo quiere así, sino porque se sigue del principio de libertad de expresión, el cual se considera como el argumento más fuerte en la ponderación.

Esto convierte la estructura lógica de los argumentos normativos, en cuanto requisitos de validez de una determinada norma, en algo crucial para la estructura de la autonomía. La estructura de la toma de decisiones autónoma es precisamente lo que caracteriza la estructura de la moral autónoma. El requisito conceptual de que una elección moral sea libre al tiempo que está vinculada por estándares morales queda satisfecho por la estructura de la ponderación de argumentos normativos. Por tanto, la ponderación de argumentos normativos se presenta como la esencia de la autonomía moral. Y esta estructura no es privativa de la moral, sino que opera en todos los tipos de ponderación de argumentos normativos: los juicios jurídicos basados en esta clase de justificación son, igualmente, juicios autónomos –así, por ejemplo, las decisiones judiciales basadas en la ponderación de principios jurídicos, las decisiones administrativas discrecionales vinculadas por principios jurídicos y las decisiones legislativas vinculada por principios constitucionales–. Todos estos tipos de decisiones presentan una estructura común por cuanto no son meras decisiones, sino juicios basados en la ponderación de argumentos normativos.

3. Definiciones de autonomía

Ahora podemos definir el concepto de autonomía más precisamente⁴³. La idea general de autonomía como auto-legislación puede formularse como sigue:

DF_A “Autonomía” significa establecer la validez definitiva de una norma mediante los juicios normativos de sus propios/as destinatarios/as.

Esta idea incluye tanto la autonomía individual como la colectiva. De un lado, la autonomía incluye la idea de que los agentes autónomos pueden juzgar por sí solos lo que es obligatorio, lo que está prohibido y lo que está permitido. De otro lado, un colectivo de agentes

⁴³ Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 17 y ss.

autónomos puede efectuar juicios para establecer normas que vinculen a todos (normas colectivamente vinculantes, normas vinculantes comunes).

La autonomía individual puede definirse como:

DF_{AI} “Autonomía individual” significa establecer la validez definitiva de una norma mediante el juicio normativo individual de uno/a mismo/a.

Esta concepción de la autonomía individual tropieza, sin embargo, con un problema. Dado que los agentes autónomos no pueden, mediante su solo juicio individual, establecer normas definitivas que vinculen a otros agentes autónomos, las normas vinculantes únicamente pueden establecerse mediante una argumentación en la que todos esos agentes puedan participar, y donde los intereses y argumentos de todos reciban la debida consideración. No obstante, los agentes autónomos pueden efectuar juicios normativos individuales basados en la ponderación de todos los argumentos relevantes. Tales juicios son definitivamente válidos en el sentido de que son juicios “todas las cosas consideradas” (*all-things-considered*); o sea, no quedan ya argumentos que pudiesen –a juicio del agente– alterar el resultado de la ponderación. La autonomía incluye la idea de que uno es capaz de efectuar estos juicios normativos individuales.

Así pues, hay que distinguir entre la validez definitiva procedimental y la validez definitiva sustantiva. La primera significa que se han considerado todos los argumentos, de modo que los agentes autónomos pueden efectuar juicios normativos individuales respecto a qué norma deben tener por definitivamente válida. La segunda significa que una norma es válida de manera definitiva en el sentido de que es efectivamente vinculante para sus destinatarios/as. Y esto puede establecerse solo mediante un proceso discursivo intersubjetivo.

Por consiguiente, la autonomía individual, tal como se ha definido antes, tiene que entenderse como el establecimiento de la validez definitiva de una norma en sentido procedimental, en conexión con la pretensión de que esa norma debe ser aceptada, aplicada y observada como resultado del procedimiento. Como vimos, esta pretensión normativa tropieza, sin embargo, con la autonomía de otros agentes. Por tanto, en cuanto a la cuestión de la obligatoriedad, los juicios autónomos individuales pueden determinar solo qué normas considera un agente vinculantes para él/ella mismo/a. Esto, desde luego, no ha

de interpretarse como que un agente autónomo establece solo normas para sí mismo/a. Los juicios normativos pretenden establecer una norma que debe ser aplicada y observada por todos sus destinatarios/as. Limitar la autonomía al establecimiento de normas solo para uno/a mismo/a no cuadraría con el carácter general o universal de la justificación normativa. Si esta justificación ha de ser válida, no puede referirse a individuos singulares. Una restricción a la validez de las normas establecidas autónomamente solo puede provenir de la autonomía de los demás agentes. El respeto a su autonomía requiere que se limite la pretensión de obligatoriedad que se efectúa para las normas que un agente singular sostiene como definitivamente válidas. Por lo que hace a los demás agentes, tal pretensión puede efectuarse solo como válida en principio, es decir, como un argumento normativo que los demás han de tener en cuenta.

De acuerdo con esto, si resultase que es posible establecer la validez definitiva de una norma en un sentido pleno o sustantivo, solo una comunidad de agentes autónomos podría hacerlo. Una norma es válida para tal comunidad si sus miembros consideran que la correspondiente norma es definitivamente válida para ellos y ellas. Esta dimensión colectiva puede denominarse también “autonomía política”, que cabe definir como sigue:

DF_{AP} “Autonomía política” significa establecer normas que sean definitivamente válidas y vinculantes mediante los juicios normativos de sus propios/as destinatarios/as.

Por lo tanto, en el sentido aquí definido, la autonomía política intenta establecer normas vinculantes comunes (o colectivamente vinculantes) mediante los juicios normativos de sus respectivos/as destinatarios/as. Se podría concluir que la autonomía como auto-legislación puede definirse solo en el plano o nivel colectivo. Pero esto sería ir demasiado lejos. La autonomía individual es esencial para cualquier concepción de la autonomía, ya que todos los agentes individuales pueden aducir argumentos normativos y efectuar juicios normativos. El problema crucial es cómo conectar el plano individual con el colectivo. A continuación procuraré ofrecer una solución a este problema mediante un análisis que reconstruye la autonomía política sobre la base de juicios individuales autónomos. Este análisis retoma alguno de los puntos arriba desarrollados.

Un punto importante de este análisis es que considera la autonomía como una característica del juicio normativo o de la toma de decisiones justificables. En cuanto resultado de la ponderación de argumentos normativos, un juicio normativo establece que una norma es definitivamente válida. Por tanto, un agente tiene autonomía si está en posición de tomar una decisión normativa basada en la ponderación de argumentos normativos. Tal decisión se encuentra vinculada por argumentos, pero no está determinada, respecto al resultado, por criterios preestablecidos. Cabría pensar en un caso extremo en el que hubiese solo un único argumento relevante, con lo que el resultado estaría determinado; pero, aun así, se requiere una decisión para transformar la pretensión normativa en un juicio normativo. Se puede entonces definir la autonomía de un agente (AA) como sigue:

DF_{AA} Un agente tiene autonomía si está en posición de tomar una decisión normativa vinculada por argumentos normativos.

La autonomía puede definirse también como una estructura decisoria específica. En contraste con la autonomía entendida como atributo de un agente, ahora no se trata ya de una propiedad o atributo de alguien, sino de una característica de una situación en la que ha de tomarse una decisión normativa. Este parece ser el sentido más elemental de la autonomía, si la concebimos abstrayéndola de los agentes implicados y nos centramos en la estructura de la argumentación. Esta estructura se caracteriza por la ponderación de argumentos normativos, es decir, autonomía como balanceo (AB):

DF_{AB} Existe autonomía si una decisión normativa ha de tomarse mediante la ponderación de argumentos normativos.

De nuevo, como caso extremo, podría suceder que se aplicara tan solo un único argumento relevante. Pero esto parece ser una mera posibilidad teórica. En la realidad, el razonamiento práctico siempre se ocupa de argumentos contrapuestos, y de ahí que se pueda definir la autonomía como la ponderación de argumentos normativos.

La noción de autonomía como ponderación de argumentos normativos constituye una concepción formal de la autonomía, que hay que diferenciar claramente del valor de la autonomía⁴⁴. Y hay que distin-

⁴⁴ En cambio, Hurley, *op. cit.*, n.º 29, pág. 328, considera a la autonomía como un valor que puede entrar en conflicto con otros valores.

guirla también de la autonomía entendida como una capacidad y de la autonomía en el sentido de un derecho a decidir autónomamente.

La autonomía como *capacidad* requiere que un agente sea capaz de tomar decisiones autónomas, esto es, que sea consciente de que debe establecer prioridades entre pretensiones o argumentos normativos contrapuestos, y que sea capaz de ponderar estos argumentos correctamente. Aquí, la corrección depende de requisitos formales de racionalidad respecto a la ponderación de argumentos normativos, como, por ejemplo, la consistencia, la conclusividad, la coherencia, la corrección empírica, la universalidad y la reflexión intersubjetiva. Según esto, un agente autónomo es capaz de efectuar juicios normativos basados en la ponderación de argumentos normativos conforme a los requisitos formales de racionalidad.

El *derecho* a tomar decisiones autónomamente incluye diversas cuestiones. Ante todo, incluye el derecho a efectuar argumentos y juicios normativos. Lo que interesa aquí especialmente es, no obstante, que este derecho implica a su vez una obligación, de parte de cualquier agente autónomo, de considerar en su razonamiento los argumentos y juicios normativos aducidos por todos los demás agentes autónomos. Luego las normas definitivamente válidas no pueden establecerse sin considerar los argumentos normativos de todos y cada uno de los agentes autónomos. Dado que los agentes individuales pueden por sí mismos cumplir esta exigencia, ninguno/a de ellos/as está sujeto a los juicios normativos del resto, con lo que todos tienen igual condición. Este derecho a no estar sujeto a los juicios normativos de otros agentes, sin embargo, parece poner en duda que mediante un razonamiento autónomo puedan establecerse normas vinculantes.

IV. La argumentación autónoma

Queda el problema de explicar la estructura de la argumentación autónoma y las condiciones del establecimiento de normas vinculantes a través de la argumentación autónoma, para después esbozar cuáles serían las instituciones adecuadas para establecerlas. ¿Cómo es posible establecer normas objetivamente válidas sobre la base de la argumentación autónoma?

El objetivo de la argumentación normativa es establecer normas vinculantes y, en este sentido, objetivamente válidas. La fundamenta-

ción de normas objetivas debe depender del consenso de los agentes autónomos. Como vimos, no hay otro fundamento para la validez de las normas que la aceptación de su validez, por parte de agentes autónomos, como consecuencia de una argumentación racional. Los reclamos meramente subjetivos no pueden considerarse normas vinculantes, pues cualquier agente autónomo puede tener sus propios reclamos. Sin embargo, no es clara la relación entre validez y consenso. Para evitar que la idea de la fundamentación en el consenso de agentes autónomos quede vacía, no se debe exigir un consenso real de todos. Debe ser una forma más débil, de orientación al consenso. Primero podemos constatar que la autonomía individual excluye pretender la validez de una norma sin considerar los argumentos y opiniones de otros agentes autónomos. Además, la meta de una argumentación autónoma debe ser el consenso de los agentes autónomos. Una concepción de fundamentación que se apoya en la razón de sujetos autónomos debe orientarse –al menos como idea regulativa– por el criterio de que una norma sea reconocida por todo agente razonable⁴⁵. Para explicar esta idea sirve un ejemplo.

IV. 1. Un ejemplo: la prohibición de fumar

Como ejemplo de una argumentación autónoma podemos considerar la justificación de una prohibición de fumar en lugares públicos. Puede considerarse como una cuestión moral o jurídica. Desde el punto de vista moral el problema es si se puede fundamentar una norma reclamando que no se debe fumar en lugares públicos. Desde el punto de vista jurídico el problema es si se debe prohibir el fumar en lugares públicos. Los argumentos en ambos casos son básicamente los mismos.

Entran en conflicto, por un lado, los intereses de los fumadores de ejercer su libertad y otros motivos, como disfrutar el efecto del tabaco o mejorar su capacidad de trabajar. Por otro lado, para los demás puede ser una molestia o aún un riesgo para su salud. Todos los intereses constituyen argumentos normativos, que implican exigencias sobre cuál sea la norma definitivamente válida en cierta comunidad.

⁴⁵ Por agente razonable entiendo un agente autónomo que respeta las exigencias de la argumentación racional.

Los argumentos en conflicto deben ser balanceados para determinar una prioridad entre ellos y, por tanto, una norma común. Acá es relevante la importancia que tengan los argumentos en conflicto y en qué grado estén afectados los intereses que fundamentan estos argumentos⁴⁶. Pueden existir diferencias en el peso y el grado de afectación de los intereses que favorecen claramente uno de los lados. Sin embargo, en tanto que la ponderación lleva a un juicio autónomo, diversas opiniones pueden resultar de tal ponderación.

Entonces será necesario una ponderación de segundo orden acerca de cuál de las opiniones en conflicto debe tener prioridad. Todos los agentes autónomos deben hacer tales ponderaciones desde su perspectiva. En cuanto que la solución depende de la opinión de todos los agentes por igual, deben dar la misma consideración a las opiniones de cada uno. Esto significa un proceso de reflexión intersubjetiva⁴⁷. Si no llegan a un consenso, deben repetir el proceso hasta que la continuación del proceso no prometa cambios de opiniones. Este proceso de argumentación autónoma puede dar resultados, aunque esto no será necesariamente así.

IV. 2. Elementos de la argumentación autónoma

Este ejemplo permite distinguir varios elementos de la argumentación autónoma. La argumentación autónoma consiste en:

- (1) la formación de argumentos normativos basados en intereses y opiniones de agentes autónomos;
- (2) la ponderación de argumentos normativos para establecer normas definitivas que provienen de las pretensiones de agentes autónomos respecto de cuáles normas deben ser reconocidas como definitivamente válidas;

⁴⁶ Sobre la estructura de tales ponderaciones véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 85 y ss.; Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ed., Madrid, 2008, pág. 130 y ss., pág. 520 y ss.

⁴⁷ Sieckmann, J., "On the Tension Between Moral Autonomy and Rational Justification", *Ratio Juris*, 16, 2003, págs. 105-122; id., *op. cit.*, n.º 7, págs. 82, 117.

(3) la reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación. Deben ser juicios autónomos, aunque tomando un punto de vista imparcial, que considere todas las concepciones normativas relevantes cómo igualmente válidas e importantes. El resultado serán exigencias equilibradas y juicios autónomos acerca de lo que sean las normas definitivamente válidas.

IV. 2.1. La formación de argumentos normativos

Los argumentos normativos se constituyen en base a la competencia⁴⁸ de los sujetos autónomos para incluir tales argumentos en una argumentación⁴⁹. Como el resultado de una argumentación es dependiente de la aprobación de sujetos autónomos, deberá reconocerse el derecho de estos sujetos a presentar argumentos que serán considerados en las reflexiones de otros participantes de la argumentación. Negar tal derecho implicaría que no sería posible llegar a un resultado que los agentes autónomos aceptarían como vinculante. Autonomía individual es, en este sentido, una competencia para hacer válidas las exigencias en una argumentación y con ello, obligar a otros a considerar tales exigencias en sus ponderaciones; a su vez requiere considerar los argumentos de los otros agentes en las propias ponderaciones. Es importante observar que no es necesaria una fundamentación sustancial de los argumentos presentados para que sean válidos como argumentos normativos⁵⁰.

Con ello, la constitución de los argumentos normativos depende de un criterio determinable empíricamente, a saber, qué argumentos

⁴⁸ Competencia se entiende, como traté de explicar en apartados anteriores, en forma análoga al poder jurídico en sentido Hohfeldiano. Cfr. Hohfeld, *op. cit.*, n.º 38.

⁴⁹ Sieckmann, J., “Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights”, en: A. Soeteman (coord.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, pág. 240; *id.*, *op. cit.*, n.º 7, págs. 14 y 70.

⁵⁰ En cambio, Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 268, parece exigir una justificación sustancial. Véase también Nino, *op. cit.*, n.º 28.

son presentados en realidad por los sujetos autónomos. Sin embargo, también es necesaria una evaluación según criterios de racionalidad; más precisamente, condiciones de racionalidad formal. Así, han de excluirse argumentos inconsistentes o que contengan premisas empíricamente refutables, como también exigencias no universalizables que no pueden ser aceptadas por otros sujetos autónomos. Además la alegación de intereses y de sus pesos está sujeta a exigencias de coherencia. Se debe excluir que un individuo califique cada uno de sus intereses de importancia sobresaliente y exija la correspondiente consideración. Partiendo de la exigencia de mantener la aprobación de cada uno de los participantes de la argumentación, la totalidad de los intereses de cada uno debe ser tratada con igual importancia. Pues de otro modo, aquéllos cuyos intereses son postergados en su totalidad, podrían razonablemente negar la aprobación del resultado de la argumentación.

IV. 2.2. La ponderación de argumentos normativos

La ponderación de argumentos normativos debe cumplir las condiciones de una argumentación racional. Son necesarias la consideración de todos los argumentos relevantes, la consistencia de la fundamentación y del resultado ponderativo, la corrección de las premisas empíricas empleadas y la determinación de los grados de satisfacción o restricción, así como la coherencia de la ponderación con respecto al peso relativo de argumentos⁵¹. Tratándose de la ponderación de intereses individuales, se exigirá también la igual consideración de las concepciones coherentes de cada sujeto autónomo acerca de sus intereses. Mediante estos criterios se pueden desechar algunos juicios ponderativos. Otros se pueden valorar en virtud del grado o medida en el que cumplen estos criterios⁵².

Sin embargo, esta forma de fundamentación no es suficiente para demostrar la validez objetiva de una proposición sobre la validez definitiva de una norma, puesto que es posible que diversos juicios ponderativos satisfagan los criterios de crítica racional y por consiguiente, sean justificables en igual medida. Por supuesto cada uno piensa que

⁵¹ Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 93 y ss.

⁵² Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 47.

su ponderación es correcta. Sin embargo, ninguno puede reclamar que el resultado al que ha arribado es objetivamente válido en el sentido de que todos los agentes razonables necesariamente tienen que aceptarlo. Lo que resulta de la ponderación individual son pretensiones (como exigencias) de agentes autónomos de cuáles normas *deben* ser reconocidas como válidas definitivamente. Pero estas exigencias pueden encontrarse con exigencias de la misma legitimidad. Por tanto, la ponderación individual todavía no permite constatar que una norma es objetivamente válida.

IV. 2.3. Reflexión intersubjetiva

El objetivo de la argumentación a favor de la validez objetiva de una norma es demostrar que todo agente razonable debe reconocer como vinculante una norma determinada. La pregunta es si se puede fundamentar tal obligatoriedad de las normas en virtud de las ponderaciones. Como los juicios individuales no pueden determinar normas válidas para otros agentes autónomos, la divergencia de las convicciones normativas basadas en ponderaciones racionales requiere la reflexión intersubjetiva de estas distintas posiciones. Esto es, cada agente debe incluir en sus reflexiones los juicios divergentes de otros para determinar qué norma debe valer definitivamente. Puede servir como criterio para estos juicios el de la fuerza de la aceptación racional⁵³.

En caso que no haya un consenso sobre el asunto en discusión, es necesario un cambio en el enfoque inicial. En vez de preguntar, en un primer nivel, por la solución objetiva correcta, se debe preguntar, en un meta-nivel, qué norma, en la situación de concurrencia de diversas concepciones, debe ser reconocida como obligatoria.

La reflexión intersubjetiva puede conducir a una convergencia de diversas concepciones. De tratarse de la pregunta acerca de si debe estar prohibido fumar en edificios públicos, en caso de haber una mayoría para una determinada opinión, se les podrían adherir a estos otros –que sean de otra opinión–, sobre la cuestión de qué norma debería valer como obligatoria. O podría haber en el primer nivel una mayoría contra la prohibición de fumar, mas algunos, considerando las exigencias de otros de una prohibición de fumar, pueden llegar a la concepción de

que tal prohibición debe establecerse. De darse cambios de opiniones en el nivel próximo más alto de la argumentación, ha de preguntarse nuevamente, con respecto a los cambios de opinión, qué norma debería reconocerse como obligatoria, y así sucesivamente. De este modo, se puede dar una convergencia de concepciones normativas.

Sin embargo, no es seguro que la reflexión intersubjetiva conduzca a una convergencia. Lo contrario también es posible. No es suficiente para establecer validez objetiva. Con todo, es posible que la reflexión intersubjetiva en la argumentación autónoma llegue a constatar la validez objetiva de una norma.

IV. 3. La validez objetiva

Más allá de formar juicios individuales reflexivos sobre la base de la argumentación autónoma, es posible hacer aserciones objetivas con respecto a los resultados de la argumentación autónoma. El criterio puede ser el de la convergencia razonable⁵⁴.

La convergencia razonable acerca de la validez de una norma, lograda por argumentación racional, es decir, autónoma y reflexiva, justifica sostener la norma como vinculante, incluso para sus opositores. Sin embargo, la validez objetiva de una norma no implica que cada agente autónomo deba aceptarla como válida. Los agentes autónomos deben tomar en cuenta los criterios de la convergencia razonable y de la fuerza de la aceptación racional en su deliberación acerca de qué norma debe aceptarse como definitivamente válida en la situación del conflicto de opiniones. Pero aun habiendo cumplido esta exigencia, su autonomía les permite sostener una concepción normativa opuesta.

Por ejemplo, el hecho de que la argumentación acerca de la permisibilidad de fumar resulta en que cada vez más agentes sostienen que no se debe fumar en lugares públicos y, entonces, existe una convergencia razonable acerca de este tema, no obliga a aceptar esta posición. Los agentes autónomos deben considerar este hecho en sus deliberaciones, pero pueden sostener que no hay argumento suficiente para negar la libertad de fumar.

Finalmente, queda el problema de que la convergencia de concepciones no excluye una oposición racional. Aun cuando se vislumbre

⁵⁴ Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 47; *id.*, *op. cit.*, n.º 7, 12, 83 y 116.

una tendencia hacia un consenso sobre una determinada concepción, un sujeto autónomo puede llegar a un resultado divergente. Aun si se impone la concepción de que la prohibición de fumar en lugares públicos debe ser aceptada, un fumador (o un no fumador) podría seguir con la opinión de que la situación de necesidad de los fumadores adictos a (o amantes de) la nicotina o el principio de libertad no han sido suficientemente considerados. Entonces queda la posibilidad de la divergencia de la reflexión subjetiva y una tendencia objetivamente constatable hacia un consenso.

Sin embargo, en este caso de divergencia es legítimo reclamar para la norma apoyada por el criterio de convergencia razonable el carácter de vinculante, y así objetivamente válida, incluso para sus opositores, en tanto es necesario tener una norma común. Sin embargo, las perspectivas de los partidarios y de los oponentes de una norma difieren en este punto.

Los partidarios de una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma es vinculante para ellos y que, desde su punto de vista, es válida con independencia de los juicios de agentes individuales. Aunque alguien cambiase de opinión, ello no afectaría a la validez de la norma respaldada por convergencia. Por lo tanto, cabe sostener la siguiente tesis acerca de la pretensión de obligatoriedad (PO):

(PO) Los destinatarios de normas que apoyan una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma es vinculante para ellos.

La convergencia razonable, sin embargo, es insuficiente para sustentar la pretensión de que una norma es vinculante para los oponentes que rechazan la validez de la misma. Por ejemplo, restringir la libertad de expresión para proteger frente a los insultos contra las creencias religiosas puede estar respaldado por convergencia razonable; pero así y todo, alguien podría sostener razonablemente, después de considerar todos los argumentos y las diferentes visiones normativas sobre el tema, que la ponderación correcta entre la libre expresión y la protección de la religión debería incluso permitir tales insultos. Para quien sostenga esto, el hecho de la convergencia razonable constituirá solo un argumento en sus deliberaciones. Pero si, en contra de este argumento, niega razonablemente la validez definitiva de la norma, la convergencia razonable tampoco podrá servir como argumento

para que la norma que rechaza sea vinculante para él. Una pretensión semejante no lograría respetar su autonomía.

La pretensión de que una norma es vinculante incluso para quienes no la aceptan requiere, entonces, una justificación adicional. Cabría mostrar que los agentes deben aceptar la convergencia razonable como criterio último de validez, y que deben por tanto restringir su autonomía individual. Esto puede resultar apropiado con respecto a la validez jurídica, pues el derecho no es un asunto de autonomía individual, sino que pretende proporcionar normas colectivamente vinculantes. Aquí, sin embargo, no continuaré por esta línea de argumentación.

En lugar de eso, cabría defender que quienes se oponen a una norma, aunque rechacen su obligatoriedad, deben aceptar razonablemente la *corrección de la pretensión de obligatoriedad* que elevan los partidarios de dicha norma. La condición de convergencia razonable, si bien excluye la obligatoriedad de las normas que compiten con las normas apoyadas, no establece la obligatoriedad de estas, ya que puede darse el caso de que ninguna de las normas en conflicto pueda reivindicarse como vinculante. Pero esta posibilidad queda excluida si se necesita una norma vinculante común⁵⁵, en cuyo caso se debe establecer una norma que sea obligatoria para todos los agentes. Esta norma debe ser la norma que recibe más apoyo en una argumentación racional. No se puede reclamar que una norma con menos apoyo racional se impone por sobre una norma con más apoyo racional. Además, el criterio de la convergencia razonable garantiza que no puede haber una norma alternativa con más o igual apoyo racional. Por eso, incluso aquellos que rechazan una norma respaldada por convergencia razonable tienen que reconocer la corrección de la pretensión de que dicha norma es vinculante. De aquí resulta la siguiente tesis acerca de la pretensión de la obligatoriedad de una norma (PON):

(PON) Se puede pretender correctamente que una norma sea vinculante incluso para quienes no la aceptan si se satisfacen dos condiciones:

⁵⁵ Esto se corresponde con la tesis liberal de que las normas no pueden justificarse únicamente sobre la base de concepciones de la vida buena sino sólo cuando es necesario para regular conflictos entre individuos.

- (1) que la norma esté respaldada por convergencia razonable; y
- (2) que sea necesario tener una norma vinculante común⁵⁶.

Esta pretensión de obligatoriedad se sigue de un razonamiento correcto, de modo que está *justificada objetivamente* en sentido estricto⁵⁷. Cualquiera debe reconocer la corrección de la pretensión de que la norma respaldada por convergencia razonable es vinculante si se necesita una norma común. Conviene notar, con todo, que la corrección de la pretensión de obligatoriedad no equivale a la objetividad en el sentido de que cualquier agente razonable deba aceptar la norma como vinculante. Los que se oponen a ella pueden seguir haciéndolo y criticar el juicio generalmente aceptado con la pretensión de que una norma rival sea reconocida como válida⁵⁸. Sólo se debe reconocer la legitimidad de la pretensión de obligatoriedad basada sobre una convergencia razonable en la situación de que una norma vinculante en común parece necesaria⁵⁹.

⁵⁶ La necesidad de tener una norma vinculante común es un problema normativo que, como el de la validez de una norma, puede discutirse. Este tipo de discusión puede encontrarse, por ejemplo, a propósito de la demarcación de los asuntos públicos y privados

⁵⁷ La justificabilidad o corrección de una pretensión de obligatoriedad significa que se cumplen todos los requisitos de la argumentación racional. Equivale a una pretensión de posibilidad discursiva (cf. Alexy, *op. cit.*, n.º 5) o defendibilidad de la pretensión de validez objetiva, la cual, con todo, no es análoga a la verdad.

⁵⁸ Esto cuadra con la tesis de que uno no puede demostrar la validez de una ley penal ante un delincuente de conciencia o por convicción, por más que pueda obligársele a aceptar la condena.

⁵⁹ Por ejemplo, se puede constatar una convergencia razonable acerca de la prioridad de la libertad de expresión frente a la protección de derecho de la personalidad en casos en que la expresión sea ofensiva pero contribuye de manera adecuada al discurso acerca de un asunto de interés público. Un crítico podría seguir sosteniendo que la protección al derecho de la personalidad merece prioridad incluso en estos casos. Sin embargo, debe reconocer que es objetivamente legítimo dar prioridad a la libertad de expresión y aplicar y enforzar las normas que resultan de esta prioridad.

V. La institucionalización de la argumentación autónoma

La legitimidad política debe basarse en el consentimiento de los agentes autónomos que se ven sujetos al poder político. La concepción de la autonomía esbozada explica cómo es posible la legitimidad de las normas y decisiones normativas vinculantes. Se requiere una argumentación autónoma en que los agentes introduzcan sus intereses, reclamos y posiciones normativas en forma de argumentos y aserciones normativas en un proceso de reflexión intersubjetiva. Esto puede referirse a las normas mismas o a la competencia para establecer normas vinculantes, es decir, a la autoridad legislativa.

Las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes⁶⁰. Sin embargo, la necesidad de reconocer una autoridad política no debe llevar a la conclusión que la legitimidad política se deriva solo de la justificación de tal autoridad. La autoridad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla.

Entonces, la legitimación democrática requiere tomar decisiones políticas de manera que estas puedan ser justificadas por un proceso de argumentación autónoma. En consecuencia, el sistema político debe ser organizado para realizar tales procesos de argumentación. Entonces, ¿cómo se deben diseñar las instituciones del sistema político más adecuadas para establecer una legitimación argumentativa?

Parece obvio que debe ser un sistema democrático. Una primera opción es la democracia directa⁶¹. Promete el nivel de participación más alto. Sin embargo, y más allá de los problemas para realizarla, no ofrece instrumentos para cumplir con las exigencias de la argumenta-

⁶⁰ Acerca de la necesidad de las autoridades y del derecho véase, por ejemplo, Alexy, R., “Ley fundamental y teoría del discurso”, en id., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, pág. 80 y ss.

⁶¹ Para Wolff, *op. cit.*, n.º 13, la democracia directa permite combinar autonomía y autoridad. Sin embargo, esto vale solo cuando se acepte el principio de unanimidad, no el principio de la mayoría. Para un análisis de las tesis de Wolff ver Iosa, J., “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, págs. 518 y 550 y ss.

ción autónoma. Por ejemplo, no exige una decisión racional de los votantes y no tiene recursos para compensar distorsiones en el proceso político que impiden la consideración imparcial de todos los intereses involucrados. Entonces no es un sistema ideal desde la perspectiva de la idea de la autonomía.

El sistema de la democracia representativa tampoco puede considerarse como el óptimo con respecto a la realización de la deliberación⁶². Restringe la participación directa de todos los agentes autónomos. Por otro lado, permite realizar exigencias de la argumentación autónoma en espacios especializados, como el parlamento o un tribunal constitucional⁶³. Pero ningún sistema político real ofrece una solución ideal. Por eso es necesario preguntar cómo mejorar el sistema político desde la perspectiva de la argumentación autónoma.

Al menos por razones analíticas, es útil separar las distintas operaciones argumentativas y asignarlas a instituciones especializadas para tales operaciones. La idea es la de una división de tareas según el tipo de operación normativa. En este sentido, Kant sugirió una división de poderes según los elementos del silogismo⁶⁴. Pero cuando el sistema político –incluso la justicia– no opera según el modo del silogismo, sino que trata de establecer un orden normativo sobre la base de intereses y opiniones conflictivas, el sistema institucional debe representar las operaciones requeridas para la definición, el balance y la coordinación de los argumentos normativos basados en intereses y opiniones divergentes de los agentes autónomos.

Entonces necesitamos instituciones para

- identificar los argumentos en juego y evaluar su legitimidad y relevancia;
- formar normas generales basados en la ponderación de los argumentos;

⁶² Cfr. el análisis de Gargarella, R., *The Scepter of Reason*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 2000, pág. 95 y ss.

⁶³ Véase la tesis de Rawls que la Corte Suprema es la ejemplificación de la razón pública, Rawls, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, pág. 231.

⁶⁴ Kant, *op. cit.*, n.º 2, § 45 A 165/B 195, AA 6, 313. Kant sostenía que esto realizará el principio de la libertad.

- juzgar la solidez de las diversas propuestas respecto de qué ha de ser considerado como norma vinculante común.

Más allá de estas funciones normativas queda la función de especificar cuáles son las normas objetivamente válidas en un sistema jurídico-político. Esto es la tarea tradicional de la justicia.

También queda la posibilidad de determinar normas vinculantes por autoridad, en particular en caso de que no sea posible establecer normas vinculantes de manera argumentativa. Sin embargo, tal autoridad requiere legitimación argumentativa, así que presenta un problema de justificación en sí misma, por lo que no puede ser considerada como una forma de justificación independiente.

La visión tradicional del sistema político es que las normas están establecidas de manera autoritativa por el parlamento o el gobierno, y que la justicia debe determinar y aplicar las normas objetivamente válidas en el sistema jurídico. Este panorama cambia cuando se considera las normas establecidas de manera argumentativa. La argumentación no puede reemplazar la autoridad legislativa. Pero es un factor importante en el sistema jurídico-político según las concepciones de la democracia deliberativa, y además, en cuanto los argumentos se basan en la Constitución, la exigencia de argumentar afecta también las instituciones legislativas (parlamentos, gobiernos y cortes). Además, la justicia no está limitada a la determinación de normas objetivamente válidas sino que tiene también una función creativa. Esto no significa que se desvanece la función de la justicia de determinar el derecho existente. Pero tiene o puede tener otra función con respecto a la fundamentación argumentativa de las normas.

V. 1. Las exigencias argumentativas

V. 1.1. Identificar los argumentos relevantes

Los argumentos normativos están basados en primer lugar en los intereses de los agentes autónomos. También sus convicciones y reclamos acerca de qué norma debe ser válida constituyen argumentos para ponderar con otros argumentos. En el ámbito del derecho entran argumentos basados en normas constitucionales o legales. Pero aún tales normas tratan de proteger algunos intereses de los ciudadanos.

Para determinar los argumentos basados en intereses de los ciudadanos hay varias posibilidades:

- La participación directa de los agentes autónomos en la toma de decisiones.
- La expresión de intereses, opiniones y argumentos por los agentes mismos frente a los que tienen que tomar decisiones.
- Informaciones indirectas basadas en discusiones públicas o estadísticas o relatos de vida, etc.

Con respecto a los argumentos jurídicos, el discurso jurídico es la fuente de las informaciones relevantes.

V. 1.2. Ponderación y formación de normas generales

La formación de las normas generales requiere ponderaciones de los diversos argumentos en colisión. Esto incluye varias exigencias. Son necesarias para la fundamentación de la validez definitiva de una norma⁶⁵,

- la consideración de todos los argumentos relevantes,
- la consistencia de la fundamentación y del resultado ponderativo,
- la corrección de las premisas empíricas empleadas,
- la corrección de la determinación de los grados de restricción de los intereses involucrados,
- la coherencia de la ponderación con respecto al peso relativo de argumentos,
- la reflexión intersubjetiva acerca de la pregunta sobre cuál sea la norma adecuada para la situación de conflicto entre diversas opiniones normativas, la cual incluye,
- la igual consideración de concepciones normativas de cada sujeto autónomo.

⁶⁵ Para algunos de estos criterios véase Alexy, *op. cit.*, n.º 5; Bernal Pulido, C., “The Structure and the Limits of Balancing”, *ARSP–Beiheft*, 97, 2004, págs. 79-84.

V. 1.3. Juzgar la adecuación como norma vinculante

La norma vinculante debe establecerse como resultado de un proceso de reflexión intersubjetivo. Como exigencia procedimental la necesidad de tal reflexión ya figura entre las condiciones de una ponderación correcta. Sin embargo, más allá de esta exigencia procedimental, es necesario determinar el resultado de tal reflexión. Alguien debe constatar si hay resultado, y cuál es.

El punto central es la exigencia de considerar igualmente todas las posiciones normativas en conflicto. Esto requiere, distanciarse de las propias convicciones normativas, y preguntarse cuál norma debe ser reconocida como definitivamente válida en la situación de conflicto. Esto es una forma de imparcialidad frente a las diversas posiciones, aunque dentro de una concepción normativa de un individuo autónomo. Es un juicio normativo, no una mera descripción de un resultado de la argumentación.

V. 2. La adecuación de las instituciones tradicionales del Estado constitucional–democrático

La tripartición entre identificar argumentos, formar normas generales y determinar su validez objetiva sugiere una atribución de estas tareas a las instituciones ejecutivas, legislativas, y judiciales, respectivamente. Sin embargo, esto suena demasiado fácil. La pregunta es para cuáles funciones argumentativas los parlamentos, los gobiernos y la justicia están mejor calificados.

A este respecto, quiero defender las siguientes tesis:

- (1) El parlamento es adecuado para identificar argumentos, pero no es igualmente adecuado para ponderarlos y para juzgar su adecuación como norma vinculante común.
- (2) Las instituciones gubernamentales pueden ayudar en la formación de argumentos y son o pueden estar capacitadas para ponderarlos. Pero no pueden juzgar su adecuación como normas vinculantes comunes.
- (3) Las instituciones judiciales pueden identificar argumentos de manera indirecta. Pueden ponderarlos, como otros órganos también. Pero su característica particular es controlar las pon-

deraciones de otros órganos. Además, pueden juzgar la adecuación de las normas como normas vinculantes comunes.

V. 2.1. *El parlamento*

El parlamento parecería el lugar adecuado para llegar a la información relevante para las decisiones políticas. En tanto que una democracia directa no parece viable en sociedades complejas, el sistema parlamentario permite el mejor acceso de los ciudadanos a las instituciones políticas y de los políticos a los ciudadanos. Además, la idea del debate parlamentario como un proceso de argumentación sugiere que el parlamento es el mejor lugar para deliberaciones sobre asuntos normativos. Sin embargo, esta idea no siempre se corresponde con la realidad institucional⁶⁶.

El parlamento tiene problemas con respecto a la ponderación y la reflexión intersubjetiva⁶⁷. La ponderación es una forma de argumentación restringida por varias exigencias de racionalidad. Aunque cualquier agente autónomo puede ponderar argumentos, no es claro que los políticos estén mejor calificados para hacer una ponderación racional.

Aún más, la exigencia de dar la misma consideración a todos los agentes autónomos enfrenta un problema estructural en el ámbito parlamentario⁶⁸. Los legisladores tienen varios objetivos que pueden entrar en conflicto con la exigencia de una ponderación racional y equilibrada. Deben buscar mayorías. Si es necesario, van a prestar más

⁶⁶ Véase Becker, M./Oliver-Lalana, D./Sieckmann, J., “La producción del derecho: esbozo de un análisis normativo de la argumentación parlamentaria”, en: Cardinaux, N./Clérico, L./D’Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006, págs. 108-109.

⁶⁷ Para un análisis a este respecto véase Sieckmann, J., «La racionalidad del debate parlamentario: un análisis del debate sobre la importación de células madre en el Parlamento Federal alemán», en: Cardinaux, N./Clérico, L./D’Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006, págs. 157-166.

⁶⁸ Véase también Sieckmann, J., «Argumentation und demokratische Legitimation», en: Sieckmann, J. (coord.), *Argumentation und politische Legitimation*, Baden-Baden, Nomos, 2006, págs. 64 y 66.

atención a ciertos grupos que a otros. Además, pueden descuidar intereses de aquellos que de ninguna manera van a apoyar sus proyectos u objetivos. Otro objetivo del legislador es su carrera política. Debe cumplir con lo que demandan aquellos de quienes depende, sean sus colegas, su partido o los electores de su distrito electoral. Esto también puede influir sus decisiones y colisionar con la exigencia de una ponderación racional.

Entonces existen características estructurales del ámbito parlamentario que ponen en duda la adecuación del parlamento para ponderaciones racionales y equilibradas. Existe un conflicto entre el valor de hacer las ponderaciones por uno mismo, o al menos por sus representantes elegidos, y las exigencias de ponderar de manera racional, imparcial y equilibrada. Este conflicto admite dos soluciones: mejorar el proceso parlamentario en cuanto su calidad argumentativa, o atribuir la tarea de la ponderación a otra institución mejor calificada.

V. 2.2. El poder ejecutivo

En los sistemas democráticos actuales, el poder ejecutivo tiene un rol dominante, incluso en la formación de proyectos legislativos. Esto constituye un problema grave para la democracia representativa y muchas veces ha sido criticado. Sin embargo, debe considerarse si el poder ejecutivo puede estar mejor calificado para hacer ponderaciones racionales y equilibradas que el parlamento.

Las ponderaciones pueden necesitar operaciones argumentativas bien complejas. Puede ser que en el ejecutivo se encuentren mejores cualidades debido a las competencias materiales de los ministerios. Puede interpretarse que la influencia del gobierno en la preparación de proyectos legislativos podría tener cierta racionalidad según las exigencias de legitimación argumentativa de las normas⁶⁹.

Sin embargo, como en el caso del parlamento, el poder ejecutivo tiene la necesidad de buscar mayorías. Esto no favorece la imparciali-

⁶⁹ Esta línea de argumentación puede encontrarse también en la discusión de la legitimación de las decisiones de la Unión Europea, que tienen prioridad sobre las decisiones de las instituciones gubernamentales o administrativas nacionales. La idea de la legitimación por los resultados («*output legitimacy*») sugiere que lo que importa es la capacidad de lograr buenos resultados.

dad de la decisión. Por eso, una cierta independencia de los ministerios de las influencias políticas parece adecuada para realizar ponderaciones racionales e imparciales.

Puede objetarse que la determinación de normas generales deba ser tarea central del parlamento. Esta objeción tiene un punto correcto con respecto de la determinación autoritativa de las normas. Para esto, la legitimación democrática del parlamento es importante. Sin embargo, cuando analizamos la legitimación de las normas como resultados de procesos de ponderación y reflexión intersubjetiva, no es claro que el parlamento sea la institución mejor calificada⁷⁰.

En favor del parlamento puede argumentarse que la misma competencia material que tiene la burocracia ministerial puede crearse en el ámbito del parlamento. En la realidad de un sistema parlamentario dominado, por un lado, por los partidos políticos y, por otro lado, por el gobierno, es una cuestión abierta quién está en la mejor posición de manejar procesos de argumentación con cierto grado de complejidad.

V. 2.3. *La justicia*

La justicia está predestinada para realizar decisiones imparciales que satisfagan exigencias técnicas de las ponderaciones racionales. La estructura de la argumentación autónoma parece mejor preservada en procedimientos jurídicos que en los plenamente políticos⁷¹. Por eso, la gran influencia de los tribunales y cortes constitucionales en los Estados constitucionales-democráticos tiene al menos cierta justificación.⁷²

Sin embargo, esta tesis tiene presupuestos que no se pueden tomar por dados en la realidad institucional. La independencia de la justicia implica que es difícil controlarla. El potencial de decisiones impar-

⁷⁰ Con esto se presupone que algunas decisiones pueden justificarse de manera argumentativa y otras son meramente decisiones autoritativas. Esta contraposición es problemática. Sin embargo, si se acepta la idea de la legitimación argumentativa y, por otro lado, los límites de esta forma de legitimación, parece inevitable distinguir entre decisiones que pueden mostrarse como correctas por medio de una argumentación y otras que no tienen criterio de corrección.

⁷¹ Véase también Rawls, *op. cit.*, n.º 63.

⁷² Otro argumento es que los fallos jurídicos promueven la deliberación pública. Véase Gargarella, *op. cit.*, n.º 62, pág. 114.

ciales no garantiza que las decisiones judiciales son de hecho imparciales. La legitimación tradicional de la justicia se fundamenta en el conocimiento del derecho, y no en la mejor capacidad de ponderar y reflexionar sobre posiciones normativas en conflicto. Tampoco la formación jurídica está orientada hacia el desarrollo de esta capacidad. Sin embargo, la justicia está en una posición privilegiada para realizar una legitimación argumentativa de las normas.

Un argumento adicional en favor de las competencias decisivas de la justicia constitucional se sigue de la tesis de que un órgano solamente debe tener el poder para tomar determinaciones definitivas cuando se encuentra en una posición de evaluar y controlar el total del proceso argumentativo que legitima una norma. Cuando un caso llega a la justicia, en general ya se trata de problemas de la aplicación de una norma. La justicia se encuentra en una posición de un control *ex post*. Esto significa que puede haber información disponible para las cortes que el legislador no tenía. Y en tanto no se entienda al control de constitucionalidad de las leyes como un reproche frente al parlamento, sino como tema de la legitimidad de las leyes, esta ventaja de las cortes es relevante.

VI. Conclusión

En fin, hemos visto una concepción de la autonomía que permite resolver la paradoja de la autonomía, es decir, cómo agentes pueden verse limitados por normas cuya validez depende de la aceptación por los agentes mismos, que la justificación de normas como vinculantes requiere procesos de argumentación autónoma, y que la legitimación democrática resulta de la institucionalización de tales procesos de argumentación autónoma en el sistema político. La autonomía consiste en formar juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. La argumentación autónoma es un proceso en que agentes introducen libremente argumentos normativos y juicios normativos y tratan de llegar a normas comunes a través de un proceso de reflexión intersubjetiva. Cuando de tales procesos resulta una convergencia razonable acerca de la validez de ciertas normas, es legítimo reclamar tales normas como vinculantes. La tarea de la democracia es crear un sistema político que realice las exigencias de la argumentación autónoma. Esto requiere al menos permitir la par-

ticipación de todos los agentes autónomos en los procesos políticos y orientar estos procesos por el objetivo de encontrar una convergencia razonable acerca de las decisiones normativas y de las normas establecidas por ellas. Sin embargo, desarrollar las implicancias para el sistema político excede los alcances de este ensayo.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Vienna, Springer, 1971.
- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Tr. de M. Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, R., „Diskurstheorie und Menschenrechte“, en Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3a ed., Madrid, 2008.
- Alexy, R., “Ley fundamental y teoría del discurso”, en id., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.
- Apel, K.-O., *Transformation der Philosophie*, t. 2, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1973.
- Baumann, P., *Die Autonomie der Person*, Paderborn, Mentis, 2001.
- Beck, L.W., *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, Chicago/London, Chicago University Press, 1960.
- Becker, M.; Oliver-Lalana, D. y Sieckmann, J., “La producción del derecho: esbozo de un análisis normativo de la argumentación parlamentaria”, en Cardinaux, N.; Clérico, L. y D’Auria, A. (coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006.
- Bernal Pulido, C., “The Structure and the Limits of Balancing”, *ARSP-Beiheft*, n.º 97, 2004.
- Bittner, R., *Moralisches Gebot oder Autonomie?*, Freiburg/München, Alber, 1983.
- Brandom, R., *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana, 1986.
- Gargarella, R., *The Scepter of Reason*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 2000.

- Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1991.
- Habermas, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (orig.: Faktizität und Geltung, 4a ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994).
- Habermas, J., *The Inclusion of the Other*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1998 (orig.: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996).
- Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923.
- Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1989.
- Iosa, J., “Concepciones de la autonomía”, *Filosofía Social e Teoría do Direito*, 2010. Iosa, J., “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2010.
- Iosa, J., “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Análisis e diritto*, 2011.
- Kain, P., “Self legislation in Kant’s Moral Philosophy”, *Archiv für Geschichte der Philosophie*, n.º 83, 2004.
- Kamp, G., *Logik und Deontik*, Paderborn, Mentis, 2001.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1911, t. 4.
- Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademieausgabe (AA), Berlin 1913, t. 5.
- Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre (1797/98)*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1914, t. 6.
- Kaufmann, M., *Rechtsphilosophie*, Freiburg-München, Alber, 1996.
- Korsgaard, C., “The Authority of Reflection”, en Korsgaard, C. M., *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Mele, A. R., *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Nagl-Docetal, H., “Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung”, en: Pauer-Studer, H. y Nagl-Docetal, H. (eds), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie*, Wien-Berlin, Oldenbourg-Akademie Verlag, 2003.

- Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven-London, Yale University Press, 1996.
- Paton, H.J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, 3ed., London, Hutchinson, 1958.
- Patzig, G., "Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie", en Patzig, G., *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 1994.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- Rawls, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996.
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986.
- Reath, R., *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Rousseau, J. J., *Contrat Social*, Amsterdam, 1762.
- Schneewind, J., *The Invention of Autonomy*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- Sieckmann, J., "Legal System and Practical Reason", *Ratio Juris*, 5, 1992.
- Sieckmann, J., "Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights", en: Soeteman, A. (coord.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001.
- Sieckmann, J., "On the Tension Between Moral Autonomy and Rational Justification", *Ratio Juris*, 16, 2003.
- Sieckmann, J., "Autonome Abwägung", *ARSP 90*, 2004.
- Sieckmann, J., "Argumentation und demokratische Legitimation", en: Sieckmann, J. (coord.), *Argumentation und politische Legitimation*, Baden-Baden: Nomos, 2006.
- Sieckmann, J., "La racionalidad del debate parlamentario: un análisis del debate sobre la importación de células madre en el Parlamento Federal alemán", en Cardinaux, N.; Clérico, L. y D'Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006.

- Sieckmann, J., "The Concept of Autonomy", en Gizbert-Studnicki, T. y Stelmach, J. (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Cracow, Oficina-Kluwers, 2007.
- Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012.
- Spector, H., *Autonomy and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Stuhlmann-Laeisz, R., *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-holzboog, 1983.
- Tugendhat, E., *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993.
- v. Wright, G. H., *Norm and Action*, London-New York, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- Wildt, A., *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982.
- Wolff, R. P., *In Defense of Anarchism*, Berkeley, University of California Press, 1973.
- Wood, A., *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Autonomía, legitimidad y legalidad: en torno de un antiguo conflicto entre las facultades de filosofía y de derecho¹

*Autonomy, Legitimacy and Legality:
About an Ancient Conflict Between
Philosophy and Law Schools*

Maurício Keinert*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/09/2015.

Aceptación: 28/12/2015.

Recepción y aceptación final: 10/03/2016.

Resumen: Se trata de un comentario al artículo “Autonomía moral y legitimidad democrática” de Jan- R. Sieckmann en el que se pretende discutir principalmente el vínculo que éste instituye entre los conceptos de autonomía y autonomía individual. El comentario se dirige a demostrar que tal vínculo no es obvio ni tampoco natural mediante el análisis de dos autores de la filosofía moderna que han estudiado el asunto, Immanuel Kant y Jean-Jacques Rousseau. A partir de esto, intenta también discutir cuestiones vinculadas a la relación entre legalidad y legitimidad, sea en la moral, sea en el derecho y en la política, que estarían por detrás del concepto de autonomía tal como es pensado por Kant. Por último, se plantean algunos problemas para pensar la legitimidad del derecho y de la democracia.

Palabras clave: Autonomía, legitimidad, legalidad.

* Doctor en Filosofía, Universidad de San Pablo, Brasil.

Correo electrónico: mkeinert@usp.br

¹ Traducción de María Valentina Risso

Abstract: This work is a commentary on the article “moral autonomy and democratic legitimacy” from Jan-R Sieckmann. Here I pretend to discuss mainly the link that the author establishes between the concepts of autonomy and individual autonomy. This work pretends to demonstrate that this link is neither obvious nor natural, and it will be shown through the analysis of two authors of the modern philosophy such as Immanuel Kant and Jean-Jacques Rousseau. Starting from this point, I also pretend to discuss different issues related to the connection between legality and legitimacy, either in the field of morals, or law and politics, which would be behind the concept of autonomy as it is thought by Kant. Finally, I present some problems in order to think the legitimacy of law and democracy.

Keywords: Autonomy, legitimacy, legality.

El artículo de Jan- R. Sieckmann, “Autonomía moral y legitimidad democrática”, tiene dos pretensiones que desearía destacar desde el principio. En primer lugar, pretende reflexionar sobre la legitimidad del sistema democrático por medio del concepto de autonomía. Investiga las fuentes de este concepto en la modernidad, por medio de filósofos como Rousseau y principalmente Kant, para luego desarrollar una estimulante discusión contemporánea sobre la posibilidad de trabajar este concepto como criterio de legitimidad del poder político. Sieckmann enumera de manera notable en sus notas una sucesión de importantes teóricos que estudiaron minuciosamente la cuestión, como Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin, entre otros. En segundo lugar, el artículo también está dirigido a plantear una discusión más filosófica, en el sentido de cuestionar la validez misma del concepto de autonomía y, para ello, promoverá un análisis anclado en importantes nombres de la *Kant- Forschung*, sobre lo que denomina de una paradoja que se encontraría en la formulación de este concepto. Gran parte del artículo será destinado a esta discusión, sin embargo finalmente, veremos que no se trata de una paradoja en sentido fuerte, pues el autor afirma haber llegado a una solución del problema. Desearía realizar mi comentario poniendo en consideración la cuestión de la paradoja de la autonomía para, luego, desarrollar algunas observaciones sobre el uso del concepto para pensar la legitimidad del poder político, más específicamente, de la democracia.

I. Ambigüedad estructural

Existe una ambigüedad estructural en el texto de Sieckmann que es problemática y se refiere a la manera como, a partir de su argumentación, él analiza el concepto de autonomía. Desde el principio, sin decirnos exactamente la razón, el autor identifica tal concepto con el de *autonomía individual*. Además de resultar problemática esta reciprocidad entre los conceptos y de no estar debidamente justificada, principalmente desde el punto de vista de la filosofía kantiana, ella es reduccionista: se trata de una visión *extremadamente* liberal² del concepto de individuo, visto de manera inflexible como portador de intereses determinados de forma puramente mecánica. Es *en estos términos* que la paradoja de la autonomía nos es presentada. Por otra parte, al exponer su solución para la paradoja, Sieckmann va gradualmente incluyendo en el concepto elementos que no estaban presentes anteriormente como, por ejemplo, la propia idea de ponderación de argumentos o de pretensiones normativas que están presentes en su concepción de autonomía (que no estaría relacionada con la paradoja). Por lo tanto, si comenzamos la lectura del artículo teniendo en cuenta una idea de autonomía cuya característica principal solo se refiere a los intereses propios de un individuo, al final de este mismo artículo el concepto de autonomía tiene en cuenta el concepto de intersubjetividad, de posibles criterios universalistas y la consideración de buenos argumentos. Aunque el autor continúa tratando el concepto de autonomía individual hasta el final, esta ambigüedad en cómo construye su argumento parece debilitar su misma posición.

Podría argumentarse contra esta clave de lectura que Sieckmann partiría de una estructura moderna de autonomía, presente en Kant

² Considero perfectamente posible defender una posición liberal con relación al concepto de individuo, no es este el problema. Sieckmann parece trabajar en el inicio de su artículo, sin embargo, con una concepción de individuo próxima a aquellas teorías de la “*rational choice*”, lo que supondría una concepción de la estructura de la democracia que reproduciría la del mercado. No obstante, ésta no parece ser la posición de Sieckmann al final de su artículo.

y Rousseau. Veamos. Ya en las primeras líneas de su introducción expone la siguiente tesis: como cualquier otra forma de poder político, el derecho debe ser legítimo, es decir, debe justificar el ejercicio de su poder y hasta incluso la utilización de la fuerza. Para el autor, el criterio para razonar sobre tal forma de legitimación es la *autonomía de los individuos que están sujetos a ese poder* y seguidamente afirma que ese es el *único* criterio para pensar la legitimación del poder político. Ahora bien, ¿por qué esta primacía de la autonomía individual³? Sieckmann afirma entonces:

De otro modo, sostener que existe una justificación del poder político sobre la base de un criterio independiente de la autonomía individual implicaría que algunos individuos puedan estar sujetos al poder político a pesar de que puedan con razón objetarlo. Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimación de este poder.

Esta lectura supone que de hecho es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimación del poder político y no exactamente el concepto de autonomía. De este modo, tendríamos la institucionalización del poder político con el objeto de hacer posible la mayor libertad para el desarrollo de los individuos y de sus intereses. Considero que este es el verdadero presupuesto que guiará la lectura que el autor realiza de Rousseau y de Kant.

A continuación presento la primera cuestión que me interesaría desarrollar: el hecho de que la filosofía moderna política haya partido de la cuestión del individuo no la convierte necesariamente en liberal, mucho menos cuando estamos tratando de autores como Kant y Rousseau. Sin embargo, no parece ser esta la posición de Sieckmann. Del primer filósofo, el autor conserva principalmente el famoso problema planteado en el inicio del *Contrato Social*, el de “encontrar una

³ Cabe preguntarse incluso por qué la primacía de la autonomía, ya que la historia, la historia de la filosofía, la ciencia política, etc. nos muestran una variada gama de posibilidades de justificación o de legitimación del poder político que no se refiere al concepto de autonomía.

forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y en virtud de la cual cada uno obedezca a sí mismo y permanezca tan libre como antes”⁴. Del segundo, recoge el hecho de que el poder legislativo representa la voluntad unida de un pueblo y que, siendo así, todo el derecho debe provenir de este poder y debe ser imposible que una ley de este implique un acto injusto contra alguien, pues, según Kant, solamente la voluntad unificada de todos, en que cada uno y todos deciden lo mismo para todos y cada uno, puede legislar. Estos dos aspectos, presentes en Rousseau y Kant, son importantes para nuestro autor, que concluye:

Por consiguiente, el problema de legitimar el poder legislativo es el de cómo la existencia de las leyes puede resultar compatible con la libertad de cada uno y cómo, a su vez, es posible dar cuenta de leyes tales que puedan contar con el consentimiento de cada uno y, así, volverse legítimas.

Esta es la idea de *consentimiento* de cada uno de los individuos en relación al poder que será el “núcleo de la legitimidad democrática”. Sin embargo, una vez más es evidente que el criterio de apreciación de Sieckmann se refiere a la voluntad misma del individuo más que precisamente al concepto de autonomía.

En la medida en que la introducción del artículo llega a este núcleo, se plantean algunos problemas. El principal se refiere al hecho de que, tanto en el derecho como en la política, la ley, o su aplicación, tiene un carácter *vinculante* y, por lo tanto, puede entrar en oposición a la libertad de aquellos que están sujetos a ella. En ese sentido, la instauración del imperio de la ley llevaría a esos individuos a perder su libertad, o al menos, a verla transformada. Esa cuestión, que será desdoblada en otras, podría ser, entonces, abordada por nosotros de la siguiente manera: ya hay una concepción de libertad aquí tratada, un presupuesto duro, no siempre explícito, que convertirá el concepto de autonomía en problemático: la idea de que *cada uno* de los individuos dará su consentimiento de acuerdo con sus propios intereses. Este

⁴ Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social*, Paris: Pléiade, 1964, pág. 360.

presupuesto no me parece armonizar con los conceptos de autonomía tal como lo encontramos en Rousseau y, principalmente, en Kant.

II. Autonomía moral: Kant y Rousseau

Una de las virtudes del artículo de Sieckmann es la de encontrar en el interior de la filosofía moderna elementos constitutivos del debate político y jurídico contemporáneo. En ese sentido, la reconstrucción del concepto de autonomía en Rousseau y en Kant propuesta por el autor es importante, pese a que padezca de un problema de análisis. El problema, como dijimos, se refiere a la reciprocidad entre el concepto de autonomía moral y el de autonomía individual, presupuesta por el artículo, pero que, sin embargo, no es abordada de forma directa. Pues bien, ¿será que el concepto de autonomía forjado a lo largo del siglo XVIII se limita al concepto de autonomía individual, concebido específicamente en el siglo XX⁵? Entonces, ¿será que el concepto de autonomía individual haría posible que hablásemos de autonomía en Kant y Rousseau sin señalar las especificidades de cada uno de ellos? Sieckmann, sin embargo, aproxima los dos filósofos por medio del concepto de individuo que, a su vez, lo llevará al concepto de autonomía individual.

Cuando Rousseau plantea el problema de la relación entre el individuo y la asociación de individuos, que se convertirá en un cuerpo político, él tiene en mente el *pasaje* de la libertad natural a la libertad convencional de estos últimos. Tal pasaje le permitirá afirmar que *cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo*, pues, al formar parte ahora del cuerpo político soberano, el *individuo*, en tanto *ciudadano*, al obedecer la voluntad general, obedece a sí mismo. Esto significa, y es lo importante, que cada uno cede su libertad natural, y sus derechos naturales, en favor de la unidad del cuerpo político, volviendo a todos, desde el punto de vista *moral y político, ciudadanos autónomos* y, por lo

⁵ Cf. O'Neill, O. "Autonomy, Plurality and Public Reason", en: Brender, N. Krasnoff, L. (eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 182-3. Hay una traducción de este artículo en portugués: O'Neill, O., "Autonomia, pluralidade e razão pública", *Cuadernos de filosofía alemana*, V. 19, n.º 1, 2014.

tanto, iguales y libres desde el punto de vista de la convención alcanzada por el pacto social. De esta manera, le es posible afirmar al ginebrino que “en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto por tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe por ese mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad”⁶.

Cómo hablar entonces de *autonomía individual* en el *Contrato Social*, pues, en rigor, solo sería posible hablar de autonomía por medio del acto de asociación, cuando la persona particular se convierte en un miembro de la voluntad general y cuando, por lo tanto, ella pasa a formar parte de un cuerpo colectivo, moral y político. La idea de soberanía, por lo tanto, será central para Rousseau, ya que es con la autonomía de los individuos, asociados en un cuerpo político único, que él podrá ocuparse de una relación que tenga en cuenta dos puntos de vista distintos: la pasividad y la actividad. Si el cuerpo político es *activo* como *soberano* y *pasivo* como *Estado*, el pueblo es, en cuanto una *comunidad de ciudadanos*, *activo* y, mientras está *sometido a las leyes del Estado*, *sujeto y pasivo*. Esta doble relación nos permite pensar entonces el concepto de autonomía: en primer lugar, él se refiere a la unidad de la asociación que es soberana y promulga las leyes del Estado, la *forma institucional* de esta soberanía; en segundo lugar, los ciudadanos como partícipes de esta soberanía son agentes de estas leyes, pero, por ser sujetos y pasivos, están también sometidos a ellas. De este modo, son literalmente legisladores y destinatarios de estas leyes.

Es evidente el esfuerzo de Rousseau en subrayar el *acto* de asociación. En la medida en que el individuo se asocia, se convierte en un ciudadano de la República y es en el interior de esta comunidad, esto es, como individuo partícipe de esta comunidad política, que él legisla para sí mismo y para todos los demás ciudadanos. En este sentido, al acentuar la actividad de la asociación política, Rousseau resalta el elemento de la igualdad política. Todos somos autónomos y, por lo tanto, iguales. Esto permite que todos legislen para todos en el interior de la República. Por otra parte, desde la perspectiva de la soberanía, todos

⁶ Rousseau, J-J., *op. cit.*, pág. 361.

deben volverse libres, por lo tanto, todos deben ser obligados a adherir al contrato por medio de la voluntad general, teniendo su voluntad particular, como individuo, constreñida por la voluntad general, lo que hace que el cuerpo político se mantenga unificado y cohesionado. De esta forma, el concepto de autonomía en Rousseau está estrechamente vinculado al concepto de soberanía del cuerpo político y cuando se habla de individuo, se habla de aquel individuo que se asoció por medio del pacto social y que, al hacerlo, rechaza su derecho y su libertad naturales, que se refieren a su fuerza particular, como individuo particular. Por lo tanto, cuando se habla de autonomía es imposible pensar en un individuo que en su actividad legislativa no esté asociado al cuerpo político, es decir, un individuo que dejó de lado sus intereses particulares en beneficio de la voluntad general. La idea de autonomía en este caso no es, de ninguna manera, recíproca a la idea de autonomía individual.

Es interesante la forma que Kant encuentra para reconstruir el concepto de autonomía de Rousseau, dando al acto de asociación un significado *a priori* y trascendental. Sin embargo, la cuestión se vuelve más compleja en la medida en que esta actividad requiere ser analizada por medio de un doble punto de vista, atinente a los usos de la razón práctica: el moral, por un lado, y el jurídico-político, por el otro⁷. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant pretenderá investigar, desde el principio, la acción humana por medio de dos maneras distintas: una en que la acción será analizada por la intención y, por lo tanto, teniendo valor en sí misma; otra en que será analizada por el objeto de la acción, aquello que ella pretende lograr por sí misma como un medio. En el primer caso, habría, para Kant, una acción

⁷ Tengo en cuenta la posición de Kant en sus *Lecciones de derecho natural* del año 1784 conocidas como *Naturrecht Feyerabend*. En este curso, así como algunos años más tarde en la *Metafísica de las Costumbres*, la idea de *moral* tendría en cuenta tanto elementos de la *ética* como del *derecho*. En este sentido, trabajo con el siguiente enfoque: la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* no es solo una obra sobre la *ética*, sino antes bien sobre la *moral* (aun cuando no desarrolle explícitamente los elementos del *derecho*, desarrollados en la *Naturrecht Feyerabend*).

por deber, en el segundo caso, una acción *conforme al deber*. En relación al primer tipo, el autor afirma: “una acción por deber tiene su valor moral *no en el propósito* que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido decidida, no depende, pues, de la realidad efectiva del objeto de la acción, sino meramente del *principio del querer*, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad del desear”⁸. Lo que interesa a Kant en este caso es el hecho de que el valor moral de la acción no se encuentra, pues, en el propósito a ser alcanzado por medio de ella y, de este modo, no depende de la realidad efectiva del objeto de la acción, sino que se encuentra en la máxima según la cual ha sido resuelta y en el principio del querer.

Pues bien, en este momento de la *Fundamentación*, la preocupación del filósofo está puesta en el *criterio* para decidir el valor moral de una acción que, según él, reside en su principio *formal*, a priori, y no en su principio material, a posteriori, vinculado al objeto de la acción, o a un determinado fin a ser conseguido. Tal criterio necesitará ser decidido entonces por medio de la regla que guía la acción, su máxima. Tal vez sea posible decir que este camino seguido por la argumentación kantiana se refiera al valor incondicionado de la buena voluntad que, en este momento, se confunde con el valor moral. Siendo ello así, cualquier principio material vinculado a un determinado fin u objeto será siempre condicionado y el análisis se orientará necesariamente al principio formal- el principio del querer. El paso siguiente será el de identificar este principio formal a una *actividad de la voluntad*, vinculada, a su vez, al respeto a la ley. Cuando afirma que “el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley”, Kant vincula aquella actividad de la voluntad a la posibilidad de descubrir una razón o un fundamento (*Grund*) de la acción que no esté vinculado a su vez a cualquier objeto o principio empírico.

De ello concluye la importante afirmación de la *Fundamentación*: “una *acción por deber* tiene que excluir por completo todo influjo de

⁸ Kant, I., *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, San Pablo, Barcarolla, 2009, AK.VII, págs. 399-400.

la inclinación y con ella todo objeto de la voluntad, no queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad sino objetivamente la *ley* y, subjetivamente, el *puro respeto* a esa ley práctica, y por lo tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, aún con perjuicio de todas mis inclinaciones”⁹. Pues bien, el valor moral de la acción, como valor incondicionado y que, por lo tanto, no reside en ningún elemento empírico, solo se puede vincular a la determinación de la ley. Por lo expuesto, es posible decir que esta determinación debe ser entendida a través de dos puntos mencionados en la exposición hecha hasta aquí: en primer lugar, se trata de afirmar que el criterio para decidir el valor moral de una acción requiere el principio formal del querer que, a su vez, se identifica con la actividad de la voluntad; en segundo lugar, se pretende afirmar también que esta actividad de la voluntad se encuentra en la búsqueda por el fundamento (*Grund*) a priori de su acción. De la manera como entendemos la estructura del argumento de Kant, es posible sostener lo siguiente: cuando él establece la relación entre *máxima* y *ley práctica* afirmando, en un primer momento, que aquella es el principio subjetivo y ésta el principio objetivo del querer, la actividad de la voluntad de hallar un fundamento para la acción se confunde con un procedimiento de comparación de la forma de la máxima con la universalidad de la ley. Tal procedimiento, racional, permite la constatación, entonces, en un segundo momento, del valor moral de la acción en su determinación.

Esta actividad de comparación de la máxima con la ley, realizada por el agente racional, es un punto que es fuente de controversia tanto por parte de los comentaristas como de los pensadores contemporáneos. Específicamente en una cuestión que nos parece decisiva para la discusión que aquí se trata. Se relaciona exactamente con lo que está en discusión en el proceso de comparación de la máxima con la ley y de cuál perspectiva se adopta allí: ¿una perspectiva individual o una perspectiva en que el individuo se encuentra inserto en el interior de un todo moral? Es conocido el artículo de Rüdiger Bittner, “Máxi-

⁹ *Ibidem.* pág. 129 (AK. VII; págs. 400-401).

mas”¹⁰, en el que su interpretación de este concepto permite dos lecturas aparentemente antagónicas, aunque de gran interés. El primer punto de análisis de Bittner se refiere a la diferencia que él realiza entre los conceptos de *máxima* y de *propósito*. Para diferenciarlos, propone que el segundo estaría vinculado a ciertos elementos *particulares* del querer, reglas que no tienen ninguna importancia desde el punto de vista del valor moral, como la de un individuo que elige para sí mismo salir a cenar todos los lunes a la noche. Otra cosa muy diferente sería el concepto de *máxima*, que tendría en cuenta lo que el comentarador llama de *experiencia de vida*, es decir, aquello que se refiere a la *totalidad de la vida* de un individuo, como el hecho que una determinada persona tenga en la avaricia el elemento organizativo de sus acciones, es decir, de su modo de vivir. Esta interpretación tiene, en mi opinión, el valor de esclarecer un aspecto no siempre observado en el interior del kantismo, es decir, que las máximas están, en cuanto organizan un conjunto de reglas subjetivas de acción, insertas en un determinado *contexto de vida ético*¹¹.

Sin embargo, el segundo punto tratado por Bittner parece desautorizar esta interpretación en el siguiente aspecto: la totalidad de la vida implícita en la *máxima*, ya universalizada, por lo tanto, se refiere apenas a la totalidad de las acciones de un determinado individuo, sin necesariamente tomar en consideración el otro. En este sentido, la totalidad que la *máxima* comprende se refiere únicamente a las acciones de un único individuo, más específicamente de su voluntad:

Esto significa que la voluntad, por intermedio de sí misma, quiere que ambos (la regla universal, y el hacer particular) sean uno, y que por lo tanto, ese hacer sea querido al mismo tiempo como universal, y precisamente debido a su universalidad. En la autolegislación, la propia disposición de la ley y la sumisión

¹⁰ Bittner, R., “Máximas”, *Studia Kantiana*, n.º 05, 2004, págs. 7-25.

¹¹ Sobre esto, Bittner es enfático: “Que los seres humanos estén siempre en relaciones morales (*sittlichen*) concretas, y en su contexto entiendan y determinen sus vidas, como sabia Aristóteles, no es olvidado tampoco en Kant, antes bien está en la base de la reflexión moral: sus máximas son ésta autodeterminación del individuo a partir de la experiencia de su mundo”. *Ibidem*, pág. 14.

a la misma no se dividen en dos grupos de propósitos; si así fuese, ella no sería más autolegislación (*Selbstgesetzgebung*)¹².

Por lo tanto, el modo como el comentador entiende el concepto de autonomía en Kant es *sui generis*, pues apunta a un concepto de autonomía de la voluntad que no está *limitada* críticamente por la razón, pero es *potencializada* por la razón. La autonomía es de este modo la reconciliación de la voluntad consigo misma, como voluntad particular y universal de un mismo individuo, o incluso en las palabras de Bittner:

Según su contenido, la máxima es ya de la más alta universalidad, a saber, principio de toda una vida. Ella es un particular únicamente por intermedio de su forma- de valer sólo en razón de *mi* decisión para *mi* vida, por lo tanto por intermedio de su subjetividad¹³.

Aunque Bittner pretenda dar complejidad al concepto de subjetividad en Kant, exponiendo que la máxima posee un contenido vinculado a la experiencia de vida de un determinado individuo, su solución para la relación entre máxima y ley, así como el modo como entiende el concepto de autonomía, no parecen encontrar refugio en la letra y en el espíritu kantiano¹⁴.

Si retomáramos la reconstrucción del argumento de la *Fundamentación* que hacíamos, podemos afirmar que el concepto de *respeto* a la ley es algo que nos puede ayudar en la tarea de esclarecer esta difícil relación entre la máxima y la ley. En primer lugar es posible afirmar que el respeto proporciona, mientras es un sentimiento *autoproducido* por medio de un concepto de la razón, el *reconocimiento* de la determinación de la voluntad por la ley, es decir, la *conciencia de la subordinación* de la voluntad a la razón. Por lo tanto, la conciencia de la subordinación de la voluntad a la ley es el efecto de la determinación de la ley

¹² *Ídem*, pág. 23.

¹³ *Ídem*, págs. 23-4.

¹⁴ Principalmente por el hecho de que no encontramos en el artículo de Bittner lo que sería el criterio del valor moral de una acción. ¿Qué es lo que, por ejemplo, diferenciaría una acción por deber de una acción contraria al deber, si la máxima ya es un principio universal?

que, desde el punto de vista subjetivo, es entendida como el efecto del proceso de universalización de la máxima. La idea de un sentimiento autoproducido por la razón plantea, a mi entender, un proceso que es doble: la comparación de la máxima con la universalidad de la ley y la consiguiente determinación de la voluntad por la ley. Es este “doble movimiento” el que explicaría la relación entre la subjetividad de la máxima y la objetividad de la ley, aquello que se refiere a la propia actividad de la voluntad de hallar un fundamento a priori de su acción y de verse determinada de forma racional, es decir, es a partir de él que podemos afirmar la *posibilidad* de que una voluntad sea una razón práctica. En segundo lugar, es necesario prestar atención al hecho de que el sentimiento autoproducido del respeto es la representación de lo que Kant llama menoscabo o derogación del amor a mí mismo y, por lo tanto, presupone un movimiento de renuncia parcial del yo.

Ahora bien, ¿cuál sería el sentido de señalar este menoscabo del amor a mí mismo y este movimiento de descentramiento del yo? En mi opinión, estas dos características demuestran que en la medida en que el sujeto racional *representa* la ley moral, tal representación presupone inmediatamente dos características: el proceso de comparación de la máxima con la ley y, aún más, con la forma universal de la ley y, por consiguiente, la posibilidad de encontrar un fundamento de determinación de la acción y, *al mismo tiempo*, el hecho de que todos los otros seres racionales poseen la misma capacidad y, por lo tanto, son sujetos interesados en la representación que el individuo hace de la ley. Si pensáramos la representación de la ley por medio del concepto de deliberación, podemos afirmar entonces que al comparar la máxima con la ley, la razón inmediatamente se pregunta por la universalidad de la forma de la máxima, y tal universalidad, cuando es positiva, supone el hecho de que *todos los otros seres racionales* (exigencia de totalidad de la razón) prestarían su consentimiento a tal acción. En este sentido, al representar la ley y actuar por medio de esta *paralegalidad*¹⁵, el individuo delibera en el interior de un todo moral que, a su vez, se confundirá con el valor moral incondicional de su acción, pues

¹⁵ N. del T.: el autor utiliza el término “*legiformidade*” que en inglés sería el equivalente “*law-like*”.

es él el que dará legitimidad a la regla de la acción. Es en este movimiento de representación (o de deliberación) que podemos reconocer el concepto kantiano de autonomía, pues al representar la ley, al hacer la comparación de la máxima con la ley, este individuo legisla por medio de su actividad racional para sí mismo y para todos los otros seres racionales, colocándose de este modo en la posición de legislador y de destinatario de la ley.

Al comportarse así, este individuo no está actuando por medio de un cálculo de intereses propios, por el contrario, al representar la ley, la mayoría de las veces como afirma Kant, estará actuando contra sus propias inclinaciones en caso de que decida proceder de acuerdo con la ley. Concluimos una vez más que, tanto en Kant como en Rousseau, el concepto de autonomía no se ciñe al concepto de autonomía individual. Sin embargo, y este es el punto importante, creo que hay aquí una diferencia importante con relación a Rousseau que debe ser investigada: todos los individuos, por ser autónomos y, por lo tanto, interesados, son también un fin en sí mismo¹⁶ y por esta cualidad, son seres portadores de dignidad, son seres racionales. Si por lo tanto Rousseau tiene una posición republicana fuerte, en la medida en que la voluntad particular del individuo debe ser coaccionada por la voluntad general, en el proceso de la decisión de la asamblea¹⁷, en Kant esta relación tendrá que ser reconsiderada por la representación de la ley también en su vertiente político-jurídica.

III. Autonomía política: Kant y el uso público de la razón

En su opúsculo “Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?”, Kant establece una importante relación para pensar la representación de la ley jurídica: se ocupa de la distinción que hace allí entre el *uso privado* y el *uso público* de la razón. Si Rousseau, en el *Contrato Social*,

¹⁶ Tengo en cuenta aquí la formulación del imperativo categórico conocida como “fórmula de la humanidad”, en la que todos los hombres son considerados como fines en sí mismos.

¹⁷ Cf. Rousseau, J.-J., *op. cit.*, principalmente el capítulo VII del Libro I. págs. 362-4.

pretende diferenciar la figura del *hombre* de la del *ciudadano*, en que el primero, aun pensando de forma diferente, debe ser obligado a colocarse en la posición del segundo, es decir, a actuar y a pensar de acuerdo con la voluntad general¹⁸, Kant, en su artículo, parece reorganizar esta relación entre el pensar (o racionalizar) y la obediencia. La idea de que el sujeto en la medida en que hace uso privado de su razón debe obedecer a una cierta autoridad en el interior de una determinada comunidad (el oficial que obedece las normas del ejército; el sacerdote o pastor que obedece las normas de la Iglesia; el ciudadano y contribuyente que obedece las normas del Estado) y, desde un punto de vista universal, debe hacer uso público de su razón, cuestionando las mismas normas, establece una relación *entre ciudadanos, en que la obediencia tiene como condición de posibilidad el libre pensar*. Es porque hago uso público de mi razón que obedezco las leyes constitucionales, por ejemplo. Pues bien, hacer uso de la razón pública tiene en cuenta algunas características importantes del concepto de autonomía.

En primer lugar, es necesario reflexionar sobre la propia *forma* de la constitución republicana, es decir, de la ley jurídica. Esta, así como la ley moral, requiere la misma relación autónoma entre el legislador y el destinatario. La ley tiene como condición de legitimidad la posibilidad de interpretarla y en este sentido, la posibilidad de encontrar razones o fundamentos (*Grunds*) para legitimarla o deslegitimarla ante el público. Estas razones necesitan, por lo tanto, ser presentadas públicamente y, en varios textos, Kant afirmará que el soberano tiene el deber de comportarse de acuerdo con lo que dice la voluntad general. En este sentido, la voluntad general, en términos kantianos, presupone la idea de una deliberación pública, y este es el elemento legitimador de la obediencia. Yo obedezco porque puedo criticar. Desde el punto de vista de la letra y del espíritu de la ley, obedezco a la Constitución porque esta se encuentra en disputa, es decir, puede ser interpretada de varias formas, afirmándola o no. En el artículo “Respuesta a la pregunta”, Kant utiliza un ejemplo importante, el de un determinado grupo eclesiástico que establece para su comunidad una sujeción eter-

¹⁸ *Ídem*. pág. 363.

na e incesante sobre cada uno de sus miembros y pregunta si tal ejemplo se ajustaría con el concepto de Ilustración (*Aufklärung*). Él mismo responde que no, pues la Ilustración presupone algún tipo de progreso en que una generación lega a las siguientes mejores condiciones para su propia Ilustración. Y presenta en seguida un criterio de evaluación de la ley: “La piedra de toque de todo cuanto puede acordarse como ley para un pueblo se cifra en esta cuestión: ¿acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?”.

Se puede decir que la cuestión planteada aquí se refiere de nuevo a un procedimiento de comparación entre la ley positiva y la universalidad de la razón: ¿la ley positiva hace posible el florecimiento de un debate público de *todos* los interesados, la deliberación, o ella lo obstruye? Y debe tenerse en cuenta que incluso si esa ley ha sido establecida por la autoridad suprema del Parlamento o por un tratado de paz, ella resultará injusta desde el punto de vista de la Ilustración. Aquí entramos en un segundo ámbito importante para nuestra discusión, que se refiere a la naturaleza coercitiva de la ley positiva. No hay duda que Kant asume la posición que la ley jurídica, por su carácter legal, siempre será coercitiva. *Sin embargo*, tal coerción debe legitimarse de forma pública, de tal manera que ella por lo menos no impida el debate público. En este sentido, aunque la noción de justicia esté vinculada a la legalidad de la ley, este fragmento del opúsculo parece mostrar claramente que ella está relacionada también a la legitimidad, resultado del uso público y autónomo de la razón.

Dicho esto, la perspectiva de Kant parece ser bastante distinta de aquella adoptada por Rousseau. En este último, el individuo es obligado a volverse libre, es decir, a pasar de su condición de *hombre* portador de *opiniones* propias a la condición de *ciudadano* forzado por la posición (*verdadera*) de la voluntad general. Tal presión es necesaria para la cohesión de la voluntad general, que no puede admitir ninguna forma de interés que sea diferente del suyo. En Kant, por el contrario, al distinguir (ya desde el punto de vista moral) la forma de la materia de la ley, la cohesión de la voluntad general sucede dada la posibilidad misma del uso público de la razón, es decir, de la deliberación autónoma del público. Como en la relación subjetiva de la máxima con la

ley moral, en la que hay un proceso de comparación entre las formas de una con la otra y en que se pregunta si tal regla es válida para todos los seres racionales, desde el punto de vista político-jurídico, la deliberación se refiere al hecho de si la forma de una determinada ley positiva permite o no la deliberación de todos los posibles interesados al respecto. Este proceso es el que garantizará la legitimidad de la ley y, sobretodo, su respeto que aquí se traduce por la idea de coerción. Por lo tanto la coerción, al no estar envuelta en la relación binaria entre opinión y verdad, permite la amplificación de las diferentes voces que hacen uso público de su razón¹⁹.

IV. ¿Paradoja de la autonomía?

La rápida reconstrucción del concepto de autonomía tanto en Rousseau como en Kant nos ayuda a comprender mejor un punto importante: en los dos filósofos, el concepto de autonomía está vinculado a la idea de una *actividad*. Si en Rousseau tal actividad es representada por el acto del contrato, en el que hay una transición de la libertad natural en dirección a la libertad convencional del cuerpo político, en Kant ese pasaje sucede en la actividad de la representación de la ley moral, del propio juicio práctico, como también en la actividad de deliberación pública, por medio del uso público de la razón. En ambos casos, el modo como la ley es entendida permite una doble interpretación: al mismo tiempo en que ella es coerción (sea ética, interior, sea legal, exterior), ella es también expresión de la libertad. En este sentido, es posible afirmar que la autolegislación de la ley es la condición de obediencia de la misma y en ambos casos tenemos un elemento paradigmático: en el

¹⁹ Esta idea parece ser fundamental tanto en “Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración? Como en “Idea de una historia de una historia universal en sentido cosmopolita”. En ambos artículos esta paradoja de la ley se presenta: cuanto más una sociedad es coaccionada por leyes jurídicas, aún más ella puede modificar su modo de pensar público y, por lo tanto, ser libre desde el punto de vista de la Ilustración. Una lectura contemporánea de esta paradoja puede ser vista en el capítulo III de Faktizität und *Geltung* de Jürgen Habermas.

caso de Rousseau, la ley significará un acto de soberanía, la reafirmación constante de la instauración originaria de la república de todos los ciudadanos políticos. En Kant, como tenemos dos puntos de vista, hay en primer lugar una transición a un todo moral y, en segundo lugar, el pase y constante reafirmación de la constitución republicana, es decir, la reafirmación de la justicia para todos los ciudadanos.

Me interesaría entonces discutir dos afirmaciones de Sieckmann sobre la paradoja de la autonomía, poniendo en consideración las dos grandes cuestiones discutidas en las partes precedentes. En la primera, el autor afirma:

La idea de autonomía como autolegislación parece tener una estructura paradójal. Entendida como autolegislación, la autonomía parece exigir que la validez de las normas dependa de su reconocimiento, quiere decir, de que sus destinatarios, en cuanto agentes autónomos, reconozcan que estas normas son válidas. Pero, por otro lado las normas pretenden vincular u obligar a sus destinatarios, y ¿cómo puede una persona estar vinculada por normas cuya validez depende de que ella misma, como destinataria, las reconozca como válidas? Si, por el contrario, las normas son válidas con independencia del juicio individual, ¿Cómo se puede sostener que los individuos sean autónomos? ¿Si ellos no determinan que normas son válidas, no están autolegislando?

Si tenemos en cuenta las posiciones de Kant reconstruidas aquí, esta afirmación, en mi opinión, no tiene sentido por dos razones. La primera se refiere a la propia estructura del modo en que Kant entiende el concepto de ley, o incluso, de la representación de la ley. Se trata de una actividad racional en que es posible reconocer dos momentos (analíticos) precisos: el primero se refiere a la comparación de la máxima con la ley, es decir, la comparación de la máxima con la forma universal de la razón. Tal comparación se orienta por el fundamento de determinación de la ley. Un segundo momento en el que, en la medida en que tal fundamento es encontrado (la propia condición de universalidad de la ley), tenemos la determinación misma de la regla de la acción. Dos puntos así deben ser explicitados: 1. Esta actividad

no presupone una potencialización de la voluntad por la razón (como Bittner sostiene), sino, por el contrario, una subordinación y una delimitación de la voluntad a la razón, en la medida en que ella se vuelve, en este caso, enteramente racional. 2. Esta actividad de representación de la ley es una actividad presupuesta en todo ser racional, por lo tanto, todo ser racional es o puede ser autónomo y, por esta condición, todos están alcanzados en relación con cualquier regla de acción. Estos dos puntos nos llevan a pensar en una relación que no es meramente empírica entre el interés mecánico del individuo y la ley, sino, por el contrario, se trata de una relación en que el interés individual no es puesto necesariamente en cuestión pero, sí el interés práctico –el que está verdaderamente en cuestión en la *Fundamentación*–.

La segunda afirmación de Sieckmann está más ligada a este último punto abordado:

El dilema de la autonomía se suscita porque la autolegislación implica que la validez de una norma depende de la voluntad, es decir, de un acto de reconocimiento por parte de la persona a quien ésta se dirige. La validez deber ser entendida en sentido normativo, es decir, la validez de una norma implica que esta se debe aplicar y cumplir. Desde luego esta elección deber ser razonable, es decir, debe cumplir con los requisitos de una decisión razonable; pero no puede derivarse de normas preexistentes que hayan sido establecidas sobre la base de una moral o de la razón práctica. Ahora, si una norma es válida solamente a causa de la decisión de sus destinatarios, cabría entonces decir que no puede ser vinculante para ellos, y por lo tanto tampoco ser válida en un sentido normativo. La paradoja de la autonomía surge, entonces, del hecho de que la decisión autónoma, por una parte deber ser autodeterminada y no puede derivarse de normas preexistentes, aunque, por otra parte, pretende establecer una norma válida, lo que presupone que hay razones normativas por las cuales la norma en cuestión debe ser considerada válida y, finalmente, vinculante para sus destinatarios. Por lo tanto, las decisiones autónomas no pueden ser por completo libres: tienen que estar limitadas normativamente. El primer requisito hace depender la validez de las normas de la aceptación individual, aun cuando el

segundo implique que tal propiedad es, en algún sentido, independiente de la aceptación de sus destinatarios.

Dos cuestiones pueden ser planteadas: en primer lugar, no hay duda que la validez de una norma es el resultado de la decisión de una voluntad, sin embargo aquí nos ocupamos de una voluntad que está siendo limitada críticamente por la razón. Lo que pretendí defender hasta este momento es que tal limitación se refiere a un proceso en que tenemos dos momentos analíticamente distintos: el proceso de universalización de la máxima, la comparación de su forma con la forma de la ley, es decir, la pregunta si ella es o no universal (en términos kantianos, la pregunta por su fundamento de determinación), y el proceso de determinación de la acción. Ambos procesos nos llevan a pensar en un doble punto de vista del concepto de ley kantiana: su legitimidad y su legalidad. Esta doble perspectiva se confunde con los elementos de coerción y libertad de la ley. En la medida en que este proceso requiere una universalidad, supone que están implicados en esta posición todos los seres racionales. De este modo, se pretende afirmar, como dijimos anteriormente, que lo que hace que sea posible validar la autonomía es exactamente el proceso de legitimación y la legalidad de la norma.

Ahora bien, desde el punto de vista de la ley político-jurídica, el concepto de decisión tiene que ser pensado teniendo en cuenta el concepto de *deliberación*²⁰. Al hacer uso público de la razón, todos los posibles afectados en una determinada comunidad pueden cuestionar la legitimidad de una determinada ley positiva. Tal cuestionamiento nada dice respecto a la validez de la constitución en sí misma y su forma (republicana), pero sí respecto a ciertas características de una ley positivada, si ella permite el uso público de los implicados o no. En este sentido, desde el punto de vista kantiano, lo que dará la legitimidad al contrato originario será la propia idea de justicia que nace

²⁰ Para esta discusión, sigo en gran parte el artículo de Manin, B. "On Legitimacy and Political Deliberation". *Political Theory*, Vol. 15, n.º 3, 1987. págs. 338-368. Para nuestros propósitos, Manin pretende defender un *déficit* de deliberación en la teoría política del *Contrato Social* de Rousseau y, con esto, un *déficit* de legitimación. Sin embargo, al identificar a Kant con una figura ultraliberal, ignora el valioso concepto del uso público de la razón.

de la ponderación de argumentos en el interior del debate público y de la legalidad de la ley. Como sostuvimos previamente, si con Rousseau el acto originario del contrato es la reafirmación del concepto de soberanía de la República, en Kant, la actividad de la deliberación y de legislación será la reiteración de la idea de justicia. Sin embargo aquí aparece un elemento importante: al mismo tiempo en que hay rastros republicanos en el concepto jurídico de ley kantiana, tenemos también elementos liberales, en la medida en que la posición de todos los afectados debe ser tenida en cuenta. De esta forma, pensar la autonomía en sentido político en Kant es pensar, primeramente, en un proceso de deliberación en el que hay un elemento de soberanía y, en segundo lugar, un elemento en que diferentes posiciones individuales deben ser avaladas por la ley. En Kant, esos dos elementos parecen confirmar dos puntos precisos: la deliberación de todos los implicados y la necesidad de preservar la posición de la minoría.

V. Consideraciones finales

Para concluir este comentario, tal vez sea importante explicitar algunos puntos que fueron abordados anteriormente. En primer lugar, creo que si Sieckmann pudiese trabajar con esa doble cara de la ley que intentamos mostrar en la actividad misma de representación de la ley en Kant, tanto desde el punto de vista moral en general como desde el punto de vista jurídico y político en particular, él podría retomar las principales características de su propuesta para de este modo pensar la solución de la paradoja de la autonomía, es decir, la intersubjetividad, la ponderación de argumentos y criterios universales. Y esto para solucionar algo que, en mi opinión, no quedó enteramente claro en su artículo. Se trata, en realidad, de clarificar dos puntos: el primero se refiere a *¿qué hace legítima la decisión de una determinada disputa política o jurídica?* El autor utiliza el ejemplo de la prohibición o no de fumar en lugares públicos. Ahora bien, lo que me parece que daría legitimidad al proceso de decisión sería la posibilidad de todos los implicados que hicieren uso público de su razón, es decir, *deliberasen*. Si este principio no fuera tenido en cuenta cuando pensamos el

concepto de autonomía, tendremos siempre, o casi siempre, la victoria del más fuerte en la decisión final. Y el derecho tendrá, en tanto poder político, su legitimación reducida a la legalidad y, por consiguiente, al concepto de fuerza o de poder. Esta cuestión de la diferenciación entre el *poder* y la *razón* o la propia autonomía de los ciudadanos, es el segundo punto que, a mi criterio, debería ser considerado. Intenté mostrar que desde el punto de vista del uso público de la razón, Kant piensa la legitimación por medio del concepto de *Ilustración*. Con esto, él reflexiona sobre la idea de la legitimación del poder y de la autoridad del Estado o de las instituciones religiosas *fuera* del Estado y de las instituciones religiosas, en una esfera pública de todos los posibles implicados²¹. Creo que Sieckmann debería tratar con más cuidado los papeles del Estado y del mercado en las decisiones jurídicas y políticas. En el ejemplo aludido sobre la prohibición de fumar en lugares públicos es necesario pensar en la acción y en los intereses de estas dos instituciones en el interior de la democracia²².

En segundo lugar, intenté analizar y contraponer las posiciones de Rousseau y Kant para sugerir cómo a partir de la confrontación de sus análisis del concepto de autonomía podríamos pensar en los conceptos de una *autonomía pública* y de una *autonomía privada*. En oposición a Habermas, considero que es posible ver estas dos vertientes en el interior de la filosofía práctica kantiana, en que tendríamos, por un lado, la deliberación pública y, por otro lado, la garantía de los

²¹ Aquí sigo la tesis de Habermas en *Transformaciones estructurales de la esfera pública* en que el concepto de *Öffentlichkeit* gana terreno en la filosofía kantiana teniendo como contrapartida material la idea de una esfera pública de ciudadanos particulares que deliberan públicamente.

²² Como el propio autor afirma, tendríamos la preocupación del Estado con la salud y la eficiencia de sus ciudadanos en contraposición a posiciones individuales que estarían vinculadas al puro placer de fumar. Sin embargo, son dos posiciones muy deferentes de poder. ¿Qué torna legítimo la posición de cada uno? Por otro lado, en el terreno de las hipótesis, habría también un gran interés de las industrias tabacaleras en esta discusión, habría *lobby* o propaganda. ¿Cómo pensar la legitimidad de una decisión teniendo en cuenta estas hipótesis? ¿Quién decidiría?

derechos individuales, la idea de dignidad de la persona humana²³. Esto no significa confundir el concepto de autonomía con el concepto de autonomía privada y, con esto, aproximar las posiciones de los dos filósofos a partir del presupuesto de los intereses privados del individuo. Por el contrario, se trata de pensar un doble valor al interior del concepto de autonomía que nos serviría como criterio para la legitimación del poder político: un elemento republicano y un elemento vinculado a las libertades civiles, o incluso, a los derechos humanos. La ventaja de esto es no necesitar presuponer la ficción liberal de un individuo que piensa y actúa de manera mecánica, es decir, de acuerdo solamente con sus propios intereses, sino por el contrario, presuponer un individuo que pueda cambiar sus posiciones en el interior del debate público. Por otro lado, impide también adoptar como única orientación una posición republicana más dura que no tendría en cuenta elementos de los derechos humanos.

Finalmente, me gustaría plantear una última consideración referida al debate contemporáneo sobre la cuestión de la legitimidad de la democracia. Creo que Sieckmann podría someter a prueba y aclarar su posición haciendo explícito con qué posiciones está debatiendo. Pretendí mostrar que su artículo se inicia con un presupuesto liberal duro que, al poco tiempo, va cediendo lugar a la idea de deliberación, ponderación de argumentos, intersubjetividad, etc. Intenté mostrar también como la mayoría de estos conceptos pueden tener su origen en el interior de la filosofía moderna, en especial en la de Kant y en la de Rousseau. Sin embargo, la filosofía contemporánea, incluso hasta los teóricos del derecho, están trabando un constante debate con estos autores ya clásicos y refinando sus posiciones por medio de esta discusión. ¿No sería tiempo entonces de que Sieckmann pensara en un camino semejante y, por lo tanto, estableciera una confrontación más clara con esta tradición?

²³ Sobre la crítica a Habermas acerca de no ver en el interior de la filosofía práctica kantiana el derecho y la ética como campos coexistentes, cf. Maus, I., *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin, Suhrkamp, 2011. Acerca de la posición de Habermas, confrontar el capítulo tres de: Habermas, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt-M., Suhrkamp, 1998.

Bibliografía

- Bittner, R., “Máximas”, *Studia Kantiana*, n.º 05, 2004.
- Habermas, J. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.
- Kant, I., *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, San Pablo, Barcarolla, 2009.
- Manin, B. “On Legitimacy and Political Deliberation”. *Political Theory*. Vol. 15, nº 3, 1987.
- Maus, I., *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin, Suhrkamp, 2011.
- O’Neill, O. “Autonomy, Plurality and Public Reason”, en Brender, N. y Krasnoff, L. (eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social*, Paris, Pléiade, 1964, pág. 360.

Autonomía, democracia e igualdad*

Autonomy, Democracy and Equality

Martín Aldao**

Fecha de presentación del texto, primera versión: 11/09/15.

Fecha de entrega de revisiones: 18/12/2015.

Fecha de entrega del texto final, revisado: 18/02/2015.

Resumen: En lo que sigue voy a explorar el potencial explicativo y normativo de la tesis de la argumentación autónoma de Jan Sieckmann. Con ese propósito, en una primera parte se propone una reconstrucción de la tesis de la argumentación autónoma en el marco de una comprensión deliberativa de la democracia y una teoría no positivista del derecho. En la segunda parte se analizan dos procesos políticos constitucionales con el objetivo de probar el marco conceptual desarrollado en la primera parte.

Palabras claves: argumentación autónoma, democracia e igualdad.

Abstract: In this paper I will explore the explicative and normative potential of Jan Sieckmann's autonomous argumentation. With that purpose, in the first part I propose a reconstruction of the thesis of the autonomous argumentation within deliberative understanding of democracy and a non-positivist theory of law. In the second part, I analyze two constitutional political processes, with the aim of proving the conceptual frame developed in the first part.

Keywords: autonomous argumentation, democracy, equality.

* Agradezco los comentarios de Laura Clérico y Federico De Fazio.

** Instituto A. L. Gioja, Facultad de Derecho-UBA.

I. La tesis de la argumentación autónoma en el marco de una teoría comprensiva del estado democrático de derecho

La tesis de la argumentación autónoma permite comprender mejor la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría deliberativa de la democracia. Así responde a los siguientes problemas: *i.* la conexión entre el derecho y la moral, *ii.* el problema del consenso y las mayorías, *iii.* el lugar de los derechos fundamentales y *iv.* la función del poder judicial en un estado democrático.

I.1 Una perspectiva no metafísica sobre la conexión entre la moral y el derecho

La propuesta de Jan Sieckmann se inscribe en lo que podríamos denominar un paradigma fuerte de democracia deliberativa. Por paradigma fuerte se entiende una reconstrucción del proceso político que, desde una perspectiva intersubjetiva de la racionalidad o racionalidad argumentativa, ubica a la deliberación como condición de posibilidad de la democracia¹.

De este modo permite conectar el concepto de legitimidad del derecho con la idea de democracia en el seno de la teoría del derecho, permitiendo una reconstrucción no metafísica² del vínculo entre derecho y moral. En este sentido el trabajo constituye un notable aporte a

¹ Por otro lado, un paradigma débil de la democracia deliberativa, tal como el de John Rawls, o el que presenta Carlos Nino en *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, tienden a considerar a la deliberación como un mecanismo de mejora epistémica en el proceso de producción de las normas: deseable, pero no imprescindible. Ver Aldao, M. “Teoría de la argumentación y democracia”, *Revista Gioja*, 1, 2007

² Me refiero a no metafísica en tanto el trabajo de Sieckmann reconstruye un sistema de toma de decisiones políticamente legítimas y por ende vinculantes sin recurrir a otra cosa que a la existencia de individuos autónomos portadores de intereses. No hay invocaciones a una moral objetiva, ni al altruismo, ni al concepto de pueblo, ni a ninguna otra entidad ideal. Aún la concepción de racionalidad de la teoría del discurso es notablemente simple.

lo que podríamos denominar una teoría democrática del derecho³, en el camino iniciado por J. Habermas y R. Alexy⁴.

Desde la teoría del discurso, la corrección de una proposición normativa no depende de su correspondencia con una moral objetiva, no obstante lo cual resulta posible introducir valores (bajo la forma de intereses de los interlocutores) en la argumentación, de un modo similar⁵ al que utilizamos para introducir datos empíricos. La diferencia radica en que, mientras para los últimos utilizamos como criterio de evaluación la validación de la disciplina científica correspondiente (peritajes, datos estadísticos, etc.), para los primeros recurrimos, en última instancia, al criterio de imparcialidad, es decir, el igual respeto y consideración de los intereses de cada hablante, aplicado a través de la deliberación pública. A su vez, en tanto la introducción de valores presupone la autonomía de los individuos involucrados, y la participación en el discurso implica que cada individuo está obligado⁶ a reconocer la autonomía del resto –de otro modo no sería una argumentación–, tenemos entonces una serie de criterios procedimentales que permiten evaluar las preferencias morales de los participantes en el discurso en términos de imparcialidad⁷.

³ Ver Aldao, M. “Racionalidad, derecho y democracia”, en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.) *La teoría del Derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Externado, 2011.

⁴ El trabajo reconoce antecedentes en Sieckman, J. R., *The logic of autonomy*, Oxford, Hart Pub., 2012; antes en “El concepto de autonomía”, *Doxa*, 31, 2008; y en “Basic Rights in the Model of Principles”, IVR, *ARSP*, 67, 1997. *op.cit.*

⁵ Aunque no idéntico, ver Sieckmann, J. *op.cit.*, 2008, pág. 470.

⁶ La naturaleza de esta obligación es probablemente uno de los puntos más discutidos de la teoría de la argumentación. Un análisis riguroso del problema puede encontrarse en el artículo Habermas, J. “Ética del Discurso: notas sobre un programa de fundamentación” en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008.

⁷ A través de la introducción del criterio de universalidad. Es relevante notar que se trata de un modo de abordar –y no de resolver– cuestiones morales, ya que no pretende –ni puede– dar una respuesta definitiva a todos los conflictos morales, políticos, culturales o religiosos que puedan darse. Como reacción al escepticismo moral, lo único que pretende la teoría del

Así el tercer elemento de la argumentación autónoma consiste en:

La reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación. Deben ser juicios autónomos, aunque tomando un punto de vista imparcial, que considere todas las concepciones normativas relevantes como igualmente válidas e importantes⁸.

A su vez, la tesis de la argumentación autónoma tal como es presentada por Jan Sieckmann permite ver no solo la analogía estructural entre la producción de derecho legítimo y la argumentación racional, sino también el modo concreto en que interactúan los principios de autonomía individual y de soberanía popular que se encuentran a la base de lo que Habermas denomina con cierta vaguedad “génesis democrática del derecho”⁹.

1.2 Consenso argumentado y consenso mayoritario

A su vez el principio de universalidad que se encuentra a la base de la tesis de la argumentación autónoma nos permite trazar una distinción que resulta de la mayor importancia cuando analizamos las instituciones democráticas. Desde una comprensión deliberativa, el *quid* de la democracia no radica en las mayorías, sino en la imparcialidad.

discurso es que existe la posibilidad de una argumentación racional en temas morales, el que esta argumentación llegue a un único resultado, y que además este único resultado satisfaga las preferencias de todos los involucrados es algo que depende, fundamentalmente, de la homogeneidad moral, cultural, política, ideológica y religiosa de los involucrados antes que de cualquier mecanismo institucional de organización colectiva. Para una sobreestimación del modelo ver por ejemplo Oquendo, A. “El dilema entre la autonomía pública y la privada: reflexiones y contra-reflexiones”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 4, 1999.

⁸ Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática”, *V. 2*.

⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 2005, pág. 373.

El peso que atribuimos al argumento mayoritario proviene en realidad de la repetida idea de que la asamblea legislativa –o el parlamento– es el *locus* de la democracia, idea que no puede ser afirmada sin más. De hecho se trata de una distorsión operada por Sieyes sobre las ideas de Rousseau a partir de la publicación de *¿Qué es el tercer estado?* en 1789, con el propósito de acomodar las ideas del *Contrato Social* al naciente estado revolucionario. Al igual que en el análisis de Sieckmann, para Rousseau el único modo de preservar el ejercicio de la autonomía (que él denomina libertad) dentro de una organización política radica en la libre manifestación de la voluntad de los ciudadanos en tanto individuos, a través del mecanismo universalizador de la ley¹⁰ de modo que el cuerpo de los súbditos y el de los soberanos queden identificados.

Por el contrario Sieyes propone un cambio explícitamente proscrito en el *Contrato Social*: la asimilación de la voluntad general con la voluntad de la mayoría. Este recurso, no obstante su evidente utilidad, es en todo caso un instrumento razonable para agilizar la argumentación, pero no puede reclamar para sí la capacidad de resolver definitivamente las argumentaciones normativas.

Las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes. Sin embargo, la necesidad de reconocer una autoridad política no debe llevar a la conclusión que la legitimidad política se deriva sólo de la justificación de tal autoridad. La autoridad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla¹¹.

¹⁰ Que garantiza, a diferencia del particularismo del decreto, la aplicación de las pretensiones normativas aprobadas por la ciudadanía a la totalidad de los individuos involucrados

¹¹ Sieyes, E. *¿Qué es el tercer estado?: Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza, 2003, págs. 112 y 154.

Así las decisiones de los poderes mayoritariamente elegidos pueden ser consideradas presuntamente legítimas, o legítimas *prima facie* por razones pragmáticas de organización de la convivencia¹².

En términos más esquemáticos y considerando la imposibilidad de establecer mecanismos de participación directa que garanticen en plazos razonables la obtención de un consenso ideal, la propia necesidad de resolver el problema de la producción de normas comunes en sociedades complejas nos conduce, racionalmente, a la delegación de la argumentación autónoma y al recurso al voto¹³. Así, los intereses de la población se verían reflejados en principio en el poder legislativo, que por su carácter electivo y colegiado es el más apto para representar al conjunto de la población –o cuanto menos a los intereses predominantes de ésta–. Así el poder legislativo sanciona normas de carácter general bajo el escrutinio electoral de la población, y determina a través de estas también las competencias de los otros poderes.

¹² Esto resulta más claro si lo vemos desde la perspectiva de la argumentación natural propuesta por Toulmin. En la práctica discursiva un hablante no necesita justificar cada afirmación que realiza, sino solo aquellas que se vean cuestionadas por otro participante en la argumentación, del mismo modo, en una democracia operamos según la presunción de que la voluntad de la mayoría representada en el parlamento es un buen comienzo para obtener una decisión que tienda a la imparcialidad, no obstante lo cual contamos con procedimientos para verificar la justificación de cualquier decisión de esta clase y, en su caso, modificarla. Ver Toulmin, S. *The uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, cap. 2.

¹³ Que es una herramienta más económica que la argumentación para determinar las convergencias morales y políticas de la sociedad. No obstante, debe tenerse en cuenta que el voto únicamente permite identificar convergencias, pero nada nos dice respecto de la razonabilidad de sus resultados. La tradición política liberal resolvía este problema a través de la invocación de derechos sustantivos que limitarían el accionar del soberano. Por el contrario, en el marco de la tesis de la argumentación autónoma, es la propia racionalidad de la democracia la que exige la existencia de mecanismos de control que permitan verificar las ponderaciones cedidas al legislador. Ver más adelante las secciones sobre convergencia normativa y sobre derechos fundamentales.

En tanto resulta irracional pretender que todos y cada uno de los ciudadanos participen de modo directo en la producción del derecho, resulta racional atribuir al Estado democrático el monopolio de la determinación del derecho vinculante; pero solo en la medida en que resulta instrumental a una ponderación imparcial (y por ende aceptable) de los diversos intereses de quienes constituyen la ciudadanía, en equilibrio con la necesidad práctica de contar con un juego de reglas relativamente estable para resolver los conflictos entre individuos. De este modo el derecho vigente (que incluye toda producción normativa proveniente del estado: leyes, decretos y sentencias), puede ser reconstruido como el “destilado” de los consensos morales de una sociedad. *Prima facie* válido¹⁴ en tanto haya respetado los mecanismos formales de producción, pero necesariamente recurrible en tanto eleva la pretensión de ser la mejor interpretación del conjunto de razonamientos autónomos de la población.

I.3 Democracia y convergencia

Una vez definido qué es lo que se entiende por racionalidad democrática se hace preciso indagar con un poco más de profundidad en la cuestión de la convergencia valorativa.

La convergencia valorativa guarda con el procedimiento argumentativo una relación de mutua complementariedad que en mi opinión no se encuentra adecuadamente desarrollada en el trabajo que discutimos. Si bien es cierto que, a través de la argumentación es posible avanzar hacia una cierta convergencia razonable en términos de armonización de los intereses de los participantes, también es cierto que la argumentación racional en el marco de las democracias modernas sólo es posible en la medida en que se presupone una mínima convergencia respecto de (i.) la utilización de la argumentación en lugar de la fuerza como medio de resolución de los conflictos de intereses, (ii.) el diseño de los mecanis-

¹⁴ Este es un punto difícil de determinar con precisión. En principio podríamos afirmar que es oponible automáticamente a la población, no obstante esta situación cambiaría si en el caso concreto se muestra que vulnera excesivamente la autonomía de los ciudadanos.

mos a través de los cuales el procedimiento argumentativo se ve institucionalizado, y (iii.) la determinación de una constelación de garantías mínimas comunes para el ejercicio del razonamiento autónomo que podríamos denominar derechos fundamentales¹⁵.

Por otro lado, no debemos olvidar que a la base de todo el sistema tenemos individuos portadores de intereses, ponderando las diversas posibilidades antes de tomar una decisión racional al respecto. La democracia puede ayudar a la convergencia, pero no puede construirla desde cero¹⁶. Para que la democracia funcione no hace falta que todos tengamos los mismos derechos, hace falta que todos tengamos las mismas necesidades, solo de la comunidad de intereses puede surgir una ley que protegiendo el interés de todos proteja el de cada uno¹⁷.

I.4 El rol de los derechos fundamentales en los Estados Democráticos

En la medida en que la argumentación autónoma constituye la base de la legitimidad de los estados democráticos, no es posible eliminar

¹⁵ La presentación es analítica ya que los tres grados se encuentran implicados entre sí. El tercer grado impacta en los otros dos, prefigurando una estándar de autonomía individual que condiciona los consensos obtenidos respecto de éstos, como muestran los trabajos de N. Fraser, I. Young o J. Cohen, entre otros. A su vez, la potencial desnaturalización de la argumentación que pueda producir una institucionalización deficiente o asimétrica de la argumentación en el segundo grado no sólo invalida los resultados obtenidos en el tercero, sino que justifica y hace razonable el rechazo del primer grado por aquellos que se vean sistemáticamente excluidos. Ver, entre otros, Gargarella, R. *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

¹⁶ Rousseau llegó a ver este problema con una claridad notable, y de ahí su aparente obsesión con la igualdad material, la religión civil y su rechazo de las facciones, tres ideas mal comprendidas por el liberalismo en términos de un altruismo autoritario. Cada individuo necesita obtener algo a cambio de someterse a la voluntad general y si cada individuo necesita obtener algo distinto, entonces carece de sentido que intenten encontrar una solución común.

¹⁷ Desde esta perspectiva se ve que muchos de los problemas que tradicionalmente se atribuyen a la democracia o a la debilidad de sus instituciones tienen más que ver con las desigualdades económicas y culturales que fracaturan a una sociedad que con la democracia en sí misma.

la primera sin perder la segunda. En este sentido, ante un caso que implique la imposibilidad del ejercicio de la argumentación autónoma, que además se encuentre razonablemente justificada, nos encontramos frente a un límite intrínseco a la actividad del legislador¹⁸. Tanto la argumentación como la ponderación autónoma no son operaciones matemáticas realizadas por computadoras en abstracto, sino que se trata de evaluaciones, individuales y colectivas, sobre intereses concretos de personas concretas, realizados en un contexto histórico, social, cultural y económico específico. Si un Estado censura los medios de comunicación, impide un ejercicio adecuado del razonamiento autónomo, pues priva a los ciudadanos de información relevante para tomar decisiones; pero del mismo modo, si el estado falla en garantizar condiciones mínimas de existencia para la población¹⁹ también está impidiendo el adecuado ejercicio del razonamiento autónomo.

De este modo es posible reconstruir el catálogo de derechos liberales como un primer intento por definir las condiciones de ejercicio del razonamiento autónomo: condiciones materiales (propiedad, industria y libre circulación), condiciones sociales (igualdad formal ante la ley), condiciones culturales (libertad de prensa, de enseñanza y de conciencia). Estos eran, como muestra Habermas²⁰, los intereses que esa clase, que era la burguesía ilustrada, logró introducir en la nascente esfera pública productora de derecho. La tesis de la argumentación autónoma nos permite evitar una visión sustancialista de este catálogo de omisiones y prestaciones estatales. Lo que hay es una hipótesis respecto de las garantías mínimas que debe brindar el estado para resultar aceptable a la sociedad civil, que al ser contrastada únicamente por otros miembros de la misma categoría, es considerada en la época legítima y adecuada. La gradual apertura del juego de producción del derecho a otros géneros, otras clases, otras etnias, etc., permitió poner

¹⁸ Sieckmann, J. *op.cit.*, 2012, cap. 8.

¹⁹ Sin importar la cantidad de población que se encuentre en esa situación, del mismo modo que la censura de un medio de comunicación es tan criticable como la censura de muchos.

²⁰ Ver Habermas, G., *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004, pág.175.

en cuestión esa hipótesis, y modificar y extender o restringir según el caso aquel juego de garantías originales.

Por ser dependiente de la argumentación, resulta imposible definir de modo sustancial²¹ el contenido de los derechos fundamentales, pero si es posible ver que, estructuralmente, existen una serie de condiciones muy cercanas al núcleo de lo que cada época entiende por autonomía, cuya vulneración por parte del Estado no puede ser tolerada²². Nuevamente, en una sociedad económica, social y culturalmente homogénea este núcleo de condiciones mínimas es muy sencillo de determinar, por el contrario, en sociedades fracturadas, ya sea por la desigualdad económica, la religión o la ideología, es poco probable que todos acuerden en un límite común.

En este sentido la tesis de la argumentación autónoma impone una fuerte carga al Estado en términos de garantía integral de la autonomía de la población, tanto para aquellas de la tradición liberal, social y post social, ya que estas no constituyen un programa político, y por lo tanto al arbitrio de los poderes públicos, sino condiciones de legitimidad de la autoridad de las instituciones políticas, y por ende directamente exigibles.

I.5 El potencial democrático del poder judicial

En el modelo de la argumentación autónoma el poder judicial puede reclamar, entonces, dos funciones de control. Por un lado se preserva su rol tradicional de verificar que las decisiones de los poderes públicos se adecuen a lo que la sociedad considera “derechos constitucionales”. Esto implica por un lado revisar el accionar (omisivo, insuficiente o excesivo) de las otras ramas del gobierno respecto de aquellos casos fáciles²³ (violencia institucional, censura, tortura, vulneración

²¹ Ver Sieckmann, J. “Autonomía Moral y Legitimación Democrática”, n.º 51.

²² Ver el análisis de la prohibición de exigencia de lo insoportable en Clérico, L. *El examen de proporcionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, cap.3.

²³ La facilidad o dificultad del caso dependerá en este modelo, del nivel de convergencia existente respecto de una solución razonable.

de la propiedad, etc.), como así también armonización de ponderaciones diversas cuando se trata de normas sobre las que no existe tanto acuerdo (vivienda, salud, educación, libertad de conciencia, autonomía sobre el propio cuerpo, etc.).

Pero además el poder judicial puede jugar, dadas ciertas condiciones, un rol democrático en términos de rectificación del proceso de deliberación pública. Una vez que hemos removido la legitimidad originaria del Parlamento, para reubicarla en la ciudadanía, reemplazándola con una legitimidad derivada, aunque *prima facie* vinculante por el lugar específico que juega el poder legislativo en la democracia representativa, la tesis de la representación argumentativa sostenida por Alexy se vuelve mucho más plausible. Como señala Sieckmann, el parlamento presenta, a pesar de sus virtudes, una serie de defectos²⁴.

Entre estos se destaca el uso de la votación como criterio para la toma de decisiones. A diferencia de los actos administrativos y de las sentencias judiciales, que tienen una fuerte pretensión de corrección y de hecho resultan impugnables ante la ausencia de justificación razonable, la figura de la exposición de motivos juega un papel mucho más superficial en la sanción de las leyes. Esto resulta entendible pues, en primer lugar se trata del poder público más vulnerable al control popular, y en segundo lugar es el más proclive al establecimiento de compromisos políticos –que de algún modo le generan una mayor tendencia a la imparcialidad que la que posee el poder ejecutivo–. Pero, al mismo tiempo, le da al parlamento un enorme margen de discrecionalidad que colisiona por un lado con el carácter supra legal de los derechos fundamentales, y por el otro convierte a la delegación legislativa en una suerte de cheque en blanco²⁵. Otro defecto estructural del Parlamento radica en su carácter mayoritario. En la medida en que lo que motiva a los legisladores es la obtención del mayor número de votos posibles en la contienda electoral, difícilmente van a dedicarse

²⁴ Ver Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática”, pág. 32.

²⁵ Aunque volveremos sobre el punto más adelante, justamente la función de los otros poderes, y en particular del poder judicial a través del control de constitucionalidad, radica en “testear” la imparcialidad de la fundamentación de los actos legislativos. Ver Sieckmann, J. *op.cit.* pág. 34.

a discutir problemas e intereses de los sectores minoritarios de la población²⁶. Estos dos problemas tornan necesario el establecimiento de un sistema de controles respecto del poder legislativo ejercido a través de la representación²⁷.

Es en este contexto que el poder judicial aparece como el espacio idóneo para la representación argumentativa. Como señalamos más arriba, ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo admiten en general la participación directa de la población. Es sólo en los tribunales que el ciudadano tiene la posibilidad de esgrimir sus intereses y sus razones al margen de las mayorías electorales y de las presiones políticas y económicas. A esto se refiere R. Alexy con el concepto de “representación argumentativa”²⁸. Naturalmente, el recurso a los tribunales sólo resulta razonable en la medida en que nos enfrentamos bien a un parlamento sordo, o bien a grupos minoritarios o subordinados. En otros términos, podemos presumir, usualmente, la legitimidad democrática –entendida como imparcialidad en la argumentación– de las normas sancionadas por el parlamento, pero al mismo tiempo la garantía del principio de autonomía nos obliga a mantener un espacio institucionalizado a través del cual esa argumentación que justifica las leyes vigentes, pueda ser reabierto, con una serie de condiciones.

La tesis de la ponderación autónoma nos brinda una serie de criterios normativos para evaluar tanto la performance democrática pro-

²⁶ Y cuando lo hacen es en general porque estos intereses minoritarios han logrado imponerse en la agenda pública de modo tal que han logrado captar la atención de las mayorías, tal como el caso de matrimonio igualitario en la Argentina. Ver en este trabajo 2.2.

²⁷ Además de estos problemas, propios de cualquier parlamento nacional, en ciertos casos podemos encontrarnos con que los legisladores no representan efectivamente a la población, generando distorsiones respecto de los efectivos intereses de esta. Esto puede deberse a diversos motivos, desde el ejercicio del *lobby* por parte de grupos de presión al predominio de las élites sociales en el parlamento, por mencionar sólo algunos. De todos modos estas distorsiones, a diferencia de las mencionadas en el párrafo anterior, deben ser argumentadas en cada caso.

²⁸ Ver Alexy, R. “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-CON*, vol.3, n.º 4, 2005, págs. 572-581.

piamente dicha de las instituciones, como la performance argumentativa que se vinculan a las posibilidades efectivas de presentación de argumentos por parte de los individuos autónomos, la igualdad²⁹ en la consideración de sus pretensiones normativas, la corrección de las premisas empíricas, etc³⁰.

II. Autonomía y Democracia: la performance argumentativa como criterio normativo

En lo que sigue voy a analizar algunos ejemplos concretos y contrapuestos –bastante trabajados por la dogmática constitucional– que permiten demostrar el potencial de la tesis de la argumentación autónoma.

II.1 El ejercicio contra mayoritario de la función jurisdiccional

En su análisis sobre el carácter contra mayoritario del proceso constitucional norteamericano, Gargarella³¹ describe el contexto en el que surge la polémica entre federalistas y anti federalistas en torno de la estructura política y jurídica que debe adoptar la nueva nación. Luego de declarada la independencia, los comerciantes ingleses exigirán a sus pares americanos el pago de sus deudas en “moneda dura”, amenazando con ahogar el intercambio comercial entre Europa y las colonias. Frente a esta situación, los comerciantes norteamericanos trasladan el peso de la deuda a los pequeños propietarios y granjeros, de los cuales eran a su vez acreedores, amenazándolos con la pérdida de sus tierras y la prisión³². Todavía inmersos en el clima participativo gestado durante la guerra de independencia, la respuesta de los pequeños propietarios va a tomar dos

²⁹ Lo que excede la mera igualdad formal y nos conduce al problema de las fórmulas de igualdad. Ver Clérico, L. y Aldao, M. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol.9, n.º 1, 2011.

³⁰ Ver Sieckmann, J. “Autonomía moral y Legitimidad Democrática”, pág. 23.

³¹ Gargarella, R. *Nos los representantes*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.

³² Gargarella *op.cit.*, págs. 45-49.

vías. Por un lado una serie de revueltas populares con el objeto de frenar los procesos judiciales por deudas (que en el período aumentan en más del doscientos cincuenta por ciento)³³. Por el otro, y frente a la docilidad de las cortes frente a los intereses de los comerciantes³⁴, algunas legislaturas locales van a proteger los intereses de los deudores a través de la emisión e imposición de papel moneda³⁵. Tanto Madison como Hamilton van a criticar duramente estas experiencias, calificándolas el primero de “traicionera usurpación” de las legislaturas³⁶ y el segundo de leyes que violan los contratos privados, infracciones que deben ser sancionadas por las armas³⁷. En el mismo sentido, en el número X de *El Federalista* se afirma que el principal objetivo de la constitución consiste en dominar el espíritu de partido, explicitando un poco más adelante que por partido se entiende a la mayoría conformada por los deudores, cuyos intereses predominaban en las asambleas locales³⁸. Esta lectura se ve confirmada con la interpretación de J. Nedelsky³⁹. Como muestra el detallado análisis de esta autora, la constitución norteamericana fue diseñada con el objeto de garantizar la seguridad de una esfera privada mercantilmente entendida frente a la “tiranía” de una mayoría que, ante el cambio imprevisto de las condiciones del mercado, trata desesperadamente de mantener sus medios de vida⁴⁰.

³³ La más notable de éstas fue la organizada por Shays en Massachusetts, que servirá de argumento para el establecimiento de la Unión en el número IV de Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 1957.

³⁴ Gargarella, *op.cit.* pág. 50.

³⁵ El caso más notable fue el del legislador Hazard, de Rhode Island, que también sirve a los autores del *Federalista* como ejemplo de aquello que la constitución debe evitar.

³⁶ En la *Segunda Carta desde Phocion*, de 1784.

³⁷ Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *op.cit.*, cap. VII.

³⁸ *Ibid.*, pág. 36.

³⁹ Nedelsky, J. *Private property and the limits of American Constitutionalism: The Madisonian framework and its legacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

⁴⁰ Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 2. Por otro lado resulta notable que la legitimidad que le proviene al gobierno del respeto a ciertos derechos individuales, que en la *Declaration of Independence* eran la vida, la libertad y la búsqueda de la

A pesar del lenguaje, es importante comprender que no se trata, al menos no abiertamente, de la intención de imponer los intereses de una clase sobre otra. Las múltiples referencias a la íntima conexión entre comercio y prosperidad de la nación dejan ver la presencia de la “pretensión de corrección” que Alexy atribuye a los Estados constitucionales⁴¹. Allí donde el comercio y la industria prosperen todos se verán beneficiados, y la desigual distribución de la propiedad no es el objetivo, sino la condición de posibilidad de este proyecto jurídico, político y económico⁴².

Así, las clases más altas argumentan y justifican las medidas que pretenden imponer en términos del beneficio de todos los habitantes. No obstante, también son conscientes de que, dada la disparidad de condiciones entre ellos y la mayoría del pueblo, difícilmente logren alcanzar lo que Sieckmann denomina una “convergencia razonable”.

En la medida en que la democracia directa, descrita como irracional y apasionada en numerosos pasajes de *El Federalista*, puede poner en evidencia la falta de consideración de los intereses de los granjeros, los federalistas necesitan sustraer la cuestión de la propiedad de la esfera de lo públicamente discutible (asimilándola a los derechos fun-

felicidad, es aprovechada por Madison en la redacción de la Constitución de Virgina, pero con la introducción de la propiedad entre aquellos derechos que es propósito del gobierno garantizar. Ver Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 151. Más adelante, en el número X de *El Federalista* se afirma: *El primer objeto del gobierno es la protección de esas facultades. La protección de las facultades diferentes y desiguales para adquirir propiedad.* Los federalistas, además, delinean una esfera privada propietaria de modo indirecto, a través de la restricción de la soberanía popular, de las competencias de las legislaturas locales dóciles a ésta, y la prohibición explícita de emitir papel moneda y devaluar a los Estados. En este sentido en el mismo número se califica de medidas disparatadas y perniciosas el entusiasmo por el papel moneda, por la abolición de las deudas y por el reparto de la propiedad. Para un análisis detallado de los fallos de la Corte Suprema de ese país que van a reforzar la sustracción de la cuestión de la propiedad del ámbito de lo públicamente discutible cf. Nedelski, J. *op.cit.* pág. 188 y ss.

⁴¹ Alexy, R. “Los principales elementos de mi teoría del derecho”, *Doxa*, 32, 2009.

⁴² Ver Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 167.

damentales de la Unión) y por otro lado, y esto es más relevante aún, tienen que restringir los canales de acceso a los ámbitos de creación, aplicación e interpretación de las normas.

Para alcanzar este objetivo se toman tres caminos simultáneos. En primer lugar se trata de aislar al poder judicial de las influencias populares. En este sentido se ubican las cortes federales por encima de las locales, se reserva al senado la selección de los magistrados y se rechaza el juicio por jurados para las causas civiles. En segundo lugar se trata de escindir la esfera pública del ámbito de participación popular. En este sentido se prefieren grandes distritos electorales, la elección indirecta de los funcionarios públicos, y, fundamentalmente, aún cuando se reservan ciertas autonomías a las instituciones locales (que irán desapareciendo gradualmente, sobre todo después de la guerra de sección), se les imponen una serie de límites, entre ellos la definición de la propiedad privada, que podrán ser reforzados con las armas por el gobierno federal. En tercer lugar los federalistas toman una serie de medidas institucionales que, además de su carácter contra mayoritario, producen el efecto de escindir aún más los ámbitos de producción del derecho de los ámbitos en los que los ciudadanos pueden hacerse oír. A saber, elecciones indirectas, mandatos extensos, ejecutivo unipersonal con la facultad de nombrar funcionarios públicos, veto presidencial, prioridad del senado respecto de la cámara baja, calificación propietaria para integrar el senado, etc.⁴³.

Lo que resulta relevante en este caso es que, en esta coyuntura específica, las instancias legislativas resultan mucho más representativas de los intereses de la población, y parece razonable concluir que de haberse dado una verdadera ponderación de los intereses en juego, la historia hubiese sido diferente. De hecho es posible reconstruir todo el proceso como la sucesiva alienación de la población respecto de la producción y justificación del derecho, con el fin de garantizar la preservación de intereses que no resistían la menor deliberación pública. La judicialización en este caso es un problema, pero solo en tanto es instrumental a la

restricción de la deliberación. Como veremos en el caso que sigue, este carácter restrictivo no es intrínseco a la función jurisdiccional.

II.2 La democracia en los tribunales

En el extremo opuesto nos encontramos con el proceso que condujo a la sanción de la ley n.º 26618 (de Matrimonio Igualitario) en julio del año 2010 en la Argentina. El art. 14 de la Constitución Nacional impone al Estado, entre otras obligaciones, la protección integral de la familia; mandato constitucional que se entendía satisfecho a través de la regulación legislativa de esta institución social. Hasta esa fecha los artículos correspondientes del Código Civil requerían consentimiento expreso, ante autoridad competente, de hombre y de mujer para reconocer la existencia de un matrimonio, que es la figura jurídica a través de la cual las familias ven reconocidos sus derechos. A la vez, en una interpretación literal de la norma, los oficiales de los Registros Civiles se negaban a dar turnos para contraer matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Ahora bien, según un informe del INDEC del año 2010, un 0,33 % de las parejas convivientes en el país están conformadas por personas del mismo sexo⁴⁴.

Desde una comprensión mayoritaria de la democracia parece evidente que la ampliación de la figura del matrimonio no es una cuestión relevante, y así parece haberlo entendido el poder legislativo. En la década del 90 la Asociación Gays por los Derechos civiles había intentado impulsar, sin resultado, una ley de matrimonio civil. En diciembre de 1998 la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA) logró presentar un proyecto de ley de Unión Civil para parejas del mismo sexo⁴⁵ que logró tomar estado parlamentario, estado que perdió y fue vuelta a presentar, sin éxito, en los años 2000, 2002

⁴⁴ INDEC, “Análisis de datos: parejas convivientes del mismo sexo”, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*.

⁴⁵ Expediente número D-7816-98 (estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación).

y 2004⁴⁶. En el año 2005 la *Comunidad Homosexual Argentina* presenta un proyecto de Unión Civil Nacional que perdería estado parlamentario en 2006. En el año 2007 se presentarían dos proyectos similares que correrían la misma suerte. Es importante señalar que todos estos reclamos fueron rechazados sin justificación alguna.

De hecho no es hasta el año 2009, con la resolución del caso Freyre por el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que los intereses y argumentos del colectivo GLBT comienzan a ser considerados seriamente por las instancias de gobierno. Trasladado el problema a los tribunales, es posible plantear la cuestión no en términos de número de afectados, sino de respecto de la dignidad y autonomía de una parte de la ciudadanía. El punto ya no es la cantidad de votos implicados, sino la consistencia de los argumentos que fundamentan la interpretación restrictiva de la manda constitucional de protección integral de la familia.

Intentemos entonces, reconstruir la ponderación que condujo al legislador a restringir el matrimonio a parejas del mismo sexo. Retomando el trabajo de Clérico, podemos identificar los siguientes argumentos que justificaban la interpretación restrictiva: *a.* la voluntad del legislador histórico, *b.* la interpretación literal del género en el texto, *c.* el argumento de la procreación y *d.* la necesidad de proteger a los menores de ser adoptados por parejas del mismo sexo⁴⁷. Aceptar el primero, implicaría que el derecho al voto puede ser ejercido sólo por los hombres, ya que esa era la voluntad del constituyente originario, afirmar la segunda nos obliga a realizar una enmienda constitucional para permitir el acceso de las mujeres a los cargos políticos enumerados en la Constitución, el argumento de la procreación nos llevaría a excluir del matrimonio a las parejas incapaces de concebir (de cualquier orientación sexual) y el cuarto había sido refutado por numerosos trabajos empíricos. Así estamos frente a un caso de argumentación deficiente por parte del le-

⁴⁶ Expediente número D- 1158-00 (estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación).

⁴⁷ Clérico L. “El matrimonio igualitario y los principios estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico/Aldao (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

gislativo, en tanto no se cumplen ni los requisitos de consistencia de la fundamentación ni corrección de las premisas empíricas, cuya revisión requirió la intervención del poder judicial.

Lo que impedía la discusión legislativa no era la parcialidad de la demanda, los trabajos de Clérico y Gargarella⁴⁸ sobre la discusión constitucional en torno al Matrimonio Igualitario muestran con claridad que se trataba de un caso evidente de discriminación injustificada en términos argumentativos. Que el colectivo LGBT tenga la opción de contraer matrimonio es una inferencia del principio de igualdad. Quien acepta el juego de la democracia, acepta sujetar sus intereses y pretensiones a la argumentación. No obstante, la estructura misma del poder legislativo impedía que los intereses y argumentos del colectivo GLBT fueran tomados en serio por los legisladores. Si esencializamos el concepto de democracia, y lo confundimos con el de representación, no nos queda otra que calificar este proceso de “contra mayoritario”, no obstante, y esto es probablemente lo más interesante, una vez que el debate tomó estado público, el parlamento reprodujo el debate, ponderó los argumentos relevantes de ambas posiciones y terminó por confirmar la solución a la que habían llegado los jueces del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Más aún, la población parece haber aceptado sin problemas el cambio legislativo ya que no se registraron revueltas ni grandes movilizaciones en contra de la decisión, con lo que ni siquiera podemos afirmar que la posición anterior, restrictiva respecto del matrimonio, calificaba siquiera como “consenso mayoritario”⁴⁹.

⁴⁸ Gargarella, R. “Matrimonio y Diversidad Sexual: el peso del argumento igualitario”, en Clérico y Aldao, *op.cit.* pág. 132-144.

⁴⁹ Aunque es imposible abordarlo en este trabajo, otro buen ejemplo del rol democrático que pueden jugar los tribunales en términos de reproducción imparcial de la discusión pública frente a la evidente parcialidad de los poderes con presunta legitimación democrática lo constituye el caso de la Asamblea de Esquel y la resolución a la que llegó finalmente la Corte Suprema de Justicia. Al igual que en el caso anterior, nos encontramos frente a poderes públicos que explícitamente desoyen los argumentos e intereses de la población, puesto que en este caso se contaba con un referendo popular que dejaba ver con claridad los resultados de la “argumentación

Bibliografía

- Aldao, M. “Teoría de la argumentación y democracia”, *Revista Gioja*, 1, 2007.
- Aldao, M. “Racionalidad, derecho y democracia”, en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.) *La teoría del Derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Externado, 2011.
- Alexy, R. “Los principales elementos de mi teoría del derecho”, *Doxa*, 32, 2009.
- Alexy, R. “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-CON*, vol. 3, 4, 2005, págs. 572-581.
- Clérico, L. “El matrimonio igualitario y los principios estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Clérico, L. *El examen de proporcionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, cap. 3.
- Clérico, L. y Aldao, M. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol.9, n.º 1, 2011.
- Gargarella, R. “Matrimonio y Diversidad Sexual: el peso del argumento igualitario”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, págs. 132-144.
- Gargarella, R. *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Gargarella, R. *Nos los representantes*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.
- Habermas, J. “Ética del Discurso: notas sobre un programa de fundamentación”, en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid: Trotta, 2008.
- Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 2005, pág. 373.
- Habermas, J. *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004, pág. 175.

- Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 1957.
- INDEC, “Análisis de datos: parejas convivientes del mismo sexo”, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*.
- Nedelsky, J. *Private property and the limits of American Constitutionalism: The Madisonian framework and its legacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- Oquendo, A. “El dilema entre la autonomía pública y la privada: reflexiones y contra-reflexiones”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 4, 1999.
- Sieckmann, J. *The logic of autonomy*, Oxford, Hart Pub., 2012.
- Sieckmann, J. “El concepto de autonomía”, *Doxa*, 31, 2008.
- Sieckmann, J. “Basic Rights in the Model of Principles”, en IVR, *ARSP*, 67, 1997.
- Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática” en este número.
- Sieyes, E. *¿Qué es el tercer estado?: Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza, 2003, págs. 112 y 154.
- Toulmin, S. *The uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, cap. 2.

Legitimidad democrática, Rousseau y Kant. Respuesta a los comentarios de Aldao y Keinert

*Democratic Legitimacy, Rousseau and Kant.
Reply to the Comments of Aldao and Keinert*

Jan-R. Sieckmann*

Recepción y evaluación de propuesta: 28/05/2016.

Aceptación: 17/04/2016.

Recepción y aceptación final: 22/10/2016.

Resumen: El texto responde a las críticas realizadas por Martín Aldao y Mauricio Keinert al texto “Autonomía moral y legitimidad democrática”, presente en esta revista.

Palabras clave: legitimidad democrática, Rousseau, Kant

Abstract: The article responds to the critics advances by Martín Aldao and Mauricio Keinert to the essay “Moral Autonomy and Democratic Legitimacy”, included in this issue.

Keywords: democratic legitimacy, Rousseau, Kant

En sus comentarios, Martín Aldao y Mauricio Keinert toman distintos enfoques acerca de mi propuesta sobre autonomía y legitimidad democrática. Aldao desarrolla esta concepción con respecto al tema de la legitimidad democrática. Keinert la critica y propone estudiar a Rousseau y Kant. Aunque no discuten el punto central –la construcción de la autonomía por la concepción de la ponderación de argumentos normati-

* Universidad de Erlangen - Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico: jan.sieckmann@fau.de, jansieckmann@yahoo.de

vos-, los dos comentarios ofrecen interesantes puntos para discutir. Voy a empezar con Aldao, porque además de sus comentarios resume muy bien mi concepción de la legitimidad democrática.

I.

Aldao propone una reconstrucción de la tesis de la argumentación autónoma en el marco de una comprensión deliberativa de la democracia y una teoría no positivista del derecho. Además analiza dos procesos político-constitucionales con el objetivo de probar el marco conceptual desarrollado, uno acerca de la función contra-mayoritaria de la justicia en un conflicto norteamericano, el otro acerca de la función democrática de la justicia en el reconocimiento del matrimonio igualitario en la Argentina.

Primero, reconoce que la tesis de la argumentación autónoma permite comprender mejor la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría deliberativa de la democracia (sec. 1.1). Correctamente entiende la concepción de la argumentación autónoma como un paradigma fuerte de democracia deliberativa: la que entiende la deliberación como condición de posibilidad de la democracia y de este modo conecta el concepto de legitimidad del derecho con la idea de democracia en el seno de la teoría del derecho. Como Aldao destaca, la conexión se sigue de un elemento de la argumentación autónoma que consiste en *la reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación*. De esta manera, la tesis de la argumentación autónoma permite ver no sólo la analogía estructural entre la producción de derecho legítimo y la argumentación racional, sino también el modo concreto en que interactúan los principios de autonomía individual y de soberanía popular (sec. 1.1).

Otro punto que destaca Aldao es el principio de universalidad que se encuentra en la base de la tesis de la argumentación autónoma y que permite trazar una distinción que resulta de la mayor impor-

tancia cuando se analizan las instituciones democráticas. Desde una comprensión deliberativa, el *quid* de la democracia no radica en las mayorías, sino en la imparcialidad (sec. 1.2).

Un punto central de mi concepción de la fundamentación de normas es el criterio de la convergencia razonable, lo que permite, si es necesario, sostener que las normas son vinculantes y, en este sentido, válidas objetivamente, incluso para quienes se oponen a las mismas. Aldao destaca dos puntos en que la concepción de la democracia deliberativa requiere convergencia. El primero es una mínima convergencia respecto de (i.) la utilización de la argumentación en lugar de la fuerza como medio de resolución de los conflictos de intereses, (ii.) el diseño de los mecanismos a través de los cuales el procedimiento argumentativo se ve institucionalizado y (iii.) la determinación de una constelación de garantías mínimas comunes para el ejercicio del razonamiento autónomo que podríamos denominar derechos fundamentales. (sec. 1.2., democracia y convergencia). Con razón nota que estos presupuestos no son desarrolladas en mi concepción de la democracia.

Por otro lado, Aldao nota que la democracia puede ayudar a la convergencia, pero no puede construirla desde cero. Para que la democracia funcione no hace falta que todos tengamos los mismos derechos, hace falta que todos tengamos las mismas necesidades, sólo de la comunidad de intereses puede surgir una ley que protegiendo el interés de todos proteja el de cada uno. (sec. 1.2) Sin embargo, esta tesis me parece demasiado fuerte. Aunque la existencia de intereses en común ayuda a reforzar el compromiso de los ciudadanos con el sistema democrático, no parece necesario que todos tengan que tener las mismas necesidades. Alcanzaría, de hecho, con que se respeten mutuamente las necesidades de cada uno, aunque sean diferentes. Con todo, seguramente la existencia de intereses en común ayudaría al funcionamiento de la democracia. De ahí surge la pregunta acerca de en qué medida está justificada, o incluso si resulta necesario tratar de apoyar el desarrollo de intereses en común desde la perspectiva del principio democrático.

Con respecto a la relación entre democracia y derechos fundamentales, en la medida en que la argumentación autónoma consti-

tuye la base de la legitimidad de los estados democráticos, es posible reconstruir el catálogo de derechos liberales como un primer intento por definir las condiciones de ejercicio del razonamiento autónomo: condiciones materiales (propiedad, industria y libre circulación), condiciones sociales (igualdad formal ante la ley), condiciones culturales (libertad de prensa, de enseñanza y de conciencia). (sec. 1.3) Sin embargo, por ser dependiente de la argumentación, resulta imposible definir de modo sustancial el contenido de los derechos fundamentales; pero sí es posible ver que, estructuralmente, existen una serie de condiciones muy cercanas al núcleo de lo que cada época entiende por autonomía, cuya vulneración por parte del Estado no puede ser tolerada. Aldao reconoce que mientras en una sociedad económica, social y culturalmente homogénea este núcleo de condiciones mínimas es muy sencillo de determinar, en sociedades fracturadas es poco probable que todos acuerden en un límite común. En este sentido la tesis de la argumentación autónoma impone una fuerte carga al Estado en términos de garantía integral de la autonomía de la población, en forma de condiciones de legitimidad de la autoridad de las instituciones políticas, y por ende directamente exigibles. (sec. 1.3)

En el modelo de la argumentación autónoma el poder judicial puede reclamar, entonces, dos funciones de control (sec. 1.4). Por un lado se preserva su rol tradicional de verificar que las decisiones de los poderes públicos se adecuen a lo que la sociedad considera “derechos constitucionales”. Pero además el poder judicial puede jugar, dadas ciertas condiciones, un rol democrático en términos de rectificación del proceso de deliberación pública.

Tengo poco para añadir. Aldao presenta muy bien los puntos centrales de mi concepción de la legitimidad democrática, señalando también algunos puntos para desarrollar.

II.

Keinert toma una posición más crítica. Una primera crítica afirma que existe una ambigüedad estructural en mi análisis del concepto de autonomía. Según Keinert,

... si comenzamos la lectura del artículo teniendo en cuenta una idea de autonomía cuya característica principal sólo se refiere a los intereses propios de un individuo, al final de este mismo artículo el concepto de autonomía tiene en cuenta el concepto de intersubjetividad, de posibles criterios universalistas y la consideración de buenos argumentos. (sec. 1).

Así, Keinert da la impresión de que hay un cambio en mi concepción de autonomía. De hecho, sin embargo, empiezo con el tema de la legitimidad política (sec. I), sigo con la necesidad de buscar consentimiento de los que se encuentran sujetos a estas decisiones políticas (sec. II) y de ahí llego a la discusión de la concepción de autonomía (sec. III). Como conclusión, ofrezco distintas definiciones de autonomía en sentido estructural, individual y político (sec. III.3). Así, trato de reconstruir y precisar la idea de la autonomía. En ningún momento adopto la posición de que la autonomía se refiere sólo a los intereses propios de un individuo.

Otra crítica de Keinert es la supuesta identificación del concepto de autonomía con el de autonomía individual. Sin embargo, como distingo explícitamente entre concepciones de autonomía estructural, individual y política, la tesis que identifica autonomía con autonomía individual es obviamente incorrecta.

Otro punto en que Keinert se equivoca es que mi concepción sea “una visión extremadamente liberal del concepto de individuo, visto de manera inflexible como portador de intereses determinados de forma puramente mecánica”. No sé de dónde Keinert saca esa idea. No se encuentra en mi texto, y Keinert no da ninguna referencia concreta dentro del mismo.

También se equivoca Keinert cuando alega que “es *en estos términos* [creo que Keinert se refiere con términos a intereses] que la paradoja de la autonomía nos es presentada”. Sin embargo, la paradoja de la autonomía está introducida como una contraposición de la aceptación individual de normas que debe ser por un lado libre y por otro lado vinculada por normas. No está presentada en términos de intereses. La aceptación individual no depende directamente de intereses individuales, sino de sus juicios normativos.

Además, Keinert no distingue entre razones e intereses. Cuando cita mi tesis: “Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimidad de este poder”, la interpreta como tesis de que de hecho es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimidad del poder político y no exactamente el concepto de autonomía. Así, identifica razones para rechazar el poder político con voluntad e intereses de los individuos, lo que es equivocado y de ninguna manera es lo que sostengo en mi texto.

En el mismo sentido, Keinert se refiere a mi tesis de que la idea del *consentimiento* de cada uno de los individuos en relación al poder será el “núcleo de la legitimidad democrática” y alega que “una vez más es evidente que el criterio de apreciación de Sieckmann se refiere a la voluntad misma del individuo más que precisamente al concepto de autonomía”. Pero el consentimiento que, en mi concepción, presupone la legitimidad democrática, no es lo mismo que la voluntad individual sin reflexión racional e intersubjetiva.

En fin, Keinert constata que la idea de que *cada uno* de los individuos dará su consentimiento de acuerdo con sus propios intereses no parece armonizar con los conceptos de autonomía tal como lo encontramos en Rousseau y, principalmente, en Kant. Tampoco armoniza con mi concepción de autonomía, al menos si se entiende intereses como algo irreflexivo y no como el resultado de un proceso de deliberación racional e intersubjetiva.

A continuación, Keinert defiende la tesis de que aún cuando la filosofía política moderna haya partido de la cuestión del individuo, esto no la convierte necesariamente en liberal. El problema que Keinert encuentra en mi artículo se refiere “a la reciprocidad entre el concepto de autonomía moral y el de autonomía individual, presupuesta por el artículo, pero que, sin embargo, no es abordada de forma directa” (secc. 2). Como Keinert presenta mi concepción de autonomía individual de manera distorsionada, es difícil discutir su exposición como comentario a mi texto. Sin embargo, queda un punto para discutir. Para mí, la legitimidad política depende de juicios normativos de los individuos sujetos al poder político. Estos juicios se encuentran

relacionados con los intereses de los individuos, los que deben ser legítimos, integrados en un “plan de vida” coherente, balanceados con intereses divergentes y sujetos a un proceso de reflexión intersubjetiva. La pregunta es si en Rousseau o Kant se encuentra una plausible alternativa para una concepción de la legitimidad política.

Como explica Keinert, Rousseau plantea el problema de la relación entre el individuo y la asociación de individuos, que se convertirá en un cuerpo político, como “el *pasaje* de la libertad natural a la libertad convencional de estos últimos. Tal pasaje le permitirá afirmar que *cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo*, pues, al formar parte ahora del cuerpo político soberano, el *individuo*, en tanto *ciudadano*, al obedecer la voluntad general, se obedece a sí mismo. Esto significa, y es lo importante, que cada uno cede su libertad natural, y sus derechos naturales, en favor de la unidad del cuerpo político, volviendo a todos, desde el punto de vista *moral y político, ciudadanos autónomos* y, por lo tanto, iguales y libres desde el punto de vista de la convención alcanzada por el pacto social”. (secc.2)

Esta concepción tiene dos defectos. En el plano conceptual, confunde autonomía con el conjunto de, por un lado, formar parte de un cuerpo político participando en procedimientos políticos, y, por otro lado, estar sujeto al poder político. Como explica Keinert, para Rousseau “una doble relación nos permite pensar el concepto de autonomía: en primer lugar, él se refiere a la unidad de la asociación que es soberana y promulga las leyes del Estado, la *forma institucional* de esta soberanía; en segundo lugar, los ciudadanos como partícipes de esta soberanía son agentes de estas leyes, pero, por ser sujetos y pasivos, están también sometidos a ellas”. (secc. 2) Pero formar parte de un cuerpo político y participar en sus procedimientos no significa que alguien legisle sobre sí mismo. Podría ser que una minoría estructural participase en procedimientos políticos de manera libre e igual, pero nunca tenga la chance de que sus demandas sean reconocidas. Siempre pierden contra los votos de la mayoría. Describir eso como auto-legislación parece poco plausible. Entonces el ciudadano individual no puede ser considerado como autónomo. Por otro lado, el cuerpo político tampoco es autónomo en el sentido literal, porque no

legisla sobre sí mismo sino sobre los ciudadanos. No encontramos una concepción de autonomía plausible en Rousseau.

Otro defecto de la teoría de Rousseau se encuentra en el plano justificatorio. Podría preguntarse por qué un individuo debe ceder su libertad natural y asociarse con otros en un cuerpo político, y con quiénes y en qué cuerpo político. Si no se justifica el pasaje de la libertad natural a la libertad convencional en términos de los intereses, demandas y juicios de los individuos mismos, no hay justificación que corresponda a la idea de la autonomía.

Parece que en Kant se resuelve este problema justificatorio. Como Keinert explica, Kant da al acto de asociación un significado *a priori* y trascendental (secc. 2). Pero su concepción de autonomía tampoco resulta satisfactoria.

Respecto de la autonomía moral, Keinert caracteriza la concepción de Kant de la siguiente manera: “Si pensáramos la representación de la ley por medio del concepto de deliberación, podemos afirmar entonces que al comparar la máxima con la ley, la razón inmediatamente se pregunta por la universalidad de la forma de la máxima, y tal universalidad, cuando es positiva, supone el hecho de que *todos los otros seres racionales* (exigencia de totalidad de la razón) prestarían su consentimiento a tal acción. En este sentido, al representar la ley y actuar por medio de esta *paralegalidad* (*legiformidad*), el individuo delibera en el interior de un todo moral que, a su vez, se confundirá con el valor moral incondicional de su acción, pues es él el que dará legitimidad a la regla de la acción. Es en este movimiento de representación (o de deliberación) que podemos reconocer el concepto kantiano de autonomía, pues al representar la ley, al hacer la comparación de la máxima con la ley, este individuo legisla por medio de su actividad racional para sí mismo y para todos los otros seres racionales, colocándose de este modo en la posición de legislador y de destinatario de la ley.” Podemos constatar que determinar el valor moral de la acción requiere un acto de voluntad del agente quien formula la máxima comparada con la ley moral. Además, este acto formula una ley que pretende ser válida para todos los otros seres racionales. Sin embargo, no es claro qué significa “pretende” en este contexto. Como la au-

tonomía individual permite que cada agente autónomo desarrolle su propia posición moral, la pretensión de validez no se puede entender en el sentido de que una ley establecida por un agente autónomo sea válida para todos los otros seres racionales. Cuando la ley moral no determina una única máxima que puede ser considerada válida para todos, existen diversas opciones. Entonces, la pregunta es si se puede reclamar que una de esas máximas será una norma vinculante. Esto es justamente el tema que estoy tratando. Mi respuesta es que los individuos pueden sostener que los demás deben reconocer tal norma como válida, pero no pueden constatar que es válida en el sentido que sea vinculante para todos los demás.

Entonces, existe cierto paralelo entre la autonomía moral tal como al presenta Kant y la autonomía individual en mi concepción de autonomía. Ambas tratan de explicar cómo se puede explicar la idea de la validez de las normas en sentido moral. Las máximas que se corresponden con la ley moral determinan cuándo una acción tiene valor moral. Pero cuando la ley moral no determina sólo una máxima única, diversas máximas son posibles. Cada agente autónomo puede definir por sí mismo cuáles acciones tengan valor moral para el (es decir, valor moral positivo). Para mí, éste es el tema de la autonomía individual. Cada individuo llega a juicios normativos y reclama que ciertas normas deben ser reconocidas como válidas, pero no puede reclamar que estas normas sean vinculantes para todos los demás, porque otros agentes pueden juzgar de manera distinta. En comparación con Kant, mi concepción se encuentra más estructurada. Distingue entre, primero, la formación de argumentos normativos, basados en intereses y demandas de los agentes autónomos. Estos deben ser legítimos en el sentido que no se dirigen contra la autonomía de otros agentes. Deben tener universalidad en el sentido de que cada agente autónomo puede reconocerlo como demanda. Segundo, sigue la ponderación de los argumentos normativos en cuanto que se encuentren en conflicto. De nuevo, los resultados deben ser aceptables para cualquier agente autónomo. Tercero, es necesario una reflexión intersubjetiva acerca de la pregunta sobre cuál norma debe ser reconocida en una situación de posiciones normativas divergentes. De nuevo, rige una exigencia de

universabilidad, porque se debe tomar en cuenta la posición de cada agente autónomo y preguntarse cómo sería una norma que todos pudieran aceptar como vinculante. Así, se define de manera más precisa lo que significa formular una máxima que está sujeta a la ley moral en la interpretación como principio de universabilidad. Además, la estructura de los argumentos normativos explica cómo los agentes autónomos pueden reclamar que una norma sea reconocida como vinculante, sin constatar que esta norma de hecho es vinculante para todos. Este reclamo normativo es posible aunque no solo una única posición normativa sea posible. En cambio, la comparación de máximas con la ley moral no explica porque alguien sostiene una norma como moralmente válida frente a otra norma que sería igualmente posible.

Queda el tema de la vinculatoriedad de las normas morales. Keinert trata este tema en relación con la autonomía política. Explica que “desde un punto de vista universal, el ciudadano debe hacer uso público de su razón, cuestionando las mismas normas, y que esto establece una relación *entre ciudadanos, en que la obediencia tiene como condición de posibilidad el libre pensar*. Es porque hago uso público de mi razón que obedezco las leyes constitucionales, por ejemplo”. Para Keinert, hacer uso de la razón pública tiene en cuenta algunas características importantes del concepto de autonomía (secc. 3). Sin embargo, el uso público de la razón o la deliberación pública, es decir, reflexionar y crítica las normas, no hace que esas normas sean vinculantes. Puede ser una condición necesaria, pero seguramente no suficiente.

Según Keinert, lo que daría legitimidad al proceso de decisión sería la posibilidad de todos los implicados que hicieren uso público de su razón, es decir, *deliberasen* (secc. 5). No tengo ninguna objeción contra eso como condición necesaria de la legitimidad política. Pero no es suficiente para explicar como se puede considerar normas como vinculante para todos en una moral basada en la autonomía. En cambio, mi artículo trata de desarrollar una concepción de argumentación (o deliberación) autónoma, que analiza si y en qué sentido se puede reclamar la validez de normas como vinculantes frente a agentes autónomos. Esta concepción está basada en una concepción de autonomía individual, empezando con argumentos normativos constituidos por

demandas de agentes autónomos, las que deben ser legítimas según un criterio de universalidad, sigue con la ponderación de estos argumentos y la reflexión intersubjetiva acerca de posiciones normativas divergentes, y por último explica el criterio de convergencia razonable como condición que permite reclamar la vinculatoriedad de normas incluso a agentes autónomos que siguen sosteniendo una posición normativa opuesta. No veo nada parecido en Kant o en la reconstrucción de Kant que Keinert ofrece.

En fin, me parece demasiado fuerte la tesis de Keinert de mi manera de presentar el problema de la autonomía como paradoja no tenga sentido en el marco conceptual kantiano (secc. 4). Como los agentes autónomos deben formular máximas que son comparadas con la ley moral, existe la posibilidad de que los diversos agentes formulen diversas máximas incompatibles entre sí pero cada una compatible con la ley moral. Así tenemos el problema de, por un lado, que las normas morales deben depender de los juicios morales de los agentes autónomos, los que son libres en el marco de la ley moral, y, por otro lado, que ellos mismos deben estar obligados por las normas morales. Pero, si son libre de elegir una norma u otra, ¿cómo pueden entenderse como vinculado por la norma eligida? Creo que se puede entender este problema también en el marco de la concepción kantiana. Solo que no se puede dar una respuesta adecuada.

Para concluir, me parece que, aunque Rousseau y Kant ciertamente tienen sus méritos históricos, sus teorías no son tan adecuadas para entender la idea de autonomía como autolegislación, y que adherirse demasiado a las “autoridades filosóficas” puede impedir analizar los problemas de la autonomía.

Sección II

Discusiones:
Cortes

*A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa**

A, B and C v. Ireland: abortion in Europe

Silvina Alvarez**

Fecha de presentación del texto, primera versión: 11/08/15.

Fecha de entrega de revisiones: 18/11/2015.

Fecha de entrega del texto final, revisado por el/la autor/a: 18/12/2015.

Resumen: El artículo se centra en la última decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de aborto. De acuerdo con el Tribunal, la legislación irlandesa sobre aborto entra dentro del margen de apreciación del Estado, y no hay discriminación ni quebrantamiento de derechos de la Convención. La decisión final estaría indicando que no basta la existencia de consenso europeo sobre la materia para oponerse a la regulación irlandesa sobre aborto y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos, tarea esta última que el Tribunal prefiere no emprender.

Palabras clave: aborto, Tribunal Europeo de derechos humanos, derecho a la intimidad

Abstract: The article focuses on the latest decision of the European Court of Human Rights on abortion. According to the Court, Ireland's legislation on abortion is within the country's margin of appreciation,

* Diversas versiones de este trabajo fueron presentadas y discutidas en seminarios mantenidos con profesores y profesoras de la Universidad de Córdoba en Argentina, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Génova y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España. Mi agradecimiento a quienes participaron en dichos seminarios.

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, correo electrónico: silvina.alvarez@uam.es

and there has been neither discrimination no breach of human rights in the Convention. The final decision points out European consensus on the matter is not enough for rejecting Irish regulation, and further analysis of the rights in conflict should be accomplished: but the Court does not take such analysis into consideration.

Keywords: abortion, European Court of Human Rights, right to private life

I. Introducción

La última sentencia del TEDH en materia de aborto (*Grand Chamber, Application n.º 25579/05*, 16 de diciembre 2010), fija los límites para la interpretación de los derechos reproductivos de las mujeres en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dichos límites se establecen en relación con las convicciones morales de la sociedad de referencia, es decir, del conjunto de ciudadanos del Estado demandado. Al decidir el presente caso sobre el aborto en Irlanda, el TEDH hace referencia expresa a la situación en el resto de países del entorno europeo, a pesar de lo cual la sentencia no vincula su decisión a dicha situación, es decir a la existencia de un consenso europeo sobre aborto. Aunque los argumentos de la sentencia no siempre resultan transparentes, la decisión final, como veremos, estaría indicando que no basta la existencia de consenso para oponerse a la regulación irlandesa en materia de aborto, y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos; sin embargo, el Tribunal prefiere no emprender esta tarea.

II. A, B y C v. Irlanda

A, B y C v. Irlanda reúne las demandas de tres mujeres que, cada una en circunstancias distintas pero bajo el mismo marco regulador de la legislación irlandesa en materia de aborto, demandan al Estado por violación de varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La primera de las demandantes, A, viajó a Inglaterra el 28 de febrero de 2005 para realizar un aborto. En ese momento, como se afirma en la sentencia,

[A] estaba embarazada de 9 semanas y media [] no estaba casada, no tenía trabajo y vivía en la pobreza. Tenía cuatro hijos pequeños. El más pequeño era discapacitado y todos los niños estaban en instituciones de acogida (*foster care*) como resultado de los problemas que la madre había padecido como alcohólica. Tenía antecedentes de depresión durante sus primeros cuatro embarazos y estaba luchando contra la depresión en el momento de su quinto embarazo. Durante el año anterior a su quinto embarazo, había estado sobria y en permanente contacto con los trabajadores sociales con vistas a recuperar la custodia de sus hijos. Consideraba que otro niño en ese momento de su vida (con el previsible riesgo de depresión post-parto y riesgo de reincidir en el alcoholismo) podría amenazar su salud así como la reunificación familiar. Decidió viajar a Inglaterra para realizar un aborto (párrafos 13-14 de la sentencia –en adelante §13-14).

Tras solicitar un préstamo viajó en secreto, sin alertar a los servicios sociales sobre dicho viaje.

La segunda demandante, B, viajó a Inglaterra el 17 de enero de 2005 para realizar un aborto.

[B] estaba embarazada de 7 semanas [...] Estaba convencida de su decisión de viajar a Inglaterra para un aborto dado que no podía cuidar ella sola de un niño en ese momento de su vida [...] Tuvo dificultades para hacer frente a los costes del viaje [...] A su regreso a Irlanda comenzó a observar pérdidas sanguíneas y, dos semanas después, insegura sobre la legalidad de su viaje para realizar un aborto, buscó consejo médico en una clínica de Dublín afiliada a la clínica inglesa (§18-21).

La tercera demandante, C, viajó a Inglaterra el 3 de marzo de 2005 para realizar un aborto. “Con anterioridad, había estado en tratamiento durante 3 años con quimioterapia debido a una forma poco común de cáncer” (§ 23). Cuando de manera no deseada quedó embarazada, consultó con sus médicos y “alegó que, como resultado de los severos efectos del marco legal irlandés, recibió una información insuficiente sobre el impacto del embarazo sobre su salud y su vida así como sobre

el impacto de su enfermedad sobre el feto [] Dada la incertidumbre sobre los riesgos, la tercera demandante viajó a Inglaterra para un aborto” (§ 24-25).

El marco legal irlandés en materia de aborto lo proporciona la propia Constitución irlandesa. Después de las enmiendas introducidas en 1983 (enmienda 8) y en 1992 (enmiendas 13 y 14) el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa quedó configurado con la siguiente redacción:

El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y vindicación de dicho derecho a través de sus leyes.

Lo establecido en este apartado no limitará la libertad de viajar desde el Estado a otro Estado.

Lo establecido en este apartado no limitará la libertad para obtener o proporcionar, dentro del Estado, sujeto a las condiciones que sean establecidas por ley, información relativa a servicios legalmente disponibles en otro Estado.

En cuanto a la legislación penal vigente en materia de aborto al momento de los hechos que dan lugar a la sentencia, cabe resaltar que la sanción prevista para la mujer o quien la asistiese para realizar un aborto era la cadena perpetua (*section 58, Offences Against the Person Act 1861*)¹.

¹ Como consecuencia de la sentencia del TEDH –y sumado a la muerte por septicemia de una paciente embarazada que en 2012 fue ingresada en un hospital irlandés con una hemorragia, negándose los médicos a realizarle un aborto por encontrarse vivo el feto–, una nueva normativa legal –Ley sobre la protección de la vida durante el embarazo–, ha sido recientemente aprobada en Irlanda –en julio de 2013–, que contempla tres casos en los que se permite abortar –por riesgo de vida debido a enfermedad física, por riesgo de vida debido a una emergencia médica y en los casos en que la vida esté en riesgo por posibilidad de suicidio–. No se contempla el aborto en casos de violación ni de anomalías fetales. Asimismo, la legislación penal ha sido revisada, fijándose penas máximas de 14 años de prisión por el delito de “destrucción de la vida humana del no nacido”, tanto para la mujer como para quien la asista.

En el ámbito jurisprudencial irlandés, dos son las sentencias que abrieron la posibilidad de aborto en caso de serio riesgo para la vida de la mujer; se trata de los conocidos como “caso X”² y “caso C”³, protagonizados por menores de catorce y trece años, respectivamente, que quedaron embarazadas como consecuencia de sendas violaciones. En el primer caso, y después de haberse verificado que existía el riesgo que la menor se suicidase si no se le permitía realizar un aborto —es decir que se trataba de una situación de riesgo para la vida de la menor—, el Tribunal Supremo irlandés resolvió en 1992 que en tales circunstancias el aborto era legal en Irlanda, ya que respondía a la necesidad de salvaguardar la vida de la mujer embarazada (§ 37-44). Años más tarde, en 1998, siguiendo este antecedente jurisprudencial, el Alto Tribunal (*High Court*)⁴ resolvió de manera análoga el segundo de los casos mencionados (§ 95-96).

Con este marco legal y una jurisprudencia que con extrema cautela ha reconocido el derecho al aborto estrictamente en casos de riesgo para la vida de la mujer, el contexto jurídico irlandés sobre aborto resulta fuertemente restrictivo en materia de derechos reproductivos de las mujeres⁵, como ponen de manifiesto las circunstancias en que tienen lugar los hechos objeto de la demanda interpuesta por A, B y C ante el TEDH. En relación con tales hechos, cabe distinguir las

² *Attorney General v. X and Others*, 1992, IIR 1.

³ *A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General (notice party)*, 1998, 1 IR 464.

⁴ Se utiliza aquí la traducción literal, ya que en razón de sus competencias (funciona como primera instancia en una serie de materias penales y civiles de especial relevancia, así como en cuestiones de revisión constitucional) resulta difícil asimilar este Tribunal a una figura análoga en los sistemas jurídicos continentales.

⁵ Otros documentos importantes en relación con el aborto en Irlanda son: *Crisis Pregnancy Agency (“CPA”) Order 2001 (77-79)*; *Parliamentary Assembly of the Council of Europe (“PACE”) Recommendation 1903(2010) (107-108)*; así como los Informes de Organismos de Naciones Unidas sobre las condiciones altamente restrictivas para la obtención de un aborto legal en Irlanda, págs. 109-111.

distintas motivaciones de las demandantes para recurrir al aborto, tal como precisa la sentencia:

El Tribunal considera que la primera demandante viajó para realizar un aborto por razones de salud y bienestar, la segunda demandante lo hizo por razones de bienestar y la tercera demandante lo hizo principalmente porque temía que su embarazo constituyese un riesgo para su vida. Mientras el Gobierno utiliza la terminología “razones sociales”, el Tribunal ha considerado útil distinguir entre razones de salud (física y mental) y otras razones relativas al bienestar, para describir por qué las demandantes optan por la realización de un aborto (§ 125).

Los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuya violación alegan las demandantes son: demandantes A y B, Art. 3 (trato inhumano o degradante), Art. 8 (intimidación), Art. 13 (recurso efectivo) y Art. 14 (no discriminación); demandante C, Art. 2 (vida), 3, 8, 13 y 14.

Conviene recordar aquí la redacción del art. 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en torno al cual gira la argumentación de la sentencia:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En relación con el art. 8, el Tribunal entiende que “la noción de ‘vida privada’ [...] es un concepto amplio que comprende, *inter alia*, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (...). Comprende cuestiones tales como la identidad de género, la orientación sexual y

la vida sexual (...) así como las decisiones relativas tanto a tener como a no tener hijos o a ser padres genéticos (...)” (§ 212).

A continuación el Tribunal admite que la legislación que regula la interrupción del embarazo interfiere con la vida privada de la mujer, aunque agrega que “siempre que una mujer está embarazada su vida privada pasa a estar íntimamente conectada con el desarrollo del feto” y que por tanto se produce un conflicto entre el derecho de la mujer a su vida privada y otros derechos o libertades incluidos los del no nacido (§ 213). La aclaración, sin embargo, resulta sumamente imprecisa en relación con el estatus del “no nacido”.

Así, una vez que ha reconocido que sí existe interferencia con la vida privada de la mujer, el Tribunal pasa a considerar si dicha interferencia puede considerarse injustificada en los términos del art. 8, es decir, tendrá que evaluar si se ha establecido “de acuerdo con la ley” y si es “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar alguno de los “objetivos legítimos” especificados en dicho artículo.

Respecto de la previsión legal, el Tribunal no tiene dudas en cuanto a que en los casos de las demandantes A y B existía una clara prohibición legal de abortar que surge tanto de lo establecido en el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa como de lo fijado en los arts. 58 y 59 de la ley n.º 1861.

Respecto de los fines legítimos que puedan justificar la interferencia con el derecho a la intimidad, y de conformidad con el art. 8 antes transcrito, dichos fines estarían dados por las exigencias morales de los irlandeses considerados como pueblo.⁶ Para calibrar la necesidad de dicha restricción en una sociedad democrática, el Tribunal apela a la doctrina del margen de apreciación⁷.

⁶ Ver párrafos 224 y 227 de la sentencia.

⁷ Ver párrafo 231 de la sentencia.

III. Primer nudo argumental de la sentencia: el margen de apreciación

La primera cuestión que el Tribunal debe despejar es la relativa a si un Estado firmante del Convenio tiene la capacidad para decidir unilateralmente sobre la cuestión planteada –el derecho a abortar de las mujeres–, si existe algún límite a dicha decisión y, en su caso, cuál es dicho límite. Asimismo, dadas las distintas circunstancias en que se producen los casos de las tres demandantes, el Tribunal se ocupa en primer lugar de los casos de A y B, para ocuparse más adelante de C, ya que las conclusiones serán distintas en uno y otro caso.

El Tribunal empieza por fijar un criterio que entiende es un límite claro al margen de apreciación permitido a los Estados: éstos verán restringido su margen de apreciación en relación con cuestiones que afectan “algún aspecto de la existencia o identidad del individuo” (§ 232). Pero este límite o restricción se desvanece, según el Tribunal, cuando “no haya consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, bien en relación con la importancia del interés en cuestión, bien en relación con el mejor modo de protegerlo, particularmente cuando el caso presente aspectos morales o éticos de especial sensibilidad” (§ 232).

Dado que los Estados nacionales son los que se encuentran en mejores condiciones para captar esa sensibilidad moral de los pueblos, “un amplio margen de apreciación es por tanto y en principio otorgado al Estado de Irlanda para determinar la cuestión sobre si se ha producido un equilibrio equitativo entre la protección del interés público,[...], y los derechos en conflicto de la primera y segunda demandante de respetar su vida privada en los términos del Artículo 8 del Convenio” (§ 233).

Sin embargo, como había ya mencionado anteriormente, el Tribunal admite que hay que analizar primero si existe algún consenso particular entre los Estados sobre cómo resolver dicho conflicto, consenso que pueda servir de contrapeso al margen de apreciación, en este caso de Irlanda. Como afirma el propio Tribunal “el consenso ha sido invocado para justificar una interpretación dinámica del Convenio [...]” (§ 234). Y aquí el TEDH realiza una afirmación que parece concluyente en su argumentación:

En el presente caso, y contrariamente a lo alegado por el Gobierno [de Irlanda], el Tribunal considera que hay un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto en unos términos que son más amplios que los acordados por el derecho irlandés (§ 235).

Para avalar esta afirmación el Tribunal aporta las cifras sobre el número de países del entorno europeo en los que la primera y segunda demandantes habrían podido practicar un aborto legalmente⁸: de los 47 países que conforman el Consejo de Europa, en 30 de estos países las demandantes hubiesen podido obtener un aborto sin necesidad de fundamentar la solicitud, en 35 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas al bienestar, y en 40 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas a la salud (§ 112).

Sorprendentemente, después de haber reconocido la existencia de consenso y de haberla avalado con las cifras sobre la legislación sobre aborto existente en los países europeos, subrayando la excepcionalidad en el entorno europeo de la legislación irlandesa, el Tribunal pasa a negar que este consenso limite el margen de apreciación de los Estados. Y lo hace de una manera aún más sorprendente, que consiste en negar que el consenso relevante a los efectos del caso sea el existente en relación con el contenido de la legislación vigente en los países del entorno al que se había referido antes, y afirmar que dado que no existe consenso sobre

cuándo comienza el derecho a la vida (...) porque no ha habido un consenso europeo sobre la definición científica y legal del

⁸ Cabe agregar que dicho consenso es el que surge también de los documentos y acuerdos internacionales que apuntan en la dirección del reconocimiento del derecho al aborto, como lo ha hecho el Comité de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) que reconoce el derecho al aborto como un aspecto del derecho a la igualdad. Londono, “Redrafting abortion rights under the Convention: A, B and C v. Ireland”, en: Eva Brems (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, pág. 113.

comienzo de la vida, entonces ha sido imposible responder a la pregunta sobre si el no nacido es una persona que deba ser protegida a los efectos del Artículo 2 [...] (§ 237).

Sintetizando, el argumento del Tribunal parece ser el siguiente:

El margen de apreciación de los Estados está en relación con el consenso existente a la luz de una interpretación evolutiva del Convenio, de manera que a mayor consenso entre los Estados firmantes menor margen de apreciación para los Estados individualmente considerados.

Entre los países del Consejo de Europa sí existe dicho consenso sobre los casos en que debe permitirse la interrupción del embarazo. Sin embargo, se debe considerar que tal consenso no reduce el margen de apreciación de los Estados porque no hay consenso sobre la cuestión subyacente a la legislación sobre la que sí hay consenso, que es la cuestión sobre cuándo comienza la vida.

El Tribunal remarca por tanto la ausencia de consenso científico y legal sobre el comienzo de la vida. En realidad, la cuestión sobre el comienzo de la vida no parece depender de la verdad científica, sino más bien de la valoración moral que hagamos de las diversas aportaciones científicas sobre el inicio de la vida. Otra vez, sorprende el salto argumental que realiza el Tribunal, que después de haber insistido en el consenso legislativo, en la convergencia que se verifica en la región sobre el contenido sustancial de la normativa sobre aborto, se detiene en una cuestión de índole moral, queriendo al parecer resaltar que esta cuestión moral subyacente no necesariamente se ve reflejada en la legislación. Es decir, el Tribunal parece querer resaltar que el acuerdo legislativo no resuelve necesariamente la cuestión moral, que quedaría pendiente de resolución: la legislación vigente podría ser, en algunos casos, fruto del acuerdo sobre cuestiones morales, pero también podría ser fruto de lo contrario-vistas las discrepancias sobre cuestiones morales, se decide aparcar dichas cuestiones y consensuar una legislación que permita que en el ámbito privado cada persona resuelva y aplique individualmente sus propias convicciones morales. Según esta segunda interpretación, la ausencia de consenso en el ámbito público

sobre cuestiones de índole moral como las relativas al aborto, podría resolverse con un acuerdo legislativo que pusiese fin, en dicho ámbito público-político, a cuestiones morales que se desplazarían al ámbito privado. Supongamos que éstas son las disquisiciones que laten en la invocación que realiza el TEDH a la cuestión moral subyacente.

Según el voto disidente de la sentencia del TEDH, el error en esta argumentación reside en que el consenso relevante para calibrar si cabe o no invocar la doctrina del margen de apreciación, no es el que pueda existir en torno a las cuestiones subyacentes a la legislación –punto 3 del argumento del Tribunal reconstruido más arriba– sino en torno a la legislación misma –punto 2–. Y esto es así debido a que los acuerdos legislativos sobre el alcance de los derechos individuales son relevantes con independencia de las cuestiones morales sustantivas a las que respondan –en la medida, claro está, en que no se aparten del marco del Convenio–. A menudo la legislación establece la medida en que se considera que deben ser garantizados los derechos de las personas precisamente con vistas a que cada una pueda desarrollar y aplicar, en el ámbito privado, los valores que surjan de su propia concepción del bien, y no de la concepción de una mayoría. En el caso de una cuestión tan disputada como es precisamente la que respecta a la calificación moral que merece la vida embrionaria o la vida fetal en las semanas o meses siguientes a la concepción, resulta extremadamente problemático querer alcanzar un consenso que pueda aglutinar las distintas posiciones morales al respecto. Se trataría, precisamente, del tipo de cuestiones en las que se impone el máximo respeto a las concepciones morales individuales.

De lo dicho hasta aquí, debemos reparar ahora en la siguiente cuestión. Según el voto disidente, se trata de la primera vez que el TEDH deja de lado el consenso existente entre los países europeos para hacer prevalecer las convicciones morales expresadas en el ordenamiento jurídico de un Estado y considera este giro una maniobra cuanto menos peligrosa. La pregunta que, por tanto, me parece necesario intentar responder, es la relativa a por qué el TEDH desestima el consenso europeo en materia de legislación sobre aborto. Para poder indagar en el razonamiento del Tribunal, se hace necesario plantear

también dos cuestiones ulteriores en relación con la sentencia: la primera, sobre el peso que debe otorgarse a las concepciones morales de una mayoría democrática cuando dichas concepciones interfieren con el ejercicio de derechos individuales (y esta cuestión guarda una relación directa con el alcance de la doctrina del margen de apreciación) y, la segunda, sobre si siempre es el Estado quien, como afirma la sentencia, está en mejores condiciones para valorar cuál es el sentir de dicha mayoría democrática cuando están comprometidos derechos humanos en los términos del Convenio Europeo⁹. Para calibrar mejor estas cuestiones, conviene detenernos en el significado de algunos de los conceptos doctrinales que está utilizando el TEDH en esta sentencia. Para esto me voy a referir al análisis que realiza George Letsas¹⁰ sobre la llamada *interpretación evolutiva* del Convenio, mencionada en la sentencia al referirse al consenso alcanzado en los países del entorno europeo en relación con la legislación sobre aborto. Este análisis resultará relevante para ver a qué puede estar haciendo referencia exactamente el TEDH cuando apela al margen de apreciación y por qué en el presente caso no toma en cuenta el consenso alcanzado en los países de la región como contrapeso a dicho margen.

A través del análisis de diversas sentencias del Tribunal, Letsas afirma que allí donde aparecen consideraciones relativas al creciente consenso legislativo –e incluso a veces al consenso simplemente sociológico o de opinión pública– en torno a un determinado tema entre los Estados miembros, consenso que se presenta como el producto de una evolución en la manera de interpretar el contenido de algún

⁹ Ambas cuestiones advierten, desde mi punto de vista, sobre la conveniencia de un uso prudente de la doctrina del margen de apreciación. Esta última, a través del mecanismo de la deferencia a los Estados, sustrae al Tribunal de su misión primordial de avocarse al análisis de los derechos contemplados en el Convenio y, en última instancia, a la resolución de los eventuales conflictos a través de una adecuada interpretación o ponderación de los derechos, valores e intereses presentes en los mismos. Son éstas las razones que parecen sugerir cautela al momento de apelar sin más a la deferencia.

¹⁰ Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, [s/l]: Oxford University Press, 2007.

derecho del Convenio, estas consideraciones van siempre precedidas por una interpretación del alcance sustantivo del derecho en cuestión (2007: 74-79).

Este análisis queda bien ilustrado en el caso *Dudgeon v. Reino Unido* [A, n.º 45, 1981], sobre si la penalización de la homosexualidad en Irlanda del Norte podía considerarse una violación del art. 8 del Convenio en relación con el respeto de la vida privada y la vida familiar garantizado en dicho artículo. En tal oportunidad, el TEDH afirmó que la mejor comprensión que tenemos hoy de la homosexualidad permite rechazar el tipo de sanciones previstas en la legislación penal recurrida y afirmar la vigencia del art. 8 en el ámbito de las relaciones homosexuales. Como afirma Letsas, la parte relevante de esta argumentación está en considerar que la actual interpretación, según la cual las relaciones homosexuales son merecedoras del respeto debido a las personas en su esfera íntima y familiar, es –mejor– y resulta más adecuada al contenido que debe darse al art. 8, no porque sea meramente diferente o recoja un consenso fáctico en la materia, sino porque revela consideraciones sustantivas que son más propicias o adecuadas para salvaguardar los valores que subyacen al derecho en cuestión¹¹.

Me parece que *Dudgeon v. Reino Unido* marca un punto importante en la interpretación del Art.8, al estimar que la opción por la homosexualidad forma parte de un aspecto tan exclusivamente privado de la vida de una persona que el margen de apreciación del Estado debe verse necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. Para poner la cuestión en términos de preferencias, las preferencias externas de los individuos –tal como las caracterizara R. Dworkin–, manifestadas como sentir o convicciones morales de una mayoría, no deben imponerse frente a las preferencias internas de las personas que son expresión del núcleo irreductible del derecho a la intimidad.

Si la lectura que hace Letsas de la jurisprudencia del Tribunal es correcta, entonces el consenso revelado en la legislación convergente

¹¹ Letsas, G., *op. cit.*, págs. 78-79.

de una mayoría de los Estados miembros en torno a una determinada materia, funcionaría solo como un argumento subsidiario que ayudaría a reforzar lo que en cualquier caso debería ser un cambio en la interpretación sustantiva respecto al alcance de un derecho, su fundamentación o los valores que este expresa. En este sentido, los consensos obtenidos en la región deberían tener una relevancia especial y ser particularmente tenidos en cuenta por el TEDH precisamente cuando se trata de consensos que marcan un avance en la protección de derechos individuales. Como afirma M. Iglesias, “parece [...] que solo sería razonable que un consenso contrario tuviera relevancia frente a la voluntad estatal si ello supusiera un avance respecto al derecho en cuestión, con lo que es difícil considerar que el consenso pueda ser *per se* un elemento determinante de un juicio de adecuación al convenio”¹². Y precisamente este parece ser el caso en materia de aborto: el consenso alcanzado en la mayor parte de los Estados europeos demuestra una protección mayor de los derechos reproductivos de las mujeres, de la capacidad de elegir, de la autonomía y, por tanto, del derecho a la intimidad de las mujeres en los términos del art. 8 del Convenio, en conformidad con las pautas fijadas sobre la materia por organismos internacionales¹³.

Si trasladamos esta lectura a *A, B y C v. Irlanda*, el consenso legislativo perdería entonces relevancia en la argumentación precisamente porque el Tribunal no ha hecho previamente una interpretación del art. 8 del Convenio que permita considerar que el derecho a la intimidad o vida priva y familiar de la mujer tiene el alcance que sería necesario reconocerle para avalar la legislación de la mayoría de los Estados europeos sobre aborto, y rechazar al mismo tiempo la normativa irlandesa

¹² Iglesias Vila, M., “La jurisprudencia del TEDH y el crucifijo en las aulas: Hacia una concepción sustantiva de la doctrina del margen de apreciación”, borrador provisional presentado en el seminario del Área de Filosofía del derecho de la UAM, 2012, pág. 9

¹³ Para una exposición sobre el desarrollo de los estándares legales y jurisprudenciales en materia de aborto en el ámbito internacional y regional, ver Zampas, C. y Gher, J. M., “Abortion as a Human Right. International and Regional Standards”, *Human Rights Law Review* 8:2, 2008, págs. 249-294.

sobre el mismo. En cambio, las consideraciones del TEDH sobre este punto son muy escasas y no pasan de una escueta mención al problema que resulta de determinar cuál es la definición adecuada sobre el comienzo de la vida. En definitiva, parecería que en materia reproductiva no se puede afirmar un derecho a la intimidad pleno para las mujeres porque no se puede establecer un estatus jurídico claro para la vida embrionaria. Si éste es el punto sobre el que, como adelanta el Tribunal, debería existir acuerdo para que fuese posible afirmar la relevancia del consenso en la materia, entonces cabe sospechar que el Tribunal debería haber ahondado en el alcance del derecho a la vida en relación con los otros derechos en conflicto¹⁴, pero no lo hizo.

Al apelar a la capacidad del Estado irlandés para decidir sobre las condiciones de la legislación sobre aborto, el TEDH estaría avalando la idea según la cual el derecho a la vida privada y familiar protegido en el art. 8 puede ser limitado en razón de consideraciones relativas a las convicciones morales del pueblo irlandés, y en este sentido debe concederse al Estado irlandés un amplio margen de apreciación. Más concretamente, el Tribunal estaría avalando que los derechos reproductivos de las mujeres como expresión del derecho a la vida privada y familiar protegido en el art. 8, pueden ser limitados a través de una legislación restrictiva del aborto, en nombre de consideraciones colectivas como son las convicciones morales de la mayoría, y que en su caso corresponde al Estado llevar a cabo tal limitación.

Pero como afirma Letsas, la doctrina del margen de apreciación por sí misma no resuelve la cuestión sustantiva pendiente de análisis a través de la ponderación, el juicio de proporcionalidad o el marco normativo capaces de dar cuenta del tipo de relación que se establece entre el derecho individual y las consideraciones colectivas. Lo único que haría la doctrina del margen de apreciación sería trasladar la decisión sobre la interpretación sustantiva pendiente, al ámbito de las instituciones democráticas nacionales, alegando que ellas se encuentran

¹⁴ Sobre los conflictos morales en torno al aborto, ver Alvarez, S., “Los argumentos sobre la moralidad del aborto”, en: Bergallo, P. y Ramón Michel, A. *Las decisiones reproductivas en el derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2015.

mejor posicionadas para decidir sobre la cuestión. Pero al hacer esto, el Tribunal parece pasar por alto que el caso llega a la jurisdicción europea precisamente porque las demandantes consideran que las instituciones democráticas nacionales se han excedido en la interferencia de los derechos individuales. Como afirma Letsas, –la idea del margen de apreciación por sí misma carece claramente de cualquier fuerza normativa que pueda ayudarnos a establecer cuál es la relación entre el derecho individual y el interés público–, no resuelve por tanto la cuestión sustantiva sobre la que se le pide al Tribunal que se pronuncie y la forma en que éste lo está utilizando revela una petición de principio¹⁵. Por estas razones, como se señaló ya más arriba, considero que el Tribunal debería ser sumamente cauteloso al apelar al margen de apreciación, toda vez que al hacerlo evita el ejercicio de ponderación para el que ha sido llamado a pronunciarse.

Si en lugar de devolver la cuestión al marco institucional de donde partió la demanda, el TEDH se hubiese embarcado en la necesaria interpretación sustantiva del conflicto planteado, tal vez habría podido realizar una lectura del art. 8 capaz de incluir bajo su protección el derecho al aborto como expresión de los derechos reproductivos de las mujeres, de su intimidad, su vida privada y familiar y, por tanto, de su capacidad de decisión. De ser así, habría podido también dar sentido y contenido moral y jurídico al consenso europeo existente en la materia e invocarlo en apoyo de tal interpretación. Pero el Tribunal, claramente, no ha querido dar este paso.

IV. Segundo nudo argumental: tutela de la opción de informarse y viajar al extranjero (§ 239 y ss)

La segunda cuestión importante que el Tribunal aborda es la relativa a la intromisión en la esfera de intimidad de la mujer. Dicha intromisión, como ha dicho previamente, podría verse justificada con la aplicación de la doctrina del margen de apreciación –que legitima que en este caso el sentir del pueblo irlandés fundamente la intromisión– siempre

y cuando no excedan los límites del margen de apreciación. Según el Tribunal, como hemos dicho más arriba, no se verifica tal exceso en relación con lo establecido por el art. 8 del Convenio sobre el derecho a la intimidad, pero el exceso podría provenir de la vulneración de otros derechos.

En este punto el Tribunal introduce la siguiente afirmación:

Del extenso, complejo y sensible debate que ha tenido lugar en Irlanda (...) en lo relativo al contenido de su legislación sobre aborto, ha surgido una elección. El derecho irlandés prohíbe el aborto en Irlanda por razones de salud y bienestar pero permite a las mujeres que se encuentren en la posición de la primera y la segunda demandante, que deseen realizar un aborto por dichas razones (...) la opción de viajar legalmente a otro Estado para realizarlo (§ 239).

Efectivamente, las enmiendas a la Constitución irlandesa introducidas en 1992 como consecuencia de los referéndums en los que las respectivas propuestas fueron aceptadas por amplias mayorías, garantizan que no se limitará ni la libertad de viajar a otro Estado, ni la libertad de obtener o proporcionar información sobre los servicios legalmente disponibles en otros Estados.

Conviene aquí hacer un paréntesis para entender mejor el contexto nacional y europeo en el que Irlanda llega a la introducción de las enmiendas constitucionales que garantizan el derecho a la información y el derecho a la libre circulación de las personas en relación con el aborto. En este contexto resulta relevante la intervención de instituciones de la Unión Europea (UE) que de diferentes maneras entraron oportunamente en diálogo con el Estado irlandés.

Hacia finales de la década de los 80, los tribunales irlandeses se enfrentaron con el caso *Society for the Protection of the Unborn Child (SPUC.) v. Grogan*, en el que se acusaba a un grupo de estudiantes de distribuir información sobre abortos en el extranjero. Se produjo entonces un cruce en las resoluciones al respecto por parte de distintas instancias judiciales irlandesas. Por un lado, el Alto Tribunal (*High*

Court)¹⁶ entendió que no había en dicho caso un delito de asistencia o colaboración para la realización de un aborto y elevó una consulta ante el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ) para que se pronunciase sobre el mismo. Por otro lado, mientras estaba aún pendiente el pronunciamiento del TEJ, el caso fue recurrido en apelación ante el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), que además de pronunciarse en contra del fallo del Alto Tribunal, afirmó que la cuestión no revestía importancia para el derecho europeo y que, por tanto, no correspondía recurrir a la jurisdicción europea (Miller 1999: 201-202).

El TEJ, por su parte, al pronunciarse sobre el caso¹⁷, afirmó que las prácticas médicas vinculadas al aborto en los países en los que se trata de una actividad legal, están configuradas como una actividad profesional, un –servicio– según lo dispuesto por el art. 60 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE). Aunque el TEJ afirmó también que no estaba dentro de su competencia el pronunciarse sobre la forma en que se aplican los derechos fundamentales en cada uno de los países miembros, no dejó lugar a dudas sobre la necesidad de proteger la libertad de información respecto de las actividades, prácticas profesionales o servicios legales ofrecidos por Estados miembros¹⁸.

Tanto es así que al momento de suscribir el Tratado de Maastricht, Irlanda introdujo también el Protocolo n.º 17, de febrero de 1992, en los siguientes términos:

Nothing in the Treaty on European Union, or in the treaties establishing the European Communities, or in the Treaties or Acts modifying or supplementing those treaties, shall affect the application in Ireland of 40.3.3 of the Constitution of Ireland.

¹⁶ Ver nota 3 a pie de página.

¹⁷ Caso 159/90 *Society for the Protection of the Unborn Child (Ireland) v. Grogan and Others*, 1991, 3 C.M.L.R. 849.

¹⁸ Miller, P. G., “Member State Sovereignty and Women’s Reproductive Rights: The European Union’s Response”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 22, 1999, pág. 403.

A partir de la alerta que el Protocolo 17 introdujo en las relaciones entre Irlanda y la UE en relación con posibles futuras limitaciones de derechos, también en 1992 las Partes Contratantes firmaron la Declaración sobre el Derecho de Acceso a la Información. Aunque la declaración no afectó el alcance del Protocolo n.º 17, dejó a salvo, sin embargo, tanto la libre circulación de las personas entre los Estados miembros de la Unión, como el derecho a la información en los mismos términos en que se había pronunciado el TEJ¹⁹.

Asimismo, y como consta también en la sentencia del TEDH que estamos analizando, Irlanda solicitó como condición para la aprobación del Tratado de Lisboa –que tendría lugar tras la celebración de un segundo referéndum en 2009–, una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de todos los miembros de la UE²⁰, garantizando que lo establecido en dicho Tratado no alteraría el alcance del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa.

Tal vez resulte claro hoy, que un escenario legislativo que prohibiese a las mujeres salir del país u obtener información sobre la legislación de otros Estados miembros de la UE acarrearía una vulneración del derecho de la Unión así como de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el recorrido hacia este reconocimiento por parte del Estado irlandés, estuvo cuidadosamente guiado por diversas instancias institucionales europeas. Poco antes de la inclusión de las mencionadas enmiendas a la Constitución irlandesa en 1992, el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el caso *Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre Ltd. v. Irlanda* [A, n.º 246, 1992], en relación con dos Clínicas irlandesas de salud reproductiva a las que los Tribunales irlandeses les habían prohibido distribuir información sobre aborto. Aunque las demandantes enmarcaban sus alegaciones en los arts. 8 (vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión) y 14 (no discriminación) del Convenio, el fallo del TEDH se centró en el art. 10. Este artículo tiene una redacción similar a la

¹⁹ Ver: Miller, P.G., *op. cit.*, pág. 405

²⁰ *The Presidency Conclusions of the European Council of 11/12 December 2008 and of 18/19 July 2009*. Ver sentencia, párrafos 101-103.

redacción del art. 8: en el primer inciso del artículo se describe el alcance del derecho en cuestión, mientras que en el segundo inciso se establecen las excepciones o restricciones que dicho derecho puede sufrir. En el caso del derecho a la información, el listado de límites o restricciones al derecho es aún más detallado y extenso que en el caso del derecho a la vida privada y familiar, y en ambos casos se contemplan limitaciones debidas a las necesidades de la sociedad democrática, específicamente en razón de las convicciones morales de la misma.

Pues bien, en el caso de *Open Door v. Irlanda*, el TEDH consideró que la restricción del derecho a la información basada en la protección del derecho a la vida del no nacido en conformidad con las convicciones morales del pueblo irlandés –como afirmaba el Gobierno de Irlanda– era desproporcionada. Entendió el Tribunal que la prohibición de proporcionar información sobre la posibilidad de abortos en el extranjero, resultaba una medida desproporcionada en relación con la protección de las convicciones morales del pueblo irlandés y la protección de la vida del no nacido²¹.

A este antecedente jurisprudencial del TEDH, se suma el ya mencionado caso *SPUC v. Grogan* del TEJ, sobre la libertad de información en el marco de los Tratados de la UE y de los objetivos del espacio económico europeo, así como la también mencionada Declaración sobre el Derecho de Acceso a la Información que quiere reforzar el compromiso de Irlanda con los Estados miembros de la UE para garantizar la libertad de movimiento entre los Estados así como la libertad de información. Todo esto sin duda coadyuvó para que Irlanda se encaminase decididamente hacia un establecimiento claro de la vigencia de estos derechos en el sistema jurídico irlandés y permite comprender el contexto en el que el Gobierno de Irlanda introdujo las enmiendas constitucionales 13 y 14. Sobre todo teniendo en cuenta que lo hizo no obstante la evidente contradicción que en términos morales acarrea la introducción de tales enmiendas, en la medida en

²¹ Thompson, A., “International Protection of Women’s Rights: An Analysis of *Open Door Counselling Ltd. And Dublin Well Woman Centre v. Ireland*”, *Boston University International Law Journal*, 371, 1994, pág. 394.

que contradicen los fundamentos mismos de la normativa sobre aborto. Como afirman las demandantes en *A, B y C v. Irlanda*, la protección que el Estado irlandés quiere proporcionar a los no nacidos, pierde efectividad en la medida en que muchas mujeres optan por viajar a otros países para realizar un aborto. El mentado sustrato moral mayoritario de la legislación irlandesa, proveniente del sentir del pueblo irlandés, quedaría así vulnerado en la práctica.

Este trasfondo de Declaraciones y pronunciamientos por parte de las instituciones europeas ponen de manifiesto el firme propósito tanto de la UE como del Consejo de Europa de proteger contra cualquier limitación los derechos a la información y de movimiento, que promueven un espacio económico común de libre circulación, oferta y consumo de bienes y servicios, al tiempo que se permite a Irlanda restringir ampliamente el derecho a la vida privada y familiar, o derecho a la intimidad, a través de una cláusula constitucional como la del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa²².

IV.1. El –equilibrio equitativo– y la no discriminación

Más allá de las contradicciones del derecho irlandés en cuanto a los propósitos que quiere satisfacer a través de su legislación, resulta peculiar el análisis que el TEDH hace de la configuración legal irlandesa en materia de aborto. El Tribunal entiende que la garantía de los derechos de libertad de información y libertad de movimiento para salir del país y poder entonces realizar un aborto en los supuestos prohibidos en Irlanda, respalda o refuerza la capacidad de las demandantes para decidir, es decir, amplía las opciones de las mujeres²³. Considera el Tribunal que Irlanda no excede el margen de apreciación acordado

²² En palabras de Miller, “Ireland’s abortion policy treats women’s reproductive rights as not deserving human rights protection. If the right does not exist for women in Ireland, then there is nothing to be protected.” Miller, P. G., *op. cit.*, pág. 409

²³ Como afirma Wicks, lo que se entiende como una “hipocresía” que permite a Irlanda llegar a un cierto compromiso, se transforma para el TEDH en una garantía de protección del derecho a la intimidad. En: Wicks, E., “A,

en relación con la protección de otros derechos, precisamente porque contempla la posibilidad de viajar al extranjero para realizar un aborto junto con la posibilidad de acceder a información y consejo médico:

En consecuencia, teniendo en cuenta el derecho a viajar legalmente al extranjero para un aborto con acceso a la información y el cuidado médico adecuados en Irlanda, el Tribunal no considera que la prohibición de abortar en Irlanda por razones de salud y bienestar, basada en las profundas convicciones morales del pueblo irlandés sobre la naturaleza de la vida [...] y sobre la consecuente protección que debe acordarse al derecho a la vida del no nacido, exceda el margen de apreciación acordado en tal sentido al Estado irlandés. En tales circunstancias, el Tribunal considera que en Irlanda la prohibición impugnada logra un equilibrio equitativo entre el derecho de la primera y segunda demandantes al respeto de su vida privada y el derecho invocado en nombre de los no nacidos (§ 241).

Si entendemos bien la conclusión del Tribunal sobre el “equilibrio equitativo” que alcanzaría el Estado irlandés a través de su legislación sobre aborto, tal equilibrio estaría basado precisamente en que no se vulneran los derechos a la información y libre circulación de las demandadas, toda vez que se les reconoce el derecho a informarse sobre la legislación extranjera y viajar al extranjero. Merece la pena detenerse a analizar el alcance del supuesto equilibrio. El art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa establece la igualdad entre la mujer y el no nacido en lo que se refiere al derecho a la vida: “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre [...]”. Sin embargo, al analizar el conflicto más allá del derecho a la vida, el Tribunal reconoce que la madre cuenta con otros derechos cuya vulneración podría estar prohibida en los términos del Convenio. El derecho a la intimidad, dice el Tribunal, puede admitir recortes, pero dichos recortes no podrían ir tan lejos como para cercenar el derecho a la información o

el derecho a la libertad de movimiento. Pero sucede que en el marco del art. 40.3.3, al garantizar estos últimos derechos, resulta inevitable ponerlos en relación con la realización de un aborto: la mujer embarazada tiene derecho a informarse sobre la legislación de otros Estados en materia de aborto y a viajar a otros Estados para realizar un aborto. Nótese que tanto el derecho a informarse como el derecho a viajar al extranjero van ligados a la finalidad de conocer las posibilidades de realización de un aborto y de viajar para realizar un aborto, respectivamente. De manera que el conjunto de derechos garantizados a la mujer debilitan el derecho garantizado al no nacido hasta el punto de permitirle a la primera interrumpir el embarazo y, en consecuencia, poner fin a la vida del no nacido.

Todo lo anterior parece dar cuenta de un largo recorrido “espacial o geográfico” –que en los casos analizados en la sentencia va desde Irlanda a Inglaterra– para que los derechos de la mujer puedan verse garantizados, eso sí, no todos dentro de la misma jurisdicción. Es decir que Irlanda alcanza el “equilibrio equitativo” entre derechos que menciona la sentencia a costa de desplazar el ejercicio de dichos derechos a otros Estados. Esto equivale a hacer descansar la efectividad de un derecho en el marco legal y la jurisdicción de otro país. En verdad, para ser consecuente con la protección supuestamente garantizada, el Estado irlandés debería ir más allá y subvencionar los viajes al extranjero, si no quiere incurrir en trato discriminatorio, toda vez que las mujeres que no cuenten con la posibilidad de viajar, por ejemplo por carecer de medios económicos, verían entonces sí cercenados sus derechos en los términos del art. 8 del Convenio.

En este sentido, los efectos discriminatorios de las restricciones impuestas en la legislación sobre aborto han sido señalados en diversas oportunidades. Sin ir más lejos, la sentencia del TEDH en análisis consigna las apreciaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (“PACE”) al respecto:

[...] La Asamblea manifiesta su preocupación sobre el hecho que [...] se impongan numerosas condiciones que restringen el acceso a unos servicios en materia de aborto que sean seguros,

económicamente accesibles y adecuados. Estas restricciones tienen efectos discriminatorios, ya que las mujeres que están bien informadas y poseen medios económicos adecuados pueden conseguir abortos legales y seguros más fácilmente (§ 108).

La sentencia reconoce que la opción de viajar al extranjero entraña un coste económico que representa una “carga significativa” en el caso de la primera demandante y un “gasto considerable” para la segunda y tercera demandantes (§ 128). No vincula sin embargo estos hechos con consecuencias discriminatorias.

La sentencia también cita las observaciones remitidas por organizaciones como *Doctors for choice* y el *British Pregnancy Advisory Service*. Entre otras numerosas cuestiones, estas organizaciones señalan cómo las restricciones de la legislación irlandesa en materia de aborto pueden llegar a ser enormemente discriminatorias para las mujeres inmigrantes que, en caso de poder acceder a los medios económicos para viajar al extranjero, tienen que solicitar los correspondientes documentos que les permitan viajar para realizar un aborto, todo lo cual vulnera visiblemente su derecho a la intimidad (§ 121).

En definitiva, el difícil equilibrio entre derechos que el Tribunal pretende salvaguardar parece quedar en entredicho, precisamente porque nos encontramos en el ámbito de una jurisdicción regional que no puede pasar por alto las importantes cuotas de integración que existe entre sus miembros. Se hace imposible para el Tribunal calibrar la debida protección de los derechos teniendo en cuenta solo el ámbito nacional. En otras palabras, el contexto europeo fuerza al Tribunal a tener que considerar la medida en que se garantiza el ejercicio de un conjunto de derechos (intimidad, información, movimiento) que están imbricados unos con otros, y para cuyo ejercicio los ciudadanos disponen de un ámbito de protección que trasciende la esfera nacional. Todo esto pone de relieve las inconsistencias señaladas.

Para concluir, como señala el voto disidente, las demandantes cuestionan la legislación irlandesa en materia de aborto en la medida en que no les permite realizar un aborto legal “en su país”, no en el extranjero donde, como demuestran los hechos, pueden realizarlo.

Tener que abandonar su país de residencia para acceder al aborto legal comporta una serie de problemas no solo económicos sino de índole muy variada: desplazamiento en situación de vulnerabilidad o malestar físico debido al embarazo; alejamiento del ámbito geográfico en el que la mujer podría sentirse más segura y cómoda para llevar a cabo el aborto; alejamiento del círculo familiar o de amistades que podrían servir de contención material o afectiva en el momento de llevar a cabo el aborto; etc.²⁴. De manera que, prosigue el voto disidente, el TEDH no aborda cabalmente la cuestión planteada en relación con “la interferencia en la vida privada de las demandantes como resultado de la prohibición de abortar en Irlanda” (§ 8).

V. Tercer nudo argumental: la inseguridad jurídica que genera el ordenamiento irlandés en materia de aborto

El caso de C, la tercera demandante, presenta una situación diferente respecto de las otras dos demandantes, ya que configura un supuesto en el que dadas las circunstancias podría haber existido riesgo para la vida de la mujer embarazada.

Siempre en el marco del art. 8 del Convenio, el TEDH analiza la situación de la tercera demandante con miras a establecer si se ha producido un incumplimiento por parte del Estado irlandés de su obligación positiva de “proporcionar un procedimiento efectivo y accesible

²⁴ En relación con la necesidad de desplazarse geográficamente para poder llevar a cabo un aborto, resulta interesante el análisis de C. Sethna y M. Doull, quienes estudian el alcance del derecho al aborto en Canadá, a la luz del concepto de autonomía en el marco de la bioética. Las autoras llegan a la conclusión que los diversos obstáculos que el derecho al aborto puede encontrar en el camino de su realización -entre los que figuran la necesidad de viajar a una ciudad o Estado distintos del de la propia residencia- minan sustancialmente la autonomía de las mujeres, bajo la apariencia de preservar el derecho a decidir. Ver: Sethna, C. y Doull, M., “Journeys of Choice? Abortion, Travel, and Women’s Autonomy”, en: S. J. Murray y D. Homes (eds.), *Critical Interventions in the Ethics of Healthcare*, Surrey England: Ashgate, 2009, pág. 175.

que permita a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda asumiendo así el debido respeto a los intereses garantizados por el art. 8 del Convenio”(§ 246).

La cuestión a dilucidar es la relativa al alcance de la garantía de respeto de la vida de la madre establecida en la primera parte del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa –transcrito más arriba–. Afirma el TEDH que el margen de apreciación del Estado para establecer su legislación sobre aborto es amplio, pero que una vez que dicha legislación ha sido fijada, los cauces para salvaguardar los intereses en cuestión deben ser claros (§ 249).

El problema se presente al momento de establecer las vías por las cuales la demandante podría haber tenido conocimiento respecto de si su situación constituía un supuesto de aborto legal en Irlanda. Recordemos que C padecía una forma particular de cáncer que comportaba la posibilidad que ante un embarazo su situación pudiese agravarse, con la incertidumbre añadida de si en el marco de la legislación irlandesa se le hubiese permitido abortar. Según lo alegado por el Gobierno irlandés, el cauce para dilucidar la situación era acudir a la consulta médica en la que los profesionales médicos tendrían que haber determinado los extremos del caso. Sin embargo, el Tribunal considera que dicho procedimiento es insuficiente.

La norma constitucional deja abierta la posibilidad del aborto en aquellos casos en los que, como ha establecido el propio Tribunal Supremo irlandés en el ya mencionado “caso X”²⁵, “se establezca la probabilidad de que haya un riesgo real y sustancial para la vida de la madre, como un supuesto distinto al del riesgo para la salud, incluido el riesgo de autolesiones, que solo puede ser evitado mediante la interrupción del embarazo” (§ 253). Sin embargo, afirma el TEDH que la norma constitucional no ha sido suficientemente desarrollada a través de una legislación o jurisprudencia claras que establezcan los supuestos en los que tal riesgo para la vida de la madre estaría presente. Y por tanto tampoco los profesionales médicos cuentan con criterios claros para establecer dicho riesgo en los casos particulares, lo cual, sumado

a las severas penas contempladas para los delitos relacionados con el aborto, crea una situación altamente disuasoria para los médicos al momento de diagnosticar situaciones en las que pudiese estar contemplado un aborto legal²⁶.

La segunda vía que señala el Gobierno irlandés para dirimir la cuestión es la judicial, es decir, la demandante podría haber iniciado una causa judicial en Irlanda con vistas a que se dilucidara si su situación estaba o no contemplada por el art. 40.3.3 de la constitución como un supuesto de aborto legal. Sin embargo, el TEDH no considera que la jurisdicción constitucional sea el ámbito adecuado para determinar “si una mujer cumple con los requisitos fijados para la realización de un aborto legalmente permitido en un Estado” (§ 258).

En conclusión, el TEDH considera que el Estado irlandés no ha cumplido con su obligación positiva de garantizar el respeto al derecho a la intimidad de la tercera demandante, por no haber implementado la regulación legal de los supuestos de aborto permitidos en el marco de la norma constitucional, violando en consecuencia el Artículo 8 del Convenio.

VI. Algunas conclusiones

De la totalidad de la sentencia analizada, podemos ver que el TEDH hace una única concesión en relación con las cuestiones planteadas. Tal concesión no se refiere a un reconocimiento sustancial en relación con el derecho al aborto, sino que se refiere a un requisito procesal relativo a la necesidad de desarrollo legal de un derecho garantizado en la Constitución. Por lo demás, el Tribunal en ningún lugar de la sentencia se ocupa del aborto en el contexto de los llamados derechos reproductivos de las mujeres²⁷, ni aborda la delimitación del mismo como parte constitutiva del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo o a tomar decisiones sobre su vida privada o familiar.

²⁶ Ver parágrafo 254 de la sentencia.

²⁷ Ver: Londono, P., *op. cit.*, pág. 101.

Tampoco da lugar la sentencia a consideraciones relativas a la negación del derecho al aborto desde la perspectiva de la discriminación, bajo el artículo 14 del Convenio. En este sentido, algunos organismos internacionales han considerado la negación de acceso al aborto legal como una cuestión de discriminación contra las mujeres que limita su autonomía reproductiva y repercute en su capacidad para desarrollar aspectos de su vida como la educación, el trabajo y la participación pública en general²⁸.

En definitiva, la única aproximación en términos de derechos individuales de las mujeres que realiza el Tribunal es a través del análisis del derecho a la intimidad, para pasar rápidamente a considerar que no se vulneran ni las exigencias de legalidad ni los límites que a dicho derecho imponen otras consideraciones como las relativas a la moral pública.

Tal vez, como he querido señalar en este trabajo, la posición mantenida por el TEDH deba ubicarse en un contexto más amplio de interpretación, en el que entrarían cuestiones de política jurídica en relación con la importancia o la urgencia que para las distintas instancias institucionales del ámbito europeo tienen los derechos reproductivos como derechos que merecen protección en el marco de los derechos humanos. Las consideraciones expuestas en relación con la protección que el propio Estado irlandés se ve forzado a reconocer a otros derechos humanos (información y libertad de movimiento) en contradicción con el estatus constitucional que otorga al derecho a la vida del no nacido, revelan una inconsistencia tanto en el ámbito nacional como europeo que resulta difícil de fundamentar en términos jurídicos y morales.

Estas contradicciones de la sentencia hacen pensar que la decisión final del TEDH es el resultado no tanto de una interpretación conjunta y coherente de los derechos del Convenio afectados en el caso, como de un compromiso que va más allá de tal interpretación. La protección de la vida del no nacido, conjuntamente con la protección del derecho de la mujer de obtener información sobre aborto y de viajar al extranjero para obtener un aborto, apuntan a una tensión en

el ordenamiento irlandés que no solo tiene un evidente alcance moral sino también jurídico. Una protección consecuente del derecho del no nacido debería ir acompañada de una limitación acorde del ejercicio de otros derechos que, como el derecho de la mujer a la información o el derecho a viajar, ponen en peligro el bien jurídico protegido con la primera disposición. Pero como hemos señalado más arriba, Irlanda se ve empujada por diversas circunstancias a ceder en lo que respecta a la restricción de algunos de los derechos involucrados. En cuanto al TEDH, no parece dispuesto a afirmar que el art. 2 del Convenio (derecho a la vida) proporcione protección al derecho a la vida del no nacido, pero, por otra parte, tampoco está dispuesto a evitar que Irlanda confiera tal protección. Por esta razón, prefiere realizar una *interpretación débil del Art. 8* (derecho a la vida privada y familiar), permitiendo que las convicciones morales del pueblo irlandés sean consideradas contrapesos legítimos, capaces de limitar el conjunto de derechos contenidos en tal artículo 8 –derecho a la intimidad que en este caso se traduce principalmente en los derechos reproductivos de las mujeres, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su capacidad de autonomía–. Sin embargo, y como afirmara ya en *Open Door v. Irlanda*, el Tribunal mantiene una *interpretación fuerte del Art. 10* (libertad de expresión-información), que no admite restricciones provenientes de las convicciones morales del pueblo irlandés, y que lleva al propio Tribunal a insistir, en *A, B y C v. Irlanda*, en la protección debida a tal derecho, incluso a costa de incurrir en graves inconsistencias cuando esta protección fuerte se relaciona con la protección más débil de los derechos protegidos en el Art. 8. Si además, a esta interpretación conjunta de los arts. 8 y 10 del Convenio se le suma el marco europeo de consenso entre los países de la región en relación con la legislación sobre aborto y la existencia de un espacio jurídico y económico común, las inconsistencias se agravan.

Para terminar, me parece que merece la pena reflexionar sobre el tipo de avance que sería deseable esperar de la jurisprudencia del TEDH. Si como el propio Tribunal adelanta, no fuese posible resolver el problema del aborto sin resolver cuestiones relativas a la fundamentación moral de los derechos comprometidos, entonces parece que

recursos doctrinales como el margen de apreciación de los Estados poco contribuyen a que se pueda avanzar en la resolución de tales cuestiones. Solo una jurisprudencia que se adentrara en los conflictos morales que subyacen a la adjudicación del derecho a la vida al no nacido en relación con los derechos de la mujer, podría ofrecer mayor coherencia tanto en la interpretación como en la aplicación de los derechos humanos en el ámbito europeo. Desde mi punto de vista, un enfoque de este tipo permitiría al TEDH virar en su argumentación y encaminarse hacia *una interpretación fuerte del Art. 8*, una interpretación que entendiese que el derecho a la vida privada y familiar de la mujer es inescindible del derecho a decidir sobre su vida reproductiva como parte de –un aspecto sumamente íntimo de la vida privada–²⁹.

Como hiciese en relación con la protección de otros aspectos de la vida privada de las personas –*Dudgeon v. Reino Unido*–, el Tribunal podría entonces reconocer que los derechos reproductivos de la mujer y el acceso al aborto forman parte de un aspecto tan exclusivamente privado de las personas que el margen de apreciación del Estado se vería necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. En otras palabras, el derecho al aborto solo podrá ser reconocido por el Tribunal en la medida en que éste pueda abordar la interrupción del embarazo como una opción exclusiva de las mujeres, que se refiere a un aspecto de su vida privada y familiar que merece ser protegido, al tiempo que decaen las consideraciones relativas a la moral colectiva.

Bibliografía

- Alvarez, S., “Los argumentos sobre la moralidad del aborto”, en: Bergallo, P. y Ramón Michel, A. *Las decisiones reproductivas en el derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2015.
- Iglesias Vila, M., “La jurisprudencia del TEDH y el crucifijo en las aulas: Hacia una concepción sustantiva de la doctrina del margen

- de apreciación”, borrador provisional presentado en el seminario del Área de Filosofía del derecho de la UAM, 2012.
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, [s/l]: Oxford University Press, 2007.
- Londono, P., “Redrafting abortion rights under the Convention: A, B and C v. Ireland” en: Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, [s/l]: Cambridge University Press, 2013
- Miller, P.-G., “Member State Sovereignty and Women’s Reproductive Rights: The European Union’s Response”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 22, 1999, págs. 195-212.
- Sethna, C. y Doull, M., “Journeys of Choice? Abortion, Travel, and Women’s Autonomy”, en: Murray, S. J. y Homes, D. (eds.), *Critical Interventions in the Ethics of Healthcare*, Surrey, England: Ashgate, 2009.
- Shany, Y., *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? The European Journal of International Law*, Vol. 16 n.º 5, 2006.
- Thompson, A., “International Protection of Women’s Rights: An Analysis of *Open Door Counselling Ltd. And Dublin Well Woman Centre v. Ireland*”, *Boston University International Law Journal*, 371, 1994, págs. 371-406.
- Wicks, E., “A, B C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11: 3, 2011, págs. 556-566.
- Zampas, C. y Gher, J. M., “Abortion as a Human Right. International and Regional Standards”, *Human Rights Law Review* 8: 2, 2008, págs. 249-294.

Sección III

Discusiones:
Libros

Responsabilidad, autoridad y democracia una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff

*Responsibility, authority and democracy
A critical exploration of Antony Duff's
Philosophy of criminal law*

Juan Pablo Mañalich R.*

Recepción y evaluación de propuesta: 01/12/2016.

Aceptación: 01/02/2017.

Recepción y aceptación final: 01/03/2017.

Resumen: El trabajo explora algunos aspectos centrales del programa de una filosofía del derecho penal desarrollado por Antony Duff, en referencia a tres ejes fundamentales de su pensamiento, internamente conectados: su concepción relacional de la responsabilidad, su caracterización de la autoridad del derecho y su comprensión de la democracia como fuente de legitimación. Sobre esta base, se persigue mostrar la inestabilidad de su recurso a la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*, así como la falta de plausibilidad de su concepción no-procedimentalista de la producción democrática del derecho.

Palabras clave: responsabilidad, autoridad y razones para la acción, democracia y legislación, *mala in se* y *mala prohibita*

* Universidad de Chile, correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl
Agradezco a los participantes del seminario de investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por las observaciones y objeciones formuladas en la discusión de un borrador preliminar del presente trabajo, y especialmente a Sebastián Figueroa Rubio, por las múltiples y muy fértiles sugerencias que generosamente me hiciera llegar para mejorar el texto.

Abstract: The paper explores some central aspects of Antony Duff's program of a philosophy of criminal law, in reference to three fundamental axes, internally connected: his relational conception of responsibility, his characterization of law's authority, and his understanding of democracy as legitimation source. Upon this basis, the paper seeks to show the instability of Duff's appeal to the distinction between *mala in se* and *mala prohibita*, as well as the lack of plausibility of his non-proceduralistic conception of the democratic production of law.

Keywords: responsibility, authority and reasons for action, democracy and legislation, *mala in se* and *mala prohibita*

One question we must then ask ourselves is this:
how confident are we that all those who appear as
defendants in our courts are properly answerable
to us for their crimes?

(Duff, *Answering for Crime*, pág. 191)

I. Introducción

La reciente publicación de *Sobre el castigo* (México y Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), del filósofo del derecho escocés Antony Duff, es una muy buena noticia para los lectores de habla hispana interesados en la reflexión filosófica acerca del derecho penal. Pues Duff es, sin duda alguna, una de las figuras principales del decurso que ha dado lugar, en un arco de tiempo que gruesamente comprende las últimas cuatro décadas, a la emergencia de un muy fecundo género de indagación teórica, filosóficamente orientada, en las bases, la estructura y el funcionamiento de los sistemas de derecho penal enmarcados en la tradición del *common law*, cultivado por muy prominentes filósofos y juristas de habla inglesa¹. En este concierto, la singularidad de la

¹ Lo cual se ve reflejado en una ya copiosa serie de volúmenes colectivos, varios de los cuales han sido coordinados por Duff; véase por ejemplo Duff, A., *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, así como Duff, A. y Green, S.,

obra de Duff se halla en su muy consistente esfuerzo por articular una concepción suficientemente omnicomprendensiva de los regímenes de derecho penal adscritos a esa tradición, a partir de premisas obtenidas, en lo fundamental, de la filosofía analítica del lenguaje y de la acción, por un lado, y de la filosofía política, por otro². Sobre esta base, el rasgo absolutamente diferenciador de esa misma concepción consiste en su pretensión autoconscientemente *idealizadora*, que Duff identifica con la vocación distintivamente normativa (en oposición a descriptiva) de su enfoque³. En esta pretensión idealizadora tendría que sustentarse, al mismo tiempo, el propio potencial *crítico* de tal concepción, desde el punto de vista de su adecuación como herramienta de impugnación de los regímenes de derecho penal positivo “efectivamente existentes”, en función de su mayor o menor falta de satisfacción de los presupuestos de legitimidad delineados a través de la correspondiente imagen idealizada.

A partir de este reconocimiento, y en atención a que una valoración pormenorizada de los trabajos reunidos en *Sobre el castigo* ha podido ver recientemente la luz⁴, en lo que se sigue se intentará reconstruir algunos debates fundamentales de la filosofía jurídico-penal contemporánea en los cuales inciden algunos planteamientos centrales de la obra de Duff, la mayor parte de los cuales encuentra su formulación más desarrollada en su muy importante monografía *Answering for Crime*, de 2007.

Philosophical Foundations of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2011.

² Un reconocimiento especialmente elocuente de la importancia de su obra está constituido por el volumen colectivo dedicado a la revisión de los principales aspectos de su filosofía jurídico-penal; véase Cruft, R., Kramer, M. y Reiff, M., *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

³ Véase especialmente Duff, A., *Answering for Crime*, Oxford y Portland: Hart Publishing, , 2007. pág. 6 ss.

⁴ Véase Mañalich, J. P. *Duff, A., Sobre el castigo*, México: Siglo XXI, 2015, *Derecho y Crítica Social* 2(2): 265-274, 2016.

II. La responsabilidad como presupuesto de la punibilidad

II.1. Decisiones de criminalización y condiciones de punibilidad

En una serie de publicaciones individuales y colectivas, Duff se ha ocupado detalladamente de la manera en que la específica fisonomía del proceso penal propio de una sociedad organizada democráticamente puede hacer más probable una forma de comunicación que involucre, triangularmente, al imputado, a la (eventual) víctima y a la comunidad a la que aquél y esta pertenecen, en términos tales que, de conducir el desarrollo del proceso a un veredicto de culpabilidad, la decisión de condena pronunciada sobre el acusado pueda ser interpretada como expresiva de la censura comunitaria de la injusticia perpetrada por el hechor, así como de la solidaridad comunitaria para con la víctima por su padecimiento de esa misma injusticia⁵. Esto último es lo que Duff tematiza en el sentido de que semejante articulación comunicativa del procesamiento del “agravio” (*wrong*) inmediatamente padecido por la víctima haría posible que aquél devenga un “agravio compartido” (*shared wrong*), en el sentido de tratarse de una injusticia que, por vía de identificación con la víctima, la comunidad hace suya⁶. Ello sería indicativo de que aquellas formas de comportamiento que el derecho penal paradigmáticamente criminaliza exhiben el estatus de un “agravio público” (*public wrong*).

Desde luego, Duff hace explícito que hay delitos cuya específica incorrección (*wrongness*) está efectivamente determinada por un

⁵ Véase especialmente Duff, A., *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, págs. 99 ss., 23 ss.; Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 1: Truth and Due Process*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pág. 1 ss.; Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 2: Judgment and Calling to Account*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 1 ss.; y Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford: Hart Publishing, 2007, págs. 93 ss., 199 ss.

⁶ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 140 ss.

agravio padecido por el “público” o la comunidad como tal⁷. Su punto es, más bien, que semejante caracterización no es pertinente tratándose de muchos de los delitos que, siendo constitutivos de *mala in se*, indudablemente integran el núcleo del ordenamiento jurídico-penal de la generalidad de las actuales sociedades occidentales –incluidos el homicidio, la agresión o lesión corporal y la violación, entre otros–, cuya específica incorrección no puede verse sino distorsionada si se la específica de un modo que no dé cuenta, en primerísimo lugar, del agravio directamente sufrido por su víctima. Duff ejemplifica el punto en referencia a la violencia doméstica:

We should interpret a ‘public’ wrong, not as a wrong that injures the public, but as one that properly concerns the public, i.e. the polity as a whole. [...] What makes domestic abuse a public wrong is that, as we now recognize, it concerns us all, as a wrong in which we share: we must not leave the victim to pursue her own grievance, but must collectively pursue it with her or for her⁸.

A este respecto, no está de más reparar en que, acertadamente, Duff observa que, de acuerdo con esta misma comprensión del problema, el carácter “público” de una forma de comportamiento con significación criminal tiene que ser entendido como una implicación de su criminalización, y no, en cambio, como una razón para esta⁹. Esto quiere decir, más precisamente, que serían las razones (sustantivas) que sustentan la correspondiente decisión de criminalización las que determinan, en esa misma medida, la connotación “pública” de la forma de comportamiento así criminalizada, sin que tenga sentido alguno pretender identificar esta connotación con independencia de, y de manera previa a, esas mismas razones.

⁷ Duff, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, p. 125. Véase en detalle Duff, A., *Answering...* op. cit., págs. 51 ss., 140 ss.

⁸ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 141.

⁹ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 142; también Duff, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, pág. 125.

Así entendida, una decisión de criminalización fija un subconjunto de las condiciones de punibilidad de cuya satisfacción depende que una persona pueda quedar sometida a la imposición de una pena, en razón de resultar responsable de la realización de esa misma forma de comportamiento. Esto último introduce una referencia a uno de los aspectos más intrincados, a la vez que determinantes, de la obra de Duff, el cual ya fuera introductoriamente presentado, a saber: la distinción entre condiciones de la punibilidad y condiciones de la responsabilidad.

Que la respectiva decisión de criminalización solo fije algunas de las correspondientes condiciones de punibilidad (*liability*), en el sentido de “susceptibilidad al castigo”, se explica por el hecho de que entre éstas también figuran algunas de naturaleza más bien general, en cuanto *prima facie* pertinentes tratándose de cualquiera forma de comportamiento criminal, con independencia de su fisonomía específica. En tal medida, cabe distinguir entre condiciones especiales y generales de la punibilidad, aun cuando esta distinción tendría que ser entendida, según Duff, como una de carácter gradual¹⁰. En cualquier caso, es claro que Duff recurre al concepto de *liability* para identificar, de manera congruente con el célebre análisis de las “relaciones jurídicas fundamentales” presentado por Hohfeld¹¹, una posición pasiva de *sujeción*, definida por la susceptibilidad de padecer la imposición de una cierta consecuencia jurídica, cuya posición activa correlativa está constituida por la *potestad* detentada por quien está habilitado para imponer esa misma consecuencia jurídica. Esto explica que el concepto de *liability* aparezca *ab initio* desconectado de la especificidad de la pena *qua* consecuencia jurídica; tal como Duff lo hace explícito, cabe hablar de semejante sujeción en referencia al pago de un tributo, a la satisfacción de una pretensión indemnizatoria, al pago de una pensión

¹⁰ *Prima facie*, en la medida en que se asuma, con Duff, que la distinción misma entre las provincias de la “parte general” y la “parte especial” sería asimismo gradual; véase Duff, A., *Answering...* op. cit, págs. 1 ss., 4.

¹¹ Hohfeld, W., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven y Londres: Yale University Press, 1919. págs. 35 ss., 50 ss.

alimenticia, etc.¹². Con ello, es recién por vía de especificación que se llega al concepto de *criminal liability*, que Duff identifica, más precisamente, con una sujeción a la imposición de “condena y castigo” (*conviction and punishment*), y que corresponde, *stricto sensu*, a lo que aquí habrá de entenderse por “punibilidad”.

II.2. Dos nociones de responsabilidad

Es la especificidad de la consecuencia jurídica a cuya imposición una persona está expuesta lo que determina, a su vez, qué condiciones de responsabilidad tendrían que verse satisfechas para que esa misma persona en efecto quede sujeta a la imposición de aquélla. Aquí conviene reproducir literalmente la caracterización que Duff hace de la relación en que se encontrarían los conceptos de punibilidad y responsabilidad:

The relationship between liability and responsibility can be simply stated: responsibility is a necessary but not a sufficient condition of liability. I am liable to conviction or blame for *X* only if I am responsible for *X*; but I can be responsible for *X* without thus being liable¹³.

Esta comprensión de la relación en cuestión da pie a que Duff tematice el paso (argumentativo) que lleva de la adscripción de responsabilidad a la fundamentación de punibilidad como una transición “presuntiva” –o cabría decir también: derrotable–, en el sentido de que lo primero conducirá a la segundo a menos que el imputado logre esgrimir alguna “respuesta exculpatoria” que precisamente obstaculice esa misma transición¹⁴. Semejante respuesta exculpatoria habría de consistir en alguna eximente que (argumentativamente) funcione en la forma de una condición de justificación o una condición de excusa,

¹² Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 19.

¹³ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 22.

que son las dos especies de eximente que Duff sistemáticamente agrupa bajo el concepto (estricto) de “defensa” (*defence*)¹⁵.

Aquí es crucial reparar en que, en estos términos, aquello de lo cual una persona puede resultar responsable consiste, *stricto sensu*, en la realización de los presupuestos objetivos (constitutivos del *actus reus*) y subjetivos (constitutivos del *mens rea*) del respectivo delito (*offence*), en el sentido de que

there is something for which the defendant must answer in court, on pain of being held criminally liable if she fails to offer an adequately exculpatory answer¹⁶.

En *este* sentido, entonces, las condiciones de la responsabilidad se comportan como condiciones *positivas* de la punibilidad, precisamente porque la comprobación de la satisfacción de esas condiciones conduce a la afirmación de punibilidad, a menos que ésta resulte suprimida por la concurrencia de alguna de aquellas eximentes que cuentan como condiciones de justificación o de excusa, esto es, como “defensas”. En tal medida, la invocación de una defensa supone una asunción de responsabilidad por parte de la persona que, al mismo tiempo, niega –dadas las circunstancias constitutivas de la defensa respectiva– que esa responsabilidad fundamente la correspondiente punibilidad¹⁷.

Esta comprensión de la relación en que se encontrarían los conceptos de responsabilidad y punibilidad es ciertamente problemática, desde ya porque a ella parece subyacer una confusión entre dos nociones –una sustantiva y otra procedimental– que pueden ser expresadas por el término “defensa”¹⁸. Lo que aquí interesa, empero, es observar

¹⁵ En detalle al respecto Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 263 ss.

¹⁶ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 216.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁸ Véase Duarte, L., *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law.*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pág. 239 ss., quien correctamente advierte que, en sentido sustantivo, una “defensa” se corresponde con una *excepción*, en tanto que, en sentido procesal, con una *alegación* esgrimida contra un cargo previamente formulado, siendo puramente contingente, empero, que una defensa en el primer sentido tenga que ser invo-

en que el concepto de responsabilidad al que recurre Duff, para especificar el pretendido conjunto de condiciones necesarias, mas no suficientes, de la punibilidad, no es idéntico al concepto de responsabilidad al que él recurre cuando tematiza aquellas “condiciones para la rendición de cuentas”, que funcionarían como “precondiciones de la punibilidad”¹⁹. Que Duff recurra a una misma expresión –i.e., “condiciones de responsabilidad”– para designar aquellas condiciones que presuntivamente fundamentan la punibilidad, por un lado, así como aquellas precondiciones de las cuales depende que de hecho pueda ser tematizada la punibilidad, por otro, es algo que conspira seriamente contra la claridad de su discurso²⁰. No está de más advertir, con todo, que Duff parece estar consciente de la ambigüedad que esa misma expresión adquiere a través del uso dual que él le da, cuando observa:

The trial is concerned, ultimately, with whether the defendant satisfies the *conditions of criminal responsibility* and liability for the alleged offence. But the possibility of bars to trial focuses our attention on conditions that must be satisfied if the trial itself is to be legitimate: these are *in one sense conditions of criminal responsibility*,

cada como una defensa en el segundo sentido. Aceptar esta distinción no supone, sin embargo, aceptar la muy problemática tesis, también sostenida por Duarte, de que la imposición de la respectiva consecuencia jurídica, especificada por la norma de que se trate, no tendría que entenderse asociada a la efectiva satisfacción de los presupuestos fácticos que conforman su supuesto de hecho, sino más bien a la afirmación o “comprobación” judicial de su satisfacción; *ibid.*, pp. 246 s. En tal medida, Duarte no reconoce espacio para la (inexorable) distinción entre la imposición sustantivamente correcta de la consecuencia jurídica en cuestión, por un lado, y la corrección procedimental de su imposición, por otro. Como ha demostrado Navarro (2014), p. 154 ss., no es acertado negar que la norma que establece la respectiva consecuencia jurídica pueda ser efectivamente aplicada en un caso en el cual esa misma norma no resulta aplicable, sin que eso obste a la posibilidad de reconocer que, entonces, la norma habrá sido mal aplicada.

¹⁹ Duff, A., “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 1998, pág. 194.

²⁰ Véase al respecto Mañalich, *op. cit.*, pág. 267 ss.

since they determine whether this defendant must answer for this alleged conduct before this court²¹.

Que Duff conceda que las precondiciones de la punibilidad constitutivas de condiciones para la rendición de cuentas pueden ser entendidas como condiciones de la responsabilidad criminal, “en un sentido” que ciertamente no coincide con aquel en que esa misma expresión es usada al comienzo del pasaje recién reproducido, sugiere la conveniencia de diferenciar las dos nociones. En efecto, Duff mismo sienta una base para tal diferenciación, cuando llama la atención acerca de la necesidad de no confundir el proceso de “responder *a* un cargo criminal”, por un lado, con el proceso de “responder *por* un delito”, por otro²².

II.3. La estructura relacional de la responsabilidad criminal

Un aspecto especialmente importante de la contribución de Duff al debate contemporáneo acerca de las condiciones de legitimación y deslegitimación de los regímenes de derecho penal consiste en su insistencia en la determinación irreductiblemente política de las posiciones ocupadas por quienes pueden llegar a intervenir en el proceso de activación de la responsabilidad jurídico-penal por la realización de un comportamiento dotado de significación criminal. El punto ha sido marcado con especial precisión por Harel, en el contexto de su defensa de la concepción triádico-relacional de la responsabilidad articulada por Duff²³. La caracterización que éste ofrece de la estructura

²¹ Duff, A., *Answering...* op. cit. pág. 181 (cursivas añadidas).

²² *Ibidem*, pág. 176.

²³ Harel, A., “The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence”, en Cruft, R.; Kramer, M. y Reiff, M., 2011, pág. 103 ss.; para un intento de refutación de la caracterización duffiana de la “responsabilidad básica” como relacional, véase sin embargo Gardner (2011), pág. 87 ss., quien apoya su argumento en la concepción raziana de la autoridad como servicio, procurando demostrar que las razones que sustentan un reconocimiento de autoridad práctica no serían relacionales (*ibid.*, pág. 93 ss.).

triádica que exhibiría, en general, toda relación de responsabilidad queda suficientemente plasmada en el siguiente pasaje:

I am responsible *for X, to S* –to a person or body who has the standing to call me answer for X. I am also responsible for X to S *as Φ* –in virtue of satisfying some normatively laden description that makes me responsible [...] for X to S. To be responsible is to be answerable; answerability is answerability to a person or body who has the right or standing to call me to account; and I am thus answerable in virtue of some normatively laden description, typically a description of a role, that I satisfy²⁴.

Esta comprensión de la estructura de las relaciones de responsabilidad está fundada en la adopción de lo que cabría caracterizar como un “giro pragmático”: la responsabilidad de una persona P por X es una responsabilidad que P tiene, por X, ante S, precisamente porque ser responsable de X consiste en poder ser llamado a responder, por alguien, de X²⁵. Lo que aquí interesa, empero, es la consideración de que P sólo podrá ser responsable ante S por X en la medida en que P exhiba el estatus de Φ . Tratándose de la responsabilidad jurídico-penal de P por X ante S, cuando X consiste en la realización de una forma de comportamiento criminalmente significativa, Duff entiende que el estatus de Φ debe ser paradigmáticamente identificado con la condición de ciudadano de una comunidad política democráticamente organizada²⁶, de modo tal que el lugar de S ha de ser ocupado, correspondientemente, por esa misma comunidad política.

Harel sostiene que el mejor argumento para sustentar esta caracterización relacional de la responsabilidad criminal consiste en el “argumento del autogobierno”²⁷, en el sentido de que semejante

²⁴ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 23.

²⁵ Acerca de la estructura triádica de las relaciones de imputación *qua* relaciones de atribución de responsabilidad, véase Mañalich, J. P., “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. *DOXA* 35, 2012, págs. 663 ss., 676 ss., con referencias ulteriores.

²⁶ Duff, A., *Answering...* op. cit, págs. 43 ss., 49 ss.,

²⁷ Harel, A., *The Triadic...* op. cit., pág. 115 ss.

estructuración de la responsabilidad resguardaría “la libertad de los participantes en la unidad de responsabilidad relevante para gobernarse a sí mismos”²⁸. La condición de posibilidad de esto último, sin embargo, es que tal concepción de la responsabilidad sea complementada por una concepción que especifique los criterios de reconocimiento de la “unidad de responsabilidad relevante”, que aquí está constituida por la respectiva comunidad política. Pues de lo contrario sería imposible demarcar, de un modo que logre sortear la objeción de la circularidad, el foco y el alcance de las responsabilidades susceptibles de ser activadas en el nivel de la propia comunidad política, sin que esas responsabilidades colapsen con otras pertenecientes a unidades escalarmente diferentes²⁹.

Por supuesto, este no es el lugar para explorar este último problema. Pero sí cabe remarcar un aspecto de la concepción de Duff que resulta de especial importancia en la construcción de la imagen –fuertemente idealizada– de un derecho penal democrático. Este aspecto concierne a la centralidad que, en el marco de esa concepción, adquiere el estatus de ciudadano como estatus que identifica el paradigma de persona susceptible de ser hecha jurídico-penalmente responsable³⁰. Esto ha dado lugar a que se dirijan objeciones referidas a la dificultad que su tesis enfrentaría a la hora de justificar, entre otros, el llamado a responder que una comunidad política puede dirigir a un extranjero que ha quebrantado el derecho de aquella³¹, así como a la hora de fundamentar, con alguna plausibilidad, tanto el reconocimiento de jurisdicción universal sobre crímenes internacionales de

²⁸ *Ibidem*, pág. 115.

²⁹ *Ibidem*, pág. 119 ss.

³⁰ En este sentido ya Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2a ed., Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011, págs. 118 ss., 134 ss.

³¹ Véase por ejemplo Chehtman, A., *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2013, pág. 124 ss.

particular gravedad como la jurisdicción complementaria susceptible de ser ejercida, bajo determinadas condiciones, por la Corte Penal Internacional³².

En relación con esto último, Duff ha advertido la necesidad de introducir una cualificación de su punto de vista³³, favoreciendo la hipótesis de que, en este mismo ámbito, la responsabilidad en cuestión se activaría no ante alguna comunidad política particular, sino ante la humanidad toda *qua* comunidad moral (mas no política)³⁴. Pero es a propósito del primer punto que la concepción de Duff muestra su mayor virtud. Pues en contra de la denuncia de que, en vez de una apelación a la autonomía política de los ciudadanos de una democracia, la pretensión de vinculación exhibida por las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento adquiere significación criminal tendría que sustentarse en nada más que la garantía de la autonomía privada que su reforzamiento jurídico-penal ofrecería³⁵, la insistencia de Duff en que un derecho penal legítimo es un derecho penal de ciudadanos hace posible tematizar, y no ocultar, el problema que aquí se presenta. Se trata, en efecto, del carácter problemático del llamado a responder que una comunidad política puede dirigir a un extranjero³⁶, así como en general a personas que –como los menores de edad– no están habilitadas para participar plenamente en el ejercicio de autodeterminación colectiva a través del cual una comunidad democrática puede

³² Chehtman, *op. cit.*, p. 181 ss. No está de más apuntar aquí que, en el desarrollo de su argumento concerniente a la fundamentación de la competencia penal extraterritorial, Chehtman hace suya la concepción raziana de la autoridad como servicio; véase Chehtman, *op. cit.*, págs. 203 ss., 208 ss.

³³ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 55 ss.

³⁴ Al respecto Duff, A., "Authority and Responsibility in International Criminal Law", en: Besson, S. y Tasioulas, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2010, págs. 589 ss., 597 ss. Para una concepción de los crímenes contra la humanidad así orientada, véase asimismo Mañalich, J. P., *Terror, pena y amnistía*, Santiago: Flandes Indiano, 2010, pág. 12 ss.

³⁵ Así Silva Sánchez, J., "Prólogo", en: Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., 2011, págs. xiii-xxii. p. xviii ss.

³⁶ Al respecto Mañalich, *Terror...* *op. cit.*, pág. 93 s.

poner en vigor, revisar o bien suprimir pautas de comportamiento correcto que, en cuanto razones dotadas de autoridad, hayan de resultar perentoriamente vinculantes, con independencia de su contenido³⁷.

Aquí basta con observar que, en contra de lo sugerido por Chehtman, el recurso de Duff a la noción de *huésped*, para así caracterizar la posición que ocupa una persona que, sin ser ciudadano, puede quedar sometida a la aplicación de la legislación penal del Estado en cuyo territorio ella se encuentra³⁸, no trae consigo el riesgo de un regreso a “una concepción territorial” del fundamento de la jurisdicción del respectivo Estado para hacer aplicable su legislación penal³⁹, concepción que Duff efectivamente rechaza⁴⁰. Pues si bien es correcto decir que la caracterización de una persona como un huésped se ve “determinada espacialmente”, dado que, en efecto, “[y]o soy un huésped en la casa de Pedro sólo cuando estoy físicamente en su casa”⁴¹, de ello no se sigue que esa misma caracterización sea exclusivamente relativa a la situación espacial de la primera de las dos personas. Que alguien sea el huésped de otro significa, correlativamente, que éste cuenta como el *anfitrión* de aquél. La descripción de la casa en que Alejandro se encuentra como “la casa de Pedro” no se limita a especificar el lugar en que se encuentra Alejandro en exclusiva referencia a la ubicación de ese lugar en el espacio⁴², sino que al mismo tiempo lo especifica a través de una atribución de una cierta *titularidad* sobre ese lugar a Pedro. Es justamente la *normatividad* propia de la relación en la cual se encuentran un huésped y su anfitrión lo que Duff explota en su asimilación metafórica de la posición del extranjero o foráneo,

³⁷ Al respecto Mañalich, J. P., “Pena y ciudadanía”, en: Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., 2011, pág. 123 ss.

³⁸ Véase Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 54 s.; también Duff, A., “Responsibility, Citizenship, and the Criminal Law”, en: Duff, A. y Green, S., 2011, pág. 141 ss.

³⁹ Chehtman, *op. cit.*, pág. 126 s.

⁴⁰ Véase Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 44 ss.

⁴¹ Chehtman, *op. cit.*, pág. 127.

⁴² Lo cual dependerá, por lo demás, de que la expresión “la casa de Pedro” no sea referencialmente ambigua, esto es, de que Pedro sólo tenga una casa, y no varias.

en cuanto no-ciudadano, a la posición de un huésped. Y aquí no está de más advertir que uno de los aspectos de esa normatividad distintiva consiste en la *asimetría* de las posiciones de anfitrión y de huésped en lo tocante a la titularidad sobre el respectivo lugar o territorio, lo cual quiere decir aquí: justamente en lo tocante a las reglas que rigen en el ámbito espacial así delimitado.

Con ello, la solución del problema ciertamente no pasa por negar la plausibilidad de la fundamentación de un reproche de culpabilidad dirigido a una persona que no exhibe el estatus de ciudadano del respectivo Estado, sino más bien por articular ese reproche de un modo que refleje la distancia que separa a esa persona del paradigma de persona jurídico-penalmente responsable, que es la persona políticamente habilitada para tomar parte en la producción de las normas cuyo seguimiento leal es recíprocamente esperado de y por quienes, en tal medida, resultan vinculados por reglas que se dan a sí mismos.

III. Legitimidad y autoridad

III.1. Comunitarismo liberal como horizonte de legitimidad

Según ya se sostuviera, la importancia de la tematización diferenciada de lo que Duff identifica como precondiciones de la punibilidad radica en que de la satisfacción de esas precondiciones depende la legitimidad del proceso judicial en el marco del cual ella pueda ser llamada a responder. La implicación ético-política que esto tendría es formulada en los términos siguientes:

[T]he court which tries the defendant must have the authority to call her to account, on behalf of a citizen body to whom she is answerable⁴³.

La legitimidad del llamado a responder que un tribunal puede dirigir a una persona depende, observa Duff, de la satisfacción de dos

⁴³ Duff, A., *Law, Language...* op. cit., pág. 196.

condiciones que él caracteriza como “morales”, a saber: en primer lugar, que sobre el acusado efectivamente recayera una obligación de obedecer el derecho presuntamente quebrantado por él; y en segundo lugar, que el respectivo tribunal o bien aquellos a cuyo nombre este habla cuenten con la legitimidad suficiente para dirigir ese llamado a responder⁴⁴.

Duff favorece una comprensión de las condiciones de legitimidad del llamado a responder que un tribunal puede dirigir a una persona que des-cansa en una apelación especialmente fuerte al concepto de comunidad:

For one account of the moral conditions of the obligation to obey the law, and of being answerable through the courts, is expressed in terms of community. The defendant is obligated to obey the law in virtue of his membership of a community whose law it is; and he is answerable through the courts to his fellow members of the community for his alleged breaches of that law. On this account, our questions are questions about the conditions for the existence, and for membership, of a community of the appropriate kind⁴⁵.

El tipo de comunidad que, según Duff, puede dar lugar a una forma de vida en cuyo seno lleguen a satisfacerse tales condiciones de legitimidad es el de una “comunidad liberal”, integrada por ciudadanos cuya vida en común “está estructurada por valores liberales nucleares tales como la autonomía, la libertad, la privacidad y el pluralismo”, y que se ve “informada por una concepción de cada uno como conciudadanos” que toman parte en “la empresa cívica compartida”⁴⁶. Si bien esta puesta en relación de las tradiciones del liberalismo y del comunitarismo ha despertado perplejidad en algunos de sus lectores⁴⁷, el propósito de

⁴⁴ Duff, A., *Law, Language*, op. cit., pág. 196.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 197.

⁴⁶ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 11.

⁴⁷ Destacadamente Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, págs. 165 ss., 172 ss., quien atribuye a Duff un “duro rechazo al comunitarismo” (*ibid.*, pág. 173), a la vez que caracteriza su postulación del modelo de una comunidad liberal como una “noción que parece difícil de comprender” (*ibid.*, pág. 179). Probablemente, la dificultad en parte radique en que Gargarella parece asignar un sentido a la apelación que Duff hace

Duff consiste en demostrar la necesidad de proyectar su concepción (idealizada) de una forma de vida democrática a través de un modelo de “comunidad liberal”⁴⁸, sustentado en una defensa de la primacía tanto metafísica como normativa del “nosotros” frente al “yo”⁴⁹.

Ciertamente, Duff no entiende esta primacía como fundante de una relación de subordinación de los individuos a la respectiva comunidad, sino más bien en términos de que el punto de partida para la reflexión acerca de cómo debería estructurarse la correspondiente forma de vida compartida no puede sino estar constituido por los “individuos en comunidad”, esto es, por “individuos que ya se reconocen a sí mismos como viviendo en comunidad con otros”⁵⁰. Esto se traduce en que en la base de la experiencia ético-política de esos mismos individuos tendríamos que encontrarnos no con su *elección* de formar parte de una posible asociación, sino con el reconocimiento de su co-pertenencia (controvertible y, eventualmente, revisable) a la comunidad respectiva⁵¹.

En este sentido, una comunidad liberal *à la* Duff es una cuyos miembros muestran un compromiso práctico con la sustentación de una forma de vida que realiza los valores de la autonomía, la libertad y la privacidad. Y solo una forma de vida así practicada, piensa Duff, puede dar lugar a que el lenguaje del derecho penal llegue a constituirse en un lenguaje que los ciudadanos de esa comunidad política puedan reconocer como uno que habla su propia voz.

a la “pesadilla macintyreana” que de hecho no coincide con el sentido que Duff le asigna. Pues por esa vía Duff no intenta advertir sobre “los peligros del comunitarismo”, sino más bien contrarrestar la sugerencia de que, en las condiciones de las modernas democracias liberales, no sería posible la sustentación de formas de vida compartida que hagan posible el desacuerdo sobre un trasfondo de acuerdos implícitamente practicados; véase especialmente Duff, A., *Law, Language*, op. cit., pág. 201 ss.

⁴⁸ Detalladamente Duff, A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2001, pág. 35 ss.; también Duff, A., *Answering...* op. cit., págs. 49 ss., 191 ss.

⁴⁹ Duff, A., *Punishment...* op. cit., pág. 51 ss.

⁵⁰ Duff, A., *Punishment...* op. cit., pág. 52.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 53.

III.2. “Prohibiciones” versus “declaraciones”

Una implicación de semejante configuración idealizada de un derecho penal democrático consistiría, según Duff, en el modo en que habría que fundamentar el carácter potencialmente vinculante u obligante del derecho cuyo quebrantamiento puede resultar delictivo. A este respecto, Duff introduce una distinción entre dos posibles concepciones de las reglas que especifican las condiciones de incorrección (*wrongness*) de aquellas formas de comportamiento de cuya realización una persona puede ser hecha criminalmente responsable, a saber: la distinción entre una concepción que las entendería como “prohibiciones” y otra que las entendería como “declaraciones”⁵². Por esta vía, Duff persigue defender la tesis de que sólo la segunda concepción sería congruente con la imagen del derecho penal democrático propio de una comunidad liberal.

Lo que Duff entiende por “prohibición” se corresponde, sin más, con el concepto de norma que es propio de un modelo imperativista, que se distingue por la postulación de una supuesta obligación de “obedecer al derecho” como fuente última del carácter vinculante de los estándares de comportamiento cuyo quebrantamiento puede resultar delictivo. En la formulación que Duff mismo provee para semejante concepción:

It seems natural to say that the criminal law ‘prohibits’ conduct it defines as criminal. We supposedly have an obligation to obey the law and may be punished if we disobey it; and to obey the law is to refrain from doing what it prohibits, because it is legally prohibited⁵³.

Acertadamente, Duff evita identificar tal comprensión imperativista del concepto de regla con aquella versión de imperativismo –en tal medida: “híbrido”– que, en la senda de Bentham y Austin, se distingue por explicar la obligatoriedad del derecho a partir de su

⁵² *Ibidem*, pág. 56 ss.

⁵³ *Ibidem*, pág. 56.

coercitividad⁵⁴. Pues si el derecho ha de exhibir genuina normatividad, observa Duff, la fuerza vinculante de una regla jurídica no puede hacerse depender de la amenaza de imposición de alguna sanción para el caso de su quebrantamiento⁵⁵. Al mismo tiempo, sin embargo, Duff se muestra convencido de que, siendo exhaustiva la disyuntiva entre validar una explicación imperativista de la obligatoriedad de las normas del derecho penal, por un lado, y renunciar a la idea de que el derecho penal pueda proveer “nuevas razones para la acción”, por otro, lo correcto sería abrazar este último camino. Pues

how odd it would be for a person to refrain from murder, not because she saw it to be wrongful independently of the criminal law, but from respect for the law that criminalises it; what kind of person would be willing, independently of the law, to attack another's life, but yet so respectful of the law's authority that she would refrain from the attack because the law prohibited it?⁵⁶

Aquí Duff está negando que el *derecho penal* pueda proveer de razones para la acción⁵⁷. Tomada en sí misma, esta afirmación (negativa)

⁵⁴ Para la correspondiente distinción entre imperativismo puro e imperativismo híbrido (o mixto), véase Mañalich, J. P., “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/12, 2012, disponible en: http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf, pág. 571 s., nota 7.

⁵⁵ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 85. Nótese, en todo caso, que para un modelo de imperativismo híbrido *à la* Bentham y Austin no es la amenaza de la imposición de una sanción, sino la predictibilidad de su imposición lo que, *stricto sensu*, fundamentaría la obligatoriedad de la evitación de la forma de comportamiento a cuya realización está asociada la imposición de tal sanción; véase Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford: Clarendon Press, 1982 pág. 132 ss.

⁵⁶ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 85 s.

⁵⁷ La noción de provisión de razones para la acción aquí empleada se corresponde con lo que Enoch caracteriza como una provisión “robusta” de razones para la acción, diferenciada de las nociones de una provisión “puramente epistémica” y de una provisión “meramente gatillante” de razones para la acción; véase Enoch, D., “Reason-Giving and the Law”, en: Green,

es irrestrictamente correcta, lo cual se deja formular en términos del análisis que Hart ofrece de las así llamadas “reglas del derecho penal”: *stricto sensu*, por “derecho penal” puede entenderse la praxis institucional de producción y aplicación de *normas de sanción*, las cuales deben ser entendidas como reglas secundarias de adjudicación que especifican las sanciones susceptibles de ser impuestas y ejecutadas como consecuencia del quebrantamiento imputable de algún conjunto de *normas de comportamiento*, las cuales consisten, a su vez, en reglas primarias de obligación⁵⁸. Con ello, la clarificación del punto pasa por una desambiguación de la preposición “de” en cuanto componente (contraído) de la expresión “reglas *del* derecho penal”. Las correspondientes normas de comportamiento son reglas “del” derecho penal, mas no porque *formen parte* del respectivo ordenamiento jurídico-penal, sino más bien porque ellas constituyen su *objeto de referencia*: se trata de reglas cuyo específico criterio (institucionalizado) de reconocimiento consiste en el hecho de que ellas se encuentran –íntegra o fragmentariamente– reforzadas por un determinado conjunto de normas de sanción, cuyo estatus de tales es, a su vez, pragmáticamente dependiente del hecho de que su respectiva condición de aplicación está constituida por el quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento correcto. Esto es lo que subyace a la célebre tesis de Binding, el padre de la teoría de las normas del derecho penal en el discurso de la doctrina alemana, en cuanto a que las normas punitivamente reforzadas por la legislación penal tendrían el carácter de normas de derecho público general⁵⁹.

L. y Leiter, B., *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011, pág. 3 ss.

⁵⁸ Al respecto Mañalich, “Reglas primarias...” *op. cit.*, págs. 578 ss., 581 s., con referencias ulteriores.

⁵⁹ En detalle al respecto Mañalich, J. P., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, *Revista Chilena de Derecho* 41, 2014, pág. 500 ss.

III.3. *Mala in se y mala prohibita*

Pero la caracterización recién ofrecida ciertamente no es compartida por Duff. Pues este hace suya una comprensión de la “autoridad del derecho penal” según la cual sería profundamente distorsionador pretender dar cuenta del catálogo más tradicional de las decisiones de criminalización plasmadas en la parte especial del correspondiente ordenamiento jurídico-penal, que son aquellas que fijan las condiciones de punibilidad de los delitos constitutivos de *mala in se*, como un catálogo de decisiones de reforzamiento punitivo de normas jurídicas con fuerza obligante⁶⁰. Duff sostiene, antes bien, que semejante caracterización sólo resulta pertinente y verosímil tratándose de delitos constitutivos de *mala prohibita*, mas no tratándose de aquellos que cuentan como especies de *mala in se*⁶¹.

Esta última distinción adquiere importancia superlativa en la concepción general del derecho que habita la obra de Duff, y es introducida por éste en su esfuerzo por articular y defender una forma notoriamente cualificada –y restringida– de “legalismo moral”, posición según la cual la incorrección moral de una forma de comportamiento sería una buena razón para la criminalización de ésta⁶², en el sentido de que tal incorrección no representa meramente una “condición necesaria” para la correspondiente decisión de criminalización, sino propiamente su “foco”⁶³. A este respecto, el propósito de Duff consiste en demostrar que, bajo ciertas condiciones, tanto la criminalización de los delitos constitutivos de *mala in se* como la de aquellos constitutivos de *mala prohibita* puede satisfacer la exigencia planteada por el legalismo moral.

⁶⁰ Duff, A., *Punishment...* op. cit., pág. 57 ss.

⁶¹ Véase Duff, A., *Punishment...* op. cit. pág. 64 ss.; y especialmente Duff, A., *Answering...* op. cit, págs. 85 ss., 89 ss., 166 ss., 220 ss.

⁶² Duff, A., *Answering...* op. cit, págs. 47 s., 84 ss. Una versión considerablemente menos cualificada –y, consiguientemente, menos restringida– de legalismo moral como “doctrina de criminalización” es defendida en Moore, M., *Placing Blame*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1997, pág. 639 ss.

⁶³ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 80.

Para esto, Duff se ve en la necesidad de revisar los términos en que la distinción entre una y otra categoría es tradicionalmente entendida. De acuerdo con su comprensión tradicional, en efecto, la distinción operaría contraponiendo formas de comportamiento delictivo incorrectas intrínsecamente o “por sí mismas”, por un lado, y formas de comportamiento delictivo cuya incorrección sería meramente resultante de su criminalización, por otro. Bajo esta comprensión, es claro que lo que cuenta como *malum prohibitum* no puede llegar a ser criminalizado en razón de su incorrección, pues el único sentido en que cabe predicar incorrección de tal forma de comportamiento es un sentido en que esa incorrección es superviniente a su criminalización. Ergo, el legalismo moral no se vería respetado por semejante decisión de criminalización.⁶⁴ Esta dificultad sólo se disipa, ahora bien, si son distinguidos los conceptos de criminalización y regulación, en cuanto expresivos de dos tipos de acción legislativa:

by distinguishing the two legislative questions, we can now see how conduct that is not wrongful prior to or independently of its *legal regulation* can be wrongful prior to or independently of its *criminalisation* –and thus how legal moralists can see good reason to criminalise it⁶⁵.

De este modo, la criminalización de formas de comportamiento constitutivas de *mala prohibita* logra satisfacer la exigencia planteada por el legalismo moral, en la medida en que la incorrección de aquellas sólo resulta dependiente de la regulación en cuya contravención consiste la respectiva forma de comportamiento, mas no de la correspondiente decisión de criminalización. Y esto ofrece la clave, entonces, para especificar lo que Duff correlativamente entiende como delitos constitutivos de *mala in se*, a saber:

wrongs that can be identified as wrong, independently not only of the criminal law that defines them as crimes, but of legal regula-

⁶⁴ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 89 s.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 91.

tion more generally: they would be wrong even if no part of the law took any interest in them⁶⁶.

Si bien esta definición resulta lo suficientemente ambigua, en razón del uso de “identificar”, como para poder resistir tanto una interpretación en clave ontológica como una en clave epistemológica, es contextualmente claro que Duff asume la primera interpretación: la regulación de los delitos constitutivos de *mala in se* sería meramente recordatoria de la existencia de razones preexistentes para la evitar la realización de la respectiva forma de comportamiento⁶⁷. Pues bajo la premisa de que las razones que el derecho penal nos ofrece para abstenernos de hacer aquello que ha sido criminalizado han de ser precisamente “las razones que justifican la demanda de que nos abstenamos de ello”, Duff observa que, tratándose de *mala in se*, tales razones “concernen a la incorrección pre-jurídica” de la forma de comportamiento en cuestión⁶⁸. Es justamente esta postulación de semejante incorrección pre-jurídica lo que justificaría, según Duff, que las reglas que definen las formas de comportamiento cuya realización es constitutiva de *malum in se* tengan que ser entendidas como “declaraciones”, y no como “prohibiciones”⁶⁹. En sus propias palabras:

If the law is to reflect those reasons, and the values from which they flow, its definitions of central *mala in se* must thus be understood as declarations, rather than prohibitions. Its role is not make wrong what was not already wrong, but to declare that these pre-legal wrongs are public wrongs [...] ⁷⁰.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 89.

⁶⁷ En la terminología de Enoch, *op. cit.* pág. 4, se trataría de un modo de provisión “puramente epistémica” de razones para la acción.

⁶⁸ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 86.

⁶⁹ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 86 s. Como es obvio, lo que Duff entiende por “prohibición” resulta asimismo comprensivo de reglas cuyo operador o carácter deontico no sea el de la prohibición, sino el del requerimiento, esto es, reglas que puedan fundamentar deberes de ejecutar acciones de cierto tipo. Véase Mañalich, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014, pág. 17 ss.

⁷⁰ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 86.

La manera en que Duff articula esta distinción entre los conceptos de prohibición y declaración, empero, es altamente problemática. Pues el recurso a la noción de declaración que Duff favorece se orienta justamente a negar que la puesta en vigor de una regla que fija la específica incorrección de una forma de comportamiento cuya realización contaría como *malum in se* pueda ser plausiblemente entendida como generativa de una razón para la acción. Esto equivale a negar que, en este mismo ámbito, el derecho pueda exhibir una autoridad propiamente normativa, entendida como la capacidad para generar razones autoritativas. Que Duff sostenga este punto de vista se explica, más allá de su compromiso con la variante cualificada de legalismo moral, ya reseñada, por una insuficiente consideración del sentido preciso en que cabe identificar una regla de obligación con una razón para la acción.

III. 4. Las normas como razones externas para la acción

El problema está en que Duff parece no advertir la necesidad de diferenciar una interpretación internista y una interpretación externista del concepto de razón para la acción⁷¹, asumiendo, antes bien, que el único sentido en que cabría hablar de una regla jurídica como constitutiva de una razón para la acción sería el primero. Esto mostraría, empero, cuán implausible sería, tratándose de la especificación de delitos que cuentan como *mala in se*, que éstos sean entendidos como contravenciones de normas dotadas de autoridad jurídica. Pues tal como ya se anticipa, Duff se pregunta, con perplejidad, lo siguiente:

how odd it would be for a person to refrain from murder, not because she saw it to be wrongful independently of the criminal law, but from respect for the law that criminalises it; what kind of person would be willing, independently of the law, to attack

⁷¹ Véase Von Wright, G. H., *Practical Reason*, Oxford: Basil Blackwell, 1983, p. 53 s. Al respecto, véase Mañalich, J. P., “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”. *InDret* 1/2013, 2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>, pág. 5 ss.

another's life, but yet so respectful of the law's authority that she would refrain from the attack because the law prohibited it?⁷².

La extrañeza que, de acuerdo con Duff, despertaría la sugerencia de que una persona podría llegar a abstenerse de perpetrar un asesinato por el respeto que pudiera ameritar una regla que prohibiera matar a otro ser humano, resulta del hecho de que, al hablar de ese modo, uno estaría sugiriendo que el sentido en que esa regla se presenta como una razón para omitir la acción respectiva es el propio de una razón “interna”, esto es, una razón que efectivamente integra la base motivacional del agente respectivo⁷³. Esto desconoce, sin embargo, que la pretensión de autoridad que es propia del derecho determina el carácter heterónomo del efecto vinculante de las normas jurídicas como razones para la acción, lo cual significa que el hecho de que una norma jurídica exhiba validez no implica en modo alguno que al mismo tiempo exhiba eficacia, esto es, que sea efectivamente “practicada” por parte de sus destinatarios.

La implicación de semejante comprensión “externista” del modo en que una norma puede fungir como una premisa práctica queda ilustrada en la siguiente observación de Von Wright, ofrecida en el contexto de su caracterización de las normas –*qua* “reglas prescriptivas”– como “desafíos (simbólicos)” para la acción:

Challenges I shall call *outer* or *external* reasons for action. Unlike internal reasons, challenges are *contingently*, and not *necessarily*, reasons. This means the following: Even though an agent recognizes the challenge and has learnt or otherwise knows how to respond to it, he need not *acknowledge* it as a reason *for him* to act upon. External reasons can thus be said to “exist” in two different senses. As *instituted* and presented to members of a community they exist,

⁷² Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 85 s.

⁷³ Fundacional para la defensa de una concepción internista de las razones para la acción, Williams, B., *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pág. 101 ss. Para la defensa de una tesis “externista”, véase Parfit, D., *On What Matters*, vol. I., Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011, págs. 31 ss., 43 ss., 58 ss.

so to speak, “objectively”. As *acknowledged* by individual agents as reasons for their acting they exist “subjectively”. Their subjective existence cannot be inferred, in the individual case, from their objective existence⁷⁴.

Así, que una norma exhiba el estatus de una razón “objetivamente existente” significa que su fuerza motivacional como premisa práctica no se encuentra *per se* asegurada, sino que depende de que esa misma norma sea “subjetivamente reconocida” como tal por su respectivo destinatario. De esto se sigue, *a contrario sensu*, que el solo hecho de que una determinada acción no haya sido omitida o no haya sido ejecutada en una situación en la cual una norma fundamentaba el deber de ejecutar u omitir tal acción, sirve de base para concluir, en la forma de un argumento (“destructivo”) en *modus tollendo tollens*⁷⁵, que la respectiva inferencia práctica en efecto no tuvo lugar, esto es: que esa norma no llegó a ser subjetivamente reconocida como premisa vinculante.

La relevancia de la distinción así reformulada se hace patente una vez que se advierte la especificidad del derecho –y en rigor: del derecho penal– como contexto de razonamiento práctico, el cual, en contraste con lo que cabría llamar “psicología del sentido común”⁷⁶, se encuentra definido por lo que Binding aptamente caracterizara como una “psicología esotérica”⁷⁷. Mientras la psicología del sentido común tiende a asumir que, en el caso normal, una persona ejecuta u omite una acción por las razones con las cuales cuenta para ejecutar u omitir esa acción, la imputación jurídico-penal reconoce como su situación

⁷⁴ Von Wright, *op. cit.*, pág. 54.

⁷⁵ Cuya estructura es la siguiente:

Si (es el caso que) *p*, entonces (es el caso que) *q*;

no (es el caso que) *q*;

entonces, no (es el caso que) *p*.

⁷⁶ Véase Godfrey-Smith, P., “Folk Psychology as a Model” en: *Philosopher's Imprint* 5, n.º 6, 2005 disponible en: www.philosophersimprint.org/005006/. *passim*.

⁷⁷ Al respecto Mañalich, J. P. “La exculpación...” *op. cit.*, pág. 6 s., con referencias ulteriores.

específica de pertinencia aquella en la cual el agente no omite o no ejecuta aquella acción para cuya omisión o ejecución cuenta con una razón (jurídicamente) perentoria, constituida por la respectiva norma de prohibición o de requerimiento. De ahí que el contexto para tal imputación quede determinado por la constatación de que la razón por la cual el agente tenía que omitir o ejecutar una acción determinada de hecho no lo *motivó* a omitirla o ejecutarla, o en la terminología de von Wright: que la razón objetivamente instituida no fue subjetivamente reconocida como eficaz por el agente.

Con ello, el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad admite ser redefinido en el sentido de que al autor se reprocha no haber convertido la norma en motivo, a pesar de haber sido posible y exigible, para él, tal motivación con arreglo a la norma⁷⁸. Así, y en la medida en que la aplicación del derecho (penal) opera sobre la premisa de que la respectiva norma *vale* como razón para la acción –esto es, que su destinatario cuenta, *eo ipso*, con una razón perentoria para omitir o ejecutar la acción respectiva–, para la eventual imputación de su quebrantamiento sólo interesa la cuestión de si el destinatario habría podido dar seguimiento a la norma, bajo la hipótesis de una suficiente medida de fidelidad al derecho como disposición motivacional dominante. La consecuencia fundamental consiste en que la imputación jurídico-penal ha de ser modelada bajo la adopción de un principio de contra-facticidad de la imputación, con arreglo al cual aquélla admite ser reconstruida como un programa de *racionalización negativa* del comportamiento del autor⁷⁹.

⁷⁸ Nótese que ello no implica validar la idea de que razones y motivos constituyan categorías diferentes. Antes bien, un motivo no es más que una razón que puede ser invocada como respuesta a la pregunta de por qué alguien hizo o dejó de hacer algo. Véase Norman, R., “Practical Reasons and the Redundancy of Motives”, en: *Ethical Theory and Moral Practice* 4, 2001, págs. 3-22., p. 6 ss.

⁷⁹ En detalle Mañalich, J. P. “La exculpación...” *op. cit.*, págs. 7 ss., 20 ss.

III. 5. La producción legislativa de razones obligantes

Tal como ya se ha sugerido, esta concepción de la imputación jurídico-penal resulta anclada a una comprensión de las normas cuyo quebrantamiento puede resultar delictivo como razones externas para la acción, cuya validación jurídica les imprime, en la terminología favorecida por Hart, el carácter de razones perentorias e “independientes-del-contenido” para la acción⁸⁰. Es precisamente esta última propiedad la que Duff entiende como incompatible con una justificación democrática de la autoridad del derecho (penal). Hart fundamenta tal caracterización de las reglas jurídicas capaces de exhibir fuerza obligante a través de un análisis de la noción de orden (*command*) a la que Bentham recurriera para intentar dar cuenta de la específica normatividad del derecho. Por “perentoriedad” de una orden habría que entender que la propiedad de ésta consiste en la pretensión de quien la emite de que su destinatario “suprima la deliberación” acerca de la realización o falta de realización de aquello a lo cual la orden se refiere⁸¹. Por “independencia-del-contenido”, a su vez, habría que entender el hecho de que quien imparte la orden

may issue many different commands to the same or different people and the actions commanded may have nothing in common, yet in the case of all of them the commander intends his expression of intention to be taken as a reason for doing them.⁸²

El interés de Hart por reconstruir el concepto de orden delineado por Bentham, empero, concierne a su conjetura de que esos dos aspectos no son privativos de las órdenes susceptibles de ser válidamente impartidas por alguien, sino que determinan el núcleo de un conjunto

⁸⁰ Hart, *Essays...* op. cit., págs. 243 ss., 255 ss.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 253 s.

⁸² *Ibidem*, pág. 254. La primera formulación que Hart ofreciera de esta noción de razón “independiente-del-contenido” para caracterizar el fenómeno de la obligación jurídica se encuentra en Hart, H. L. A., “Legal and Moral Obligation”, en: Melden, A. I., *Essays in Moral Philosophy*, Seattle y Londres: Washington University Press, 1958, págs. 82-107, pág. 100 ss.

de fenómenos normativos cuyo común denominador radica en la generación de obligaciones a través de un ejercicio de autoridad práctica, esto es, de autoridad capaz de producir razones para la acción. E incluso allí donde los criterios de reconocimiento de semejante ejercicio de autoridad normativa no se encuentran propiamente institucionalizados, agrega Hart, en todo caso será posible identificar su ejercicio en referencia al rasgo definitorio de toda “autoridad práctica”, a saber, el hecho de que las “expresiones de intención” de alguien, en lo concerniente al comportamiento de otros, “sean aceptadas como razones perentorias, e independientes del contenido, para la acción”⁸³.

El paso argumentativo crucial que Hart propone, a este respecto, consiste en la observación de que es perfectamente posible desvincular la tematización de tal producción artificial de razones perentorias e independientes-del-contenido a través de un ejercicio de autoridad práctica, por un lado, de la especificidad del tipo de acto de habla consistente en la impartición de una orden, por otro. Pues sólo a través de tal desvinculación es posible ofrecer una explicación satisfactoria de la producción del derecho por vía de legislación, para lo cual es imprescindible dar cuenta de la importancia que en ello tiene la observancia de un determinado procedimiento, la satisfacción de cuyas condiciones pueda concluir en la generación “performativa” de nuevas razones para la acción⁸⁴.

Esto vuelve reconocible cuán problemática resulta ser la contraposición misma de los conceptos de prohibición y declaración que Duff sugiere. A este respecto, es especialmente llamativo que Duff vincule la concepción hartiana de las reglas de obligación con el modelo de las “órdenes del soberano”, en circunstancias de que, como se ha mostrado hasta aquí, Hart se dedicó con particular consistencia a dismantelar ese mismo modelo como esquema de reconstrucción de la legislación. Pues la caracterización hartiana de la producción legislativa de razones perentorias e independientes-del-contenido para la acción admite ser justamente reformulada en términos de que la

⁸³ Hart, *Essays...* op. cit., pág. 258.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 259 s.

promulgación –en el sentido de “puesta en vigor”– de una norma jurídica de prohibición o de requerimiento, en cuanto razón jurídica-mente obligante, se corresponde con la realización de un acto de habla *declarativo*, y no imperativo⁸⁵.

Hart sugiere que en un estadio pre-institucional no es posible identificar una forma embrionaria de autoridad legislativa más que en referencia a una disposición socialmente generalizada a reaccionar hostilmente frente al quebrantamiento de determinados estándares de comportamiento, cuya fuerza obligante es reconocible en esa disposición informalmente represiva, que a su vez es *expresiva* de la adopción de actitudes normativas que imponen el correspondiente estatus normativo sobre el correspondiente tipo de acción⁸⁶. Con la emergencia de un sistema jurídico propiamente diferenciado, el reconocimiento de la autoridad para la producción de reglas vinculantes deja de ser (al menos: directamente) dependiente de la adopción generalizada de actitudes normativas manifestadas en la disposición a responder con sanciones a su eventual quebrantamiento⁸⁷. Pues lo que distingue a un sistema jurídico propiamente diferenciado es, ante todo, la *institucionalización* de criterios de reconocimiento de reglas primarias de obligación –así como de reglas secundarias de diversa índole– que exhiben validez jurídica en cuanto *pertenecientes* a un determinado sistema jurídico⁸⁸. La innovación que trae consigo semejante institucionalización de criterios de reconocimiento se deja describir con mayor precisión como sigue: el estatus normativo de la acción cuya omisión o ejecución es jurídicamente exigida es impuesto como resultado de un acto de habla formalizado, consistente en la promulgación (o puesta en vigencia) de una regla de obligación.

⁸⁵ Al respecto Mañalich, J.P., “El concepto de...” *op. cit.*, pág. 583 s.

⁸⁶ Detalladamente Mañalich, J. P., “El concepto de...” *op. cit.*, págs. 572 ss., 576 ss.

⁸⁷ Hart, *Essays...* *op. cit.*, pág. 257 s.

⁸⁸ Sobre la conexión conceptual entre la identidad de un sistema jurídico y los criterios de pertenencia de las reglas que lo integran, véase Raz, J., *The Concept of a Legal System*, 2a ed, Oxford: Clarendon Press, 1980. pág. 187 ss.

En el vocabulario de la teoría de los actos de habla, la concepción de la legislación susceptible de ser atribuida a Hart se distingue por representar la puesta en vigencia de una regla jurídica como el resultado de un acto de habla que conjuga dos fuerzas ilocutivas diferentes. Esta conjunción, empero, no admite ser entendida como una simple *combinación*, sino más bien como una *derivación* de una fuerza ilocutiva a partir de la otra. En efecto, las reglas de obligación se distinguen por imponer un determinado estatus deóntico sobre un cierto tipo de acción. Tal imposición de un estatus se deja entender como el resultado de un acto de habla *declarativo*⁸⁹, en la medida en que ese estatus cuente como un estatus funcional (o “estatus-función”), esto es, como un estatus cuya imposición sirve a la realización de una determinada función⁹⁰, la cual consiste en proveer una razón para la omisión o la ejecución de la acción correspondiente. De ahí que a través del acto de habla declarativo por el cual se impone el correspondiente estatus normativo sobre el tipo de acción en cuestión, precisamente a través de su *declaración* como prohibido o requerido, se obtenga el resultado ilocutivo característico de un acto de habla *directivo*⁹¹. Y es exactamente esto lo que Hart tematiza cuando observa que la actividad legislativa puede ser entendida en términos de la producción “performativa” de “nuevas razones o guías para la acción”⁹².

⁸⁹ Searle, J., *Expression and Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pág. 16 ss.

⁹⁰ Según Searle, lo distintivo de todo estatus funcional consiste, por un lado, en el hecho de que su imposición y conservación es dependiente de un ejercicio de intencionalidad colectiva, así como, por otro lado, en el hecho de que la entidad en cuestión exhiba el estatus respectivo no exclusivamente por su estructura intrínseca, sino en virtud de la imposición y el reconocimiento colectivo de ese estatus; véase Searle, J., *Making the Social World*, Oxford: Oxford University Press, 2010., pág. 58 ss.

⁹¹ Véase, Searle, *op. cit.*, pág. 28.

⁹² Hart, *Essays...* *op. cit.*, pág. 260.

IV. Democracia y autoridad práctica

IV.1. La independencia-del-contenido como marca de autoridad

Según ya se estableciera, Duff impugna la idea de que, tratándose de delitos constitutivos de *mala in se*, la específica incorrección del comportamiento respectivamente delictivo pudiera quedar asociada al quebrantamiento de una regla que funcione como una razón independiente-del-contenido. Pues:

whatever content-independent reasons such prohibitions offered citizens to refrain from *mala in se* would be the wrong kind of reason. If the law is to address us as citizens (not as subjects), it must address us in terms of the values that supposedly structure our polity and that are expressed in its own provisions. It must address us honestly: the reasons it offers us for refraining from conduct it defines as criminal must at least in the first instance be the reasons that justify the demand that we refrain from it [...]⁹³.

En otros términos, lo que Duff denuncia es la “radical falta de ajuste” que, de acuerdo con una concepción hartiana de la autoridad legislativa, habría que reconocer “entre las razones que el derecho ofrece a los ciudadanos para actuar como aquél demanda y las razones que supuestamente justifican el contenido de esas demandas”, lo cual resultaría en una “falta de transparencia” en la manera en que el derecho se dirige a aquellos a quienes pretende vincular⁹⁴. Con esto llegamos efectivamente al núcleo del problema, puesto que una justificación propiamente democrática de la autoridad legislativa, capaz de producir razones artificiales para la acción, necesita asumir como virtuosa tal falta de transparencia entre esas mismas razones artificiales, por un lado, y el conjunto de razones (sustantivas) susceptibles de ser esgrimidas en su justificación, por otro. Y la manera en que el discurso jurídico se muestra ontológicamente comprometido, por

⁹³ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 86.

⁹⁴ Duff, A., *Punishment...* op. cit., pág. 58.

vía de hipóstasis, con la existencia de normas con fuerza obligante es expresiva de la (relativa) independencia que les reconocemos en su aplicación, como razones para la acción, frente a aquellas razones que eventualmente las justifican⁹⁵.

Una muy importante contribución a la clarificación de este último problema ha sido provista por Sciaraffa, cuyo análisis del concepto de razón independiente-del-contenido arranca de la constatación de que los esfuerzos por esclarecer la propiedad designada por la expresión “independencia-del-contenido” han tendido a fallar al no tomarse nota de la inadecuación terminológica de esa misma expresión⁹⁶. Así, y sobre la base de la célebre distinción entre los conceptos de “significado natural” y “significado no-natural”, introducida por Grice⁹⁷, Sciaraffa sostiene que la mejor reconstrucción de la caracterización hartiana de una razón para la acción como “independiente-del-contenido” consiste en su identificación con una *intención* de que alguien haga o no haga algo⁹⁸. El carácter “no-natural”, y en tal medida artificial, de semejantes razones explica que ellas se distingan por no exhibir una relación directa con las acciones para cuya ejecución u omisión ellas mismas cuentan como razones:

when one acts on the basis of a content-independent reason, one acts for the reason that some person intends for one to so act. [...] One's reason to act is not based on the reasons other than intentions that in the most basic case justify intentions to act. Rather, one's

⁹⁵ Raz, J., *Practical Reason and Norms*, 2a ed., Princeton: Princeton University Press, 1990, pág. 79 s. Para la distinción entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación de normas, véase Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1988, págs. 28 ss., 37 ss.

⁹⁶ Sciaraffa, S., “On Content-Independent Reasons: It's not in the Name”, en: *Law and Philosophy* 28, 2009, págs. 233-260, pág. 233 ss.

⁹⁷ A cuyo trabajo Hart mismo hacía referencia en el contexto de su presentación de la noción de razones perentorias e independientes-del-contenido; véase Hart, *Essays...* op. cit., pág. 244, nota 2.

⁹⁸ Sciaraffa, *op. cit.*, pág. 245 ss.

reason for acting is an intention that in turn is (in the most basic case) based on non-intention based reasons⁹⁹.

Aquí es crucial reparar en dos aspectos del análisis ofrecido por Sciaraffa. En primer lugar, él tematiza explícitamente la posibilidad de que la intención en cuestión, que pueda fungir como fundante de una razón para que una acción –sea omitida o ejecutada, sea atribuible a algún “agente ficticio”, o bien a alguna “persona corporativa”, como lo sería, entre otros, una asamblea legislativa¹⁰⁰. En este último caso, lo determinante es que la correspondiente razón independiente-del-contenido para la acción tendría que ser caracterizada como resultante del hecho de que el respectivo agente corporativo sea “representado como intentando” que ϕ sea ejecutada u omitida. Esto quiere decir, entonces, que el estatus del sujeto de la correspondiente intención *qua* agente artificial trae consigo la institucionalización de algún mecanismo que haga posible atribuirle la formación de esa intención. Un mecanismo de esa índole consiste, precisamente, en el procedimiento legislativo definido en la constitución de un Estado.

En segundo lugar, Sciaraffa observa que es imprescindible diferenciar el concepto de una razón para la creencia o para la acción, según corresponda, por un lado, del concepto de *condición posibilitadora* de la constitución de semejante razón, por otro¹⁰¹. Restringiendo el análisis a las razones independientes del contenido, un ejemplo de una condición posibilitadora para que la intención de X, en cuanto a que Y se forme una creencia, se constituya como una razón para que Y se forme esa misma creencia consiste en la confiabilidad (comparativa) de X. Tal condición consiste en que Y pueda razonablemente esperar que X dispone de mejor información que Y en lo referido al objeto de la potencial creencia; en tal medida, se trata aquí de una condición posibilitadora de naturaleza epistémica, que favorece la efectividad de la intención expresada por X como razón para que Y se forme la

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 248 s.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 249.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 249 s.

creencia correspondiente¹⁰². Desde este punto de vista, y por contraste, lo distintivo de una razón independiente-del-contenido para la acción es que a su respecto pueden venir en consideración condiciones posibilitadoras que no quedan reducidas a aquellas de naturaleza epistémica, pudiendo reconocerse, asimismo, condiciones posibilitadoras de naturaleza directamente práctica¹⁰³. Este es precisamente el estatus de lo que identificamos como un reconocimiento de *autoridad* en sentido práctico: la intención de X en cuanto a que Y ejecute la acción ϕ podrá constituirse como razón para que Y ejecute ϕ , en la medida en que Y reconozca autoridad a X. Y como observa Sciaraffa, semejante reconocimiento de autoridad práctica, en cuanto condición posibilitadora de la generación de razones independientes-del-contenido, puede resultar compatible con el *ethos* igualitarista que es definitorio del ideal democrático¹⁰⁴.

Esto sienta las bases para una reinterpretación democrática de la manera en que, por vía legislativa, el Estado de una comunidad política puede llegar a producir razones para la acción que vinculen, *qua* razones perentorias, con “independencia del contenido”: el carácter jurídicamente prohibido o requerido de un tipo de acción, impuesto sobre éste a través de la norma en cuestión, funciona como el indicador institucional de la intención de que sean omitidas o ejecutadas acciones que ejemplifican ese tipo de acción, en cuanto intención atribuible a un agente artificial al cual se reconoce, institucionalmente, autoridad práctica. En tal medida, la eficacia del respectivo mecanismo legislativo para la producción artificial de razones para la acción resulta ser (políticamente) contingente¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 250 s.

¹⁰³ Sciaraffa, *op. cit.*, pág. 251 s.

¹⁰⁴ Sciaraffa, *op. cit.*, pág. 252.

¹⁰⁵ Defendiendo la tesis de la contingencia de la producción jurídica de razones para la acción, véase en detalle Enoch, *op. cit.*, págs. 16 ss., 26 ss.

IV.2. El alcance de la perentoriedad y el problema del doble cómputo

Como ha sostenido Christiano, la autoridad democrática de una asamblea legislativa necesita ser entendida como una autoridad práctica en el sentido recién precisado¹⁰⁶, esto es, como una autoridad a través de cuyo ejercicio puedan ser producidas razones perentorias e independientes-del-contenido para la acción, y en tal medida vinculantes para quienes están sometidos al ejercicio de esa misma autoridad¹⁰⁷. Más precisamente, las razones para la acción producidas por una asamblea legislativa, dotada de autoridad democrática, deben ser entendidas como independientes-del-contenido, en la medida en que ellas son el resultado de una *decisión*, que en cuanto tal plasma la formación de una intención¹⁰⁸, la cual pretende vincular a todos quienes resultan sometidos al poder de decisión así ejercido. Y tales razones para la acción deben ser entendidas, asimismo, como perentorias (*pre-emptive*), puesto que el reconocimiento de la autoridad a través de cuyo ejercicio ellas son producidas supone reconocer que ellas han de operar reemplazando y –en tal medida– excluyendo las razones inmediatamente pertinentes en la situación en la cual el agente se encuentra.

Nótese, ahora bien, que el conjunto de razones situacionalmente pertinentes, susceptibles de verse excluidas en razón de la perentoriedad predicable de la respectiva regla obligante, en cuanto autoritativamente legitimada, no será necesariamente idéntico al conjunto de razones que, fundamentando la decisión adoptada por el agente legislativo, se ven reflejadas, *qua* razones subyacentes, en la razón perentoria artificialmente producida¹⁰⁹. Y que precisamente tales razones subyacentes hayan de resultar excluidas en virtud del carácter

¹⁰⁶ Christiano, T., “The Authority of Democracy”. *The Journal of Political Philosophy* 12, n.º 3, 2004, págs. 266 ss., 284 ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 287.

¹⁰⁸ Véase Raz, J., *Practical...* op. cit., pág. 65: “To decide is to form an intention”.

¹⁰⁹ Véase Raz (1986), pág. 41 s.; al respecto, Navarro y Redondo (1994), págs. 47 s., 53 s., quienes objetan a Raz confundir las razones subyacentes con las razones independientes efectivamente aplicables en la situación.

perentorio de la razón para la acción en la cual ellas se ven reflejadas es lo que Duff denuncia bajo la acusación de la ya mencionada “falta de transparencia”. Así contextualizada, la objeción de Duff concierne al problema del así llamado “alcance de la exclusión”, consistente en el aparente dilema al que conduciría la caracterización de las reglas jurídicas de obligación como razones perentorias. Para estos efectos, puede ser conveniente asumir que la caracterización de una razón para la acción como perentoria, *à la* Hart, resulta equivalente a su caracterización como “protegida”, *à la* Raz¹¹⁰, esto es, como

a systematic combination of a reason to perform the act one has undertaken to perform, or the one required by the rule, and an exclusionary reason not to act for certain reasons (for or against the act)¹¹¹.

Con ello, el problema del alcance de la exclusión se deja formular a través de la siguiente pregunta: ¿se extiende el efecto excluyente que convierte a una razón en una razón protegida a aquellas razones subyacentes que, en cuanto razones “dependientes”¹¹², se ven reflejadas en la razón protegida en su dimensión de razón de primer orden?¹¹³.

Essert sostiene que cualquiera de las dos respuestas posibles –la afirmativa y la negativa– a esa pregunta resulta insostenible en atención a las premisas de la concepción de Raz. Pues si se afirma que las razones subyacentes resultarían excluidas, la concepción raziana de la autoridad como servicio, en cuanto construida a partir de la así

¹¹⁰ Véase Raz (1979), pág. 17 s. Nótese que Raz mismo llega a presentar su concepción general de la autoridad práctica como integrando la “tesis de la perentoriedad” (*pre-emption thesis*); véase Raz (1995), págs. 211 ss., 214.

¹¹¹ Raz (1990), pág. 191.

¹¹² Nótese que Raz valida un uso ambiguo de la expresión “razón dependiente”, en términos tales que ésta pueda designar, según cuál sea el contexto, o bien la razón protegida que refleja el respectivo conjunto de razones subyacentes, o bien cualquiera de las razones subyacentes que se ven reflejadas en aquélla; véase Raz (1986), pág. 41.

¹¹³ Essert (2012), págs. 49 ss., 59 ss.

llamada “tesis de la dependencia”¹¹⁴, se ve comprometida; y de afirmarse, por el contrario, que las razones dependientes no resultarían excluidas, el problema pasa a ser el del “doble cómputo”¹¹⁵: si la respectiva razón protegida, en cuanto razón de primer orden, habla a favor de la ejecución de la acción φ , entonces el agente contaría no sólo con esta razón para ejecutar φ , sino *asimismo* con el conjunto de las razones dependientes que se ven reflejadas en aquélla, lo cual arrojaría una imagen distorsionada de la deliberación práctica susceptible de ser desplegada por el agente.

La solución favorecida por Essert consiste en renunciar a la noción misma de razón protegida, descartando así que una misma razón, caracterizada como excluyente de razones contrarias a la ejecución de la acción φ , pueda asimismo funcionar como una razón de primer orden para la ejecución de φ ¹¹⁶. Con ello, las únicas razones a favor de la ejecución de φ serían, en tal caso, las razones dependientes que sustentan la correspondiente razón excluyente. Esto hace posible sortear el problema del doble cómputo, pero a un precio para nada despreciable. Pues renunciar a la caracterización de las reglas jurídicas de obligación como razones protegidas es renunciar a la idea de que el derecho pueda producir razones para la acción, lo cual compromete la noción misma de una auténtica “autoridad del derecho”, entendida en el sentido de una autoridad práctica. Y no está de más apuntar que la solución sugerida por Essert se acerca llamativamente a la manera en que Duff da cuenta de las implicaciones normativas de la declaración legislativa que criminaliza un delito constitutivo de *malum in se*:

In the case of *mala in se*, what the law defining them as offences declares or reminds us of is not just that we have categorical reason to refrain from the specified conduct, but that that reason serves to exclude the conduct from normal considerations as an option¹¹⁷.

¹¹⁴ Raz (1986), págs. 38 ss., 42 ss.

¹¹⁵ Essert (2012), págs. 59 s., 66 ss.; véase también Navarro y Redondo (1994), pág. 47 s.

¹¹⁶ Essert (2012), pág. 73 ss.

¹¹⁷ Duff (2007), pág. 222.

Más allá de que, a diferencia de Essert, Duff insista en que semejante declaración tendría una función eminentemente recordativa del efecto excluyente de la respectiva razón categórica, *qua* “razón moral”, para la omisión de una acción cuya ejecución es (declarada) criminal, es claro que semejante recordatorio tendría que ser entendido como un *servicio* prestado por la correspondiente asamblea legislativa, en cuanto detentadora de autoridad para criminalizar. El problema está, sin embargo, en que la concepción de la autoridad como servicio, sustentada en la tesis de la “justificación normal”, resulta enteramente insensible a la especificidad de una justificación democrática de la autoridad legislativa. De acuerdo con Raz, la tesis de la justificación normal consiste en que

the normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly¹¹⁸.

Esto quiere decir que el reconocimiento de autoridad práctica a X, por parte de Y, tendría que ser funcional a la puesta en marcha de una “estrategia indirecta” para optimizar la adecuación del resultado de la deliberación de Y a las razones inmediatamente pertinentes en la situación en la que Y se encuentra, en la medida en que la directiva suministrada por X refleje adecuadamente el balance resultante de la consideración de esas mismas razones, descargando a Y de la necesidad de efectuar ese balance por sí y aligerando, en esa misma medida, la deliberación de Y¹¹⁹. Justamente en este aligeramiento de la deliberación práctica de agentes, funcional a la optimización de la adecuación de su comportamiento a razones de cuyo seguimiento

¹¹⁸ Raz (1986), pág. 53 (cursivas suprimidas); véase también Raz (1995), pág. 214.

¹¹⁹ Véase Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, , 1986, pág. 51 s.

directamente quedan descargados, consistiría el *servicio* prestado por quien ejerce autoridad práctica a su respecto.

Semejante concepción *instrumentalista* de la autoridad práctica se distingue por ignorar la significación política del desacuerdo potencialmente existente, entre los ciudadanos de una democracia, en cuanto a cómo ha de organizarse su propia comunidad política¹²⁰. Políticamente, tal desacuerdo es *constitutivo* del sentido que adquiere la decisión concerniente al estatus normativo de tal o cual tipo de acción, en cuanto decisión democráticamente legitimada, lo cual significa: en cuanto decisión legitimada por la manera en que su adopción representa el resultado obtenido a través de un procedimiento que imprime carácter vinculante a su resultado, por el hecho de que ese procedimiento asegura el resguardo de la posibilidad, reconocida por igual a cada ciudadano, de tomar parte en la deliberación conducente a la decisión que zanja autoritativamente el conflicto concerniente al estatus normativo del respectivo tipo de acción. Así, la producción legislativa de normas consistentes en reglas de obligación puede adquirir legitimidad democrática en la medida en que el procedimiento legislativo satisfaga el requerimiento de *publicidad* que es definitorio del ideal democrático.

Democráticamente, la justicia del resultado del proceso legislativo tiene que consistir en la satisfacción de lo que Christiano denomina el “principio de la realización pública de una igual promoción de intereses”¹²¹. Este principio especifica una noción de justicia social concerniente a la clase de demandas que las personas pueden dirigirse, unas a otras, en la determinación del equilibrio de bienestar que ha de resultar de la promoción igualitaria de los intereses de bienestar de cada cual. Puesto que, así entendida, la justicia de los arreglos alcanzados

¹²⁰ Así Christiano *op. cit.*, pág. 279 s., aun cuando cualificando la significación de tal desacuerdo como “moral”, y no como “política”. La sustitución aquí favorecida se funda en que, como ha observado Atria, el lenguaje de lo político determina que “en la deliberación política no hay[a] espacio para distinguir lo político de lo moral”; véase Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2016, pág. 380 s.

¹²¹ Christiano, *op. cit.*, pág. 269 s.

es una función de demandas (*claims*) susceptibles de ser *esgrimidas* entre personas, aquélla debe ser entendida en la forma de un “principio débilmente público”:

The weak notion of publicity demands that the principles of justice be ones that people can in principle see to be in effect or not. [...] To be sure, publicity does not require that each person actually see that he or she is being treated justly. It requires only that each person can see that he or she is being treated justly given a reasonable effort on his part¹²².

Si se satisfacen las condiciones de las cuales depende que la producción legislativa de una regla jurídica de obligación imprima a ésta la marca de la resolución públicamente justa de un desacuerdo concerniente al estatus normativo del tipo de acción sometido a la regla, en el sentido de que el proceso resultante en su puesta en vigor ha honrado la posibilidad de igual participación pública en la correspondiente toma de decisión, entonces cabe asumir que esa regla justificadamente exhibirá la pretensión de vincular a todos aquellos a quienes se reconoce dicha posibilidad de igual participación, con independencia de su eventual falta de adhesión sustantiva a la regla así producida. En una terminología alternativa, cabría decir que la pretensión política de obligatoriedad de una regla democráticamente instituida descansa en el ejercicio de *autonomía pública* que cada ciudadano puede desplegar en el proceso de su producción, quedando vinculado por ésta en el ejercicio de su *autonomía privada*¹²³.

El hecho de que las normas democráticamente legitimadas pretendan vincular también a aquellos que sustantivamente rechazan su puesta en vigor o demandan su derogación habla decisivamente a favor de resolver el ya mencionado problema del “doble cómputo”

¹²² Christiano, *op. cit.*, pág. 270.

¹²³ Véase Günther, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2005, págs. 245 ss., 248 ss.; Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2a ed., Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011, págs. 68 ss., 93 ss., 114 ss.

tomando al pie de la letra su caracterización como reglas que funcionan como razones perentorias para la acción. Su perentoriedad consiste precisamente en su fuerza excluyente de las razones que pudieran reclamar pertinencia situacional¹²⁴, incluidas aquellas razones que pueden verse reflejadas en la regla autoritativamente instituida. Pues justamente en *esto* consiste que la pretensión de vinculación pública exhibida por la norma no dependa de las razones sustantivas que la fundamentan, sino de su estatus como resultado de un proceso de deliberación democráticamente organizado, que políticamente también obliga a quien, por el momento, queda en la vereda de la minoría. En tal medida, una norma de comportamiento democráticamente legitimada puede funcionar como una razón perentoria para la acción precisamente porque ella vincula con “independencia-del-contenido”.

IV.3. La democracia como procedimiento

Aquí no está de más reparar en que, en su defensa de una concepción democrática de la autoridad legislativa *qua* autoridad práctica, Christiano observa que el tipo de legitimidad así tematizado no puede coincidir con aquella forma de legitimidad, “altamente inusual”, bajo la cual “cada cual puede ver que la sustancia de la legislación es justa”, pues ésta no es una situación que “surja en los modernos estados democráticos”¹²⁵. Esto sugiere que la concepción de la autoridad del derecho penal que Duff hace suya parecería hallarse anclada a un paradigma pre-moderno de legitimación jurídica¹²⁶. Pues la apelación a “los valores que supuestamente estructuran nuestra comunidad política” para calibrar la voz en la cual el derecho penal de esa misma comunidad ha de hablarnos como ciudadanos, y no como súbditos¹²⁷, resulta del todo insensible a la significación constitutiva que la

¹²⁴ Christiano, *op. cit.*, pág. 287.

¹²⁵ Christiano, *op. cit.*, pág. 285.

¹²⁶ Para una caracterización del “derecho premoderno”, que justamente enfatiza su desconocimiento del carácter (políticamente) artificial de la normatividad jurídica, véase Atria, *op. cit.*, pág. 56 ss.

¹²⁷ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 86.

posibilidad del desacuerdo sustantivo acerca de las pautas elementales de comportamiento que han de vincular a los ciudadanos de una democracia adquiere para la articulación de la propia práctica política de tal democracia.

Esto contribuye a explicar el rechazo del “procedimentalismo político” que Duff asocia a su defensa de la presunta irrelevancia normativa de las reglas que especifican las formas de comportamiento constitutivas de *mala in se*. De acuerdo con una concepción procedimentalista, cabría decir que la autoridad de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas deriva “no de su contenido, sino de los procedimientos a través de los cuales ellas son creadas”. Ante esto, Duff sostiene lo siguiente:

We cannot, however, plausibly ground the authority of central parts of the criminal law in this way. For if we are to agree on procedures to structure the polity, we must be able to count on some level of mutual respect between those who are to agree on and work within the procedures; that is one way in which even proceduralists must appeal to agreement on substantive values. But it is hard to imagine a respect that is robust enough to underpin the requisite procedures which would not also preclude murdering, raping or subjecting to other central *mala in se* those whom I respect¹²⁸.

Duff sugiere, en otras palabras, que una adhesión individual al procedimiento legislativo que una comunidad política se da a sí presupondría una adhesión individual a estándares de comportamiento inmediatamente fundados en valores sin cuya aceptación sería inconcebible aquella adhesión al procedimiento legislativo. Esta sugerencia deviene difícilmente sostenible, empero, si el problema se examina, por ejemplo, desde el punto de vista de la ética del discurso habermasiana, que representa uno de los intentos filosóficamente más célebres de sustentación de una fundamentación procedimentalista de normas democráticamente legitimadas. Y esto interesa no porque venga al

¹²⁸ Duff, A., *Answering...* op. cit., pág. 87.

caso defender el proyecto filosófico-jurídico de Habermas, que ciertamente exhibe flancos muy difíciles de cerrar¹²⁹, sino para dar cuenta de lo indebidamente simplista que resulta ser el ataque que Duff dirige a las posiciones procedimentalistas.

Habermas entiende que el “principio de la democracia” se constituye como la especificación del así llamado “principio del discurso”, en cuanto premisa abstracta para la fundamentación de “normas de acción”, tratándose de normas que llegan a exhibir “forma jurídica”; en tal medida, el principio de la democracia es a la fundamentación de normas capaces de exhibir validez jurídica lo que el principio de universalización es a la fundamentación de normas capaces de reclamar validez moral¹³⁰. En el nivel de abstracción que le es propio, y que sería por consiguiente neutral frente a la distinción entre validez moral y validez jurídica, el principio del discurso estatuye que son válidas “precisamente aquellas normas de acción a las cuales todos los posiblemente afectados podrían dar su asentimiento como participantes en discursos racionales”¹³¹.

La especificación del principio del discurso resultante en la implementación del principio de la democracia pasa por la institucionalización de un procedimiento a través del cual una determinada comunidad política pueda darse reglas “que valen como expresión de una auto-comprensión colectiva consciente”¹³². Tal institucionalización asumiría la forma del establecimiento de “un sistema de derechos, que asegura a cada cual una igual participación en [un] proceso de producción del derecho que a la vez está garantizado en sus presupuestos

¹²⁹ Véase por ejemplo Christodoulidis, E., *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht, Kluwer, Boston y Londres, 1998, págs. 19 ss., 26 ss., para una crítica de la tesis habermasiana de la “interpenetración” entre principio del discurso y forma jurídica.

¹³⁰ Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, págs. 135 ss., 139 ss. Al respecto, y recientemente, De la Vega, O., *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, 2016. Tesis doctoral disponible en: <http://hss.ulb.unibonn.de/2016/4562/4562.pdf>, págs. 47 ss., 65 ss.

¹³¹ Habermas, J., *op. cit.*, pág. 138.

¹³² *Ibidem*, pág. 139.

comunicativos”¹³³. En contra de lo sugerido por Duff, empero, Habermas entiende que de la fundamentación misma del principio del discurso, así como de las reglas de argumentación con pertinencia para el respectivo ámbito de problemas prácticos en el cual aquél pueda resultar aplicable a través de la correspondiente especificación, *no* es posible extraer la fundamentación de norma de comportamiento alguna. Pues los argumentos susceptibles de ser esgrimidos para convencer al potencial escéptico de la necesidad racional de aceptar el principio del discurso serían argumentos que se le dirigen en su estatus de participante en la argumentación, y no en su estatus de potencial agente situacionalmente enfrentado a alguna oportunidad para la acción¹³⁴. De ahí que no sea factible una inferencia directa de normas de comportamiento a partir de la mera identificación reflexiva de los presupuestos pragmáticos de la argumentación susceptible de ser desplegada en pos de la fundamentación de alguna norma cualquiera, con independencia del contenido de esta.

A este respecto, es especialmente importante que Habermas observe que “en sociedades complejas, la moral adquiere efectividad, más allá del ámbito íntimo, recién por la vía de que ella sea traducida en el código del derecho”¹³⁵. Pues esto sugiere que la apelación inmediata a valores morales comunitariamente compartidos no basta para identificar pautas de comportamiento correcto que puedan exhibir la fuerza normativa necesaria para vincular a los miembros de una comunidad política cuya forma de vida organizada haya de ser compatible con las circunstancias de una sociedad compleja. Ello hace posible entender, además, por qué la legitimación de normas jurídicas instituidas a través de un procedimiento legislativo que vuelve operativo el principio de la democracia necesariamente ha de mostrar un carácter *holista*: las

¹³³ *Ibidem*, pág. 142.

¹³⁴ Habermas, J., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1983, pág. 96.

¹³⁵ Habermas, J., *Faktizität*, pág. 141. Una defensa especialmente lúcida de la tesis de la dependencia de la moral respecto del derecho se encuentra en Honoré, T., “The Dependence of Morality on Law”. *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 1993, *passim*.

normas democráticamente legitimadas resultan conjunta y sistémicamente legitimadas, en virtud de su modo de producción, sin que tenga sentido problematizar la validez, *sub specie* autoridad democrática, de alguna de esas normas considerada aisladamente¹³⁶.

Lo anterior resulta de la mayor importancia en la evaluación de la caracterización que Duff hace de la autoridad propia de un derecho penal democrático, la cual, como ya se ha mostrado, está fuertemente condicionada por la distinción entre delitos constitutivos de *mala in se* y de *mala prohibita*. Pues al menos en la forma en que Duff la adopta, esta distinción es incompatible con la comprensión de la legitimación democrática de normas como una legitimación holista. Las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas son normas cuyo criterio de reconocimiento institucional queda normalmente constituido por la puesta en vigor de normas de sanción penal, las cuales especifican condiciones de punibilidad referidas a la realización de formas de comportamiento cuya ilicitud se identifica con el quebrantamiento de tales normas de comportamiento. Desde el punto de vista de la producción legislativa de las normas de sanción que en tal medida hacen identificables las correspondientes normas de comportamiento, no es posible distinguir entre delitos constitutivos de *mala in se* y delitos constitutivos de *mala prohibita*. Sorprendentemente, esto es algo que Duff mismo, aun cuando aparentemente sin advertirlo, llega a aceptar.

IV.4. *Malum in se* como *malum prohibitum*

En su esfuerzo por redefinir la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*, para darle así una base de plausibilidad más robusta, Duff observa que

we would do better to define *mala prohibita* as offences consisting in conduct that is not wrongful prior to the legal *regulation* that prohibits it, whilst *mala in se* are (supposedly) wrongs prior to any such legal regulation¹³⁷.

¹³⁶ Véase Christiano, *op. cit.*, pág. 268.

¹³⁷ Duff, A., *Answering...* *op. cit.*, pág. 90.

Lo crucial aquí es indagar en la razón que lleva a Duff a cualificar la afirmación de que la incorrección de un comportamiento constitutivo de *malum in se* sería “anterior” a –esto es, independiente de– la correspondiente regulación jurídica, a través del uso del adverbio “supuestamente”. Duff ofrece la explicación en una nota al pie de página, en la cual sostiene que, “como asunto clasificatorio, un delito cuenta como un *malum in se* si se encuentra criminalizado porque se piensa que es incorrecto pre-jurídicamente”¹³⁸. La clave, a este respecto, está dada por la cláusula “porque se piensa que”. Pues esto muestra que, clasificatoriamente, lo que convertiría a un delito en una instancia de *mala in se* es dependiente de la manera en que se fundamenta su criminalización por parte de quien decide acerca de su criminalización. Si quien adopta la correspondiente decisión de criminalización es, verbigracia, una asamblea legislativa, ello significa que el estatus de *malum in se* del delito en cuestión justamente no será independiente del ejercicio de autoridad a través del cual la respectiva forma de comportamiento resulta criminalizada. Y si bien seguirá siendo posible, en tal caso, sostener que tal delito no constituye una instancia “genuina” de *mala in se*¹³⁹, ello no será sino expresivo de que quien sostiene esto último simplemente manifiesta su falta de adhesión sustantiva a las “razones dependientes” susceptibles de ser esgrimidas para sustentar tal decisión de criminalización.

Semejante relativización de la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* es explícitamente asumida por Duff en su caracterización de lo que él mismo denomina “delitos híbridos”, y que serían constitutivos de *mala prohibita* impuros¹⁴⁰. Se trataría aquí, en efecto, de delitos cuya regulación legal específica “reglas que imperfectamente capturan estándares que definen genuinos *mala in se*, la perpetración de los cuales, por consiguiente, frecuentemente mas no siempre involucrará la perpetración del *malum in se* relevante”¹⁴¹. Pero es todavía más importante advertir que, en relación con el subconjunto nuclear de los

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 90, nota 40.

¹³⁹ *Ibidem*, pág. 169.

¹⁴⁰ *Ibidem*, págs. 90, 166 ss., 172.

¹⁴¹ Duff, A., *Answering...* op. cit, pág. 169.

delitos constitutivos de “genuinos” *mala in se*, Duff también llega a admitir que su regulación puede adquirir auténtica fuerza normativa, precisamente en atención al *factum* de la irreductible posibilidad de desacuerdo en lo tocante al mérito de su respectiva criminalización:

In relation to *mala in se*, the law will sometimes have to provide precise *determinaciones* [sic] of values whose precise legal meanings or implications are uncertain or controversial. The law defines just what counts as murder or theft or rape, as well as what counts as a justification for what would otherwise be a criminal action. In doing so, it specifies more determinate legal meanings for normative concepts whose prelegal meanings are typically less determinate, and it takes an authoritative stand on issues that may be controversial in the political community, such as the permissibility of euthanasia¹⁴².

Así, Duff se muestra dispuesto a reconocer la pretensión de auténtica autoridad normativa que reclama la regulación jurídica que especifica las condiciones de punibilidad de los delitos que contarían como *mala in se*, en la medida en que esa misma regulación reclama vincular a quienes no aceptan la base sustantiva de su pretensión de validez. Y es imposible soslayar la implicación que ello tiene, tal como Duff mismo lo hace explícito:

In such instances, what the law says to those who dissent from the stand it takes is not simply and unqualifiedly that the conduct in question is wrong, but rather that is now the community’s authoritative view. Even if they dissent from its content, they have an obligation as members of the community to accept its authority –to obey the law, even if they are not persuaded by its content, unless and until they can secure a change in it through the normal political process¹⁴³.

Esto es indicativo de que Duff llega a entender, incidentalmente, que no es posible dar cuenta de la aplicación de un régimen de

¹⁴² Duff, A., *Punishment...* op. cit., pág. 64.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 65.

derecho penal sin tomar nota de la pretensión de obligatoriedad de las normas jurídico-penalmente reforzadas, la cual se sustenta en una pretensión de autoridad que, de ser exitosamente desplegada, habría de producir una vinculación generalizada a esas mismas normas, con *independencia del contenido* de estas. Que Duff no convierta este hallazgo en una premisa para revisar su caracterización general de la “autoridad del derecho penal” y abandonar así la distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*, entendida como una distinción ontológica, conspira seriamente contra la eficacia de su esfuerzo por vincular la imagen idealizada de un sistema de derecho penal a la reconducción de toda posible autoridad política al proyecto de la democracia. En tal medida, el defecto fundamental del programa de filosofía jurídico-penal de Duff no se encuentra en el “duro rechazo al comunitarismo” que Gargarella cree poder atribuirle¹⁴⁴, sino más bien en una validación de premisas comunitaristas que socava el desarrollo consistente de una concepción estrictamente democrática de la autoridad del derecho.

Bibliografía

- Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2016
- Chehtman, A., *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2013.
- Christiano, T., “The Authority of Democracy”. *The Journal of Political Philosophy* 12, n.º 3, 2004, págs. 266-290.
- Christodoulidis, E., *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht-Boston-Londres: Kluwer Academic Publisher, 1998
- Cruft, R.; Kramer, M. y Reiff, M., *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- De la Vega, O., *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, 2016. Tesis doctoral disponible en: <http://hss.ulb.unibonn.de/2016/4562/4562.pdf>.

¹⁴⁴ Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 173.

- Duarte, L., *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Duff, A., *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Duff, A., *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Duff, A., “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 1998, págs. 189-206.
- Duff, A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- Duff, A., *Answering for Crime*. Oxford y Portland (Or.): Hart Publishing, 2007.
- Duff, A., “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en: Besson, S. y Tasioulas, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2010, págs. 589-604.
- Duff, A., “Responsibility, Citizenship, and the Criminal Law”, en: Duff, A. y Green, S., 2011, págs. 125-148.
- Duff, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 1: Truth and Due Process*, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 2: Judgment and Calling to Account*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial, vol. 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Duff, A. y Green, S., *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Enoch, D., “Reason-Giving and the Law”, en: Green, L. y Leiter, B., *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011, págs. 1-38.
- Essert, C., “A Dilemma for Protected Reasons”. *Law and Philosophy*, 31, 2012, págs. 49-75.

- Gardner, J., "Relations of Responsibility", en: Cruft, R.; Kramer, M. y Reiff, M., 2011, págs. 87-102.
- Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Godfrey-Smith, P., "Folk Psychology as a Model", *Philosopher's Imprint* 5, n.º 6, 2005 disponible en: www.philosophersimprint.org/005006/.
- Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1988.
- Günther, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2005
- Habermas, J., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1983.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1994.
- Harel, A., "The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence", en: Cruft, R.; Kramer, M. y Reiff, M., 2011, págs. 103-121.
- Hart, H. L. A., "Legal and Moral Obligation", en: Melden, A. I., *Essays in Moral Philosophy*, Seattle y Londres: Washington University Press, 1958, págs. 82-107.
- Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1968.
- Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Hohfeld, W., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven y Londres: Yale University Press, 1919.
- Honoré, T., "The Dependence of Morality on Law". *Oxford Journal of Legal Studies* 13, 1993, págs. 1-17.
- Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2a ed., Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011.
- Mañalich, J. P., *Terror, pena y amnistía*, Santiago: Flandes Indiano, 2010.
- Mañalich, J.P., "Pena y ciudadanía", en: Kindhäuser, U. y Mañalich, J.P., 2011, págs. 116-146.
- Mañalich, J. P., "El concepto de acción y el lenguaje de la imputación". *DOXA* 35, 2012, págs. 663-690.

- Mañalich, J. P., “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’, en: El Concepto de Derecho de H. L. A. Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/12, 2012, disponible en: http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf.
- Mañalich, J. P., “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”. *InDret* 1/2013, 2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>.
- Mañalich, J. P., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. *Revista Chilena de Derecho* 41, 2014, págs. 473-522.
- Mañalich, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014
- Mañalich, J. P. “Duff, A., *Sobre el castigo*, México: Siglo XXI, 2015”. *Derecho y Crítica Social* 2 (2): 265-274, 2016.
- Matravers, M., “Duff on Hard Treatment”, en: Cruft, R.; Kramer, M. y Reiff, M., 2011, pp. 68-83.
- Moore, M., *Placing Blame*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 1997.
- Navarro, P., “Hechos y normas aplicables. Comentarios en torno a una propuesta de Ricardo Caracciolo”, *Isonomía* 40, 2014, págs. 147-159.
- Navarro, P. y Redondo, C., *Normas y actitudes normativas*, México: Fontamara, 1994.
- Norman, R., “Practical Reasons and the Redundancy of Motives”, *Ethical Theory and Moral Practice* 4, 2001, págs. 3-22.
- Parfit, D., *On What Matters*, vol. I., Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- Raz, J., *The Authority of Law.*, Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Raz, J., *The Concept of a Legal System*, 2a ed., Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, 2a ed., Princeton: Princeton University Press, 1990
- Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, ed. rev., Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Sciaraffa, S., “On Content-Independent Reasons: It’s not in the Name”, en: *Law and Philosophy* 28, 2009, págs. 233-260.

- Searle, J., *Expression and Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- Searle, J., *Making the Social World*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Silva Sánchez, J., “Prólogo”, en: Kindhäuser, U. y Mañalich, J. P., 2011, págs. xiii-xxii.
- Von Wright, G. H., *Practical Reason*, Oxford: Basil Blackwell, 1983.
- Williams, B., *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Sección IV
Balance de una
discusión

La autoridad del Derecho en contextos de injusticia socio-económica: Diez años después.

*The Authority of Law in Contexts
of Socio-Economic
Unjustice: Ten Years On.*

Marcelo Alegre*

Recepción y evaluación de propuesta: 10/03/2016.

Aceptación: 15/07/2016.

Recepción y aceptación final: 25/11/2016.

Resumen: Este texto analiza a grandes rasgos los elementos más salientes sobre el debate sostenido alrededor del ensayo de Carlos Rosenkrantz sobre la autoridad del derecho en situaciones de injusticia social y económica. Se propone un balance de la discusión (que remarca algunos ajustes importantes hechos por Rosenkrantz en reacción a las críticas y algunas conclusiones propias), se mencionan algunos “hechos nuevos” en la academia y en la realidad socio-política argentina; se defiende la necesidad de una concepción gradualista (vis a vis una de “todo o nada”) de la autoridad del Derecho; se propugna una revisión de los requisitos de una teoría adecuada de la autoridad jurídica y se presentan algunos dilemas que enfrenta una posición liberal frente al desafío del populismo.

Palabras clave: injusticia social y económica, liberalismo, derecho, autoridad jurídica.

* UBA. Correo electrónico: alegre.marcelo@gmail.com

Abstract: The text examines broadly the most relevant issues brought about by the debate around Carlos Rosenkrantz's essay on the authority of law in contexts of social and economic injustice. In the text I take stock of the discussion, pointing out some major adjustments that criticisms prompted in Rosenkrantz's position, and I add some further claims. The text also mentions some "new facts" regarding academia and Argentina's social and political context. I argue for a gradual (instead of an "all or nothing") conception of the authority of law and I propose a revision of the requirements for a suitable theory of legal authority. I also introduce some of the dilemmas that populism poses for a liberal position.

Keywords: social and economic injustice, liberalism, law, authority of law.

En 2006 la revista *Discusiones* publicó un intenso debate alrededor del texto "La autoridad del Derecho y la injusticia económica y social" de Carlos Rosenkrantz¹. Allí se analizaba la cuestión de la obligación de obedecer el Derecho en sociedades injustas en el plano socio-económico. El ensayo fue acompañado de agudas observaciones críticas por parte de Paula Gaido, Marisa Iglesias, Lucas Grosman, Jorge Rodríguez y Hugo Seleme, que fueron respondidas por Rosenkrantz en un texto ulterior, recogido en el mismo volumen. Aquí sintetizo los puntos de vista en mi opinión más relevantes, no con el ánimo de polemizar retroactivamente, sino más bien, de remarcar la muy vigente necesidad de seguir debatiendo esta cuestión, a la luz de experiencias vividas en ésta última década. Preliminarmente, adelanto que la lección principal que extraigo de este ejemplar intercambio de ideas, es la de eludir categorizaciones simples y de adoptar una perspectiva abierta a múltiples variables y complicaciones, si es que aspiramos a respuestas iluminadoras en el plano de la práctica política y jurídica.

I. Introducción

Al momento de publicarse el texto, en 2006, la Argentina llevaba una década discutiendo acerca de los contornos de la protesta social admisible, en vista del fenómeno de los “piqueteros” (manifestantes que cortan rutas o calles en demanda de reivindicaciones económicas) que se incorporaron al paisaje cotidiano del país a mediados de los 90 como reacción frente a las políticas de privatización del menemismo. Algunas privatizaciones dejaron a ciudades enteras sin su principal fuente de trabajo, empresas estatales, liquidadas por razones presupuestarias. El corte de rutas era presentado como un recurso desesperado para llamar la atención de los medios y funcionarios nacionales que operaban desde la Ciudad de Buenos Aires, a miles de kilómetros de las ciudades condenadas a languidecer. Los piquetes fueron extendiéndose como método de protesta y perdiendo aceptabilidad social a medida que se volvieron una práctica rutinaria que se sumaba a la carrera de obstáculos que es la vida cotidiana en las ciudades.

Un caso más contundente en cuanto a la violencia involucrada fue el “Santiagazo” de 1996, un levantamiento popular que ayudó a poner fin al control despótico, prolongado por cuatro décadas, del Gobernador Juárez sobre la provincia de Santiago del Estero.

Las distintas formas de acción directa fueron objeto de muchas discusiones públicas. La primera divisoria de aguas se dio entre quienes, por un lado, blandían una posición más legalista que rechazaba las acciones directas y las consideraba como conductas delictivas sin justificación; y quienes, por otro lado, rechazaban la criminalización de la protesta. Una segunda controversia se presentó entre los últimos. Lo que los dividía era el encuadre de la conducta que se pretendía estuviera protegida de la represión y el castigo estatales. ¿Se trataban los piquetes de un ejercicio de la libertad de expresión? ¿O del derecho de huelga de los desocupados? Por otra parte, ¿se trataba de conductas antijurídicas, si bien justificadas o excusables, o de conductas que ni siquiera violaban el Derecho?²

² Véase, por ejemplo, el libro editado por Roberto Gargarella en Gargarella, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

El debate que me han invitado generosamente a glosar desde la revista *Discusiones* se desarrolla en un plano más elevado de abstracción, pero tiene implicancias directamente aplicables a las discusiones sobre la protesta en la Argentina.

II. Las tesis de Rosenkrantz

II.1. Los requisitos de “generalidad” y “particularidad”

Carlos Rosenkrantz comienza exponiendo dos requisitos que cualquier enfoque sobre la autoridad del derecho debería satisfacer. Por un lado, la explicación debe ser “general”, es decir que debe aplicarse a todas las personas, no a un subconjunto de ellas. Por otro lado, la explicación también debe ser “especial”, ya que debe explicar por qué el orden jurídico obliga a sus súbditos o ciudadanos y no a las personas de otros países. Estos requisitos –generalidad y especialidad– son la base de su rechazo de la mayoría de las concepciones sobre la autoridad del derecho.

Analiza primero las teorías contractualistas, que llama “consensuales”, por asimilar la obligación jurídica a las derivadas de los contratos o de las promesas. No adhiere a las críticas más usuales, como aquellas que niegan que cualquier resultado –la esclavitud o la tiranía, por caso– pueda ser legitimado por medio del consentimiento o que niegan que ciertas conductas, como no emigrar, puedan correctamente ser interpretadas como conductas que consienten el orden jurídico. Por un lado afirma que muchos sí aceptan explícitamente su obligación de obedecer el derecho, como en el caso de los juramentos de jueces y legisladores. Por otro lado, y con respaldo en teorías del castigo penal de tradición Hartiana (como la justificación consensual de Carlos Nino), sostiene que el tipo de aceptación requerido por un enfoque contractualista no precisa ser tan fuerte como el que da lugar a las obligaciones contractuales. En efecto, afirma que el conocer las consecuencias normativas de nuestras acciones (por ejemplo, que determinada conducta está castigada con una pena) y en ausencia de un

costo excesivo por cumplir con la norma, es suficiente para considerar que hemos “consentido” dicha norma. Para Rosenkrantz, sin embargo, las teorías consensuales fracasan por no cumplir con su requisito de generalidad, dado que no explican por qué el derecho obliga incluso a quienes han declarado su completo rechazo del orden jurídico. Analiza luego las teorías del *Fair Play*. Su juicio es amigable (“...el beneficio recibido en una actividad conjunta pareciera ser una razón para reciprocarse”³), salvo por el hecho de que estas teorías tampoco cumplen con el requisito de generalidad. En efecto, se sigue de este enfoque que quienes nunca se beneficiaron ni beneficiarán de la vida bajo el derecho no están obligados a obedecerlo. Pero como según Rosenkrantz el Derecho obliga incluso a quienes no tienen nada que ganar bajo su imperio, una teoría que excluya a algunos respecto del deber de obediencia no es aceptable.

La misma suerte corren las teorías instrumentales, como las que sostienen que el Derecho debe ser obedecido porque produce ciertos efectos positivos como previsibilidad, seguridad o coordinación. Y en todos los casos su estrategia argumental se centra en la supuesta transgresión del requisito de generalidad: estas teorías no explican por qué debemos obedecer siempre al derecho aunque nuestro acto particular de desobediencia pase desapercibido, no altere la coordinación social, etc.

Respecto de la idea de Rawls sobre una obligación natural de obedecer instituciones justas aún cuando algunos de sus resultados sean desafortunados, Rosenkrantz, luego de señalar que es una presuposición más que la conclusión de un argumento, cuestiona dicha afirmación, no por carecer de generalidad (ya que la idea rawlsiana se aplica a “todos en todas las circunstancias”) sino por transgredir el requerimiento de “particularidad”: este deber natural no discrimina entre la obligación de obedecer mi Derecho y la de obedecer otros órdenes jurídicos. Los enfoques epistémicos de Raz o de Nino tampoco cumplen, según él, con el requisito de particularidad. Por ejemplo,

³ Rosenkrantz, C., *La autoridad del Derecho y la injusticia económica y social*, op. cit., pág. 3.

en el caso de Nino, el valor epistémico del derecho está ligado a su carácter democrático, y es independiente de la relación del ciudadano con *su* Derecho.

II.2. El asociativismo rosenkrantziano

La clave para entender la normatividad del Derecho, para Rosenkrantz, radica en el “vínculo especial con nuestros conciudadanos”, como lo afirman los enfoques “asociativos”, como el de Ronald Dworkin, centrado en la fuerza normativa de los nexos entre personas que se consideran iguales. Pero la teoría de Dworkin no es suficientemente “general”, según nuestro autor, por no explicar por qué el derecho obliga aún cuando no encarne una posición igualitaria. En estas circunstancias desafortunadas el Derecho no obligaría, cuando, paradójicamente, más necesario sería. Da como ejemplo una sociedad dividida en dos subgrupos religiosos indiferentes por el bienestar del otro grupo. En esa sociedad, normas injustas (aunque no aberrantes) deben ser obedecidas porque la falta de una mutua consideración igualitaria entre todos los miembros de la sociedad es irrelevante. No lo sería en el contexto de una familia o una amistad, cuyos vínculos son esencialmente individuales, pero el vínculo social relevante para decidir sobre la normatividad del Derecho es de carácter colectivo.

Rosenkrantz introduce aquí cinco casos en los que en principio habría consenso respecto a que el derecho no resulta obligatorio para todos los miembros de la sociedad: los judíos en la Alemania nazi, las personas de color en la Sudáfrica del Apartheid, las mujeres en cualquier país antes del sufragio femenino, los franceses durante la ocupación nazi, y los argentinos durante la última dictadura militar. En esos casos, Rosenkrantz cree justificada la desobediencia de los grupos que no son “realmente” miembros de la comunidad, sea porque los intereses de algunos no cuentan o porque no participan en las decisiones. Aclara que a veces ciertos grupos no cuentan en razón de que son una minoría en términos electorales, pero eso no los releva del deber de obediencia al Derecho, en la medida en que las instituciones no están diseñadas para excluirlos.

II.3. El cambio sistémico

Pero ¿qué hay de valioso en la membresía, entendida a la Rosenkrantz? No es, en su visión, el valor de la amistad como lo ha sugerido Finnis, por ejemplo, sino el del “cambio sistémico”: El Derecho hace posible que una comunidad en la que existen diversas concepciones de la justicia cambie (adoptando alguna de estas concepciones) en base a “un sistema de decisiones que todos pueden aceptar”. Rosenkrantz resalta esta característica del Derecho en la modernidad, marcada por el pluralismo de visiones valorativas.

II.4. Implicancias prácticas

¿Cómo se reflejan estas reflexiones de Rosenkrantz en su análisis del alcance del deber de obediencia a la ley en nuestro país? A su juicio, en principio el sistema institucional argentino no parece excluir a los más desfavorecidos, dado que existe una amplia representación de visiones y segmentos sociales, el voto es obligatorio, y los principales partidos se manifiestan movidos por objetivos de equidad social. Por lo tanto no se encuentra afectada la “membresía” de los sectores empobrecidos. De esta manera, una desobediencia general al Derecho no está justificada. Respecto de actos particulares de desobediencia, Rosenkrantz los subordina a que sus beneficios superen a los costos. Este cálculo, según el jurista de la UBA, es sumamente difícil. Pero lo que es seguro, según él, es que existe una razón general pro-tanto en contra de la desobediencia en contextos donde el apego a la ley es muy bajo. Allí, cada acto de desobediencia contribuye a erosionar la confianza en el orden jurídico como posibilitador del cambio sistémico.

III. El debate posterior

Hasta aquí, las ideas de Rosenkrantz. En su iluminador prólogo, Paula Gaido sintetiza los cuatro ejes de las discrepancias entre Rosenkrantz y sus comentaristas de la siguiente manera: primero, se discute la naturaleza de la tesis (¿descriptiva?, ¿normativa?); segundo,

se debate la adecuación de los enfoques asociativistas para elucidar la autoridad del Derecho; tercero, se controvierten los extremos del test de membresía; y por último, si el derecho obliga a los excluidos por la estructura socio-económica. Veamos en algún detalle los términos del intercambio.

a. Marisa Iglesias señala algunas tensiones internas en el texto. Así, cuestiona el requisito de generalidad entendido de manera tan exigente, ya que parece excluir la propia tesis de la membresía de Rosenkrantz. Si quienes están alienados del sistema jurídico no le deben obediencia entonces deja de ser cierto que el Derecho obliga a todos a quienes se dirige. La exigencia de generalidad debe ser flexible (a la Simmons) requiriendo que las teorías sean *razonablemente* generales, es decir que impliquen el deber de obediencia de “muchos o casi todos los ciudadanos en muchos o casi todos los países”. Además, los criterios para afirmar la membresía le parecen demasiado amplios (por ejemplo, porque en la actualidad la globalización hace que para ciertas decisiones puedan contar las opiniones o intereses de personas que no forman parte de la comunidad)⁴.

Iglesias sugiere profundizar (con los ajustes necesarios) en el enfoque de Dworkin. Comienza rechazando la pertinencia del ejemplo de Rosenkrantz sobre la comunidad dividida en dos cosmovisiones religiosas, dado que para ella en este caso habría dos comunidades, y la visión dworkiniana se aplicaría sin problemas a cada una de ellas por separado. A continuación acepta la crítica al papel que para Dworkin juegan los sentimientos en su idea de un vínculo fraternal, pero cree que es posible dejar de lado este aspecto del Derecho como integridad, sin que debamos abandonar el proyecto más general, algo que parece muy útil para acomodar la idea del cambio sistémico, que para Iglesias incorpora un elemento de enorme exigencia, mucho mayor que el simple requisito de no alienación.

A fin de encarar la cuestión del deber de obediencia de las víctimas de la pobreza, la profesora de la Universidad Pompeu Fabra se apoya

⁴ Una idea que preanuncia una de las tesis importantes en el libro de Amartya Sen en Sen, A., *The idea of justice*, London: Allen Lane, 2009.

en la noción rawlsiana de ciertos mínimos constitucionales, tanto en referencia a libertades políticas, como a recursos materiales que garanticen la provisión de necesidades básicas. Siguiendo una observación de Paula Gaido, Iglesias cuestiona que el criterio de membresía de Rosenkrantz se desatienda de hasta qué punto los intereses de los pobres son *de hecho* satisfechos. Provisionalmente Iglesias cree que las víctimas de groseras injusticias sociales y económicas están liberadas de obedecer ciertas normas, pero no todas. Ellas no deben acatamiento a las “normas cooperativas”, las “que distribuyen las cargas para la obtención de bienes colectivos”, pero sí a las normas que protegen la vida o la integridad física (Iglesias reconoce que en este caso no hay diferencia entre las normas del propio país y las de otros países). Concluye en que el Derecho no vincula a aquellos a quienes no les garantiza su subsistencia.

b. Lucas Grosman cuestiona el análisis de Rosenkrantz con diversos fundamentos. Comienza señalando que al condicionar la normatividad del Derecho a la idea de membresía, Rosenkrantz abandona lo que Grosman llama un requisito de autosuficiencia que el propio Rosenkrantz había fijado y que exige explicar por qué el Derecho obliga simplemente “por ser Derecho”. De forma similar, señala que el requerimiento de “generalidad” también resulta transgredido por el criterio de la membresía: solamente los miembros están obligados a obedecer el Derecho. Grosman imagina una respuesta consistente en incorporar la noción de membresía dentro del concepto de Derecho. Pero esto sería una estipulación arbitraria, al margen de toda práctica jurídica tal como la conocemos.

A continuación señala que el criterio de la membresía parece implicar que los extranjeros y los turistas no están obligados por el derecho, dado que no son miembros de la comunidad que visitan, lo que sería inaceptable. Pero el problema más estructural del criterio de la membresía es, según Grosman, que ignora un aspecto central del Derecho: que este alcanza actos y hechos dentro de un territorio, y por lo tanto obliga con independencia del vínculo de la persona con su comunidad.

Respecto del requisito de “particularidad”, Grosman lo rechaza por no reconstruir el hecho de que toda persona “debe obedecer el derecho de toda comunidad en la que sus actos produzcan efectos que tal comunidad juzga relevantes jurídicamente, lo que la lleva a estar sujeta a normas de comunidades a las que no solo no pertenece sino que ni siquiera ha visitado”. Además, el Profesor de la Universidad de San Andrés hace notar que no solo quienes están alienados de la comunidad (o no son miembros) están moralmente facultados a desobedecer el Derecho. Entendemos, dice, que los no judíos en la Alemania nazi o los blancos durante la época de Jim Crow, por ejemplo, estaban facultados a desobedecer las normas racistas que los obligaban a denunciar a los judíos o a no casarse con personas de color. La razón radica en la inmoralidad de las normas en cuestión, no (obviamente) en la falta de membresía de los alemanes no judíos o los blancos estadounidenses.

Inversamente, Grosman niega que los no miembros tengan carta blanca para desobedecer el orden jurídico. Por ejemplo, los argentinos no estaban moralmente autorizados a violar el Código Penal por más que vivieran bajo una atroz dictadura. (Grosman agrega que no se trata meramente de deberes morales naturales, ya que este deber de obediencia puede referirse a normas de coordinación). Grosman cree que el problema de la (des)obediencia al Derecho es más complejo de lo que propone el análisis binario de Rosenkrantz, según el cual los miembros deben cumplir siempre y los no miembros pueden desobedecer siempre. Grosman afirma que se requiere un estudio particularizado, caso por caso.

Respecto de la noción del “cambio sistémico” Grosman distingue la perspectiva de los destinatarios de las normas de la perspectiva del Estado. La promoción del cambio sistémico es una razón que se dirige al Estado, pero no necesariamente a los individuos (el ejemplo es el de un capitán de un barco que se hunde, quien está legitimado a imponer una decisión trágica -sacrificar a algunos para salvar al mayor número posible de naufragos- lo que no implica que los naufragos condenados a morir deban obedecer una orden que implica su muerte)⁵.

⁵ Estos parecen ser casos extremos de los que no deberíamos apresurarnos a sacar conclusiones generales. Este ejemplo me parece insuficiente para disuadirnos de correlacionar la autoridad del derecho con un deber de obediencia generalizado.

Grosman se ocupa luego del problema concreto de las víctimas de injusticia social en la Argentina. Su visión es más exigente respecto del Estado, dado que cree que este no está en general justificado a imponer normas regresivas, máxime si tenemos en cuenta las cláusulas constitucionales y los tratados que protegen derechos sociales y económicos. Por lo tanto en estos casos, en principio sería el Estado el que incumple el derecho, no los sectores empobrecidos que lo resisten. Además sostiene que el Estado no puede ampararse en el rol positivo del derecho para exigir acatamiento a decisiones que vulneran derechos individuales.

Grosman también niega que los ejemplos dados por Rosenkrantz (casos de ejercicio de legítima defensa o de estado de necesidad⁶) sean pertinentes como instancias de desobediencia jurídica y termina invitando a Rosenkrantz a ubicar su análisis en el plano de la justificación moral y, como lo propuso anteriormente, en función del deber estatal de imponer el Derecho.

c. Jorge Rodríguez presenta una posición que contrasta fuertemente con la de Rosenkrantz, según la cual solamente merece obediencia moral (distinta de la prudencial) un orden jurídico que establezca un “régimen radicalmente igualitario”, “muy lejos de los que hoy se encuentran en vigor”. Rodríguez no parece convencido del requisito de generalidad, ya que explícitamente defiende una noción del deber de obediencia según la cual *ningún Derecho merece ser moralmente acatado*, dado que todos los países exhiben una distribución no igualitaria, y “cualquier distribución no igualitaria requiere de una justificación, y ninguna justificación parece plausible para legitimar desigualdades.”

Rodríguez comienza relevando algunas paradojas vinculadas con el problema de la normatividad del Derecho, como la de la superfluidad del Derecho (si las normas son injustas no hay aparentemente razones para obedecerlas, y si son justas, entonces las normas parecen irrelevantes), la del seguimiento de reglas generales (toda regla

⁶ Aunque el caso aportado por Grosman del naufrago que resiste la orden de abandonar el bote, mencionado en la nota anterior, es un caso de estado de necesidad.

necesariamente deja de lado circunstancias que pueden ser relevantes para decidir en un caso concreto obedecer o no, por lo cual su seguimiento sería irracional), la del procedimiento y el contenido (por un lado parece razonable condicionar la obligatoriedad de una norma a la legitimidad del procedimiento que la produjo, pero al mismo tiempo nos negamos a obedecer siendo ciegos a su contenido sustancial), y la del liberal paretiano de Sen, que se vincula a la tensión entre dos condiciones para la agregación de preferencias (el principio de Pareto y el requisito de mínima libertad).

Respecto de la paradoja de forma y sustancia, Rodríguez adopta la posición, que comparto, de que ambas son relevantes para determinar la legitimidad de una norma⁷. En cuanto a la paradoja de las normas generales, rechaza la tentación del particularismo en cuanto éste presupone, falazmente, que las circunstancias particulares de un caso son al mismo tiempo únicas. Lo cierto es que la singularidad, señala, se aplica al conjunto de las circunstancias particulares, no a cada una por separado. Rodríguez hace una extensa referencia a las discrepancias entre Raz y Schauer sobre cómo entender mejor las normas jurídicas, y ofrece su punto de vista, según el cual las normas jurídicas nunca constituyen razones concluyentes para la acción.

Rechaza también el paralelo con la autoridad paterna, primero, porque no resulta aceptable la idea de que todo padre tenga autoridad sobre sus hijos, y segundo, porque no es comparable la relación padre-hijo con la relación entre un sistema jurídico o el estado, por un lado, y los súbditos, por otro. A su juicio la pertenencia a una misma comunidad no es una condición necesaria para la obligación de obedecer (ya que el Derecho obliga también a personas ajenas a la comunidad), ni tampoco una condición suficiente (pueden darse circunstancias que justifiquen la desobediencia). Rodríguez (en la nota 40) cuestiona el criterio de la membresía, además, porque no comparte la exigencia de que todos los intereses cuenten: si un interés es inmoral, por ejemplo por constituir un interés racista, parece que no debería

⁷ Esta postura es similar a la defendida en Beitz, C. R., *Political equality: An essay in democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

contar en absoluto. Por último entiende, que la única forma de justificar la idea de que todos los intereses cuenten es en base al valor de la igualdad (este explica por qué es inaceptable considerar los intereses de algunos y no los de otros). Pero entonces, si la clave es la igualdad, entonces “resulta incongruente concluir que esta pauta es compatible con las mayores desigualdades económicas”⁸.

Su análisis culmina con su fundamentación de por qué el Derecho no obliga “en contextos de manifiesta desigualdad económica”. (Esta es una visión menos radical que la anunciada al comienzo de sus comentarios, ya que la desigualdad que habilita la desobediencia es la “manifiesta”, no cualquiera). Hace notar que lo que es moralmente problemático es la desigualdad antes que la pobreza, y expone que a su juicio los intentos más conocidos de justificar las desigualdades económicas han fracasado⁹. Comienza rechazando la concepción de Nozick, por ignorar –en el argumento ejemplificado con Wilt Chamberlain– que las transacciones pierden legitimidad cuando afectan a terceros (sigue a G. A. Cohen en este punto), y porque resulta arbitrario aceptar apropiaciones con efectos irrevocables (por ejemplo, con indiferencia respecto de generaciones futuras excluidas de toda posesión).

También rechaza la justificación utilitarista de las desigualdades, en primer lugar siguiendo el argumento de Rawls en su Teoría de la Justicia, sobre lo inaceptable de compensar sacrificios a unas personas o grupos en base a ventajas mayores que acrecerían a otras personas o grupos; en segundo lugar (siguiendo a Dworkin) por la indiferencia utilitarista en punto a si las preferencias son razonables, caras o excéntricas; y en tercer lugar (siguiendo a Kymlicka) por plantear un dilema entre el principio de la igualdad básica de las personas y el de la maxi-

⁸ Rodríguez, J. L., *¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?*, op. cit., pág. 146.

⁹ Una implicancia a mi juicio problemática de esta idea de Rodríguez es que allí donde no existan desigualdades materiales porque toda la sociedad está en la pobreza fruto de políticas irracionales no habría razones para desobedecer, las que sí existirían en una sociedad con desigualdades económicas pero donde todos están protegidos frente a la pobreza (como en los países en que impera un estado de bienestar).

mización de preferencias o bienestar: si prima el segundo, las personas son instrumentalizadas, si impera el primero, la maximización solo parece contingentemente valiosa, cuando represente “la forma más adecuada de tratar a las personas como iguales”, ya que probablemente haya otras formas que sirvan mejor a ese ideal igualitario.

El enfoque de Rawls tampoco le resulta convincente, ya que endosa la crítica de Sen a la igualdad de recursos (por su insensibilidad a las variaciones de las personas en transformar recursos en capacidades o funcionamientos), y la crítica de G. A. Cohen al espacio dado por Rawls a los incentivos (cree que quien demanda una mayor recompensa por su talento actúa como un chantajista que no ha internalizado los principios de justicia, lo que contradice el presupuesto de “pleno cumplimiento” de la teoría Rawlsiana)¹⁰.

Por último, cuestiona la propuesta de Dworkin, que justifica desigualdades producto de las decisiones de las personas en razón de que (con cita a John Roemer) no le resulta congruente el intento de neutralizar las desventajas debidas a las circunstancias –como la carga genética– y al mismo tiempo hacer responsable a la gente por sus preferencias, ya que éstas se deben a las circunstancias¹¹.

d. Hugo Seleme comparte el test de la membresía, pero con variantes importantes. Coincide con Grosman en que si algunos miembros de la comunidad están alienados, “entonces el derecho carece de normatividad con relación a todos”. Pienso que ambos llevan plena razón, porque, como escribe Seleme, un asociativista no puede afirmar

¹⁰ Cabría objetar que esta no es una crítica al principio de diferencia de Rawls sino a la interpretación que el propio Rawls hace de ese principio. Si fuera posible, como imagina Rodríguez sin mayores explicaciones, que los más desaventajados estuvieran aún mejor (porque los más talentosos trabajan a pleno esfuerzo y no reclaman una compensación extra) entonces, ese estado de cosas sería el recomendado por el principio de diferencia.

¹¹ Rodríguez no acepta (nota 62) que el trabajo o “la mayor contribución a la cooperación social” legitime desigualdades materiales, por resultar incompatible con el liberalismo. Pero no resulta claro qué tipo de liberalismo subsistiría en una sociedad que se rehusara a responsabilizar a las personas por sus preferencias.

“que el derecho puede ser normativo para algunos y no para otros” (pág. 194). Unos párrafos después Seleme presenta la misma idea pero con un fundamento distinto, y a mi juicio poco plausible. Dice que “si un procedimiento posibilita que algunos miembros puedan ser transformados en esclavos y otros privados de lo indispensable para vivir, ningún miembro de la “comunidad jurídica” liberal que comparta la convicción de que somos libres e iguales puede juzgar a las consideraciones que lo justifican como razones. En consecuencia, quien se encuentra alienado de la “comunidad política” no es simplemente quien es esclavizado o quien no tiene la posibilidad de acceder a lo indispensable para vivir, sino todos los miembros de la “comunidad jurídica liberal.” ¿No hay algo absurdo en la noción de que *todos* los miembros de una comunidad podrían estar alienados de ella? A mi juicio es preferible pensar el problema como uno de cómplices y víctimas. En una sociedad con injusticias profundas (políticas o económicas) las víctimas tienen el derecho de desobedecer, y quienes no son víctimas también, para no consentir ser cómplices o beneficiarios de un orden injusto. Más delante, sin embargo, Seleme precisa su idea de la alienación. En estos casos, no hay una comunidad que vincule a beneficiarios y víctimas.

Pero además su test de membresía incluye la idea de Rosenkrantz —que las instituciones deben posibilitar que los intereses y las opiniones de todos cuenten— pero va más allá: los criterios que subyacen a las instituciones (por ejemplo, que definen el sistema electoral) deben estar basados en razones que todos pueden ver como suyas. Y las razones pueden ser vistas como propias por todos cuando son genuinas (objetivamente válidas) y cuando guardan una conexión relevante con las cosmovisiones, intereses y opiniones de todos.

Seleme afirma que en una sociedad liberal existe la creencia compartida de que las personas son libres e iguales. Este presupuesto común exige, en su opinión, un diseño institucional que por un lado atrinchere derechos y libertades básicas y por el otro garantice a todos recursos suficientes para ejercer aquellas libertades. Respecto del primer requisito, Seleme aclara que la ausencia de garantías impide, por sí misma que los ciudadanos se vean como libres e iguales (aun-

que de hecho no se produzcan violaciones de derechos a través de la legislación o las políticas del Estado). Esta afirmación, abiertamente anti-Waldroniana, me resulta plausible. La creencia en ciertas afirmaciones categóricas, por ejemplo que las personas no pueden ser esclavizadas, torturadas o silenciadas bajo ninguna circunstancia nos compromete a defender la institucionalización de derechos contra las mayorías. De lo contrario, la ausencia de derechos atrincherados implica que bajo ciertas condiciones (por ejemplo si una mayoría limpiamente lo decide) las personas son esclavizables, torturables o silenciables. La segunda exigencia (acceso a recursos suficientes) significa al menos, según Seleme, que si hay personas que no acceden a lo suficiente para subsistir, ellas están alienadas y no deben obediencia.

Sin esta segunda exigencia el test de Rosenkrantz le resulta a Seleme demasiado estricto con los más desfavorecidos. Alguien condenado a morir de hambre como resultado de leyes o políticas producto de procedimientos impecables en los términos de Rosenkrantz estaría, no obstante obligado a obedecer mientras agoniza. Seleme reconoce que Rosenkrantz podría replicar que nada en su esquema de ideas deja sin efecto el derecho a rebelarse en base al estado de necesidad.

Seleme se adelanta a una crítica posible según la cual su análisis confunde justicia con legitimidad, aclarando que un esquema institucional puede ser injusto pero legítimo (por ejemplo porque garantiza a todos la subsistencia pero se queda corto en cumplir con un estándar más ambicioso, como el principio de diferencia). Por último, señala que de la falta de legitimidad del Derecho no se sigue automáticamente un permiso para desobedecerlo, porque podría ser que las obligaciones jurídicas coincidieran con deberes morales naturales, o que el mejor modo de superar las injusticias fuera “sostener el presente esquema institucional y buscar internamente su reforma” (pág. 204). El académico cordobés menciona las cifras de muertes infantiles evitables debidas a la pobreza en la Argentina para reiterar que, en el caso de nuestro país, sus instituciones carecen de normatividad alguna, por lo que debemos, siguiendo a Thomas Pogge, trabajar políticamente por su reforma y para “contrarrestar los daños que mientras tanto el esquema provoca.” (pág. 207)

Mi impresión es que el requisito de que todas las personas puedan percibir a las razones detrás de las instituciones como propias lleva, por su propia vía, a la misma conclusión que el análisis de Rodríguez, de que no hay órdenes jurídicos que merezcan ser obedecidos. Ello en razón de que en todas las sociedades existen visiones irreconciliables acerca de los criterios para organizar las instituciones. Es sencillamente imposible que existan criterios basados en razones que todos puedan considerar propias. En otras palabras, las de Seleme, que la comunidad sienta como propias las razones detrás de los arreglos institucionales depende del “hecho de que comparten una determinada cultura política”. Solamente entendiendo “cultura política” de un modo muy vago puede afirmarse que existen sociedades que comparten una cultura política. Y esa vaguedad implica el costo de que el nexo entre las razones detrás de las instituciones y el conjunto de creencias e intereses de todos y cada una de las personas bajo su dominio resulta completamente inverificable.

III.1 Rosenkrantz responde

En la réplica a sus críticos, Rosenkrantz comienza enfatizando (frente al cuestionamiento de Grosman) que su posición es tanto explicativa como normativa. Luego precisa el requisito de “generalidad”, reconociendo que éste deja lugar para una concepción que afirme que no todos los destinatarios de las normas están obligados a obedecer. En otras palabras, acepta la distinción de Seleme entre comunidad jurídica y política.

Frente a la objeción de Grosman de que Rosenkrantz no respeta su propio criterio de “generalidad” al desconocer que también debemos obediencia a otros órdenes jurídicos, responde, para mostrar que en estos casos el derecho no obliga como tal, que si una persona es secuestrada y luego liberada en otro país, y este país le exige que pague impuestos y sirva en el ejército, la víctima no está obligada a obedecer. Grosman tal vez podría replicar que se trata de obligaciones patentemente arbitrarias: si su propio país quisiera cobrarle impuestos a quien no dispone de patrimonio alguno o quisiera obligarlo a combatir en una guerra siendo cuadipléjico, la conclusión sería parecida.

Y frente a la objeción de Iglesias de que el test rosenkrantziano de membresía es incompleto, dado que parecía implicar que en palabras de la jurista catalana “cualquiera que no sea excluido pasará automáticamente a ser miembro de la comunidad”, nuestro autor propone, para completar su descripción de los elementos básicos de la membresía, incorporar la existencia de poder político, en términos de “un hábito de sujeción a un proceso decisorio común”¹².

Luego responde las objeciones dirigidas a mostrar que su test de membresía es demasiado laxo, dando lugar a la potencial legitimación de resultados inaceptables, como leyes que establezcan la esclavitud. Dado que la esclavitud implica la exclusión de la comunidad política, Rosenkrantz replica que su esquema nunca la admitiría. ¿Y si la esclavitud fuera económica, por ejemplo la situación derivada de una confiscación masiva de bienes a un cierto grupo, sea por odio o por codicia? Tampoco, responde, y por la misma razón anterior: los esclavizados materialmente habrían sido marginados de la comunidad. No puedo evitar pensar que esta idea de la esclavitud económica es muy adecuada para caracterizar la pobreza extrema. Dado que Rosenkrantz explícitamente es indiferente al animus de las normas e instituciones que producen esclavitud económica y siendo que en estos casos las víctimas –los esclavizados– no deben obediencia al orden jurídico, si se pudiera mostrar que los indigentes son el producto de instituciones que los excluyen de la comunidad, podríamos concluir, sin salirnos de su edificio teórico, en un argumento general que exculpa o justifica la desobediencia de los sometidos a la pobreza extrema.

Sin embargo, Rosenkrantz resiste adoptar un test más exigente de membresía, como lo hacen Seleme o Iglesias, dado que en los casos en que las exigencias extra no se cumplieren, el Derecho perdería “su autoridad privándonos de la única herramienta con la que contamos para

¹² Aunque discute el problema a partir de un ejemplo que me parece misterioso. Dice: “nunca diríamos que yo soy miembro de la comunidad política que constituyen los franceses aunque el sistema jurídico francés me conceda tanto el derecho de participar en sus elecciones como de expresar mis opiniones libremente en el suelo de Francia”. Yo diría que si me convirtiera en un elector en Francia, sí pasaría a formar parte de su comunidad política.

organizar nuestra vida en común en sociedades plurales”. También rechaza que en ausencia de normatividad, como pretende Seleme, se pueda sustentar la obligación de obedecer al Derecho en razones instrumentales, dado que ésta consideración no nos permitiría explicar por qué es *nuestro* Derecho el que nos obliga, y porque esto podría generar un “círculo vicioso de desobediencia”, en ausencia de una convicción categórica como la creencia no instrumental en el deber de obediencia.

Rosenkrantz profundiza en la cuestión de la justicia distributiva enfatizando que un Derecho que funciona es un prerrequisito para alcanzar la justicia redistributiva, por lo que la obligatoriedad del Derecho no puede supeditarse a que satisfaga o garantice ciertos mínimos constitucionales. Además argumenta que la desobediencia de las víctimas de injusticias económicas acarrea el costo de que el resto de la sociedad dejaría de estar compelida a tomar en cuenta sus intereses, al menos sobre la base de la reciprocidad.

Por último rechaza la idea, que atribuye a Rodríguez, de la supremacía de una consideración valorativa (la igualdad) sobre el resto, por ser utópica en el sentido de negar un dato duro de nuestra realidad política, que de hecho valoramos la comunidad política y el cambio sistémico.

IV. Un balance de la discusión

En este riquísimo intercambio de ideas sobresalen algunas consideraciones que me interesa subrayar:

En primer lugar, el requisito de generalidad que Rosenkrantz le exige a toda teoría sobre la autoridad del derecho es definido en el primer texto de una manera algo arbitraria. Por supuesto, una teoría debe ser general en el sentido de que no debe contener excepciones ad-hoc. Pero el sentido de generalidad que Rosenkrantz defiende es discutible porque parece presuponer lo que quiere demostrar. Dice su texto que una “narrativa” acerca de “por qué ciertas personas” (por su rol, por beneficiarse del Derecho, etc.) deben obediencia al orden jurídico no cuenta como una explicación satisfactoria de la normatividad del Derecho, la que debe ayudarnos a entender por qué el Derecho obliga a todos (pág. 1).

Pero esto parece presuponer que las explicaciones sobre la autoridad del Derecho que concluyen en que ciertas personas y grupos, después de todo, no están obligados a obedecer al orden jurídico, son erróneas por definición. Supongamos una teoría liberal modesta (incluso más que las sugeridas por Iglesias y Seleme) que considere que el orden jurídico debe ser obedecido si no transgrede sistemáticamente los derechos humanos más básicos, contra la tortura, la persecución racial o religiosa. Consecuentemente esta teoría explicaría por qué ciertos grupos no está moralmente obligados a obedecer al Derecho (sin que deje de serles conveniente hacerlo por razones prudenciales) porque discrimina abiertamente contra ellos, por ejemplo ejecutando masivamente y de forma rutinaria gays, mujeres y disidentes. Esta teoría incumpliría con el requisito de generalidad según Rosenkrantz lo define, porque no explicaría aquello que la teoría rechaza con fuerza, a saber el deber de todos los ciudadanos de obedecer a ese orden jurídico. No explica por qué los grupos que están siendo exterminados deben obedecer al derecho porque, sencillamente, niega que deban hacerlo.

La teoría liberal no incumple, sin embargo, con el requisito de generalidad definido de un modo distinto, que se limite a reclamar que la teoría explique en qué situación se encuentran respecto del deber de obediencia todos los ciudadanos. La teoría liberal que imagino cumple con esa exigencia: Ella responde que nadie está forzado moralmente a cumplir. (Una variante aún más modesta diría que los grupos directamente perseguidos están moralmente exentos de obedecer, pero que el resto sí debe hacerlo. Esta variante sería bastante menos razonable que la anterior pero igual de general)¹³.

¹³ Mi idea acerca de qué cuenta como un requisito de generalidad razonable, no coincide con la de Simmons, quien como vimos requiere que se presuponga el deber de obediencia de “muchos o casi todos los ciudadanos en muchos o casi todos los países”. En un mundo en el que la mayoría de los países no son democráticos, no parece contraintuitivo afirmar que ni todos ni casi todos los ciudadanos de la mayoría de los países o en muchos países le deben obediencia al Derecho. En otras palabras no sería irrazonable afirmar que solamente las democracias constitucionales merecen obediencia, mientras que el resto de los regímenes solamente pueden inspirarnos temor.

Parece claro a esta altura que Rosenkrantz está presuponiendo lo que debiera demostrar, a saber, que todos deben obedecer al Derecho. Podríamos, de hecho, comenzar el razonamiento al revés. Hemos de exigirle a cualquier esquema de ideas sobre la obediencia al derecho que admita matices. Por ejemplo, en un terreno tan controvertido como el del alcance de los deberes jurídicos de personas excluidas por el sistema económico y político, esperamos de una teoría sobre la obediencia al derecho que admita al menos la posibilidad, aún remota, de que en ciertos casos límite, ciertas personas, ciertos grupos, estén justificados, incluso jurídicamente, en desobedecer claros mandatos jurídicos. Este requisito es otra forma de referirme al requisito de generalidad *comme il faut*, que le demanda a los enfoques sobre la obediencia jurídica que expliquen los casos más relevantes que dan lugar a esta controversia.

Comenzando al revés, teorías que explican por qué el derecho obliga a algunos sí y a otros no, además de bastante intuitivas, tienen el atractivo de iluminar algunos factores importantes para ayudarnos a tomar partido en estas discusiones. Por ejemplo, debemos tomarnos en serio el argumento de que algunas personas jamás prestarían su consentimiento para legitimar un sistema que los tiene como víctimas extremas de la lotería social. Ese compromiso nos alejaría de versiones más o menos risibles del contrato social hacia una exigencia de imparcialidad, la forma contemporánea del contrato social. Esas mismas personas o grupos podrían argüir que no sería *fair play* exigirles obediencia a las reglas de un juego en el que ellos solamente pueden perder. O podrían mostrar que ciertos actos de desobediencia no alteran el orden social, ni contribuyen a generalizar la anomia, o en algunos casos hasta pueden tener efectos beneficiosos¹⁴, incluyendo la posible reafirmación de la creencia social en la justicia del Derecho

¹⁴ El Massachusetts Institute of Technology está ofreciendo estos días un cuarto de millón de dólares premiando a protagonistas de acciones “de desobediencia ética y responsable dirigidas a desafiar nuestras normas, reglas o leyes para beneficiar a la sociedad.” Ver: <http://edition.cnn.com/2017/03/08/us/mit-civil-disobedience/index.html?sr=twCNN-030917mit-civil-disobedience0347PMVODtopPhoto&linkId=35290709>

(casos como actos pacíficos de desafío a la autoridad en nombre de la igualdad racial son ejemplos que surgen con facilidad).

Rosenkrantz deshecha estas discusiones acerca de la importancia, en relación al debate sobre el alcance y límites del deber de obediencia al Derecho, de cuestiones como la desigualdad social extrema. Los argumentos, en principio atendibles de que ciertas situaciones no serían aceptadas por nadie *ex ante* –argumentos consensuales– o son el resultado de interrelaciones predominantemente injustas –argumentos de reciprocidad o *fair play*–, o que ciertos actos de desobediencia no tienen efectos negativos –argumentos instrumentales– son descartados *a priori*, a través de una estipulación que desafía al sentido común: que el derecho obliga a todos a quienes se aplica.

El costo de esta estipulación es negarnos el acceso a reflexiones razonables que concluyen que en ciertos casos el deber de obedecer se ve al menos atenuado respecto de ciertas personas o grupos, o que aún en casos de gran injusticia la desobediencia no se justifica después de todo.

Rosenkrantz traza un paralelo con las obligaciones parentales, que creo no ayuda a su argumento: una explicación de por qué los padres deben ser obedecidos debe mostrar por qué *todos* los hijos deben obediencia a sus padres. Pero nuevamente, es posible pensar en una teoría de la obediencia a los padres que parta de la premisa que esa obediencia es el correlato razonable a la protección y afecto de los padres. Esa teoría fracasaría respecto de la exigencia de generalidad a la Rosenkrantz: ella no explica por qué todos los hijos deben obediencia a sus padres. Y no lo explica por el mismo tipo de razón aplicable al caso de la teoría liberal modesta sobre la normatividad jurídica: no puede hacerlo porque parte de la premisa que los hijos abandonados o maltratados por sus padres no les deben a éstos obediencia alguna, al menos en el plano moral. Esta teoría es general, sin embargo es el sentido que propongo, dado que ella explica en qué situación se encuentran la generalidad de los hijos. Los que reciben afecto y buen trato deben obediencia a sus padres, el resto, no.

Quizás esto sea un malentendido y todo lo que Rosenkrantz le pide a una teoría sobre la normatividad de Derecho bajo el rubro “generalidad” es que cubra todos o una parte bien significativa de los

casos posibles, como propuse anteriormente. Sus palabras sobre el rol de los funcionarios o los beneficios de algunos como factores que no podrían formar parte de una explicación sobre la normatividad de un sistema jurídico hacen pensar en un sentido arbitrario (por estrecho) de “generalidad”. En cualquier caso, lo importante de esta discusión preliminar es que no tenemos por qué rechazar una teoría de la normatividad jurídica que no nos diga por qué todo el mundo debe obediencia al derecho. Es probable que haya más de un enfoque razonable que concluya con que hay personas y grupos que, al menos en ciertos momentos, y al menos respecto de algunas obligaciones jurídicas, no están alcanzados por un deber de obediencia al orden jurídico. Lo que sí vamos a exigirle es que nos muestre bajo qué condiciones todo el mundo sí debería obedecer al derecho, pero el hecho de que implique que no todos deben obediencia no la descalifica *per se*.

En su réplica, como vimos, Rosenkrantz precisa el requisito de generalidad, volviéndolo más razonable. Pero entonces su estudio enfrenta un problema. Anteriormente rechazó una serie de enfoques teóricos (el contractualismo¹⁵, las visiones centradas en el *Fair Play*,

¹⁵ Debo señalar que sus réplicas a los críticos del contractualismo no me resultan enteramente convincentes. El hecho de que algunas personas juren cumplir el derecho, no justifica el cumplimiento del resto (como lo requiere el exigente pre-requisito de generalidad), y en el caso del juramento de funcionarios, el hecho de que juren obediencia al orden jurídico no puede ser esgrimido como razón para que ejerzan sus funciones afectando derechos, intereses o expectativas de los ciudadanos, dado que ellos, presumimos, no han jurado nada. En cuanto a la estrategia consensual de justificar la pena (que Rosenkrantz extiende al Derecho en general), lo único que ésta podría pretender es mostrar por qué el sujeto castigado no podría alegar que ha sido sorprendido en sus expectativas. Pero la pena podría ser excesiva o injusta, (por draconiana o perfeccionista, por ejemplo) y en esos casos, el mero hecho de saber que existía la norma sancionadora no parece suficiente para exigir su cumplimiento. Este fue el centro de la polémica entre Carlos Nino y Larry Alexander en las páginas de *Philosophy & Public Affairs* en los 80. En su réplica a Alexander, Nino retrocede elegantemente, al reconocer que su teoría funciona bajo un presupuesto de penas justas y proporcionales cuya justificación es independiente. Ver Nino, C., “A consensual theory of Punishment”, en: *Philosophy and Public Affairs*, 12, 4, 1983, págs. 289-306, Larry, A., “Consent,

las teorías instrumentales) por vulnerar el requisito de generalidad entendido en el primer sentido. Si el sentido de generalidad cambia, porque ahora admite que el Derecho no obliga a todos a quienes se dirige, entonces aquellas teorías parecen inmunes a la acusación de no ser generales. Por lo tanto, teorías (como mi preferida, la contractualista) condenadas por violar el requisito de generalidad, merecen un nuevo juicio si la generalidad es entendida de modo distinto. El autor nos queda debiendo un re-análisis de aquellas teorías sobre la base de su principio de generalidad *reformulado*.

En segundo lugar, en cuanto al segundo pre-requisito que todo intento de explicar la normatividad del derecho debe cumplir, el de “especialidad” o “particularidad”, también se impone una observación. Rosenkrantz también define esta exigencia de un modo que me resulta estrecho. En este caso el paralelo con la obligación de obediencia filial parece más acertado: una explicación sobre este deber debe explicar por qué es debido a nuestros padres y no a todos los padres. De manera similar, según Rosenkrantz se debe explicar por qué el deber de obediencia al derecho solo alcanza a los súbditos o ciudadanos de cada orden jurídico. Las razones por la que esta exigencia parecen arbitrarias es que, por un lado, parece descalificar ab initio la idea del monismo jurídico, que afirma que existe un solo orden jurídico que articula las normas internas de todos los estados y las internacionales, y por otro lado, porque aún sin aceptar la idea central del monismo no resulta nada evidente que no estemos obligados por las normas de los otros estados además del nuestro. De manera obvia si nos encontramos en el territorio de otro estado, pero también si operamos dentro de nuestro país produciendo efectos en otros países, debemos obediencia a otros órdenes jurídicos.

También respecto de este requisito vale la pena reinterpretarlo de manera amigable: una teoría sobre la normatividad jurídica debe explicar el carácter especial de nuestro vínculo con nuestro estado, sin

Punishment and Proportionality”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2 , y Nino, C., “Does Consent Override Proportionality?”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2

que implique que no debemos obedecer a otros órdenes jurídicos. Por ejemplo, nuestro deber de obediencia al propio estado se entrelaza con deberes y derechos de participación formal e informal en el proceso político de una forma que no se aplica a los deberes de obedecer otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, debemos involucrarnos en la crítica y reforma de las normas e instituciones propias que nos parecen injustas de un modo que no se nos puede exigir respecto de otros órdenes jurídicos. Pero respecto del deber de obediencia no encuentro ninguna diferencia entre nuestro Derecho y otros Derechos.

En tercer lugar, el test de membresía, con o sin el agregado de una cultura política compartida de Seleme me impresiona como demasiado vago para permitir conclusiones operativas. Preferiría juzgar a los sistemas jurídicos por la forma en que lidian con las desigualdades políticas, de clase y materiales (las desigualdades que son el objeto del primer principio de justicia y las dos partes del segundo principio de justicia de Rawls, respectivamente). Siguiendo a Grosman e Iglesias, el ajuste o desajuste con los requerimientos básicos de la justicia no debería llevarnos, sin embargo, a abrazar conclusiones sujetas a la lógica binaria “sistemas legítimos que merecen obediencia ciega/sistemas ilegítimos que pueden ser desobedecidos”. Deberíamos admitir que los sistemas jurídicos pueden ordenarse a lo largo de un continuo de menor a mayor legitimidad. Si resulta importante establecer un umbral de legitimidad (lo que nos comprometería con afirmar la actualidad de la dicotomía entre democracia y dictadura) pero por encima de dicho umbral, es posible determinar que existen democracias con un grado mayor o menor de legitimidad. Correlativamente de estos grados de legitimidad e ilegitimidad no se seguiría una conclusión sencilla consistente en una obligación estricta y general de obediencia o un cheque en blanco para violar el Derecho. Este marco menos simplista nos impondría discutir en términos mucho menos abstractos de qué manera y con qué límites podemos legítimamente desafiar al derecho cuando este es opresivo.

En cuarto lugar, respecto del deber de obediencia de los excluidos socialmente, también sigo a Grosman y Seleme en punto a rechazar conclusiones demasiado generales. Por un lado, considero que el pro-

blema concreto que nos plantean los sectores empobrecidos que se movilizan transgrediendo las normas que prohíben los cortes de ruta y de calles no es uno de obediencia o desobediencia al Derecho, así, en forma tan general. Por el contrario, estos sectores no declaran una deslealtad abierta con el orden jurídico. Sus violaciones (si lo fueran, lo que he negado pero que aquí admito a los efectos de este debate) son esporádicas, puntuales, y específicas. Nada en sus acciones permite considerarlos al margen de la ley o rechazando en general la normatividad del derecho.

Por otro lado, y también en línea con Grosman y Seleme, me resulta claro que si los excluidos están justificados en desobedecer, ello no excluye que el resto pueda legítimamente también hacerlo. Y arriesgo que tal vez las exigencias morales que pesan sobre los beneficiarios de las instituciones estructuralmente injustas incluso vayan más allá. Si los excluidos están simplemente exentos del deber de obediencia (la desobediencia para ellos sería facultativa, ya que sería insensible *exigirles* que desobedezcan), por su parte los beneficiarios de la injusticia no solamente están exentos del deber de acatar el orden jurídico. Ellos están moralmente obligados a desobedecer, para hacer cesar su complicidad con el despojo. (Por supuesto, esta sería una obligación pro tanto, a sopesar frente a otras razones).

V. La cuestión, una década después

En los diez años transcurridos desde la publicación de este debate la cuestión de la normatividad del Derecho, y en particular del deber de obediencia en situaciones de injusticia, ha continuado siendo objeto de nuevas investigaciones. Algunas discusiones novedosas en el plano más abstracto de la normatividad del Derecho, incluyen las contenidas en un volumen editado por Stefano Bertea y George Pavlakos¹⁶. Por ejemplo, Scott Shapiro ha intentado adaptar al derecho y en particular a la cuestión de su normatividad, la teoría del “plan” que Michael

¹⁶ Bertea, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.

Bratman ha expuesto en relación a la acción colectiva¹⁷. El propio Bratman se ha mostrado escéptico, sin embargo, sobre la posibilidad de derivar conclusiones normativas de su enfoque que fundamenten por qué obedecer al derecho¹⁸.

Por su parte Andrei Marmor, en su análisis de la regla de reconocimiento Hartiana, propone una teoría convencionalista revisada acerca de la normatividad del Derecho, incorporando una distinción entre convenciones superficiales y profundas¹⁹. Las convenciones profundas están ligadas a necesidades básicas que solamente pueden atenderse a partir de un sistema jurídico. Esto explica la normatividad del Derecho. Esta estrategia ha sido cuestionada por Marco Goldoni²⁰, entre otras razones, porque la identificación de aquellas necesidades básicas no necesariamente reposa en convenciones (págs. 171-2), por lo que no puede presuponerse sin más que las convicciones profundas satisfagan la tesis convencionalista de las fuentes.

Stefano Berthea²¹, Robert Alexy²² y Cristina Lafont²³ han debatido sobre la cuestión de la normatividad del derecho en relación al constructivismo kantiano. Para Berthea el Derecho es un “subconjunto de la razón práctica” (pág. 199) por lo que la normatividad de ambos reposa en la misma base, una concepción de la “agencia” humana, concepción que Berthea prefiere a la idea de “humanidad” de Kant, por no revestir compromisos metafísicos. Alexy, por el contrario, rechaza que pueda entenderse la normatividad jurídica sin consideraciones metafísicas (las que Alexy entiende como aquellas que no derivan de la experiencia sensible) como las que conducen a valorar la libertad (*free will*).

¹⁷ Shapiro, S., *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011

¹⁸ Bratman, M. “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en: *op.cit.* n.º 18.

¹⁹ Marmor, A., “The Conventional Foundations of Law”, en: *op.cit.* n.º 18.

²⁰ Goldoni, M., “Multilayered Legal Conventionalism and the Normativity of Law”, en: *op.cit.* n.º 18.

²¹ Berthea, S., “Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument”, en: *op.cit.* n.º 18.

²² Alexy, R., “Normativity, Metaphysics and Decision”, en: *op.cit.* n.º 18.

²³ Lafont, C., “Law, Normativity and Legitimacy: Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en: *op.cit.* n.º 18.

Lafont analiza críticamente otro elemento del constructivismo de raíz kantiana, la idea del consentimiento como clave de la normatividad del derecho. Siendo este consentimiento solamente comprensible en términos hipotéticos, surgen algunas tensiones inquietantes. Por un lado, con el ideal de la democracia, toda vez que el consentimiento hipotético puede llevarnos a no asignar valor alguno al consentimiento real (pág. 231), y consecuentemente a excluir la elección por el voto de las autoridades del listado de criterios de legitimidad de un orden jurídico.

La muerte de Ronald Dworkin ha dado oportunidad a una actualización en la discusión de sus ideas sobre la normatividad, por ejemplo en relación a situaciones de injusticia extrema. Sirva como ejemplo el ensayo de David Dyzenhaus “Dworkin and Unjust Law”²⁴. Dyzenhaus comienza aceptando que las teorías de derecho natural (como él considera a la de Dworkin) enfrentan un gran problema en los casos de derechos injustos, ya que parecen forzadas a afirmar que el derecho injusto no es derecho, lo que contrasta con el hecho de que en la realidad hay derechos injustos de sobra. Pero, por un lado, Dyzenhaus muestra que el positivismo Hartiano enfrenta un problema de similar envergadura, el de “generar el *deber* propio de la autoridad jurídica del *ser* de los hechos sociales” (pág. 136), y por otro lado, propone que Dworkin podría evitar su propio dilema si se valiera de la concepción de la legalidad de Lon Fuller.

En el plano práctico, cabe remarcar que lamentablemente en Argentina la cuestión del fundamento y el alcance del deber de obedecer al Derecho no ha perdido vigencia. El contexto de injusticia social y económica se ha agravado. Más de un 30 % de pobreza, incluyendo un porcentaje igual o mayor de pobreza entre los niños²⁵, es un dato escalofriante en sí mismo, pero más aún en un mundo y en una región

²⁴ En: Dyzenhaus, D., *The Legacy of Ronald Dworkin*, editado por Will Waluchow y Stefan Sciaraffa, Oxford, 2016.

²⁵ Ver el Informe de UNICEF, Bienestar y Pobreza en la Argentina, 2016, disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/monitoreo_Pobreza_Completo.pdf.

que han venido reduciendo la pobreza moderada y extrema consistentemente en ese período²⁶.

A la desigualdad social y económica se le ha sumado en esta década la experiencia populista con su impacto negativo en la igualdad política. El populismo expresa un discurso político maniqueísta, que divide al mundo en amigos (el pueblo) y enemigos (el anti-pueblo), exalta un liderazgo personalista como única representación del pueblo, y lleva adelante, una vez en el gobierno, acciones que debilitan las instituciones y elevan los costos de la disidencia y la oposición. El populismo, consecuentemente, erosiona la amistad cívica, socava la base cultural de la política democrática como una deliberación entre iguales y es incompatible con una concepción liberal del estado, uno que muestra igual consideración y respeto por todos los sujetos a su dominio. Insisto en que no creo que sea posible determinar cuando existe y cuando no una cultura política compartida, pero me resulta innegable que la nuestra salió malherida luego de doce años de discurso oficial divisivo, de hostigamiento a periodistas indisciplinados y a dirigentes opositores, de falseamiento de la información pública, etc. Es muy difícil creer que se honra una convicción compartida de que todos somos libres e iguales cuando se denigra al adversario desde el poder del estado.

El populismo pone a prueba la concepción liberal de la autoridad del Derecho: En primer lugar, actualiza la necesidad de entender la legitimidad del Estado en términos no binarios sino graduales. Los regímenes populistas suelen respetar el juego electoral y los derechos humanos básicos. Es cierto que el deterioro institucional que producen hace temer por el quiebre de la democracia (como en los casos de cierre del Parlamento por el Presidente, en Perú en los 90 y en Venezuela este año), pero en su mayor parte se trata de gobiernos electos democráticamente que no ejercen una represión sistemática. A medio camino en-

²⁶ Respecto de la evolución de la pobreza extrema en el mundo y América Latina, ver Max Roser and Esteban Ortiz-Ospina (2017) – ‘Global Extreme Poverty’ publicado *online* en *OurWorldInData.org*: <https://ourworldindata.org/extreme-poverty/> [Online Resource]

tre los gobiernos democráticos liberales y las dictaduras, los gobiernos populistas gozan de legitimidad de origen y creciente deslegitimación de ejercicio por lo que las estrategias de resistencia deben modularse teniendo en cuenta esa hibridez. La simple oposición parlamentaria no alcanza, pero el llamado a derrocar al gobierno es excesivo. En el medio figuran acciones como el bloqueo institucional, las denuncias internacionales o instancias particulares de desobediencia, propias de quienes militan activamente contra los desbordes institucionales pero sin abogar por la caída violenta del régimen.

En segundo lugar, el liberalismo enfrenta un problema al apelar a los bloqueos institucionales (impidiendo la designación de jueces o el dictado de leyes) como estrategia de oposición a gobiernos populistas. Es el problema de contribuir al desgaste de la confianza pública en las instituciones y reglas de la democracia que el propio gobierno populista produce con sus desbordes. Carezco de una respuesta a este dilema, pero remarco que solamente apelando a una concepción gradual de la legitimidad y la autoridad del Derecho puede abordarse el problema. La democracia liberal exige una oposición leal y cooperativa, las dictaduras exigen militar por su derrocamiento, pero los gobiernos populistas requieren de una oposición firme, que no coopere con los abusos de poder pero cuide al mismo tiempo las reglas e instituciones en sus acciones opositoras.

VI. Conclusiones

Una década después, este debate permanece vigente. Se trató de un intercambio entre juristas de alto nivel, con argumentos y contraargumentos sofisticados y bien informados. El valor del diálogo civilizado se refleja en los ajustes y matices que Rosenkrantz incorporó como reacción a las observaciones de sus críticos. Hoy nuestra academia sigue sedienta de discusiones como ésta.

Este intercambio, además, es una buena ventana para conocer el pensamiento iusfilosófico del ministro más joven de nuestra Corte Suprema, cuya designación fue aprobada por una amplísima mayoría multipartidaria en el Senado, luego de una larga y exitosa audiencia

pública. Si llegaran a la Corte casos que involucraran la existencia o ausencia de un deber de obediencia al Derecho por parte de los excluidos, no es fácil predecir el criterio a seguir por Rosenkrantz. En base a sus afirmaciones en aquel debate de *Discusiones*, sobre todo en su respuesta a sus críticos, hay razones para extender la idea de la exclusión de la comunidad que Rosenkrantz aplica al caso extremo de esclavitud a la situación de pobreza extrema. Sin embargo su fuerte convicción sobre las consecuencias en general perniciosas de las violaciones del Derecho preanuncian una difícil ponderación caso por caso y de carácter empírico, acerca de los efectos de la desobediencia o transgresión de que se trate.

Intuyo que una década después existe una valoración más fuerte del estado de derecho, de la necesidad de un estado transparente, y de una justicia imparcial. Al mismo tiempo existe un reclamo extendido de que se reconsideren formas desgastantes e improductivas de protesta, al tiempo que mayoritariamente se descartan de plano las soluciones violentas y represivas. Es un legalismo democrático, que puede proveer una base firme para el proyecto liberal progresista encarnado en la Constitución de 1994, y que ojalá termine con la frustrante pendularidad entre represión e ingobernabilidad.

Bibliografía

- Ahuja, A., “Mit offers \$250,000 reward for breaking the rules”, *CNN International Edition*, 2017. Disponible en http://edition.cnn.com/2017/03/08/us/mit-civildisobedience/index.html?sr=twCNN030917_mit-civil-disobedience0347PMVODtopPhoto&linkId=35290709.
- Alexy, R., “Normativity, Metaphysics and Decision”, en: Berteau, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Beitz, C. R., *Political equality: An essay in democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1989.
- Berteau, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.

- Berteá, S., “Law and Obligation: Outlines of a Kantian Argument”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Bratman, M. “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Dyzenhaus, D., *The Legacy of Ronald Dworkin*, editado por Will Waluchow y Stefan Sciaraffa, Oxford, 2016.
- Gargarella, R., *El derecho a resistir el Derecho*, Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.
- Goldoni, M., “Multilayered Legal Conventionalism and the Normativity of Law”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Larry A., “Consent, Punishment and Proportionality”, en: *Philosophy and Public Affairs*, Spring, 1986, pág. 2
- Lafont, C., “Law, Normativity and Legitimacy: Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Marmor, A., “The Conventional Foundations of Law”, en: Berteá, S. y Pavlakos, G., *New Essays in the Normativity of Law*, Law and Practical Reason series, Oregon: Hart, 2011.
- Roser, M. y Ortiz-Ospina, E., *Global Extreme Poverty*, Our World In Data, 2017. Disponible en: <https://ourworldindata.org/extreme-poverty/>
- UNICEF, *Bienestar y Pobreza en la Argentina*, 2016. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/monitoreo_Pobreza_Completo.pdf.

Instrucciones para los autores

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y correo electrónico).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:

Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F.: Porrúa, 1979

Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.

Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.

Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibid* o *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.*. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*

Discusiones xvii

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en el mes de agosto de 2017
en B4 Gráfica, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

