

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**TESIS DOCTORAL:**

**EL MULTICULTURALISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO  
CONTEMPORÁNEA**

ESTUDIANTE: SUISLY LILY RODAS RAMÍREZ  
CARNÉ: 100015807

GUATEMALA, OCTUBRE DEL AÑO 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**AUTORIDADES**

**RECTOR MAGNIFICO** Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo

**SECRETARIO GENERAL** Dr. Carlos Enrique Camey Rodas

**CONSEJO DIRECTIVO**

**DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC** M Sc. María del Rosario Paz Cabrera  
**SECRETARIA ADMINISTRATIVA** M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

**REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS**

M Sc. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa  
Ing. Edelman Cándido Monzón López

**REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC**

Licda. Tatiana Cabrera

**REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES**

Br. Luis Ángel Estrada García  
Br. Julia Hernández

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS**

M Sc. Percy Ivan Aguilar Argueta

## **TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

**Examinador:** Dr. Sergio Madrazo Mazariegos.

**Examinador:** Dr. Daniel Eduardo Matul Morales .

**Examinador:** Dra. María Alejandra de León Barrientos.

### **Asesor de Tesis**

Doctor Anibal González Dubón.

**NOTA:** Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala)



**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
**Centro Universitario de Occidente**  
**Departamento de Estudios de Postgrado**



### ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-003-2018

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la certificación del acta de examen privado No. 188-2017 de fecha 04 de agosto de 2017, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“El Multiculturalismo en la Filosofía del Derecho Contemporánea”**, presentada por la doctoranda **Suisly Lily Rodas Ramírez** con Registro Académico No. **100015807**, previo a conferírsele el título de **Doctora en Derecho**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, Marzo 2018.

**IMPRIMASE**

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

M Sc. Percy Iván Aguilar Argueta  
Director Postgrados CUNOC



cc. Archivo

Guatemala, 01 de marzo del año 2016.

Respetables Señores:  
Consejo Académico de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Centro Universitario de Occidente  
Universidad de San Carlos de Guatemala

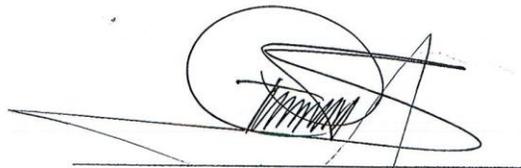
Estimados Señores:

Los saludo respetuosamente deseándoles bienestar en sus actividades al frente del Consejo Académico de Postgrados.

Por medio de resolución de fecha veintinueve de septiembre del año dos mil catorce emitida por ese honorable Consejo, se me nombró Asesor de Tesis de la Maestra **SUISLY LILY RODAS RAMÍREZ**, del Doctorado en Derecho, titulada **"EL MULTICULTURALISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA"**.

Después de las correspondientes revisiones y correcciones de informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra Suisly Lily Rodas Ramírez, y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Programa de Doctorado en Derecho, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

  
\_\_\_\_\_  
DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN



## **ACTO QUE DEDICO.**

### **A DIOS.**

Porque Jehová da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia. Proverbios 2:6.

Porque mejor es la sabiduría que las piedras preciosas; y todo cuanto se puede desear, no es de compararse con ella. Proverbios 8:11.

Por darme la fortaleza y sabiduría necesaria para alcanzar mis metas.

### **A MIS PADRES:**

Jobel Efraín Rodas de León.

Magdalena Lily Ramírez Velásquez.

Por formarme como la persona que ahora soy, por su apoyo incondicional, moral y los sabios consejos que he recibido a lo largo de mi vida personal y profesional.

### **A MI HERMANO.**

Ingeniero Joel Efraín Rodas Ramírez.

Por la ayuda a lo largo de mi carrera, respaldándome en todo momento.

## CONTENIDO

	<b>Página</b>
Introducción	i
Capítulo I: Estado actual de la filosofía del derecho	1
1. Después del positivismo jurídico	1
2. Ronald Dworkin	7
3. Jürgen Habermas	17
4. Robert Alexy	20
5. Niklas Luhmann	27
6. Joseph Raz	30
Capítulo II: El multiculturalismo en la filosofía contemporánea del derecho	41
Capítulo III: Neoconstitucionalismo y pluralismo jurídico	56
1. El pluralismo constitucional	56
2. El punto de partida empírico	57
3. La Constitución pluralista	61
4. La garantía el pluralismo	62
5. Pluralismo y tolerancia	75
6. Evolución del pluralismo	77
7. Funciones de la Constitución pluralista	85
Capítulo IV: Pluralismo jurídico y multiculturalismo, los derechos culturales frente a los derechos del individuo	92
1. La justificación interna del pluralismo	92
1.1 La imparcialidad	92

1.2 La tolerancia	102
1.3 La solidaridad	107
2. La protección de los derechos de las minorías étnicas	115
2.1 Liberalismo y comunitarismo	117
2.1.1 El liberalismo	117
2.1.2 El comunitarismo	130
2.2 Derechos liberales y derechos comunitarios	152
2.3 El argumento del individualismo ético	154
2.4 El argumento de la imparcialidad	157
3. La discriminación inversa o acción positiva	160
Capítulo V: El pluralismo en Latinoamérica	162
1. El pluralismo jurídico y su recepción en América Latina	162
2. La concretización del pluralismo jurídico en América Latina	175
3. Contextualización general del pluralismo jurídico	178
3.1 Constitución Política de la República	178
3.2 Código Municipal	179
3.3 Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural	180
3.4 Ley de Desarrollo Social	182
3.5 Ley General de Descentralización	183
4. Propuesta pedagógica del pluralismo jurídico	185
Conclusión	190
Bibliografía	193

## **RESUMEN.**

El multiculturalismo o pluralismo como le denominan algunos autores, es uno de los tópicos de investigación de los que se ha ocupado actualmente la filosofía del Derecho contemporáneo.

El término “multiculturalismo” goza de un indiscutible auge en el lenguaje de la retórica política y académica de los últimos años, cubre un amplio abanico de contenidos semánticos, y de hecho puede ser usado o bien en un sentido puramente fáctico y descriptivo, con la finalidad de designar cierto tipo de sociedad caracterizada por la presencia y la convivencia en su seno de grupos culturales diversos que comparten experiencias sociales, que interactúan unos con otros, o bien en un sentido normativo, en cuyo caso el multiculturalismo identificaría un modelo político o un ideal jurídico-político para cuya realización se requiere la colaboración del Estado a través, principalmente, de la utilización de instrumentos jurídicos y pedagógicos.

En el primero de sus significados, el multiculturalismo es objeto de estudio privilegiado por parte de los sociólogos, incluyendo entre estos, a los sociólogos del Derecho.

En la segunda acepción, el tratamiento privilegiado del multiculturalismo corresponde a los filósofos políticos sociales, entre los que se incluye también a los filósofos del Derecho. El multiculturalismo nace de la contraposición dialéctica entre el pensamiento liberal y el pensamiento comunitarista.

El autor alemán Peter Haberer, plantea lo que él denomina el “pensamiento posibilista” y lo explica como una filosofía plural y una filosofía de alternativas.

El pensamiento posibilista significa pensar en y desde otras alternativas y está abierta a cualquier otra paleta de posibilidades más amplias, así como frente a compromisos de todo tipo.

Consecuentemente, cuanto más abierta, plural y político sea un determinado orden constitucional junto con su correspondiente parte dogmática se entiende tanto más relevante será este tipo de reflexión posibilista.

Por otro lado, cada vez más adquieren notoriedad política y jurídica los planteamientos sociales, económicos y políticos de los grupos minoritarios, de los denominados grupos vulnerables, y de comunidades étnicas y religiosas, acerca de sus derechos culturales, religiosos, étnicos, sus costumbres, etc.

Es notoria la importancia de la investigación de la filosofía del derecho contemporánea en el campo del multiculturalismo, en el cual se desarrollan los mayores conflictos, no solo en el ámbito interno de los Estados, sino en el ámbito internacional entre Estados. El multiculturalismo constituye uno de los tópicos de mayor importancia en los estudios filosófico-jurídicos de Occidente en la actualidad.

## INTRODUCCIÓN

El multiculturalismo o pluralismo como le denominan algunos autores, es uno de los tópicos de investigación de los que se ha ocupado actualmente la filosofía del Derecho contemporánea.

Samuel Huntington en su obra denominada “*El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*”, al terminar la guerra fría propuso que terminada la confrontación ideológica con la caída de los regímenes autoritarios que conformaban la denominada Unión Soviética, los conflictos en el mundo se darían por las siguientes razones: religión, etnicidad, cultura, costumbres y recursos.

Esta teoría ha resultado cierta en alguna medida, de manera que la filosofía del Derecho contemporánea se ha centrado en algunas investigaciones en este campo y sus resultados se han reflejado en el movimiento denominado “multiculturalismo jurídico” o “pluralismo jurídico”, como nuevas propuestas de análisis del Derecho y de enfoques filosófico-jurídicos, ello incluso ha dado lugar a la propuesta de otra generación de derechos humanos, como los derechos difusos, las acciones de grupo, los derechos de los grupos religiosos, los derechos ambientales, los derechos de los grupos de diversidad sexual, etc.

El autor de la masacre de Noruega, Anders Breivik quien asesinó el 22 de julio del año 2011 a 77 personas, manifestó que lo hizo porque el multiculturalismo fracasó en su intento de imponerse como ideología y que su actuación fue en defensa de la cultura noruega tradicional, especialmente para defenderla de la cultura musulmana que estaba dañando gravemente a la sociedad de su país.

El autor alemán Peter Haberle, en su obra “Pluralismo y Constitución”, plantea lo que él denomina el “pensamiento posibilista” y lo explica como una filosofía plural y una filosofía de alternativas. Esta es una propuesta multiculturalista contemporánea.

Según Haberle, “pensamiento posibilista” significa pensar en y desde otras alternativas. Sin embargo no parece procedente denominarlo “pensamiento alternativo” sin más, pues correría peligro, o al menos un gran riesgo, de ser asociado con conceptos antitéticos similares a los que aparecen con las disyuntivas gramaticales “o-o”, o sea, “o lo uno o lo otro”, que, como es bien sabido, son mutuamente excluyentes.

El pensamiento posibilista, dice Haberle: “...está siempre abierto a cualquier otra paleta de posibilidades más amplia, así como frente a compromisos de todo

tipo. Únicamente en algunos casos de cuño eminentemente retórico, se podría reconducir a la susodicha doble disyuntiva de “o lo uno o lo otro”, sin embargo, siempre hay que decir, que de hacerse así, nunca se entenderá que, bajo dichos términos se encierra algo absoluto y excluyente, como si realmente jamás cupiera dicha alternativa.

El racionalismo crítico, cuyos procedimientos se basan en las premisas de avanzar, conjeturar y someter nuestras conjeturas a refutaciones –ensayo y *error*–, es el primer factor que cabe señalar aquí, hallándose muy próximo al pensamiento posibilista sin desdeñar en modo alguno el realista, razón por la que la llamada teoría crítica puede aportar resultados visibles bien diferenciados al respecto. Y del mismo modo que la doctrina científica puede mostrarse muy fructífera para la teoría de la Constitución desde muy diversos ángulos o tesituras y planteamientos, la tríada cognitivista (posibilista, necesaria y realista) puede también, paralelamente, aportar sus propios logros desde ámbitos teóricos plurales, desde los pros y los contras, contribuyendo así a la configuración de diferentes ciencias y ámbitos teóricos respecto de las llamadas ciencias sociales.

El término “multiculturalismo” goza de un indiscutible auge en el lenguaje de la retórica política y académica de los últimos años, cubre un amplio abanico de contenidos semánticos, y de hecho puede ser usado o bien en un sentido

puramente fáctico y descriptivo, con la finalidad de designar cierto tipo de sociedad caracterizada por la presencia y la convivencia en su seno de grupos culturales diversos que comparten experiencias sociales, que interactúan unos con otros, o bien en un sentido normativo, en cuyo caso el multiculturalismo identificaría un modelo político o un ideal jurídico-político para cuya realización se requiere la colaboración del Estado a través, principalmente, de la utilización de instrumentos jurídicos y pedagógicos.

En la historia del pensamiento filosófico-jurídico, han existido diversas concepciones respecto a este tema, por ejemplo, la polémica que se desarrolló en el Reino Unido entre H. L. A. Hart y Lord Deblin; el planteamiento del filósofo e historiador de la modernidad canadiense Charles Taylor y el del filósofo del Derecho Joseph Raz.

Por otro lado, cada vez más adquieren notoriedad política y jurídica los planteamientos sociales, económicos y políticos de los grupos minoritarios, de los denominados grupos vulnerables, y de comunidades étnicas y religiosas, acerca de sus derechos culturales, religiosos, étnicos, sus costumbres, etc.

Es notoria la importancia de la investigación de la filosofía del derecho contemporánea en el campo del multiculturalismo, en el cual se desarrollan los mayores conflictos, no solo en el ámbito interno de los Estados, sino en el ámbito internacional entre Estados. El multiculturalismo constituye uno de los tópicos de mayor importancia en los estudios filosófico-jurídicos de Occidente en la actualidad.

Este informe consta de cinco capítulos, en el primero se desarrolla la idea del estado actual de la filosofía contemporánea del Derecho, como punto de partida para la ubicación del multiculturalismo. En el segundo capítulo se expone al multiculturalismo como tópico de investigación de la filosofía contemporánea del Derecho; en el tercer capítulo se desarrolla el pluralismo jurídico como base teórico-jurídica del multiculturalismo en la teoría constitucional actual o neoconstitucionalismo; en el cuarto capítulo se exponen los fundamentos constitucionales de los derechos culturales en contraposición a los derechos individuales y en el quinto capítulo se desarrolla la idea de la recepción del pluralismo jurídico en Latinoamérica por medio de algunas instituciones normativas y una propuesta pedagógica de difusión y conocimiento de esta teoría jurídica.

## CAPÍTULO I

### ESTADO ACTUAL DE LA FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

La finalidad del presente capítulo es exponer de forma resumida, el estado actual de la filosofía contemporánea del derecho y el pensamiento de algunos de sus representantes, los que hemos considerado más representativos.

#### 1. DESPUÉS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

La significación del término *contemporáneo* produce algunas dudas. Cuando en el lenguaje corriente se habla de la *época contemporánea*, hacemos referencia al presente, designamos a la época en que vivimos, y con ello asumimos una delimitación que nunca será definitiva, sino que se mantendrá continuamente sometida a revisión. Sin embargo en el ámbito de la historia, la línea que marca el inicio de lo *contemporáneo* suele fijarse en relación a fechas precisas, si bien éstas varían en los distintos países y culturas.

Deviene necesario entonces, si nos proponemos analizar la Filosofía contemporánea del Derecho, determinar el momento en el que ésta se inicia.

La aceptación general, es tener como época de su inicio, la segunda mitad de la década de los años sesenta del siglo XX, época que por lo general, se identifica con el inicio de la crisis del modelo iuspositivista en su última gran versión, la de H. L. A. Hart. (Faralli, 2007, p. 10)

Durante los últimos treinta años ocurrió un progresivo derrumbamiento de las escuelas y de los presupuestos que hasta entonces se consideraban consolidados en este ámbito de la filosofía del Derecho. Un ejemplo elocuente del profundo cambio producido en el panorama filosófico-jurídico del presente es la pérdida de la pertinencia y utilidad que hasta hace poco tenía la distinción clásica entre el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico como rótulos identificadores de las tres grandes tradiciones del pensamiento jurídico.

Esta clasificación, durante largo tiempo había permitido agrupar, en una triada, las muy variadas posiciones de los diversos autores. Si bien es cierto, a veces, el etiquetado en uno cualquiera de los tres patrones que se suponía conformaban y condicionaban las distintas visiones del Derecho tenía un componente artificial o bien, en ocasiones, se hacía de un modo un tanto simplificador y al mismo tiempo, forzado.

La aceptación de la pérdida de actualidad en nuestros días de estas tres tradiciones, a la hora de estructurar de manera exhaustiva el nuevo material que constituye la Filosofía del Derecho no permite concluir que hayan desaparecido por completo del escenario de la filosofía del Derecho el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo jurídicos.

Al contrario,

el iusnaturalismo tiene hoy como representante relevante a John-Mitchell Finnis; al positivismo jurídico se encuentran ligados en la actualidad, aunque de distintas formas, autores como Neil MacCormick, Otta Weinberger o Joseph Raz; al tercero se vinculan en nuestro tiempo los exponentes de los *Critical Legal Studies*, del análisis económico del Derecho y de una parte de la doctrina jurídica feminista. (Faralli, 2007, p. 11)

Lo contemporáneo en la filosofía del Derecho, radica en la comparecencia de otra serie de autores que en su discurso, o no se atienen a ninguna de ellas, o prescinden de las tres orientaciones citadas, en el sentido de que por su obra difícilmente se les puede ubicar en alguna de ellas, ya que ni se adhieren a las

mismas, ni las critican, sino que se ocupan de investigaciones por distintas de las que de ordinario se practicaban hasta hace poco en el ámbito de la filosofía del Derecho y justificaban etiquetar a los distintos autores en alguna de las tres citadas corrientes.

Algunas de las características que particularizan al debate en la filosofía contemporánea del Derecho es la notable ampliación experimentada por su ámbito tópico, en el que se han abierto nuevos campos, al punto que se ha afirmado, que estamos asistiendo a una sobreabundancia de las investigaciones más diversas. (De la Torre, 2007, p. 9)

De tal manera que, sin que se haya renunciado del todo al tratamiento de los problemas tradicionales de la disciplina, cuyo ámbito cubría, desde la teoría de la justicia hasta la teoría de la ciencia jurídica, desde la teoría de la norma jurídica a la teoría del ordenamiento jurídico, los distintos pensadores en el ámbito de la filosofía del Derecho se encuentran cada vez más comprometidos con la toma en consideración de una serie tan numerosa como variada de nuevas cuestiones, dotadas todas ellas de una elevada especialización, que requiere su aproximación a los flancos propios de la filosofía moral, de la filosofía política, de la informática, de la medicina o de la sociología.

La organización de la lectura de las tendencias contemporáneas en la filosofía del Derecho, en orden a facilitar la comprensión del debate filosófico-jurídico, que se nos presenta tan altamente especializado, fragmentado, variado y fluido, podría consistir en *“dividir este debate en dos rutas de investigación que han surgido de la crítica al modelo iuspositivista, con ocasión de la última de sus crisis, cuyos inicios se remontan a finales de los años sesenta del siglo XX”* (Faralli, 2007, p. 13-13).

El modelo formalista, por decirlo al estilo de Bobbio, era el característico de una teoría formal del Derecho. Esto es, el modelo propio de una teoría que estudia al Derecho atendiendo a su estructura normativa, con independencia tanto de los valores a que esta estructura sirve, como del contenido que la misma encierra.

Esta concepción se fundamentaba básicamente en dos basamentos:

el primero se lo aportaba la construcción teórica de los científicos sociales de finales del siglo XIX, que postulaban la neutralidad valorativa de las ciencias sociales y la imposibilidad estructural de identificar criterios de enjuiciamiento de orden moral para decidir en los ámbitos del Derecho y de la política. El segundo basamento lo constituía el fundamento que al

respecto le proporciona en la primera mitad del siglo XX, la filosofía analítica; filosofía que, con ocasión de sus investigadores sobre el lenguaje de la ética y los enunciados éticos, desarrolló una metaética no-cognoscitiva, es decir, una concepción que sostenía la imposibilidad de alcanzar un conocimiento objetivo de los valores. (Vigo, 2008, p. 9).

El debate en la filosofía contemporánea del Derecho ha cuestionado estos dos basamentos sobre los que se sustenta el positivismo jurídico. *“Esto ha hecho posible la doble expansión que en la actualidad experimenta la Filosofía del Derecho; por un lado, la apertura de la disciplina al mundo de los valores ético-políticos y, por otro, su simultánea apertura al mundo de los hechos”* (Faralli, 2007, p. 15-16).

Resulta imposible en este trabajo la tarea de presentar, aún de forma sucinta, todas las corrientes de la filosofía contemporánea del Derecho, pues sería una tarea monumental que está fuera de los alcances de esta investigación, sin embargo, a continuación realizamos un análisis sucinto de los que creemos que son los autores más representativos de las diversas corrientes que matiza la filosofía contemporánea del Derecho.

## 2. RONALD DWORKIN

Uno de los autores más representativos de la filosofía contemporánea del Derecho y a quien se le atribuye la fundación del movimiento denominado *neoconstitucionalismo*, que tiene como uno de sus basamentos más fuertes la distinción entre principios y reglas es Ronald Dworkin, iusfilósofo estadounidense fallecido recientemente, del cual exponemos de forma resumida su pensamiento tomado de sus tres obras principales: *Liberalismo, Constitución y Democracia* (2003); *Los Derechos en Serio* (1984) y *El Imperio de la Justicia* (2009).

Sucesor de Hart en la cátedra de filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford. Refuta la tesis hartiana de la separación entre el Derecho y la moral. Sostiene que los ordenamientos jurídicos no se componen tan sólo de estructuras normativas, ya que comprenden, junto a las normas en sentido estricto –las reglas o disposiciones específicas-, los principios, que van más allá del Derecho establecido, en cuanto se refieren ya sea a fines (como el bienestar público), ya sea a valores (entre ellos los derechos individuales).

Los principios jurídicos representan unas prescripciones genéricas, un *standard* que debe ser tomado en consideración, y no porque provoque o

contribuya al mantenimiento de una determinada situación (ya sea ésta económica, política o social) que se considera deseable, sino en cuanto que hacerlo constituye una exigencia de justicia, de imparcialidad o de corrección, o de cualquier otra dimensión de la moralidad.

En la concepción dworkiniana el Derecho se concibe como una práctica social, que se encuentra integrada tanto por un conjunto de reglas, como por una serie de valores que dichas reglas pretenden y deben desarrollar.

Los principios jurídicos son realidades heterogéneas respecto de las normas, si bien resultan complementarios de éstas en el orden jurídico: las normas son válidas en cuanto que han sido establecidas y pueden ser cambiadas tan sólo mediante una deliberación.

Mientras que los principios son válidos en la medida en la que se corresponden a las exigencias morales sentidas en un período particular, y su peso relativo puede concluir por modificarse en el transcurso del tiempo.

Los tribunales se ven obligados a recurrir a los principios para resolver los llamados *casos difíciles* o *casos dudosos*, en los que no resulta posible aplicar una norma sin cometer al hacerlo, una injusticia.

Mientras que una regla o una norma en sentido estricto, se aplica por subsunción –*es decir, reconduciendo el caso al supuesto de hecho abstracto por ella previsto-*, en contraste, los principios se aplican mediante la ponderación de su valor relativo al caso.

Los principios jurídicos poseen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión del peso específico o de la importancia respectiva.

En los casos en los que se solapan varios principios (*por ejemplo cuando en un supuesto concurren las directivas que obligan a proteger a los compradores de automóviles con el principio de la libertad contractual*), quien debe resolver el conflicto ha de tener en cuenta la importancia relativa al caso de cada uno de los principios concurrentes.

A este respecto resulta especialmente notorio el ejemplo -citado de manera pertinente en varias de sus publicaciones por Ronald Miles Dworkin con la

finalidad de ilustrar el papel de los principios-, que ofrece la causa *Riggs vs. Palmer* (o caso *Elmer*), sustanciada ante el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York el año 1889.

Se trataba de decidir si Elmer Palmer tenía o no derecho a recibir la herencia que le había sido asignada por su abuelo Franz Palmer en su último testamento, aún a pesar de haberle asesinado mediante veneno, siete años antes con la finalidad de heredarle, en el entendimiento de que las leyes de Nueva York no contemplaban al homicidio entre las causas de exclusión de la herencia.

El tribunal decidió por mayoría (de cinco frente a dos), yendo de este modo más allá de lo dispuesto por el Derecho positivo de sucesiones, desestimar la pretensión de quien había sido designado por el testador como heredero, y negar a Elmer Palmer el derecho a beneficiarse de la herencia de su víctima, en base al principio jurídico a tenor del cual *nadie puede obtener beneficio de la realización de un delito*.

En la fundamentación de la sentencia, el juez Earl, que actuó como ponente en la decisión de la Sala, argumentó lo siguiente:

1. Es absolutamente cierto que las leyes que regulan el otorgamiento, la prueba, los efectos del testamento y la restitución de bienes, si se interpretan de manera literal, y si su vigencia y eficacia no pudieran en modo alguno y bajo ninguna circunstancia vanificarse o modificarse, atribuirían estos bienes al asesino;
2. La intención de los legisladores al regular una determinada materia no carece de relevancia a la hora de interpretarla, toda vez que: todo lo que estaba presente en la intención de los redactores de una norma forma parte de ella, de la misma manera que, nada de lo que se puede suponer que contiene una norma forma parte de ésta si no lo estaba en las intenciones de sus redactores;
3. De donde concluye que los legisladores de Nueva York, que originariamente habían promulgado el régimen jurídico de los testamentos, no pretendían que los asesinos pudiesen llegar a heredar los bienes de sus víctimas y, por esta razón, el auténtico estatuto que promulgaron no puede contener esta consecuencia;
4. La vigencia y los efectos de todas las leyes y de todos los contratos es preciso contrastarlos a la luz de las máximas generales y fundamentales del *Common Law*. Nadie tiene derecho a obtener beneficio de su propio fraude, o a sacar provecho de su delito, o a fundamentar una demanda en su

propia iniquidad, o a adquirir la propiedad como consecuencia de un crimen.

Por el contrario, el voto particular disidente del mayoritario, redactado por el juez Gray, se pronuncia por una interpretación literal de la norma reguladora de los testamentos, por entender que cuando un texto normativo es claro, los tribunales no tienen derecho a negarse a aplicarlo en consideración a los efectos que pudiera producir, toda vez que *estamos limitados por reglas jurídicas*. Pese a las diferencias, las normas en sentido estricto y los principios jurídicos presentan una fisonomía común en el ámbito de la decisión judicial. Ambos establecen derechos y obligaciones en orden a la decisión de la controversia. Al juez le corresponde identificarlos, de tal manera que cuando resuelve la controversia no asume una función creadora de Derecho.

Dworkin, persuadido tal como él mismo reconoce, de que *toda teoría del Derecho competente, debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa*, este punto de vista orienta a *asumir la idea de que la interpretación posee mayor relevancia para la teoría jurídica de la que se le había atribuido hasta entonces*.

En efecto, con el tiempo, el momento interpretativo terminaría por convertirse en el motivo dominante de la construcción doctrinal de Dworkin, quien en “El Imperio de la Justicia”, construye una teoría del Derecho como interpretación y como integridad, en el sentido de que el Derecho se concibe a la manera de una actividad compleja de interpretación, que no por ello se abandona en manos del arbitrio o de la discrecionalidad en sentido fuerte, de los jueces y magistrados, sino que se encuentra firmemente vinculada a los principios jurídicos, que son fruto de un preciso desenvolvimiento histórico.

En “El Imperio de la Justicia”, Dworkin manifiesta que en esa obra establece en toda su extensión la respuesta que ha estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales consideradas como un todo. Justificación que consiste en la mejor historia narrativa, que hace que estas prácticas sean las mejores posibles.

El Derecho, dice Dworkin, es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué establece el Derecho, mediante la interpretación de la práctica de otros jueces, en el momento en que deciden qué es el Derecho. Las teorías generales del Derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial.

Dworkin rechaza tanto el convencionalismo que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales; como el pragmatismo que identifica la mejor interpretación en la historia de los jueces como arquitectos autónomos del futuro mejor, libres de la exigencia inhibitoria que les supondría estar obligados a actuar en congruencia con la actuación de otros jueces.

Dworkin ha atribuido mayor relevancia a una tercera concepción, aquélla que entiende al Derecho como integridad y vincula la jurisprudencia y la aplicación del Derecho (concepción que determina que el contenido del Derecho no depende ni de convenciones especiales, ni de la labor de cruzados autónomos, sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la propia práctica legal.

Eliminada así la rígida distinción entre Derecho y Moral, que había caracterizado al positivismo jurídico hasta la obra de Hart, se abre una nueva vía hacia la filosofía del Derecho normativa, que se ocupa de cuestiones dotadas de una fuerte proyección política y moral.

La abstención de interdisciplinariedad, que durante la primera mitad del siglo XX había caracterizado la actividad de buena parte de los más distinguidos

filósofos del Derecho, parecía que estaba comenzando a ceder terreno en el marco de una cada vez más estrecha relación entre el Derecho, la ética y la filosofía política.

En la misma línea de la filosofía del Derecho de Dworkin cabe mencionar otros ejemplos paradigmáticos:

- 1- La sentencia dictada por el juez Coke, en Inglaterra, en el caso *Bonham*, a principios del siglo XVII, en el cual el magistrado sostuvo que el Derecho natural estaba por encima del *Common Law* y de las prerrogativas del Rey, y decidió, por lo tanto, aplicar la norma que consideró superior, y;
  
- 2- El fallo *Marbury vs. Madison* dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en 1803, donde por primera vez se dejó sin aplicar una norma legal por entender que lesionaba la Constitución.

A continuación presentamos una breve descripción de este caso, referirá por Manili (2005, p. 25-26):

El presidente de esa Corte, John Marshall, justificó la competencia de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad a través del siguiente silogismo:

- I) El juez está obligado a aplicar la ley;
- II) Si hay dos leyes contradictorias, una debe excluir a la otra;
- III) La Constitución es suprema y es la que define qué norma es “ley”;
- IV) Si una ley es contraria a la Constitución no es “ley”;
- V) Si se admitiera lo contrario, el Congreso podría reformar la Constitución y ésta se transformaría en inútil;
- VI) Si la ley no es válida, no es obligatoria y no debe ser aplicada;
- VII) Una ley del Congreso contraria a la Constitución no debe ser aplicada por los jueces.

Sin lugar a dudas para los juristas formados en el ámbito del utilitarismo, para los positivistas y los marxistas, Dworkin es un autor incómodo, porque cuestiona los presupuestos fundamentales comúnmente aceptados. Por eso las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro sistema de Derecho Romano-Canónico.

### 3. JÜRGEN HABERMAS

Exponemos de forma breve el pensamiento de Jürgen Habermas a partir de su obra *Facticidad y Validez* (1998), en la cual expone su filosofía del Derecho, obra que ha sido comentada también por Quintana (2007) y por García Amado (2005), quienes sirven de referencia a esta exposición.

La reflexión filosófica de Jürgen Habermas se había iniciado en la última década de los años cincuenta, momento en el que fuera ayudante y estrecho colaborador de Theodor Wiesengrund Adorno en el *Instituto para la Investigación Social* de Frankfurt am Main. En el ámbito de la llamada *segunda generación* de la escuela de Frankfurt, también conocida como Teoría Crítica.

Habermas iría emancipándose progresivamente de esta corriente, hasta llegar a su autonomía de pensamiento en el inicio de la década de los años ochenta.

Es en su *Teoría de la acción comunicativa*, donde Habermas teoriza ese cambio de paradigma, con el despliegue del denominado giro comunicacional que caracterizará su pensamiento ulterior y, en concreto, su concepción acerca de la

ética y del Derecho, mediante la formulación de la teoría de la acción comunicativa. Si bien los preliminares de esta novedosa reflexión se remontan a finales de la década de los años sesenta.

A los fines de poder comprender filosóficamente el ámbito de la acción humana, y en orden a poder asumir un punto de vista normativo respecto a la misma, desde el que se puedan entender los argumentos de las interacciones sociales, Habermas considera central el concepto de razón comunicativa.

Dicha modalidad *ampliada* de razón se contrapone, de un lado, a la razón puramente instrumental y finalista de la acción y, de otro, profundiza críticamente la razón práctica de origen kantiano, en cuanto que no nos pretende señalar qué debe hacerse a fin de obtener un determinado resultado, sino que nos muestra la vía para identificar de manera consensuada que normas pueden disciplinar las acciones.

La comunicación racional a la que Habermas asigna la tarea de presidir la justificación de las reglas prácticas de la acción, debe observar ciertos presupuestos, entre otros, las reglas formales de la lógica en la formulación de los argumentos, la comunidad de la lengua empleada o su traducibilidad, e, incluso, la

paridad de los participantes, su responsabilidad moral y, finalmente, pero no por ello menos importante, la disponibilidad para entenderse.

Tiempo después, en su obra *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, la última gran obra sistemática de Habermas, el filósofo de la Universidad de Frankfurt procede a la aplicación de estas premisas al mundo del Derecho y de las estructuras normativas de la existencia.

El principio de validez del Derecho es el principio discursivo según el cual *merecen la consideración de normas válidas tan sólo las normas que pudieran recibir la aprobación de todos los potenciales interesados, en la medida en la que éstos participan, en general, en discursos racionales.*

En el corazón mismo del Derecho positivo, se introduce por Habermas, la Moral.

Bien cierto que una Moral de tipo procedimental, despojada de cualquier género de contenidos determinados, y que se sublima en un procedimiento de justificación, en principio válido para cualquier posible contenido normativo.

La moralidad se convierte así en moralidad de procedimientos.

Se puede hablar de este modo, de un Derecho justo, sin que por ello sea preciso hacer referencia a éste o aquél concreto contenido moral.

En otras palabras, el carácter normativo para juzgar acerca de la legitimidad del Derecho no es este o aquel principio moral ajeno al Derecho, sino la posibilidad de desarrollar de forma discursiva pretensiones de legitimación con referencia al fenómeno jurídico.

De este modo, ha pasado a ocupar el centro de gravedad de toda la reflexión, el carácter argumentativo de los procedimientos de verificación de la aceptabilidad de las normas jurídicas.

#### **4. ROBERT ALEXY**

Para exponer brevemente el pensamiento de Robert Alexy, nos basamos en sus obras: *El Concepto y la Validez del Derecho* (1994), *Jueces y Ponderación Argumentativa* (2006) y *Una Discusión Sobre la Teoría del Derecho* (2007).

Robert Alexy se sitúa en el mismo plano de Habermas, en la medida en que su teoría viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiano y, por otro lado, una extensión de esta teoría al campo específico del Derecho, en su primera obra que constituyó su tesis doctoral (Teoría de la Argumentación Jurídica).

En esta obra, Alexy determina su consideración del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general, del cual se diferencia porque, con las afirmaciones y las decisiones jurídicas no se pretende alcanzar la corrección absoluta, sino tan sólo decisiones correctas a la luz de los presupuestos del ordenamiento jurídico vigente, la cual se caracteriza por su vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática jurídica.

La vinculación entre el discurso teórico y el discurso práctico permite comprender el problema más amplio de la relación entre el derecho y la moral.

Cuestión que este profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel, afronta de manera monográfica en su obra *El concepto y la validez del Derecho*, donde reitera que la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de Derecho, ya que establece la conexión entre derecho y moralidad,

lo que supone adoptar una posición abiertamente contraria a las tesis iuspositivistas de la separación entre derecho y moral.

Estas tesis consideran que el concepto de Derecho ha de ser definido de manera tal que no incluya ningún elemento moral, al presuponer que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral, o entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la Moral, o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser.

En dicha publicación sostiene la tesis de la vinculación conceptual normativa necesaria entre el Derecho y la Moral y lo hace recurriendo a una serie variada de argumentos, entre los cuales resulta fundamental el llamado *argumento de los principios*.

Así, y a través del oportuno desarrollo y concreción de la posición dworkiniana, Robert Alexy define a los principios como una especie normativa que tiene características singulares, al tiempo que cumple en el sistema jurídico, funciones bien diversas a las que son propias de las reglas: Las reglas son normas que cuando se cumple el supuesto de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando de hecho se cumplen determinadas

condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente, o autorizan definitivamente a hacer algo. Por lo tanto pueden ser considerados mandatos definitivos. Su forma de aplicación característica es la subsunción.

Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella prescribe, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo que resulta fáctica y jurídicamente posible.

En contraste con las reglas, los principios tienen un contenido relativamente más general, más abstracto, más vago y más genérico respecto al propio de las reglas.

Los principios son normas de un tipo distinto, que ordenan optimizar, de aquí que puedan definirse como *mandatos de optimización*, es decir, como directrices realizables sólo en parte, o en una medida variable, que no prescriben la práctica de conductas específicas, sino que reenvían a valores que han de ser realizados en la mayor medida que resulte posible hacerlo dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.

Entre los principios y las reglas existe no sólo una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo. Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Por el contrario, los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*.

La enunciación de un principio no comporta, pues, la obligación para sus destinatarios de atenerse por completo a él, realizando una actividad específica, sino que equivale al establecimiento de una razón que, *prima facie*, implica cualquier comportamiento que contribuya a la realización de ese determinado principio.

Lo que supone tanto como afirmar que la esfera de aplicabilidad de los principios se encuentra relativamente indeterminada.

Es decir, los principios son susceptibles tanto de expansión como de contracción.

A fin de saber cuál es el alcance efectivo de un principio es necesario, no sólo hacer referencia a su tenor literal, sino también al contenido de los otros

principios concurrentes y potencialmente aplicables, si los hubiera, y a las circunstancias del caso concreto.

A tal fin, Alexy afirma que los principios se diferencian por la dimensión de su *peso relativo*, más que por su validez.

El procedimiento necesario para determinar cuál es el “peso” de cada uno de los principios viene constituido por la realización de un test de balance (ponderación).

Test en el que, además, de ninguna manera se puede prescindir de la consideración simultánea de una serie de elementos concretos, que no se pueden predeterminar en abstracto.

Por ello, el éxito de la técnica de ponderación no parece que pueda establecerse de manera general, de una vez por todas, ni resultar predecible.

Esto significa que los principios pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas.

Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio se encuentran determinadas, además de por las reglas, por los principios opuestos.

Esto último significa que los principios requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.

Ponderar es buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

Si esto es así, los principios han de ser considerados como argumentos concurrentes a favor o en contra de una determinada decisión; argumentos que se insertan en un esquema de razonamiento más amplio.

Las constituciones que se ajustan al modelo que se expresa en los sintagmas Estado de Derecho introvertido (esto es, un Estado que asimila en su

Constitución los valores que presiden la propia vida política y comunitaria), Estado jurisdiccional, Estado constitucional, o Estado de Derecho material; se diferencian respecto a las que responden al modelo del Estado de Derecho clásico o Estado de Legislación.

Se diferencian por incorporar principios, en los cuales se expresan decisiones valorativas que se imponen al legislador, en la medida en que principios y valores son la misma cosa.

Es en este punto concreto donde se manifiesta una abierta discrepancia respecto a la concepción de Jürgen Habermas, quien ha reprochado a Robert Alexy haber sugerido *la subordinación del Derecho a la Moral, que estaría fuera de lugar, en cuanto no se encuentra liberada del todo de resabios o connotaciones iusnaturalistas.*

## **5. NIKLAS LUHMANN**

Para exponer de forma resumida el pensamiento de Niklas Luhmann, nos fundamentamos en su obra *Una Teoría Sociológica del Derecho*, comentada por García Amado (2005) y por Mejía Quintana (2005).

En el polo opuesto a la concepción del Derecho de la que participan Jürgen Habermas y Robert Alexy, que se puede caracterizar, tal como se ha visto, si bien con matices y diferencias no menores en cada uno de ellos, por una apertura estructural al mundo externo de las razones no jurídicas (pragmáticas, ético-políticas, morales), se sitúa la concepción del jurista y sociólogo alemán Niklas Luhmann.

Este autor, profesor de Sociología de la Universidad alemana de Bielefeld, a partir del inicio de los años ochenta, afrontó la problemática jurídica a la luz de la teoría general de los sistemas autopoieticos.

Teoría en la que la sociedad se describe cómo *un sistema social omnicompreensivo*, en cuyo ámbito anidan toda una variada serie de sistemas sociales, por ejemplo el Derecho, la Moral, la Economía, la Religión, etc.

La función de estos sistemas sociales no es otra que la de contribuir a la reducción de la contingencia y de la complejidad social, al establecer las expectativas de comportamiento.

Todo subsistema social, en su condición de sistema autopoietico, es autónomo, ya actúa según su propio código específico, de conformidad con el principio de autonomía operativa, que, en el caso del Derecho, es el esquema-código binario Derecho/No Derecho (legal-illegal).

El Derecho, por tanto, ateniéndose a su propio código, sin la intervención de otra instancia social, determina lo que vale como Derecho; su código binario permite distinguir en su ámbito a las acciones lícitas de las acciones ilícitas, sin que la distinción implique valoración moral alguna, esto es, pronunciamiento alguno acerca de su bondad o maldad.

La fuente de la validez del Derecho es el mismo sistema del Derecho, concluye Luhmann.

Una sociedad diferenciada como la nuestra debe renunciar a una integración que se fundamente en un punto de vista moral.

A partir de estos argumentos se materializa la abierta discrepancia existente entre la concepción de Niklas Luhmann y la concepción de Robert Alexy, así como la polémica del primero con Jürgen Habermas.

## 6. JOSEPH RAZ

Para exponer en forma breve el pensamiento de Joseph Raz, nos fundamentamos en su obra *Entre el Derecho y la Moral*, publicada en *La Ética en el Ámbito Público* (2001).

El profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford, Joseph Raz, plantea una particular forma de aproximación al Derecho desde el punto de vista institucional.

Su opinión es que se entiende mejor el Derecho contra el trasfondo de una sociedad política que atraviesa varios procesos desde el debate público y las presiones partidarias hasta las acciones concretas y las decisiones que se presentan como autoritativamente vinculantes en la sociedad.

El Derecho es, simplemente, las reglas que alcanzaron un cierto estadio de maduración y apoyo en este proceso.

Esa es la interpretación de la naturaleza del Derecho de Raz, o más bien, como él mismo afirma, una descripción del Derecho que presta atención a los elementos más significativos y esclarecedores y lo deja libre de incoherencias y otros elementos extraños.

Para explicar su tesis sobre la naturaleza del Derecho, Raz se vale de tres enfoques actuales, y se inclina por el enfoque institucional para justificar su definición del Derecho.

El primer enfoque es el *lingüístico*, fundamentado en que tanto entre los exponentes clásicos del Derecho, como entre los modernos, existen algunos que suponen que la indagación acerca de la naturaleza del Derecho constituye un intento de definir el significado de la palabra *ley*.

Tradicionalmente, aquéllos que han adoptado el enfoque lingüístico, se han concentrado en la palabra *ley*.

Tal intento de aproximación, señala Raz, resulta erróneo. Un ejemplo de análisis del Derecho basado en este supuesto, es el que propone John Austin en

*The Province of Jurisprudence Determined*. El error del análisis de Austin no depende de su adopción de un modelo imperativista del Derecho.

Con relativa independencia de las limitaciones de la teoría imperativista, Austin se equivoca en dos aspectos.

En primer lugar, no hay razón para considerar que el discurso acerca de leyes puramente teóricas, tales como las leyes de la naturaleza, sea una extensión parasitaria del discurso acerca de leyes puramente prácticas, tales como las normas jurídicas.

En segundo lugar, cuando consideramos las leyes puramente prácticas, no existe aparentemente motivo para otorgar a las normas jurídicas y a sus rasgos característicos, una jerarquía superior, por ejemplo, a las leyes morales.

Sin embargo, afirma Raz, es rescatable la suerte del enfoque lingüístico, ya que es posible que el significado de otros términos, esté estrechamente relacionado con el objeto de interés de los filósofos.

Los candidatos más promisorios resultan los términos *jurídico* y *jurídicamente*.

No se utilizan en contextos teóricos, y en contextos prácticos parecen encontrarse excluidos de aplicaciones morales y de todos los otros usos que no se relacionan directamente con la filosofía del Derecho.

Los operadores “jurídicamente  $p$ ” o “existe una ley que determina que  $p$ ”, constituyen la forma general de todos los enunciados jurídicos.

Raz concluye que podemos por lo tanto llegar a la conclusión de que cualquier teoría acerca de la naturaleza del Derecho debe respetar la Condición Lingüística siguiente: Todas las declaraciones jurídicas pueden expresarse por medio de oraciones que empleen la fórmula *–jurídicamente  $p$* . Pero al mismo tiempo debemos rechazar el supuesto de que la teoría acerca de la naturaleza del Derecho consiste simplemente en una investigación acerca del significado del término *jurídicamente*.

El segundo enfoque es el de *la perspectiva del Abogado*, el cual consiste según Raz, en lo siguiente: Muchos filósofos del Derecho parten de la siguiente

intuición básica tácita: El Derecho se ocupa de aquéllas consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales para la justificación de sus sentencias.

Si bien esta perspectiva quizás podría verse justificada por supuestos más fundamentales, la aceptación de la intuición básica no nos compromete a aceptarla, pero Raz la posicionará más tarde en su justo lugar.

Kelsen, dice Raz, puede considerarse un ejemplo ilustrativo del filósofo que adopta la perspectiva del Abogado sin estar consciente de ello.

Esto resulta bastante natural, pues el mismo Kelsen afirma que sigue una combinación de un enfoque lingüístico y uno institucional.

La única justificación posible, manifiesta Raz, para que los estudios sobre Derecho ignoren las realidades sociales detrás del Derecho, radica en una concepción del Derecho y del estudio del Derecho, que se concentre en la perspectiva del Abogado.

La teoría del Derecho en Los Estados Unidos de América ha estado siempre dominada por la idea de que el Derecho consiste en la práctica de los tribunales.

Los teóricos norteamericanos no sólo han adoptado la perspectiva del Abogado sino que se apresuran a llegar a la conclusión de que todas las consideraciones que pueden emplear los tribunales son jurídicas.

Según Raz, el representante más sofisticado y acabado de esta tradición es R. M. Dworkin, quien ha desarrollado una teoría del derecho a partir de una teoría de la adjudicación, la teoría moral que constituye la ideología del Derecho.

Así, un Abogado fortificado en virtud de la intuición básica, con el conocimiento de que el Derecho se ocupa del razonamiento judicial, no encuentra motivos desde la perspectiva de sus propias ocupaciones profesionales que le impidan identificar una teoría del Derecho con una teoría de la adjudicación.

El tercer enfoque, por el que se inclina Raz, es el *institucional*.

El enfoque institucional, en opinión de Raz, sujeto a la restricción de la Condición Lingüística, parece muy superior a sus dos rivales.

El enfoque lingüístico, aunque resulte útil al imponer restricciones y sugerir revelaciones, tiende a presentar resultados poco concluyentes.

La perspectiva del Abogado, aunque se basa en una intuición razonable, es arbitraria como punto de partida último.

El enfoque institucional brega por presentar un análisis de una institución política central que debería aceptarse como un análisis del Derecho, ya que cumple con la condición lingüística y, desde este punto de vista, la Intuición Básica constituye una consecuencia justificable.

En el sentido anterior, Raz formula una Limitación Adicional sobre la doctrina adecuada de la naturaleza del Derecho: El Derecho consiste únicamente en consideraciones positivistas autoritativas.

Para explicar esta definición institucional del Derecho, Raz utiliza la siguiente analogía: En la actitud de una persona frente a la perspectiva de determinada acción, resulta posible distinguir entre una etapa de deliberación y una de ejecución.

En la etapa de deliberación la cuestión de lo que debe hacerse se encuentra abierta al debate basado en todo tipo de consideraciones. A menudo las que predominan son las razones de carácter moral.

Una vez que se ha resuelto a satisfacción de la institución social involucrada, el órgano correspondiente formulará la *intención social*, es decir, los objetos de las instrucciones dotadas de autoridad.

Dado que estas instrucciones representan la conclusión de la etapa de deliberación, y pertenecen en sí mismas a la etapa de ejecución, resultan identificables sin recurrir a otros argumentos morales, ya que estos argumentos corresponden por definición a la etapa de deliberación. En tanto sea posible debatir libremente, no se ha alcanzado la etapa de ejecución.

Las consideraciones ejecutivas son, por lo tanto, consideraciones positivistas dotadas de autoridad.

Esto sugiere que el Derecho consiste en las consideraciones positivistas autoritativas que resultan obligatorias para los tribunales, y que pertenece esencialmente a la etapa de ejecución de la institución política (el Estado, la Iglesia, etc.) de la cual forma parte.

El panorama resultante consiste en que los tribunales aplican tanto consideraciones jurídicas (positivistas autoritativas) como no jurídicas. Se basan tanto en razones ejecutivas como en razones deliberativas, aunque el Derecho pertenezca solamente al primer tipo.

El análisis de Raz arroja únicamente un elemento acerca de la naturaleza del Derecho: El Derecho consiste en consideraciones positivistas autoritativas que los tribunales hacen cumplir.

El hecho de que el Derecho según Raz, consiste en los elementos de su definición, es decir, en consideraciones que los tribunales puedan hacer cumplir, las cuales son autoritativas y positivistas, se ve sugerido por la definición de un

tribunal de justicia y por la distinción entre los casos en que el Derecho está determinado y aquellos en que no lo está.

Se ve también sostenida por el hecho de que cualquier análisis del Derecho que se base parcialmente en este rasgo se concentra en una distinción de importancia capital para la organización social: la distinción entre la etapa de deliberación y la etapa de ejecución.

Ante la pregunta acerca de si su definición sobre la naturaleza del Derecho es independiente de todo valor, Raz plantea la defensa siguiente: Al nivel más alto de abstracción filosófica, la doctrina de la naturaleza del Derecho puede y debe ocuparse de la explicación del Derecho dentro del contexto ampliado de las instituciones sociales y políticas.

Los argumentos del enfoque institucional demuestran que el Derecho pertenece a la etapa de ejecución y puede ser identificado sin recurso a los argumentos morales, los cuales pertenecen por definición a la etapa de deliberación.

La doctrina acerca de la naturaleza del Derecho ofrece una prueba para identificar aquél Derecho cuya aplicación no requiere recurso alguno a argumentos evaluativos morales ni de otro tipo.

Pero esto no implica que podamos defender la doctrina de la naturaleza del Derecho en sí, sin utilizar argumentos evaluativos (aunque no sean necesariamente morales).

Su justificación está atada a un juicio evaluativo acerca de la importancia relativa de distintos rasgos de las organizaciones sociales, y éstas reflejan nuestros intereses y preocupaciones morales e intelectuales.

A manera de conclusión sobre el contenido del presente capítulo podemos manifestar que el pensamiento en la filosofía contemporánea del Derecho, aunque sea divergente en algunos aspectos, se caracteriza por la actitud antipositivista de sus exponentes, quienes toman en cuenta elementos ajenos al Derecho, provenientes de otros ámbitos del conocimiento, para formular su concepción filosófica del Derecho.

## CAPÍTULO II

### EL MULTICULTURALISMO EN LA FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

El objetivo del presente capítulo es exponer la situación actual del denominado *multiculturalismo* como un movimiento de hecho que origina cambios y nuevas corrientes dentro de la filosofía contemporánea del Derecho, y surge como nuevo tópico y como parte del denominado *neoconstitucionalismo*.

Uno de los nuevos temas que surgen a discusión en la filosofía contemporánea del Derecho está representado por la actual discusión teórica acerca de la del denominado *multiculturalismo*. Según Faralli,

el término multiculturalismo, goza de un gran auge en el lenguaje de la retórica política y académica de los últimos años, abarca un amplio abanico de contenidos semánticos, y de hecho puede ser usado, o bien en un sentido puramente fáctico y descriptivo, con la finalidad de designar cierto tipo de sociedad, caracterizada por la presencia y la convivencia en su seno de grupos culturales diversos que comparten experiencias sociales, que interactúan unos con otros; o bien en un sentido normativo, en cuyo caso el

multiculturalismo identificaría un modelo político, o un ideal jurídico-político para cuya realización se requiere la colaboración del Estado a través, principalmente, de la utilización de instrumentos jurídicos pedagógicos (2007, p. 282-283).

En el primero de sus significados, según Faralli, el multiculturalismo es objeto de estudio privilegiado por parte de los sociólogos y de los sociólogos del Derecho, mientras que en su segunda acepción el tratamiento teórico del multiculturalismo corresponde a los filósofos político-sociales, entre los que se incluyen los filósofos del Derecho.

En su segundo significado, el multiculturalismo

nace de la contraposición dialéctica entre el pensamiento liberal y el pensamiento comunitarista. Contraposición que ha denominado gran parte de los debates desarrollados por la Filosofía político-social de la última década de los años ochenta del pasado siglo, como consecuencia de las dificultades para integrar el ideario universalista clásico de autonomía y derechos universales con las demandas que presentan una pluralidad de colectivos comunitarios, que han determinado que las actuales sociedades

se configuren cada vez más como unas realidades multiculturales, multiétnicas y multinacionales. (Calsamiglia, 2000, p. 67-67)

En ese sentido, uno de los fundamentos de tal contraposición reside en la necesidad, defendida por el liberalismo, de emancipar al individuo de las concepciones del bien socialmente dominantes; el otro, en la exigencia, advertida en este caso por los comunitaristas, de limitar el divorcio entre la identidad individual y los valores socialmente transmitidos. (Raz, 2001, p. 184)

En opinión de Faralli,

*los planteamientos multiculturalistas tienen como propósito retomar y coordinar armónicamente ambos objetivos, ya que por una parte, tratan de proteger y reconocer las tradiciones culturales de los distintos grupos presentes en las modernas sociedades pluralistas, por otra parte han concluido exigiendo la protección de la libertad del individuo y su capacidad de desarrollar en sentido pleno su propia identidad. (2007, p. 284-285)*

Entre los principios más importantes del liberalismo tradicional, como se puso de manifiesto en la polémica que se desarrolló en el Reino Unido entre H.L.A. Hart y Lord Devlin,

es el clásico principio de la distinción entre la esfera pública, que incluye tan sólo aquello que tiene relevancia política, y la esfera privada de la vida de cada ciudadano, en cuyo ámbito recae todo lo que se refiere a la identidad particular del individuo –religiosa, afectiva, sexual, etcétera–. (Malem, 1998, pp. 90-91)

Manifiesta Frozer que

el principio de la separación de las dos esferas, que comporta, tanto para el Estado como para las instituciones públicas en general, la prohibición de interferir en el ámbito de la vida privada de los ciudadanos, se invoca por parte del liberalismo contemporáneo para sostener la obligada neutralidad del Estado respecto a todo lo que encaja en el área de la “concepción del bien” por parte de los ciudadanos. (Frozer, 2001. P. 275)

Lo interpretado según este ideal, es que

el Estado debe preocuparse tan sólo de garantizar a todos una igual disponibilidad de aquellos bienes primarios fundamentales, que constituyen las precondiciones necesarias para realizar cualquier concepción del bien particular a la que pudieran aspirar los ciudadanos, en la variedad de su identidad, al tiempo que ha de mantenerse en cambio neutral en el plano del desarrollo de las identidades particulares. (Salmerón, 1998, p. 80-81)

Se puede afirmar que la observación de la realidad social en los países de composición cultural mixta, principalmente en los países anglosajones, donde tal fenómeno cuenta ya con una larga tradición, ha llevado, no obstante, a algunos estudiosos a advertir que también el sentido de pertenencia a un grupo y a una tradición cultural puede ser considerado como un *bien primario*.

Como ha escrito el filósofo e historiador de la modernidad canadiense Charles Taylor:

la identidad de los individuos (y ésta es una de las objeciones más fuertes que dirigen los estudiosos de signo comunitarista a los liberales) no se crea de la nada, sino que es siempre fruto de posiciones intelectuales y morales previas; y necesita de un fondo cultural y social respecto al cual se plasma

dialógicamente. Las expresiones lingüísticas de sanción de la pertenencia a la comunidad lingüística determinan que el yo no define el discurso real y moral de forma fonológica, y que la “identidad plena” se obtiene a partir de la identificación del agente con los “marcos referenciales” del espacio moral –dado por la “comunidad lingüística” a la que pertenece– y por la posición que ese agente ostenta dentro de ese “horizonte de significado”, por lo que “es absolutamente imposible deshacerse de los marcos referenciales”, más allá de cuyos horizontes se producen situaciones de “crisis de identidad”, en la medida en que el individuo carece de criterios para establecer definiciones y valoraciones ciertas. Si una cultura, que provee este fondo esencial para la construcción de la identidad de los individuos a ella adheridos, se encuentra en una posición marginal en una determinada sociedad en la que dominan otras culturas (es el caso, por ejemplo, de la cultura afroamericana en los Estados Unidos), los ciudadanos pertenecientes a la cultura minoritaria se encontrarán en una situación desventajosa. Para ello, en el proceso de desarrollo de su identidad, deberían tomar conciencia de la imagen disminuida de sí mismos, que se ve reflejada en la escasa apreciación social de su cultura de base. (Taylor, 1990, p. 107-108)

Afirma Taylor que:

en principio, todos los individuos tienen intereses esenciales a recibir un reconocimiento público de su propia cultura, como aplicación del principio de la igual dignidad de todos los ciudadanos ante el Estado y las instituciones públicas. Tal objetivo puede ser conseguido ya sea en el ámbito de la educación, estableciendo programas que conduzcan a los estudiantes a la comprensión y al reconocimiento del valor de la cultura distinta de la propia, ya sea utilizando el instrumental del Derecho estatal a fin de mantener las distintas culturas vitales, aunque minoritarias, existentes en un país. (1990, p.112-113)

Se puede concluir entonces que, en ese sentido, hablar de *multiculturalismo* significa también hablar, como hace Taylor, de *política del reconocimiento*. De hecho ambos términos vienen siendo usados a menudo de manera indistinta.

En el movimiento de la filosofía contemporánea del Derecho, en los primeros años de la última década de los noventa el ideal multiculturalista encontró su plena expresión en una serie de estudios, algunos de los cuales llegaron a obtener una gran resonancia.

Adquirió significativa importancia la contribución de Joseph Raz, discípulo y continuador de la obra de H.L.A. Hart, quien fue profesor de las Universidades de Columbia en Nueva York y de “Balliol College” de la Universidad de Oxford.

Se cree que su origen israelí ha influido en su condición de intelectual formado en una cultura que mantiene desde hace milenios una lucha sin descanso en defensa de su identidad como nación y como Estado.

Los trabajos de Raz, se han proyectado en los ámbitos de la Filosofía moral, de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política, de manera unificada. Raz manifiesta que

en el marco de la filosofía de la razón práctica o filosofía práctica, los tres ámbitos serían, en efecto, unificables en la medida en que pueden reconducirse todos ellos a la toma de consideración de las razones para la acción (morales, jurídicas y políticas). (Raz, 1991, p. 23)

A continuación, expondremos de forma sucinta el pensamiento de Joseph Raz sobre el multiculturalismo, con fundamento en sus siguientes obras: “Razón Práctica y Normas” (1991) y “Multiculturalismo, una concepción liberal” (2001).

En opinión de Raz, el campo de las razones para actuar no estaría en contra de lo que durante largo tiempo se ha pensado que ha sido totalmente dominado por la subjetividad, en la medida en que debe revestir una adecuación al caso, esto es, una razonabilidad.

Raz distingue tres distintos tipos de razones: a) las razones normativas, que son las que debieran orientar la acción de un modo adecuado a las circunstancias existentes; b) las razones explicativas, que dan cuenta del porqué de una determinada acción, que se practica incluso en contradicción con las exigencias de la razón normativa; y c) las razones excluyentes, o sea, razones para no actuar por ciertas razones; se trata de razones que estarían situadas en un nivel distinto, superior a las otras, por lo que no entrarían nunca en colisión con las dos anteriores, que, por su condición de razones de segundo grado, las excluyen.

Considera Raz que las normas jurídicas, como partes de un sistema institucionalizado, comprensivo y caracterizado por la pretensión de autoridad suprema, encajan en el ámbito de las razones del agente como razones de segundo grado o de segundo orden.

Concluye Raz que en este marco, la filosofía del Derecho abordaría investigaciones de carácter lógico-conceptual, mientras que la filosofía moral y la filosofía política desarrollarían, en cambio, investigaciones de carácter sustantivo.

No obstante que Raz es contrario a la neutralidad característica de la tradición liberal, (*Raz califica dicho neutralismo relativo a cada realización sustancial de justicia como abstinencia epistémica, o como exclusión sistemática de la agenda pública de problemas como el bienestar de los individuos*), no abandona la perspectiva propia del liberalismo, y fundamenta una propuesta propia de moralidad política que se asienta sobre el valor de la autonomía y de la libertad encaminada al bienestar de la persona.

En opinión de Raz, la autonomía es un ideal particularmente adecuado a las condiciones de la era industrial y sus secuelas, con sus tecnologías rápidamente cambiantes y la libertad de movimiento de la mano de obra. Estas condiciones exigen una capacidad de adaptación a los cambios tecnológicos, económicos y sociales, una capacidad de ajuste, de adquirir nuevas habilidades, de desplazarse de una subcultura a otra, de aceptar nuevas concepciones científicas y morales.

Raz manifiesta que, con fundamento en el respeto a las personas, cada uno pueda seguir sus inclinaciones, con el único límite impuesto por las necesidades de la cooperación social y la igualdad de oportunidades. Tal propuesta, a la que no es ajena la valoración del contexto cultural de pertenencia, le lleva a sostener una particular versión de multiculturalismo, el llamado *multiculturalismo liberal*, entendiendo como un *precepto normativo* que justifica la promoción y alienta a la prosperidad de las minorías culturales, al tiempo que requiere respeto debido a su identidad.

Raz defiende su alternativa multicultural y su defensa política del pluralismo cultural fundamentado en dos juicios de valor: a) la idea en cuya virtud la libertad y el desarrollo de los individuos dependen de su plena y libre pertenencia a un grupo cultural, vital y respetado; y b) el pluralismo de los valores, esto es, el reconocimiento de que no existe tan sólo una única cultura válida o una sola forma de vida moralmente aceptable, sino que bien pueden resultar justificadas distintas culturas, al igual que están disponibles para las personas muchas formas de vida aceptables, con sus respectivas prácticas y valores, pese a que, entre sí, estas culturas y formas de vida en ocasiones lleguen a ser incompatibles.

Agrega Raz que el pluralismo de valores representa la concepción de que hay muchos modos de vida diferentes e incompatibles. El pluralismo de valores

está íntimamente asociado a la autonomía personal. La autonomía es válida sólo si uno traza un rumbo para la propia vida a través de elecciones significativas entre opciones diversas y valiosas. La idea subyacente es que las personas autónomas tienen una gran variedad de oportunidades incompatibles a su disposición, que les habrían permitido desarrollar sus vidas en diferentes direcciones.

Esencial en el pensamiento de Raz es el hecho de la pertenencia a una cultura. Es esencial tres sentidos: a) en primer lugar, porque sólo a través de las prácticas y del horizonte de significado que suministra una cultura a los individuos estos pueden elegir y discernir las opciones que dotan de sentido a sus vidas. b) en segundo lugar, el hecho de compartir una cultura (por tanto un lenguaje dado, un cierto conjunto de valores sociales, una tradición, etc.) facilita la comprensión entre las personas, y por tanto es un prerequisite de la socialización y; c) en tercer lugar, la pertenencia a un determinado grupo cultural es uno de los más importantes factores que determinan el sentido de la propia identidad.

En opinión de Raz, el Estado liberal, lejos de asumir una postura neutral, debería reclamar para sí la tarea de promover la moralidad y el bien común de sus ciudadanos, bien común que no se puede alcanzar de manera individualizada, al margen de las comunidades culturales, que son las únicas que propiamente

pueden dotar de significado, valor y reconocimiento a los fines del sujeto. Circunstancia que determina el papel activo que el Estado deberá asumir en orden a favorecer el desarrollo interno armónico de las diversas culturas.

La conclusión final a la que llega Raz (2001, p. 204-207) es que el multiculturalismo, en el sentido de la existencia dentro de la misma sociedad política de una cantidad de grupos culturales importantes que desean y en principio son capaces de mantener su identidad separada, está aquí para quedarse.

En la medida en que somos capaces de discernir la tendencia de los acontecimientos históricos, es posible pronosticar que aumente en dimensión e importancia.

El multiculturalismo liberal afirma en tanto principio normativo que, dentro de las circunstancias de las sociedades industriales o post industriales contemporáneas, una actitud política de aliento a la prosperidad cultural y material de los grupos culturales dentro de una sociedad y el respeto a su identidad, se justifican por consideraciones de libertad y dignidad humana.

Estas consideraciones exigen que los gobiernos tomen medidas que van más allá de lo que requieren las políticas de tolerancia y de no discriminación.

Por supuesto que esas medidas deben estar diseñadas para conducir a una coexistencia relativamente armoniosa entre las comunidades tolerantes y no opresivas.

Pero es importante no utilizar falsas normas como pruebas de los límites de la tolerancia. El hecho de que, por ejemplo, el gobierno turco no tolere ciertas prácticas de los kurdos dentro de Turquía no constituye una razón para que deba prohibirse a los kurdos de Turquía utilizar tales prácticas cuando se instalan en Europa.

En forma similar, el hecho de que la tolerancia de ciertas prácticas dentro de las comunidades inmigrantes lleve a un cambio en el carácter de algunos barrios o espacios públicos no es razón para reprimirlas. Los límites de la tolerancia consisten en negar a las comunidades el derecho a reprimir a sus propios miembros, en desalentar las actitudes intolerantes hacia los extraños, en insistir en que la salida de la comunidad constituya una opción viable para sus miembros. Más allá de esto, el multiculturalismo liberal exige también que todos

los grupos permitan a sus miembros el acceso a oportunidades adecuadas para la expresión y participación en la vida económica del país, y el cultivo de las actitudes y capacidades necesarias para la participación eficaz en la cultura política de la comunidad.

El efecto combinado de tales políticas es que el multiculturalismo liberal conduce, no al abandono de la cultura común, sino a la emergencia de una cultura común que respeta a todos los grupos del país y acepta con agrado su prosperidad.

De forma conclusiva, podemos afirmar sobre lo expuesto en este capítulo, que el multiculturalismo es una realidad, es decir, es un hecho que cada día más, las sociedades contemporáneas se integran con mayor frecuencia por comunidades de diversa cultura, religión, etnia, etc. Sin embargo, es importante entender que, como manifiesta Raz, una cultura opresiva y que pretenda imponerse por la fuerza a las demás, está fuera de los límites de la tolerancia de cualquier sociedad.

## CAPÍTULO III

### NEOCONSTITUCIONALISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

El objeto de este capítulo es analizar el planteamiento actual del pluralismo constitucional como fundamento jurídico del multiculturalismo y los elementos esenciales de esta concepción en la forma como los plantea el neoconstitucionalismo.

#### 1. EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

La interpretación del concepto *Constitución*, en el neoconstitucionalismo ha sido planteada, en opinión de Habermas, como

*interpretación constitucional entendida como proceso público. Sus premisas constituyen el modelo existente de pluralismo, y éste como multiplicidad de ideas e intereses, o viceversa, en el seno de una determinada comunidad política, dentro de los parámetros del aquí y ahora. (2002, p. 103)*

Esta multiplicidad de facetas se nutre de todo un amplio abanico de procedimientos formalmente bien diferenciados y con diferentes grados respecto de su efectividad.

En ellos aparecen intereses e ideas tanto del mundo real como del mundo ideal, que se manifiestan unas veces en conflicto y otras en consenso, aun cuando esto se dé a nivel elemental mínimo o básico.

Todas estas ideas se hallan en una tensión dialéctica permanente, lo cual no obsta para que a su vez se planteen ciertas alternativas. Uno de los conceptos básicos para captar esta forma de pluralismo consiste en lo que se denomina la propia apertura, es decir, la propia Constitución, sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes (sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales), y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progreso. (Habermas, 2002, p. 103)

## **2. EL PUNTO DE PARTIDA EMPÍRICO**

El término *apertura* no implica únicamente una proyección hacia adelante, hacia el futuro, sino igualmente una retrospectiva hacia el pasado, toda vez que también los textos clásicos pueden considerarse *constitucionales* en sentido lato.

La experiencia, considerada como uno de los elementos esenciales existentes dentro de la metodología denominada *del ensayo y error*, no se halla todavía suficientemente clasificada y desarrollada como tal desde perspectivas propias del constitucionalismo doctrinario. Consecuentemente, la *teoría de la Constitución pluralista* o, si se quiere, el *constitucionalismo doctrinal pluralista* junto con todas sus consecuencias, no puede dejar de considerar ni de sopesar, ni la interpretación ni la política constitucional, toda vez que, en último término, se éstas se fundan en premisas netamente antropológicas, premisas que a su vez se sirven de ella con relativa frecuencia, haciéndolo de forma más o menos consciente.

Se entiende entonces que el pluralismo constitucional pueda encontrar su apoyo doctrinario en esa especie de vocación de lo que se denomina *Constitución mixta*, es decir,

en la división de poderes, entendida ésta como intento de exploración de nuevos campos de aplicación (por ejemplo, el que se da a nivel de proyección de los medios de comunicación en la sociedad), así como las experiencias que aseguran o garantizan un alto índice de libertad con las ideas que ha logrado el propio pluralismo. (Menke y Pollmann, 2010, p. 86)

Más también el *factor irracional* manifiesta su lugar dentro de ciertos límites, siempre pasando a través del propio principio antropológico subyacente a la experiencia.

Igualmente la experiencia como elemento epistemológico crítico reenvía, por una parte, a la historia del constitucionalismo considerada en cierta medida como una especie de *cámara del tesoro* y, por otra, a lo que sería el *derecho constitucional comparado*. Cada generación se ve, por tanto, obligada a repetir siempre de nuevo sus propias vivencias o a obtener sus propias experiencias; cada pueblo tiene que consolidarlas y encontrar buenas instituciones constitucionales tanto en su propio seno como a través del estudio comparado de las Constituciones de otros pueblos.

Y es necesariamente un *auténtico arte* el poder desarrollarlas siempre de la mejor forma posible en este sentido, al igual que el poder heredarlas. Y aunque dicha *apertura hacia adelante*, tenga que permanecer siempre dentro de sus propios límites y sin sufrir menoscabos, con ello se logra, no obstante, que la libertad pueda desarrollar su mayor potencial.

Esto no significa sin embargo,

que se excluya toda posibilidad de retomar experiencias del pasado, ni que impida tampoco elaborar nuevas analogías históricas sobre la base de experiencias pasadas, siempre que se haga con la debida cautela. Los conocimientos científicos en modo alguno pueden fundamentarse en el simple olvido. (Haberle, 2002, p. 105)

Es evidente que las constituciones en modo alguno pueden garantizar a la vez y de por sí la continuidad histórica entre las generaciones que se van relevando, ya que esto es algo que cotidianamente sucede cada hora, incluso cada minuto, haciéndolo a veces en una sola persona; lo que si pueden hacer es facilitarlos en el marco de lo que se podría denominar una *cultura de fundamento integral*.

Esta especie de recuperación de la experiencia dentro de una teoría constitucional pluralista sería lo que completaría la actualidad y la forma de orientarse de cara al futuro de la propia Constitución, como factores de progreso de las posibilidades del pluralismo. Por lo tanto,

no es contradictorio que la Constitución tenga que aplicarse de forma segura. La teoría constitucional de tendencia pluralista busca siempre su

propio camino, situado entre el conservadurismo y el reformismo. Sin embargo, este tipo de teoría en modo alguno puede considerarse como una especie de constructor jurídico. (Carrillo Salcedo, 1995, p. 152)

### 3. LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA

Si quisiéramos delinear lo que podemos llamar *la silueta del pluralismo* encontraríamos cuatro ámbitos que se pueden diferenciar de forma particular:

1. El ámbito político de lo público, en sentido amplio.
2. El ámbito cultural en las vertientes científica y artística.
3. El ámbito económico y;
4. El ámbito estrictamente estatal. (Haberle, 2002, p. 106)

Estos cuatro ámbitos estructurados de manera diferenciada, junto con el de la esfera privada del ámbito político, se encuentran interrelacionados de forma inescindible. Su común denominador puede ser *el pluralismo en libertad*, a través del cual la Constitución aparece como una ley fundamental de contenido pluralista.

Un ejemplo de punto de contacto entre los ámbitos estatal y público en sentido amplio, lo ofrece el propio Parlamento, en la medida en que preconiza el pluralismo, o sea, que su representación es de por sí esencialmente plural.

También cabría preguntarse de qué forma en concreto resultaría posible establecer este tipo de pluralismo, al igual que dónde están sus garantías y límites, y si es de por sí capaz o susceptible de un ulterior desarrollo teórico, e incluso en la práctica sería necesario hacerlo así.

Una respuesta podría ser la positivización del pluralismo, un tipo de pluralismo que aparece en el seno de una doctrina constitucionalista pluralista sobre todo en su proyección sobre la norma fundamental, es decir, en toda interpretación, exégesis y política constitucionales hechas de forma pluralista, o sea, a aquel que siempre podrá considerarse propio de un tipo de normas o disposiciones constitucionales de libertad bajo toda una pluralidad de perspectivas. (Vásquez, 2015, p. 9)

#### **4. LA GARANTÍA DEL PLURALISMO**

Las constituciones contemporáneas son consideradas como *leyes fundamentales marco*, constituyen cada día con más frecuencia, garantías

universales que nos permiten hablar en general de un *pluralismo normativo*. Lo normativo consiste en el hecho de que tanto la Constitución como el ordenamiento jurídico subyacente ostentan un mínimo de contenidos al tiempo que un grado óptimo respecto de sus procedimientos, los cuales se consideran no tanto ya reglas de juego, sino *reglas de comunicación*.

Dicho marco constitucional procedimental es el que mantiene las garantías del pluralismo, al tiempo que establece sus intereses múltiples (no por ello menos contradictorios), liberando sus propias ideas.

El pluralismo consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura. (Vásquez, 2015, p. 12)

Dichos requisitos marco posibilitan que la sociedad pueda disponer de una integración social y estatal autónoma y una representación igualmente similar, al

tiempo que de una proyección como grupo o de los grupos internos que la componen, en asociaciones, partidos y sindicatos, iglesias y comunidades religiosas, posibilitando la organización jurídica y política. Los requisitos consensuados sobre los que se establece dicho marco, posibilitan al mismo tiempo tanto la concurrencia como, en su caso, el disenso.

Por esta razón, se puede afirmar que la Constitución de la libertad es siempre la Constitución del pluralismo (o la Constitución pluralista) y viceversa. La Constitución es tanto un tema pactado como a la vez positivado, incluso si esto podría parecer contradictorio. El tan consabido lema del *consenso constitucional* ya históricamente acuñado es el que ofrece la mejor prueba de todo ello.

Existe en algunos Estados, el pluralismo *organizado* de forma jurídica y política, por otra parte, también es un hecho la existencia del pluralismo no organizado o no susceptible de organización (en la medida en la que en él colisionan los intereses ínsitos al mismo, como el pluralismo dimanante de las diferentes religiones, filosofías, ideologías y cosmovisiones, de las opiniones políticas y de las propias ciencias a través de ponencias y disertaciones magistrales y otras actividades similares, como las opiniones privadas, las esperanzas y deseos manifestados o no, cuya existencia resulta posible siempre en el marco de una Constitución garantista), pero ambos son ejemplos de la

sociedad abierta de ideas plurales de nuestros días, ambos pertenecen a ese tipo de *sociedad de intereses divididos y a la vez positivizados*.

*“La doctrina científico-constitucional pluralista se fundamenta a su vez en una teoría específica de la propia sociedad plural sin la cual, resultaría imposible siquiera lograr el establecimiento de una democracia de tipo plural”.* (Laporta, 1985, p. 67)

El pluralismo de ideas e intereses debe ser considerado *positivo* desde la perspectiva del constitucionalismo actual, que lo debe valorar como positivo desde múltiples facetas. También desde el ámbito político, puede *positivizarse* mediante una sana crítica plural procedente tanto de la izquierda como de la derecha, en la medida en que muestra aspectos comunes pese a dimanar de doctrinas basadas en identidades propias, ajenas a cualesquiera modelos constitucionales.

Cualquier interés e idea que forman lo que consideramos hoy en día algo de carácter general, viven en su proyección sobre lo público y sobre sus procesos, si bien se encuentran estimulados y limitados todos ellos por la propia Constitución.

La homogeneidad de la voluntad general, entendida en sentido rousseauiano, se contrapone a la heterogeneidad de intereses e ideas, resultando, por tanto, una pura ficción, un error, al igual que toda pretensión de absolutismo de cualquier opinión, teoría o interés concreto. El pluralismo y la apertura a todo proceso constitucional público resultan ser las únicas garantías existentes en favor de una formación unitaria permanente basada en el ámbito de la libertad.

Los resultados integradores tanto de la Constitución, como de la justicia constitucional, no deben ser ni subestimados ni magnificados, sino valorados y protegidos desde una perspectiva jurídico-pluralista.

Existen algunos ámbitos que deben ser plenamente desarrollados, por ejemplo, la protección de las minorías, en lo cual, de lo que se trata en último caso es de aplicar una Constitución libertaria que intrínsecamente como tal jamás debería permitir nada más allá de lo que ni los propios ciudadanos que la establecen pueden permitirse, toda vez que la primera, mejor y última garantía de todo pluralismo social a nivel externo es la tolerancia interna manifestada por la ciudadanía en todas sus relaciones recíprocas frente a todas las personas que convivan en el Estado. (Ferrajoli, 1999, p. 123).

Toda democracia, toda teoría social realista, así como toda teoría que se reputa científica en cuanto a su proyección realista en materia de derechos fundamentales, se encontrará necesariamente dentro del ámbito propio del pluralismo.

En la actualidad, la teoría constitucional pluralista puede relacionarse con tareas y trabajos que le precedieron como antecedentes, es decir, con trabajos propios de política científica y constitucionalista, en sus respectivos esfuerzos por la creación de una teoría pluralista del Estado y la sociedad.

Estos trabajos, provenientes de diversos autores, han tenido por objeto lograr una concepción común de fundamento pluralista o un arquetipo de sociedad de fundamento constitucional netamente positivo, en los que tanto las reflexiones, encaminadas hacia una interpretación plural y procesal, como la implicación del respectivo Derecho procesal constitucional, junto con ciertas reseñas en favor del establecimiento de un sistema económico también pluralista, se entiendan todas ellas como parte inescindible de una cultura del pluralismo.

El más adecuado marco filosófico para el pluralismo, es el que ofrece el modelo de *sociedad abierta* propuesto por Karl Popper.

El racionalismo crítico es la correspondiente teoría científico-pluralista más convincente al respecto, puesto que los contenidos netamente materiales de las constituciones contemporáneas y dentro de ellos, sus elementos estructurales plurales, junto con los demás elementos teóricos del racionalismo crítico, son los que se nos muestran con el mayor grado de congruencia posible. (Haberle, 2002, p. 111)

La teoría constitucional pluralista, exige unir teorías epistemológicas con otras puramente científicas propias del racionalismo crítico, junto con las aportaciones genuinas dimanantes de doctrinas propias de la sociedad plural o del llamado *pluralismo social*.

La doctrina científica popperiana ha surgido sobre el terreno abonado de la práctica constitucional anglosajona británica junto con todas las múltiples y plurales garantías que ofrece ese país, como las libertades de opinión y prensa, o la protección que se dispensa a los partidos de la oposición, etc., desarrollándose todo ello hacia una teoría de cuño netamente social.

Todo ello nos introduce a pensar, por tanto, que las teorías científico-sociales siempre en último extremo y de forma más o menos directa han surgido

de una *praxis* constitucional plural en libertad, y que tanto las constituciones escritas o positivizadas como las que no lo están, se hallan influidas por el respectivo pensamiento social y científico correspondiente.

Desde ese punto de vista, las teorías científicas acerca del pluralismo, no serían otra cosa que una especie de *teorías constitucionales de tipo críptico-constitucional*, lo que nos llevaría a considerar como su consecuencia más inmediata que cualquier doctrina constitucionalista de fundamento pluralista en la práctica a nada se reduce sino a ser tan solo una especie de autorreflejo envolvente que regresa al punto de partida, es decir, que, pasando a través de las instituciones constitucionales angloamericanas desembocaría en el tipo desplegado por algunas constituciones contemporáneas en su exégesis.

De otra manera considerado o desde un punto de vista todavía más estricto,

surge espontáneamente una especie de efecto intermitente y cambiante en virtud del cual toda teoría pluralista se expandiría en mayor o menor medida en el ámbito de aquellas sociedades constitucional-plurales, como resultado, a su vez, del desarrollo de las propias Constituciones, mientras

que dichas teorías pluralistas constituirían en cambio el ulterior desarrollo a su vez de cualesquiera otras reformas, también plurales de sus Constituciones. (Pérez Luño, 1996, p. 34)

Este fenómeno se produciría por doquier en el seno de las propias normas e instituciones relativas a procedimientos en materia de derechos fundamentales o procesales fundamentales. Bien podría considerarse también como la configuración normativa de un pluralismo ya perfeccionado. No obstante ello, su ulterior desarrollo, incluso si se considera únicamente en perspectiva puramente exegética o político-constitucional, en modo alguno podría prescindir tampoco del pensamiento pluralista ni de su posterior desarrollo respecto de su grado de reciproca vinculación.

La sociedad abierta de intérpretes constitucionales significa que tanto el ámbito de lo público como la opinión pública y la totalidad de las teorías pluralistas existentes en su seno actúan como intereses de direccionamiento epistemológico en el ámbito de todo un desarrollo progresivo propio de una Constitución polifacética ya de por sí. (Popper, 2010, p. 186)

De ahí que toda teoría pluralista se convierta en principio en el gran denominador común sobre el que se establece la identidad del arquetipo constitucional de cualesquiera *modelos occidentales* basados en el *valor libertad*.

La doctrina de la *Constitución democrática* es necesariamente pluralista en doble sentido, es decir, como teoría constitucional vinculada con las ciencias o con la propia teoría científica pluralista, encontrándose como tal contra un *antipluralismo* de cualquier tipo que fuere, y como teoría que tiende a establecer un arquetipo constitucional que ofrezca espacio suficiente para cualquier otro tipo constitucional adecuado a este marco.

Ello permite, por una parte, la comparación constitucional y, por otra, estimula una especie de competitividad con lo que podría entenderse como la *familia de Constituciones de base pluralista*, es decir de todas aquellas en las que el principio, la base y el fundamento *inmanente* lo constituye el propio pluralismo.

Derivado de ello, algunas de las concreciones jurídico-positivas del pluralismo aparecen como contenidos de algunas constituciones contemporáneas, y han sido defendidos en la jurisdicción constitucional de algunos ordenamientos democráticos.

“La institución fundamental de ello no es otra que la formada por el propio principio constitucional de tolerancia activa, así como por el de renuncia al uso de la fuerza”. (Popper, 2010, p. 190). Tales principios deben ser fomentados desde la educación preescolar infantil y deben concluir en el pluralismo científico-epistemológico de las facultades universitarias, desde donde debería volver a proyectarse hacia atrás sobre las aulas y sobre la propia sociedad de la cual inició.

Partiendo de lo expuesto,

el pluralismo no debe resultar algo extraño a los políticos, debe constituir uno de los objetivos de la educación y la enseñanza, así como un objeto de aprendizaje imprescindible a toda Constitución plural tanto para profesores y estudiantes como para padres e hijos, representantes de las asociaciones civiles y la prensa. (Haberle, 2002, p. 112)

Algunas constituciones contemporáneas contienen ya, las líneas maestras y el marco orientativo de toda educación y formación política como *expresión de Constitución cultural*. Visto todo ello en panorámica, sería peligroso establecer un pluralismo concreto, peligroso incluso frente al propio pluralismo filosófico, amistoso, neutral, que pusiera asimismo en peligro las susodichas líneas maestras

o las respectivas disposiciones contenidas en las constituciones pluralistas, pero también aquellos otros pluralismos que *de hecho* hicieran peligrar cualquier tipo de ulterior progreso y desarrollo dentro de las propias constituciones.

En esencia, algunos de los elementos más inmediatos en los que podría basarse una doctrina constitucional de fundamento pluralista a nivel jurídico-político podrían ser los siguientes:

- a) La filosofía de las posibilidades propia del pensamiento alternativo pluralista.
- b) La estructura pluralista del entorno constitucional, incluido el del ámbito cultural.
- c) La faceta esencialmente plural, que sirve para fundamentar libertad y soberanía.
- d) Los componentes plurales de la libertad de conciencia, la comprensión plural como proyección de las normas jurídicas de los medios de comunicación.
- e) La idea de una división de poderes de base pluralista como garantía de la libertad e igualdad de todas las fuerzas sociales, exigiendo al mismo tiempo disciplina de autolimitación de las mismas. (Haberle, 2002, p. 114)

En consecuencia de lo anterior, puede considerarse al pluralismo el reflejo cultural de una sociedad constitucionalizada, los déficit que dicha sociedad ostenta a nivel plural deben ser subsanados y, en la medida de lo posible, eliminados. La función de división de poderes existente en el seno del pluralismo deberá mostrarse, por tanto, como aquella que ofrezca de un mayor índice de seguridad y libertad.

La sociedad actual ha dejado de ser exclusivamente la que se fundamenta en un presunto libre juego de las fuerzas sociales, ya que tanto la colaboración como a veces el enfrentamiento abierto que se da entre los grupos sociales, dentro del juego interactivo y cambiante de intereses alternativos que existe en el seno de la sociedad pluralista demuestra el difícil problema de la coordinación y cooperación de éstos, razón por la que no debe dar lugar, por tanto, a malentendidos basados en ideologías egoístas de grupos o grupúsculos concretos. (Arango, 2007, p. 78)

En consecuencia, el desvelado y la eliminación del déficit de participación nunca deberán hacerse a costa de la democracia representativa, sino en su propio interés. Una teoría pluralista de la jurisdicción constitucional y sus procedimientos deberá, por ello, incluir en parte también la jurisdicción contencioso-administrativa junto con los recursos jurídicos; al igual que la exigencia frente a los Tribunales

Constitucionales de que en cuestiones puramente constitucionales deba limitarse éste a establecer y desarrollar sólo las líneas maestras de un proyecto teórico integral para que el proceso de integración plural de la sociedad en su conjunto no pueda verse afectado o en peligro.

Las posibilidades y límites de una jurisdicción pluralista se evidencian cuando éstas se enfrentan a la jurisdicción estatal, es decir, cuando rechazan ideologías basadas en el modelo teórico preconizado por Carl Schmidt, que se basa notoriamente en la irreducible tensión dialéctica amigo/enemigo, como presunto modelo básico de toda ciencia política, así como mediante la pluralización del propio Derecho.

## **5. PLURALISMO Y TOLERANCIA**

La idea del pluralismo presupone ciertamente que también existen límites en la tolerancia. *“Dichos límites se muestran actualmente, en su forma más grave, en el rechazo específico y bien diferenciado de teorías de fundamento pluralista, junto con sus correspondientes modelos políticos subyacentes, al igual que, finalmente, mediante estrategias científicas anti-pluralistas”*. (Vásquez, 2015, p 12)

La paradoja popperiana de la libertad también es en último extremo paradoja del pluralismo. Allí donde aparezcan teorías o estrategias anti-pluralistas que supongan momentos prácticos en los que se cuestione la propia esencia del pluralismo, será la Constitución pluralista la que deberá ponerse en guardia y contrarrestar tales efectos mediante toda una serie de procedimientos debidamente regulados y preestablecidos. (Haberle, 2002, p. 118)

De ahí que resulte necesario crear un sistema defensivo de forma gradual, como sucede, por ejemplo, frente al marxismo-leninismo, al caer éste de plano en el mencionado ámbito anti-pluralista es decir, visto desde el punto de vista doctrinal de su *política agresiva*, algo que, sin embargo, no procedería de ser considerado como mera filosofía o doctrina jurídico-política.

Lo mismo puede decirse respecto al arte o a las artes, ya que su defensa aparece justo en la base de esa afinidad siempre cambiante que la sociedad abierta muestra frente a la política al hacer uso de la libertad que existe en el seno de la propia sociedad.

## 6. EVOLUCIÓN DEL PLURALISMO

Una pregunta que frecuentemente se plantea es la de por qué otorgar tanta preponderancia al pluralismo en general y a sus respectivos procedimientos en particular.

La respuesta esbozarse de la siguiente forma:

porque así es como se libera la fuerza creadora del ser humano en las ciencias y las artes, en economía y política, al equilibrarlas materialmente, evitándose así tanto la guerra civil como la lucha de clases y, sobre todo, porque a través de dicho pluralismo se perfila un determinado tipo de libertad ciudadana que se establece de forma también plural. Pluralismo significa, por tanto consecución de la mayor medida posible de libertad pública y privada, con lo que el pluralismo se convierte así en vía y sendero por antonomasia para alcanzar la libertad. (Pérez Luño, 1996, p. 29)

El pluralismo es la *medida de todo lo humano* por basarse siempre en presupuestos antropológicos. Sin embargo, ni siquiera se pretende con ello preconizar un modelo perfecto de armonía, ni tampoco establecer un perenne

conflicto erigido en su presunta condición de *padre y medida de todas las cosas*, ya que conflictos y disenso no son sino tan solo meras expresiones de articulación de la *res publica*.

La Constitución debe hacer posible, contenidos y principios procedimentales para resolver conflictos cotidianos, como los que se dan en el ámbito y límites del principio de la mayoría y en temas en los que el monopolio de jurisdicción del poder estatal puede resultar igualmente plausible.

Por ello también se crean convergencias y consensos en los que debería trabajarse más intensamente. Por ejemplo en la llamada *predisponibilidad política al compromiso*, así como en la capacidad de la ciudadanía en su conjunto en para buscar mayores dosis de tolerancia. Sin estas virtudes ciudadanas ninguna Constitución libertaria podría mantener sus propias premisas de libertad ni tampoco consolidar algún tipo de Estado.

*“Las condiciones que posibilitan la protección ciudadana y la refinan cada vez más son aquellas que constitucionalmente pueden establecerse dentro de su marco procesal como convergencias y divergencias de los propios procesos públicos o privados”.* (Ferrajoli, 1999, p. 187)

Tales condiciones son también aquellas que, junto con los requisitos propios del pluralismo libertario aparecen esencialmente como idénticas, frente a las que ostenta el llamado pluralismo socialista (comunista-marxista), por ejemplo, de los ya extintos países del Este europeo.

Estos procesos no trascurren en forma puramente arbitraria, con contenidos esporádicos, o en ámbitos y grupos humanos o personas concretas. El hecho de que tales procesos solamente puedan aplicar a ciertas tareas de contenidos limitados, así como a las personas que en ellos participan y en determinadas condiciones consideradas *máximas*, así lo demuestra.

Esa es la razón por la que siguen sin despejarse serias dudas,

por ejemplo cuando el gobierno trata de legitimar la restricción a los derechos fundamentales argumentando situaciones de ingobernabilidad, o cuando siguiendo la teoría del denominado derecho penal del enemigo, trata de legitimar las escuchas ilegales, o también al producirse márgenes variables inestables en el ámbito de la jurisprudencia constitucional y de la administración autónoma municipal sobre la base de la representación democrática de la ciudadanía. (Carbonell, 2002, p. 86)

Dicho de otro modo, el punto de vista jurídico-funcional, variable de por sí, es el que les otorga carácter procesal a las propias estructuras constitucionales, ya que lo que cada vez se pretende es precisamente descubrir cuáles son los tipos de procedimiento óptimos que procedería aplicar en cada tipo de tarea o función.

Por ejemplo,

los procedimientos administrativos y legislativos se dan notoriamente con más intensidad en el ámbito de lo social, razón por la que deberían en todo caso ser ampliados en sentido de posibilitar a todos una participación gradual, o en la medida en que las iniciativas ciudadanas pudieran igualmente subsumirse en todas sus posibles proyecciones constitucionales. Consenso y disenso, por tanto, no permiten recorte alguno ni recíproca ni procesalmente, ni siquiera en su ámbito de competencias, cuando se aplican de una vez y para siempre, así como tampoco permite que se fijen sus márgenes de forma totalmente irrevocable. (Garzón Valdés, 1993, p. 89)

De ahí que los conflictos relativos a consensos generales de contenidos *fijados de antemano* vayan fragmentándose paulatinamente, sirviendo como mejor prueba de ello los que se producen a nivel de educación escolar, los cuales van cambiando poco a poco especialmente en las últimas décadas.

De igual manera en todas estas transformaciones la Constitución pluralista debe hallarse perfectamente *pertrechada*, en concreto mediante la creación de toda una gama de conceptos y definiciones legales orientados hacia lo público, al igual que en la orientación de sus respectivos fines educacionales, especialmente por lo que a tolerancia se refiere.

De modo que es en el juego oscilante e interactivo entre consenso y disenso justamente donde se produce esa especie de unidad aperturista de la *res pública*, y es ahí donde crecen y se desarrollan, igualmente, las fuerzas productivas del propio pluralismo.

La concepción del pluralismo presupone un progreso proyectado permanentemente hacia adelante como teoría y práctica constitucional. Consecuentemente, será esta misma concepción la que deba contraponerse o presentarse como postulado del racionalismo crítico, tras

su control exhaustivo y permanente, debiendo considerarse crítica justamente en el seno de una filosofía de las posibilidades. (Pisarello, 2007, p. 135)

Incluso el pluralismo constitucional debe ser, en todo caso, autocrítico, lo que se logra mediante la inclusión de elementos teóricos foráneos contra cualquier tipo de seducción de los que debería considerarse una *dogmatización cómoda* como postura que inmunice de toda reflexión.

Es necesario cuestionarse, por tanto, de qué forma podría combatirse cualquier otro tipo de filosofía similar sólo en apariencia, ya que, cada vez que ésta se presenta, amenaza de nuevo la armonía social y equilibrada entre los grupos sociales, y reforzar mejor a éstos, de tal forma que el pluralismo sea más relevante cada vez en el seno del pensamiento social entendido sólo cualitativamente y con vistas al establecimiento de un Estado cultural. (Villoro, 1995, p. 48)

Todo ello deberá ser consumado no ya dentro de una única exigencia tendiente a que las prestaciones estatales sean cada vez más amplias, sino mediante una intensificación tanto de su propia eficacia como de la redistribución

de las cargas sociales, efecto que se produce irremediabilmente cada vez que en economía se da el fenómeno denominado *crecimiento cero*. Dicha situación sólo se dará presumiblemente cuando se produzca de hecho una *actualización del Estado cultural* en la que se identifique a la ciudadanía con la respectiva comunidad en la que dicho Estado se desarrolla.

Esta perspectiva es pues la que crea los ámbitos en los que se hace posible la *crítica del propio pluralismo*, tal y como existe en la realidad, siendo a su vez posible sólo dentro de la concepción pluralista normativista de la Constitución libertaria, en la que se siente incluso como algo necesario.

La Constitución pluralista, junto con su respectiva fundamentación doctrinal teórica, no son a su vez sino Constitución y doctrina de reformas progresivas en el sentido mencionado en la doctrina popperiana en materia de tecnología realizada mediante pasos graduales y progresivos, siéndolo en la medida en que se trata de una política pluralista entendida como dimensión en el marco de una doctrina también pluralista. (Haberle, 2002, p. 121)

En consecuencia de ello, el Estado constitucional no ha podido llegar a establecerse totalmente ni, por esta razón, a perfeccionarse debido a que las teorías clásicas sobre las que en muchos de sus aspectos reposa ni siquiera son suficientemente explícitas. Sólo por el hecho de haber conseguido colocar a la propia Constitución jurídico-estatal en una especie de aislamiento, dejando todo lo demás en sus márgenes, e incluso, lo que es más grave, favoreciendo el enfrentamiento de unos elementos constitucionales contra otros, no se favorece en modo alguno la concepción pluralista, sino al contrario, ya que así más bien se actúa en contra de la *fantasía* de sus propios teóricos e intérpretes constitucionales e incluso en contra de la de sus propios políticos.

*“El pluralismo se concibe como una parcela de idealismo, como una realidad no totalmente lograda y utópica, y como posibilidad permanente de establecer el sentido constitucional al considerarlo norma y tarea simultáneamente”.* (Spector, 2001, p. 49)

Esta opinión debería incluirse en lo que se considera un consenso en materia de principios básicos, y aquí es donde debe seguirse trabajando día a día, no limitando sólo los esfuerzos a la consecución de un *pluralismo científico*.

## 7. FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA

En nuestros días se fomenta el pluralismo constitucional a través de lo que denomina *Constitución pluralista* en áreas específicas como el ámbito nacional y en la apertura del Estado constitucional frente a la comunidad internacional.

En el presente, las concepciones del Estado nación soberano, se ven abocadas a tomar conciencia, del valor que atribuyen a todo lo que implica el concepto de nación o nacional, ya que se ha considerado que el Estado-nación o Estado nacional ya no le sirve como referente de orientación necesario al Estado constitucional, puesto que dentro del nivel de desarrollo alcanzado hoy en día en el seno del Estado constitucional, es decir, implicando todas sus múltiples variantes reales, desde la unicultural hasta la multicultural, siempre deberán tenerse en cuenta todas ellas desde una perspectiva abiertamente plural en todos los sentidos del término. (Haberle, 2002, p. 123)

Incluso Francia, que, como es sabido, ha conseguido su más plena identidad político-cultural en la forma republicana, ha tenido que asumir la idea de

que el islam es ya de hecho la segunda religión más practicada en su territorio, y adecuar, por tanto, su margen de tolerancia a este respecto.

Análogamente, Suiza, gracias a la libertad de expresión lingüística que secularmente ostenta de forma ejemplar también se ha manifestado ya desde hace tiempo como *nación por voluntad propia*, desbrozando caminos que conducen a un pluralismo en su ámbito interno.

Alemania, ha tenido que afrontar una fuerte y larga lucha para poder proteger a sus minorías culturales, especialmente a través de una *comisión constitucional común* encargada de elaborar un proyecto de salvaguarda de las minorías.

Por ello puede plantearse la tesis de que

hoy en día la protección de minorías étnicas, culturales, religiosas, etc., debe ser efectuada al más alto nivel por pertenecer dicha protección al grado más elevado del arquetipo teórico del Estado constitucional de nuestros días, debiendo por ello reflejarse necesariamente en los más altos niveles de madurez de los textos jurídicos. (Stavenhagen, 1995, p. 78)

Toda doctrina constitucional deberá, por tanto, fomentar su desarrollo. El país que ha conseguido un texto más elevado y adecuado a nuestros tiempos en esa materia es Hungría, considerando a las minorías precisamente como los *factores estabilizadores del propio Estado*.

A manera de ejemplo en contrario, puede citarse la *barbarie* contemporánea de la de la antigua Yugoslavia, en la que la eufemísticamente llamada *limpieza étnica* pretendió ser el elemento fundamental de desarrollo por antonomasia del propio Estado.

La vieja metáfora del Estado como banda de ladrones pareció ser desgraciadamente la realidad de dicho país que en dicho evento, se convirtió en una especie de tubo de ensayo de ciertos conceptos como el de modelo antropológico, modelo de Estado, involución cultural, etc. (Vásquez, 2015, p. 202)

Desde un punto de vista teórico-constitucional estricto, el tema de la protección de las minorías no representa sino una de las formas propias de diferenciación interna del Estado constitucional, para relativizar y *dulcificar o aplacar* el ímpetu de lo nacional.

En la época actual, desde la plataforma que ofrece la constitución pluralista, tan sólo procede hablar del Estado constitucional en la medida en que éste proporciona una adecuada protección de las minorías. Dicha protección comienza por la consecución de determinados objetivos educacionales, como la tolerancia y el respeto a la dignidad de los otros, concluyendo con el establecimiento de instituciones como el *Ombudsman*, o con la inclusión de cláusulas formales de protección de minorías.

El Estado, cada vez con más frecuencia, se proyecta no como Estado nacional sino como Estado regional, especialmente en Europa. No parece ser sino que el tiempo del viejo Estado unitario va tocando paulatinamente a su fin, al menos por lo que respecta al Estado constitucional considerado como arquetipo, todo ello se colige en la medida en que se nos muestra configurado o establecido sobre la base de su propia ciudadanía, así como el descubrir su genuino polifacetismo cultural, o cuando aplica los principios democráticos incluso a nivel local, es decir, reducidos a su mínima expresión, al igual que cuando es capaz de reconocer el valor que aporta una sana división de poderes. (Moreso, 2000, p. 79)

El grado de apertura del Estado constitucional cooperativo es otra de las características que definen el grado actual de desarrollo alcanzado por este modelo.

Los tratados internacionales de derechos humanos, al igual que los instrumentos existentes a nivel regional, son todos ellos elementos configuradores de la susodicha apertura del Estado constitucional cooperativo hacia afuera.

En algunas regiones, ya van apareciendo ciertos indicios de los que podríamos denominar una Comunidad internacional de Estados constitucionales, entendido en sentido kantiano e independientemente del deplorable hecho de ciertas involuciones concretas que pretenden la vuelta al Estado-nación.

*“A nivel constitucional las cuantiosas aportaciones de pensamiento pluralista existentes se reducen a tres facetas concretas o profundas dimensiones de lo cultural, englobadas bajo el epígrafe que pretende abarcarlas de forma intensa al vincular el aspecto jurídico al cultural”.* (Sauca, 1994, p. 108)

El Estado constitucional es uno de los mejores y más representativos foros de planteamiento de ideas pluralistas. Mas ello es no es así en virtud de su

capacidad de conocimiento de *verdades absolutas y perfectas*, elaboradas e implantadas por juristas, sino en virtud de un conocimiento de los derechos fundamentales entendidos como libertades culturales básicas, al igual que de la democracia entendida como *gobierno durante un tiempo determinado*, en sentido popperiano del término, conocimientos que permiten la *sustitución de los gobernantes sin derramamiento de sangre*, y la de *teorías fenecidas en lugar de personas fallecidas*.

Consecuentemente,

el racionalismo crítico popperiano, soportado lógicamente por cierto consenso cultural básico y representado diacrónicamente mediante cierto pacto cultural generacional, es por el momento, la mejor y más convincente filosofía actual del Estado constitucional; es decir, que la verdad, si bien se puede asegurar que existe, no nos es dado tener la certeza de poder reconocerla como tal. Todo lo más que nos queda es el consuelo de elaborar proyectos e hipótesis. (Haberle, 2002, p. 126)

De modo que tanto los procesos basados en la técnica del ensayo y el error, como el avance de hipótesis puramente falseables y la prohibición

categoría kantiana de toda mentira o falsedad dicha a sabiendas, únicamente nos sirven de apoyo provisional con vistas a un acercamiento a lo que se reputa *verdad* en los ámbitos científico y político.

De forma conclusiva a lo expuesto en este capítulo, podemos afirmar que la llamada *Constitución de la libertad* confluye en este punto con la *sociedad abierta* hasta el extremo de conseguir su transformación práctica en la Constitución pluralista de hoy. Resulta evidente que debemos alejarnos de la idea de haber logrado una *filosofía casera* acabada y perfecta; sin embargo, la filosofía popperiana parece especialmente adecuada para conseguir esta especie de *casa abierta constitucional*, que no es otra cosa que el Estado constitucional de Derecho.

## **CAPÍTULO IV**

### **PLURALISMO JURÍDICO Y MULTICULTURALISMO, LOS DERECHOS CULTURALES FRENTE A LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO**

#### **1. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA DEL PLURALISMO**

Si se desea justificar adecuadamente una postura liberal igualitaria, desde el punto de vista político y jurídico, se deben aceptar las siguientes premisas:

- a) la existencia de un pluralismo de valores y a partir de su reconocimiento;
- b) la necesidad de promover la diversidad social y cultural para enriquecer la vida de cada uno de los individuos;
- c) la imparcialidad y el respeto mutuo, que no deben confundirse con el escepticismo respecto a los valores;
- d) la tolerancia como virtud activa, muy distinta a la resignación y a la indiferencia y;
- e) la solidaridad fundada en la justicia y en el reconocimiento compartido de los derechos humanos. (Vásquez, 2009, p. 151)

#### **1.1 LA IMPARCIALIDAD**

En virtud de que el pluralismo se reputa una teoría sobre la existencia y la naturaleza de los valores de cuya realización depende el logro de una vida buena, se puede hablar de un pluralismo descriptivo o bien normativo. El primero ofrece una descripción de algunas características relevantes para la vida buena; el segundo evalúa tales características basándose en la contribución que ofrecen al desarrollo de una vida autónoma. Es en este último sentido en el que se dice que el Estado, por ejemplo, debe promover el valor del pluralismo en la medida en que la diversidad social y cultural contribuye a la formación y ejercicio de la autonomía personal.

Por lo anterior, el pluralismo como teoría se distingue tanto del monismo como del subjetivismo relativista. Como afirma John Kekes:

Lo que los monistas desean para nosotros es que superemos los obstáculos que nos impiden aceptar un solo sistema verdadero de valores a través del cual podamos lograr una vida buena. El ideal pluralista es que construyamos una vida buena para cada individuo. El ideal monista es que encontremos la forma de vida que sea buena para todos. El pluralismo supone no solamente la celebración de las posibilidades humanas, sino también la necesidad de imponer límites. Los relativistas niegan que esto último pueda ser hecho. Ellos conceden que cualquier sociedad imponga

límites a aquellos que viven en ella, pero tales límites no implican bases objetivas. (1993, p. 14-15)

Por tanto, la aceptación de un pluralismo de valores supone la posibilidad de que éstos puedan entrar en conflicto por su incompatibilidad. Como afirma Joseph Raz:

El pluralismo moral sostiene que existen diversas formas y estilos de vida que ejemplifican diferentes virtudes incompatibles entre sí. Las formas o estilos de vida son incompatibles si, dadas ciertas presunciones razonables sobre la naturaleza humana, no pueden ser normalmente ejemplificadas en la misma vida. No hay nada que impida a una persona ser al mismo tiempo profesor y padre o madre de familia. Pero una persona no puede, al mismo tiempo, orientar su vida a la acción y a la contemplación, para usar uno de los contrastes tradicionalmente reconocidos. (1986, P. 75)

Se puede afirmar entonces que defender el pluralismo moral es defender, por otra parte, el valor de la autonomía personal. La autonomía se ejercita a través de la elección, y elegir requiere una variedad de opciones. Continúa Raz:

La existencia de más bienes de los que pueden ser escogidos por una persona, que son de un carácter ampliamente diferenciado, habla de la existencia de más virtudes que pueden ser ejercidas por una persona. Ella habla de la existencia de virtudes incompatibles, esto es de valor plural. Una persona puede llevar una vida autónoma sin alcanzar una virtud en alto grado. Sin embargo, habita un mundo en el que la búsqueda de las virtudes está abierta, si bien no está posibilitado para lograr todas, al menos no es un alto grado. Para decirlos más precisamente, valorar la autonomía implica la exigencia de un pluralismo moral. (1986, P. 152)

No obstante ello, la aceptación del pluralismo no significa la negación de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna. Como sostiene Kekes:

Los pluralistas apelan a la distinción entre convenciones profundas y variables. Las convenciones profundas protegen los requerimientos mínimos para toda vida buena, como quiera que sean concebidas. Las convenciones variables protegen también los requerimientos de las vidas buenas, pero estos requerimientos varían con las tradiciones y las concepciones sobre la vida buena. La pretensión de los pluralistas es que los valores protegidos por las convenciones profundas tengan un contexto

de justificación independiente, mientras que los valores protegidos por las convenciones variables puedan ser legítimamente apreciados en algunos contextos pero no en otros. (1993, p. 152)

Con fundamento en lo anterior, podemos afirmar que los bienes primarios o las necesidades básicas así como los derechos humanos, requieren convenciones profundas, a diferencia de las necesidades secundarias o derivadas que requieren convenciones variables. Los primeros no están sujetos a negociación, se mueven en un contexto independiente de justificación, los segundos, sí. En otros términos, la posibilidad del pluralismo moral y de la autonomía personal supone la existencia de un *coto vedado*. Un pluralismo moral así entendido excluye el desarrollo y el conflicto entre los individuos y los grupos. Se parte de un consenso profundo con respecto a los bienes básicos pero, al mismo tiempo, se deja un amplio margen para el desacuerdo, el diálogo y la negociación con respecto a valores que se sujetan a la contingencia de las diversas tradiciones culturales.

Que asumamos una postura de aceptación del pluralismo sobre la base del reconocimiento de la autonomía y dignidad en las relaciones interpersonales nos lleva de la mano a otros de los pilares de una concepción liberal igualitaria y democrática: la imparcialidad. Una de las críticas más frecuentes al liberalismo es su defensa de la neutralidad. Un liberal congruente, se afirma, debe ser imparcial,

permisivo o simplemente indiferente con respecto a los valores. En la medida en que las acciones no dañen a otros, el individuo o el mismo Estado deben abstenerse de promover algún plan de vida determinado.

Para fundamentar la crítica anterior, se requiere un análisis más cuidadoso tanto por lo que respecta al uso de algunas expresiones como al ámbito de la moral en el que ellas se aplican. Leszek Kolakowski sintetiza con claridad los supuestos que se deben cumplir para comprender expresiones como *El Estado se mantuvo neutral en el conflicto*:

- Sólo se puede ser neutral en relación con una situación particular de conflicto. No se puede ser neutral sino por referencia a conflictos actuales o posibles entre partes distinguibles.
- La neutralidad es siempre intencional. No se puede ser neutral ante un conflicto que se desconoce o que resulta indiferente.
- No se es parte o no se considera una parte del conflicto, por lo tanto, no se intenta influir en el resultado. Si se considera una parte en el conflicto, se puede ser (idealmente) imparcial pero no neutral. Ser parte del conflicto implica un esfuerzo por influir en los resultados.

- La neutralidad es una característica formal del comportamiento y no está implicado ningún valor material en su concepto. (Kolakowski, 1975, p. 73)

En cuanto a los supuestos que señala Kolakowski, estos distinguen, con claridad, la indiferencia de la neutralidad, y ambas, de la imparcialidad. No hay seguridad de que un libertario distinga entre indiferencia y neutralidad, pero, concediendo que así sea, lo que separa a un libertario de un igualitario es la reducción que hace el primero de la imparcialidad a la neutralidad.

La significación de *neutral*, para un libertario, es abstenerse de influir en los resultados y, puesto que no existen elementos objetivos para determinar las distintas concepciones de lo bueno, la neutralidad queda vacía de contenido material. Contra este punto de vista hay que sostener que el concepto central para un liberal no es el de neutralidad sino el de imparcialidad. Ahora bien, cuando el liberal habla de imparcialidad hay que partir de una distinción muy clara entre moral autorreferente y moral intersubjetiva.

En cuanto a la moral intersubjetiva que supone una situación de conflicto entre partes, la neutralidad es imposible simplemente porque si evito influir en el

resultado estoy de hecho ayudando a la parte más fuerte. En este sentido, es innegable que si me abstengo de participar en un conflicto en el cual el resultado tiene un significado moral, mi abstención debe evaluarse también desde *un punto de vista moral*. Si se apela a un *punto de vista moral* el terreno en el que comienza uno a moverse es el de la imparcialidad.

El significado de *ser imparcial*, es valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio. La imparcialidad puede exigir o bien una actitud de tolerancia o bien de decidida intervención en el conflicto evitando caer, en este último, en paternalismos injustificados.

Al referirnos a la moral autorreferente, aquella que tiene que ver con los ideales de excelencia humana y los planes de vida que se organicen para su consecución, el Estado debe mantenerse en una posición pluralista muy distinta a la exigencia de neutralidad. Ésta se asocia con una posición subjetivista con respecto a los valores, mientras que el pluralismo, como ya se ha mostrado, debe asociarse con el objetivismo y con el reconocimiento de las necesidades básicas. En este sentido, es falsa la conexión conceptual entre liberalismo y relativismo si se parte de un umbral básico de homogeneidad.

Cuando se habla de imparcialidad y pluralismo se hace referencia a la distinción entre moral autorreferente (o privada) y moral intersubjetiva (o pública). Nos valemos de esa distinción para destacar el valor de la imparcialidad en las relaciones intersubjetivas y, de alguna forma también, para criticar el neutralismo al proponer una concepción pluralista de los valores, especialmente referida a la moral autorreferente. La distinción es válida siempre que no se llegue a entender que la moral privada nada tiene que ver con la moral pública. Vale la pena analizar, en líneas generales, este problema.

La exigencia del pluralismo y de la imparcialidad no significa aceptar una perspectiva distante y austera, ajena a un compromiso responsable con la vida política y social de la comunidad. Exige, sí, aceptar *un punto de vista moral* como criterio último justificante. Esta es la perspectiva kantiana del liberalismo. En este sentido resulta convincente aceptar la dualidad moral; es decir, que los principios que rigen la moral privada sean distintos a los que rigen la moral pública. Garzón Valdés manifiesta que:

lo bueno moral o ético debe ser el ámbito de las razones últimas de justificación de las acciones humanas: admitir que hay una moral M para las instituciones, diferente de una moral M' que rige las acciones individuales, nos conduce necesariamente a tener que recurrir a una moral M'' superior a

ambas que nos permita decidir en caso de conflicto y adoptar una línea de acción justificada moralmente. Pero en este caso no estamos ya frente a dos morales diferentes sino que tenemos un sistema moral que impone ciertas obligaciones a una clase de personas y otras, a otras, en virtud de las distintas funciones sociales que desempeñan o de su posición en la sociedad, de la misma manera que puede decirse que los padres tiene obligaciones diferentes de las de los hijos o los solteros de los casados, sin que por ello hablemos de sistemas morales diferentes. (1993, p. 553)

Aceptar el principio de inderogabilidad y del carácter supremo de la moral es entender que las razones prudentes no pueden prevalecer nunca frente a las razones morales y que nadie puede realizar acciones, en cuanto individuo particular o en cuanto miembro de una institución, que vayan en contra de alguna norma moral.

Sólo la adopción de un *punto de vista moral* que no es sino el de la universalidad e imparcialidad de los principios morales (de autonomía, dignidad e igualdad de la persona) permite hablar de una unidad de la moral privada y de la moral pública que asegure, al mismo tiempo, dentro de límites objetivos, los valores de pluralidad e imparcialidad.

## 1.2 LA TOLERANCIA

En realidad, la ética del pluralismo y de la imparcialidad es la ética de la tolerancia. Quizás sea ésta una de las virtudes más identificadas con un carácter liberal. Sin embargo, no pocas veces su comprensión se desvirtúa hasta confundirla con actitudes sólo en apariencia próximas, como la indiferencia o la resignación. Vale la pena detenernos un poco en el análisis de su significado.

Al respecto, Annete Schmitt ofrece la siguiente definición de tolerancia: *“Una determinada persona X(A) es tolerante si y solo si, bajo determinadas circunstancias C, presenta la disposición a omitir una intervención, es decir, a no prohibir Y(B)”*. (1992, p. 73)

Si analizamos el enfoque anterior, ser tolerante supone una *propiedad de disposición*; es decir, la tendencia a practicar la tolerancia cada vez que se producen determinadas circunstancias. ¿Cuáles son estas circunstancias de la tolerancia?

Al respecto, Schmitt menciona fundamentalmente dos: 1) la lesión de una convicción, y 2) la posibilidad de intervenir como una cuestión de competencia.

Con respecto a la primera, sólo puede hablarse de un acto de tolerancia si se experimenta una lesión en una convicción relevante; es decir, la lesión de ideas o creencias que ocupan un lugar importante en el sistema personal de valores y reglas del sujeto tolerante. Cuanto mayor sea la importancia de la convicción, tanto mayor podrá ser el grado de tolerancia, y según sea el tipo de convicción que puede ser lesionada también lo será el tipo de tolerancia a manifestar. Schmitt señala las siguientes: mandatos de la estética, convenciones sociales, prejuicios, principios de racionalidad medio-fin, convicciones religiosas y convicciones morales.

En lo que respecta a la segunda, el tolerante es aquel que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir (o, al menos, de oponerse u obstaculizar) lo que resulta lesivo. La persona tolerante debe poseer, entonces, la competencia o facultad que le permita fácticamente intervenir en contra de una acción que lesiona sus convicciones. Esto supone, por supuesto, que el estado de cosas que se tolera pueda ser controlable: una catástrofe natural, en este sentido, puede ser soportada o no, pero resulta absurdo pensar que es objeto de tolerancia. De igual manera, el esclavo que recibe un mandato de su amo que lesiona sus convicciones, al carecer de competencia, no lo tolera sino que lo soporta.

Por supuesto que la competencia tiene sus límites. Evaluar si se debe intervenir o no sólo es posible si lo que se tolera está tácitamente permitido en el sistema de reglas de la sociedad. Un ejemplo ilustrativo sería el siguiente:

(A) no fumador y propietario de una gasolinera, no se ve enfrentado con la alternativa de prohibir fumar en su establecimiento o de superar su rechazo y permitir que se fume en la estación de servicio. Más bien está obligado a prohibirle a sus empleados (B) que fumen (Y), ya que existe una prohibición legal de fumar cuando hay material combustible cerca. Y (B) está, pues, prohibido en las gasolineras y como el propietario carece de competencia legislativa para derogar esta prohibición, no cabe hablar de no intervención, es decir, de tolerancia con respecto a Y(B). (Schmitt, 1992, p. 80)

Se puede afirmar entonces que, lo mismo que vale para una prohibición vale también para un mandato. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos de cualquier tipo convierte en innecesaria a la tolerancia. El problema, en todo caso, se presentaría ante la existencia de una confrontación de derechos en donde la ponderación puede concluir en la tolerancia de ciertos valores para salvaguardar otros que se consideren superiores.

En todo caso, si aceptamos el límite anterior a la competencia se pueden caracterizar de manera más completa las circunstancias de la tolerancia en: a) el rechazo de una acción Y(B) que va acompañado de la tendencia a prohibir Y(B), estando b) jurídicamente permitido el ejercicio de la correspondiente tendencia, y c) la omisión de la intervención, después de haber sopesado las razones en favor y en contra de la intervención. A partir de esta caracterización se tienen los elementos suficientes para distinguir la tolerancia de otras actitudes.

Se puede concluir entonces que la tolerancia no se puede confundir con la *paciencia*. El paciente que rechaza una acción no está vinculado con una tendencia a la intervención, sino que actúa en la esperanza o en la certeza de que su objeto tiene una existencia transitoria. Sólo cuando se *agota la paciencia* y surge una tendencia a la intervención aparece la tolerancia.

En el mismo sentido, la tolerancia se distingue de la *indiferencia*. En ésta no se da la circunstancia a); es decir, el indiferente que parte de una posición escéptica o relativista no tiene elementos para rechazar una acción ni puede tener la tendencia a prohibir. El tolerante siempre parte de convicciones que considera objetivas.

En consecuencia, la tolerancia no se confunde con la *resignación*. El resignado no cumple con la circunstancia b); es decir, se caracteriza precisamente por carecer de competencia. El tolerante siempre debe poder rechazar u obstaculizar las acciones que violentan sus convicciones, pero decide abstenerse por motivos que justifican dicha abstención. La tolerancia, entonces, no debe confundirse con la neutralidad. A diferencia de esta última, la tolerancia supone la actitud de no permitir el acto tolerado, pero, además, exige la existencia de un sistema normativo superior al propio sistema básico que justifique la abstención.

Pero es posible afirmar que puede existir una tolerancia sensata, que es aquella que ofrece buenas razones para ser tolerante, o una tolerancia insensata, apoyada en malas razones. En palabras de Garzón Valdés:

*Se trataría aquí de una tolerancia indiscriminada que conduciría a una aparente homogeneización de la sociedad pero que, en verdad, consolida las desigualdades. La tolerancia indisciplinada, la tolerancia pura, sin limitaciones, termina negándose a sí misma y en su versión más radical equivaldría a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Esto es lo que clásicamente se ha llamado estado de naturaleza y que encontrara su descripción más aterradora en la versión hobbesiana. (1993, p. 402)*

Si queremos definir las buenas razones para la tolerancia, podemos afirmar que son aquellas que se apoyan en la imparcialidad moral; es decir, en la consideración de los intereses de los demás en tanto que seres autónomos, capaces de formular planes de vida respetables en la medida en que no violen el principio de daño o no sean expresión de una incompetencia básica que dé lugar a formas de paternalismo éticamente justificable.

### **1.3 SOLIDARIDAD**

Richard Rorty ha destacado la importancia del valor de la solidaridad. Rorty parte de una crítica severa a la ética kantiana y al liberalismo de ella derivado. Para este autor, no existen cosas tales como *esencia*, *naturaleza* o *fundamento*. El punto de partida debe ser el estado de contingencia del ser humano inserto en una comunidad históricamente determinada. El punto de vista de la racionalidad, de la verdad como correspondencia o *espejo de la naturaleza*, debe reemplazarse por el método de la discusión y de la tolerancia entre opiniones diversas a partir de una actitud de solidaridad y benevolencia:

El punto de vista que estoy ofreciendo afirma que existe algo llamado progreso moral, y que este progreso se orienta en la dirección de una

mayor solidaridad humana, sin embargo, ésta no está concebida a partir del reconocimiento de algo común, la esencia humana, en todos los seres humanos, sino más bien, entendida como la habilidad para reconocer cada vez más las diferencias tradicionales (tribales, religiosas, raciales, de costumbre, y así por el estilo) como insignificantes cuando se las compara con las similitudes respecto al sufrimiento y a la humillación –la habilidad para pensar en las personas radicalmente diferentes como incluidas en un nosotros. (1989, p. 192)

Agrega Rorty que esta idea del “nosotros”, no debe cometer el mismo error del “yo” opuesto al “otro”. La actitud de solidaridad con los demás seres humano no puede quedar satisfecha con solamente responder a la pregunta “¿Crees y deseas lo que nosotros creemos y deseamos?” sino con esta otra: “¿Estás sufriendo?”. Concluye Rorty: “*Distinguir estas cuestiones hace posible la distinción entre las cuestiones públicas de las privadas, las cuestiones acerca del sufrimiento de las cuestiones acerca del punto de vista de la humana, el dominio del liberal del dominio del irónico*”. (1989, p. 192)

Siguiendo la filosofía de Rorty, tal vez el primer y más profundo detractor de los discursos fundamentalistas según Victoria Camps, autora que parece coincidir en que:

La solidaridad es, en suma, una posibilidad –y un imperativo– de ningún modo contraria al cuidado de cada uno por su propia persona. Ni los nietzscheanos ni los habermasianos tienen razón en sus posturas radicales –irracionalista una, fundamentalista la otra–: es posible unificarlas en ese empeño que Rorty llama “el liberal irónico”. (Camps, 1990, p. 45)

Las afirmaciones de Rorty y de Camps sobre el valor de la solidaridad no deben entenderse como un buen sentimiento que acompaña a la justicia para perfeccionarla. Más bien habría que decir que existe real y efectiva solidaridad cuando ésta se justifica a partir de un principio que se encuentra en una situación de clara inferioridad resulta vacua si no existe la voluntad de remediar la situación, reconociendo sus necesidades básicas y posibilitando una distribución más equitativa de los recursos.

Quizá el significado de lo anterior, es que el valor de la solidaridad no acompaña sino constituye a la justicia; que existen derechos de los individuos y deberes positivos de equidad por parte del Estado que deben ser traducidos adecuadamente en un marco legal. A partir de estas ideas, ¿qué debe entenderse, entonces, por solidaridad desde un punto de vista liberal igualitario?

Dentro del ámbito de las ciencias sociales actualmente, como reconoce Javier de Lucas, fuera del círculo de los durkeheimianos es poco frecuente la apelación al término “solidaridad”. Su uso se circunscribe al ámbito de la ética y de la política, mientras que en el campo jurídico

ha dejado de ser un elemento exclusivamente ligado al Derecho de obligaciones, para aparecer cada vez con más peso en la Teoría de los Derechos Humanos (aunque sólo sea en el plano de la fundamentación ética) y aun en el Derecho Constitucional. (De Lucas, 1993, p. 22)

Gregorio Peces-Barba, haciendo una paráfrasis de Benjamin Constant sobre la “*libertad de los antiguos y la libertad de los modernos*” (Constant, 1978, p. 9), se refiere también a una “*solidaridad de los antiguos y a una solidaridad de los modernos*” (De Lucas, 1993, p. 24). La primera estaría inspirada en un modelo clásico y cristiano que parte de la *filia* (amistad) aristotélica, se prolonga en la *pietas* y *humanitas* estoica y llega hasta la *caritas* cristiana.

Se distingue por el vínculo de amistad y amor que abarca a todos los hombres, que conduce a un objetivo de unidad y ayuda mutua y que exige una cierta comunidad de bienes y de culto a un ser divino. La segunda apunta a la

solidaridad como elementos de legitimidad, como principios jurídico-políticos, y tiene sus raíces en la tradición igualitaria de Rousseau, la “ética de la simpatía” de la Escuela inglesa (Hume en especial), la idea de benevolencia kantiana, el liberalismo progresista de Mill y los aportes de Durkheim.

Esta forma de pensar, en franca pugna con el individualismo de Hobbes, Smith y Malthus, entendería la solidaridad como ayuda mutua, en una interdependencia basada en la creación de lazos comunes que responden a situaciones de desigualdad: se es solidario con quienes se encuentran en peligro o desventaja. Es la continuidad de la tradición incorporada en el Principio de Diferencia de Rawls, que al secularizarse prescindirá de las nociones de comunión y de caridad.

Por tanto, la solidaridad de los modernos, que es la que aquí interesa, se ubica entre dos polos. Por un lado, el reconocimiento de una identidad: la idea de comunión, de unidad, de similitudes sin las cuales resulta imposible el afecto, la ayuda y el esfuerzo o sacrificios comunes; y por el otro, el reconocimiento de una diversidad: situación de desigualdad por razones económicas o culturales que se acentúan por la multiplicidad y complejidad de las relaciones sociales en las sociedades contemporáneas.

Fundados en este punto de vista, los problemas a resolver serían los siguientes: cómo subsistirá la solidaridad en una sociedad plural, y cómo se mantendrá válido en principio el principio de solidaridad sin violentar las identidades particulares y comunitarias.

Puede decirse entonces que se entiende por solidaridad la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes. Desde la perspectiva del Estado tal reconocimiento implica la exigencia de deberes positivos para la satisfacción de las mismas que, por cierto, proceden a las diferencias sin pretender ignorarlas, rechazarlas o subestimarlas. En este sentido, como bien afirma Javier de Lucas, ser solidario no se reduce a la mera actitud de constatación de la necesidad del otro o incluso de condolencia, sino a las exigencias de un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con los demás.

Ubicados en tal punto de vista, la respuesta a la pregunta formulada más arriba debe partir de dos supuestos fundamentales: por un lado, la aceptación de principios éticos con validez universal (principios de autonomía, dignidad e igualdad de las personas), de derechos humanos que se infieren de estos principios y del reconocimiento de necesidades básicas comunes a todos los

individuos; y, por otro, la exigencia de deberes positivos por parte del Estado, precisamente para la satisfacción de tales necesidades.

Con fundamento en las ideas señaladas, el deber de solidaridad contribuye a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y sectores de la población marginados, como inmigrantes, disminuidos física o mentalmente y personas de la llamada tercera edad. Por supuesto esto puede implicar acciones paternalistas por parte del Estado plenamente justificadas, como medidas elementales de sanidad o la obligación de escolaridad no sujeta al consentimiento de los niños o de sus padres.

Realizando una síntesis, la solidaridad, lejos de reducirse a un buen sentimiento que acompaña a la justicia, es constitutiva de ésta y se fundamenta en el principio de igualdad. Es verdad, como sostiene Victoria Camps, que *“la justicia no es perfecta ni constituye la totalidad de las exigencias éticas, pero si la solidaridad es una virtud alteritaria, que implica referencia a otros, sólo es posible satisfacer sus demandas en el marco de la justicia”* (Camps, 1990, p. 36). Por supuesto,

no sólo desde un marco de justicia concebida procedimentalmente sino, de manera especial, concretando una justicia sustantiva que se traduzca en deberes positivos del Estado a partir, reitero una vez más, del reconocimiento de los derechos humanos y de las necesidades básicas de los individuos. (Habermas, 1993, p. 88).

Por tanto, las leyes que se construyan sobre tales bases estarán muy lejos de identificarse con “*la uniformidad, la intransigencia y el castigo*” (Camps, 1990, p. 34), como sostiene Camps, quien quizás no puede entender el derecho si no es bajo una versión positivista ideológica que, naturalmente, resulta muy empobrecedora.

A partir de esa concepción, la autora reclama que la ley necesita ser compensada por una virtud que “*es una práctica que está más acá pero también va más allá de la justicia: la fidelidad al amigo, la comprensión del maltrato, el apoyo al perseguido...*”. (Camps, 1990, p. 36) Más allá de las metáforas locativas, la fidelidad al amigo es eso, fidelidad, pero no solidaridad, mientras que resulta imposible hacer efectiva una comprensión del maltrato del perseguido si no es partiendo de una defensa de sus derechos fundamentales.

También es posible que el valor de la solidaridad sea insuficiente y la autora reclame otras disposiciones del individuo que acompañen a la solidaridad puede ser una demanda noble y oportuna, pero entonces creo que lo que la justicia requiere como complemento no es la solidaridad sino virtudes de una moral autorreferente que, ahora sí, a menos de incurrir en un perfeccionismo, no pueden ser exigidas por el Estado, pues la exigencia de tales virtudes ya no implicaría, entonces, movernos en el ámbito de las virtudes “públicas” sino en el de las privadas.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS**

La existencia, respeto y promoción de las minorías en el contexto de una sociedad multicultural sólo es posible sobre la base de la implementación incondicional de los derechos derivados del principio de autonomía personal, es decir, de los llamados *derechos liberales*, especialmente cuando éstos entran en conflicto con los *derechos comunitarios* o culturales. “*Dicho de otra manera, la pretensión de imparcialidad y universalidad de los derechos liberales (incluidos bajo esta expresión tanto los derechos individuales como los sociales) es el mejor criterio del que disponemos para una sana convivencia entre las culturas*”. (Vásquez, 2009, p. 164)

Sin embargo, en algunos casos, existen grupos minoritarios que hacen valer sus costumbres y tradiciones como justificación para realizar actos que riñen contra valores constitucionales y contra valores morales. “*Tales costumbres y tradiciones, reconocidas y promovidas por los diversos ordenamientos jurídicos, colisionan con los valores éticos y jurídicos de Estados nacionales constitucionales y democráticos. Por supuesto, este conflicto de valores o de derechos, como se prefiera, debe ser resuelto*”. (Beller Taboada, 1994, p. 90).

Luis Villoro sostiene que “*el debate en torno a lo que hoy día se conoce como el problema del multiculturalismo oscila entre dos extremos éticamente injustificables: a) la integración indiscriminada y; b) la tolerancia incondicional de los grupos minoritarios*”. (Villoro, 1995, p. 9)

Las propuestas para solucionar este problema, deben ubicarse en esa zona intermedia que supone el reconocimiento fáctico de las minorías y la posibilidad de un consenso entre las partes. Planteado el problema en términos de derechos humanos, no se trata de sostener una *incompatibilidad absoluta* entre los derechos liberales y los derechos culturales sino de reconocer lo que Paolo Comanducci ha llamado una *incompatibilidad relativa* entre ambos.

Según ésta,

existen criterios para resolver las antinomias sin que sea necesario rechazar el reconocimiento de alguno de ellos. Estas posiciones proponen algún tipo de jerarquización entre los diferentes tipos de derecho, que se pueden agrupar en dos grandes tendencias: la que construye la jerarquía en orden descendente, que va de los derechos liberales a los culturales, y la tendencia contraria, que construye la jerarquía en orden ascendente. (Comanducci, 1994, p. 40-41)

En otros términos, o la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales o la de estos últimos sobre los primeros.

## **2.1 LIBERALISMO Y COMUNITARISMO**

### **2.1.2 EL LIBERALISMO**

Martinotti, manifiesta que *“las ideas liberales nacen en Inglaterra, y se desarrollan junto con el constitucionalismo en etapas sucesivas sin cambios*

*violentos como los que se dieron en el constitucionalismo francés, en el cual el cambio no fue absorbido en misma forma que en el pueblo inglés”. (1988, p. 168)*

Superados los efectos de la contrarrevolución “(entendida como la reacción inglesa contra el jacobinismo francés a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX)” (Martinotti, 1988, p. 169), se extiende gradualmente por Europa y América hispana el sistema político liberal, con sus implicancias de transformación de todas las estructuras sociales pre-burguesas. Esa modificación puede ser desplegada en varios aspectos:

a) *Religioso*. La teoría de “la Iglesia libre en el Estado libre”, preconiza la independencia de los poderes civil y religioso, pero encubre la real apostasía de la minoría dirigente liberal encuadrada en la estrategia masónica. El *Syllabus*, primero, y la *Humanum genus*, más tarde, denunciarían el sentido antirreligioso del proceso y fulminarían la condenación pontificia consiguiente.

b) *Filosófico*. En este período se observa un verdadero abastardamiento de la inteligencia: sensualismo, utilitarismo, positivismo, pragmatismo, etc., son los diversos hitos a través de los cuales se recorre la renuncia de la razón hacia la finalidad objetiva de la verdad, y de la voluntad hacia el bien supremo. Se la

reemplaza por una razón que suprime a la fe, pero sólo *comprueba* fenómenos y por la “moral positiva”, dedicada a buscar criterios éticos entre los salvajes, para introducir de prestado las costumbres corruptas que se querían autorizar a los pueblos civilizados.

*c) Científico y técnico.* Es tal vez, el plano donde se observan las mayores transformaciones. Los descubrimientos en el orden físico, biológico, mecánico, etc., permitieron reducir el nivel de mortandad y reemplazar por máquinas las herramientas antiguas, lo que tendría obvios efectos demográficos y económicos. Los medios de comunicación (telégrafo, teléfono, radiofonía, prensa, etc.) y de transportes (buques a vapor, ferrocarril, automotores, etc.) modificarán la fisonomía de las naciones, permitiendo llegar fácilmente a los hogares en la difusión de las ideologías del siglo, resorte fundamental para que funcione la legitimidad burguesa del poder asentado en la opinión pública.

*d) Económico y financiero.* Tanto los adelantos técnicos como la difusión del capitalismo (disociación entre propietario y productor de la empresa) desembocan en la revolución industrial, con la consecuencia del dominio de los mercados por Inglaterra y el progresivo desequilibrio entre países industrializados y países proveedores de materias primas. La libertad de comercio opera como pieza fundamental del sistema, permitiendo a los grandes capitales regular los precios

mediante la escasez controlada. La no intervención pública en la economía se acaba cuando el poder político es ocupado totalmente por la burguesía. El “*laissez faire*” es la máscara con la cual la minoría burguesa ocupa el Estado para vigilar y sostener su dominio económico, no vacilando en protegerse por la fuerza de las reacciones proletarias. Pero la alta finanza internacional es el núcleo que dispone la suerte final de empresas y naciones, regulando con la emisión de moneda y con el crédito –pues es dueña de la banca– toda la vida económica a nivel mundial.

e) *Demográfico y ecológico*. La población, sensiblemente constante en los siglos precedentes, desborda todos los cuadros y estructuras económicas y sociales, planteando el problema del control, y gobierno de las masas. El malthusianismo representa la típica toma de conciencia burguesa de este problema. Grandes rebaños humanos se vieron obligados a emigrar a otras tierras, con las inevitables consecuencias de todo desarraigo. Al mismo tiempo la migración rural hacia la ciudad –coincidente con la revolución industrial– producirá graves concentraciones humanas, antes desconocidas, y consecuencias políticas imprevisibles.

f) *Político-social*. La minoría burguesa, dada su selección económica, permite, durante su primer período, rápida movilidad social, observándose hacia el fin de la centuria una estratificación más férrea, coincidente con el auge del

capitalismo financiero y del imperialismo. Políticamente la difusión constitucional permite racionalizar, con ligeras variantes, todos los Estados históricos, que así maniatados, son fácil presa de su dominio. Mientras, el sistema de codificación liberal-individualista asiente y garantiza en el orden jurídico: “la autonomía de la voluntad”, presupuesto básico de las transacciones; el régimen sucesorio, divisor de las fortunas; y el divorcio vincular, segador de los hogares, facilitando la destrucción gradual de los linajes y la igualación masiva de la comunidad. También la Iglesia diría su palabra de condenación y de recompostura: *Casti connubi, Diuturnum illud, Inmortale Dei, Libertas, Rerum novarum*, son los jalones de la doctrina cristiana en el campo religioso, familiar, laboral, político y educacional violentados por la subversión liberal-burguesa. Un grave desequilibrio enrarece la vida desde entonces, el desasosiego espiritual y las crecientes urgencias materiales entorvarán las disputas. Por eso expresó Manuel Fraga Iribarne:

El mundo no puede existir sin paz, descanso y belleza, y el estrépito de las ruedas, la celeridad de la producción, el decrecimiento de la vitalidad, la creación de ciudades defectuosas e infectas, la importancia del crédito, oscurecieron y cegaron las luces de la imaginación, del mismo modo que las chimeneas oscurecieron el paisaje. (1958, p. 15)

Jeremías Bentham (1748-1832) es el gran precursor del liberalismo de signo utilitarista en Inglaterra. En sus obras *Introducción a la moral y la legislación*, y *Fragmento sobre el gobierno*, expone su pensamiento político, aunque tal vez su producción más valiosa la constituyan las obras filosóficas y de reforma jurídica (en la línea de Beccaria), llegando –inclusive– a publicar una *Defensa de la usura*, que lo enrola a las tendencias económicas del capitalismo en expansión.

Para Bentham la felicidad radica en el predominio del placer sobre el dolor y la clave de las instituciones consiste en procurar *el mayor placer para el mayor número*, dado su empirismo utilitario, ésta es la suprema norma del bien y del mal y se compagina con la tendencia hedónica del capitalismo, que en gran medida contribuye a fundamentar.

Preconiza una democratización de Inglaterra mediante la ampliación del sufragio y las reformas legales. Personaje de gran cotización, contribuyó a la revisión de varios códigos de su época, llegando a ofrecerle a Madison un sistema “científico” de codificación para EE.UU., lo mismo al zar de Rusia y a “todas las naciones que sientan las convicciones liberales”. El utilitarismo sigue la línea fundamental en su discípulo James Stuart Mill, quien sostuvo la necesidad del gobierno representativo y la libertad de expresión, pilares de la vida pública, como asimismo la creación de un código y de un tribunal de derecho internacional.

En la línea económica, derivada de Adam Smith, el máximo representante de la corriente utilitaria es David Ricardo. Pensaba que la economía debía depender de las leyes naturales formuladas por la psicología asociativa; de ahí el propósito de formular principios económicos para cualquier sociedad, sin referencias de tiempo y lugar o instituciones reductibles a las formas de pensamiento y acción, que pueden explicarse perfectamente a través de simples leyes de la conducta individual.

La economía y el gobierno son mutuamente independientes o meramente relacionados a través de la psicología individual. De ahí el *laissez faire* manchesteriano basado en que la completa libertad de intercambio produce automáticamente armonía natural de intereses. El libre juego de los motivos humanos, egoístas en sí mismos, funciona para el bien común. Claro que ese equilibrio supone solamente mantener un precio del trabajo (salario) “necesario para permitir a los trabajadores, subsistir y perpetuar su raza, sin aumento ni disminución”, de manera de no perturbar la oferta y la demanda. En una palabra: la sociedad desde el enfoque liberal, es un gran sistema de amortización humana.

El liberalismo se moderniza con John Stuart Mill (1806-1873), autor de *La Libertad* y de *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Pretendiendo mantener fidelidad a los postulados utilitarios, modifica parcialmente varias de sus

conclusiones. Fue encendido defensor de la libertad política, de pensamiento y de investigación, como patrimonios del hombre. Consideraba que la humanidad entera no tiene derecho a silenciar un solo disidente. Defendió calurosamente las discusiones públicas, la emancipación de las mujeres, el progreso técnico, la no intervención política en cuestiones económicas, la difusión de la educación. En fin, los grandes temas del liberalismo.

Sostiene que la democracia es la mejor forma de gobierno posible por la participación y educación del pueblo que implicar, pero teme –a la vez– la tiranía de las mayorías, contradicción insalvable del sistema. Aboga por el voto universal, pero referido sólo a los *contribuyentes*. Lo que preocupó a Stuart Mill, más que a otros, es la coherencia que implica conseguir una sociedad liberal. Sabine sintetiza en cuatro puntos su aporte:

- 1) A riesgo de inconsecuencia, rescató la ética basada en el respeto humano de los estrechos límites hedónicos del utilitarismo;
- 2) Acepta la libertad como un bien en sí, no por cálculos de placer y dolor. La felicidad estriba en desarrollar libremente la personalidad en todos los planos;
- 3) La libertad es no sólo un bien individual, sino además social; (1963, p. 500)

- 4) La función del Estado no es meramente negativa (gendarme), sino positiva; la legislación debe ser medio para igualar oportunidades y fomentar ese sistema de vida.

Thomas Hill Greene, desde un ángulo idealista, desarrollaría esta línea divisoria del liberalismo al sostener que la libertad no es ausencia de coacción sino un *poder para hacer o gozar algo digno de ser hecho o gozado*, mientras que el papel del Estado –francamente interventor– consiste en inhibir las coacciones privadas y desarrollar la sociedad libre. Corresponde obviamente a la última frase del dominio burgués del poder, mediante partidos políticos sólidamente armados, en plena expansión imperialista y ya sin temores respecto al “instrumento de coacción”, definitivamente domeñado y al servicio de la minoría que lo ocupa.

Benjamín Constant (1767-1830) es el principal teórico del liberalismo bajo la restauración en Francia. Mientras los “*doctrinaires*” con Royer Collard a la cabeza, aspiran a constituir en estable y permanente el compromiso constitucional entre el Rey y el pueblo de 1814, los liberales consideran esta etapa como tránsito entre la monarquía y la república. Constant reúne varios textos políticos en su *Curso de política constitucional*. Estima la libertad como “pacífico goce de la independencia privada” y expone la teoría del gobierno representativo a imagen inglesa: responsabilidad ministerial, dos cámaras legislativas, defensa de la libertad de

culto quedando sometido el Estado al papel de cajero que los subvenciona, autoridad neutra del rey que reina pero no gobierna, selección censataria para el ejercicio de los derechos políticos dado que “la propiedad es la única que proporciona el ocio indispensable para la *adquisición de las luces y la rectitud de juicio*” (Touchard, 1961, p. 405). Distinta será la posición del liberalismo en el poder. Luego de la revolución de 1830 el “orleanismo” constituye la típica manifestación (hasta 1848) del espíritu burgués, perfectamente compatible con esa versión de la monarquía. También a esta época corresponde el inicio liberal del catolicismo social con Lamennais y Lacordaire.

Alejado de las corrientes políticas de la época, Alexis de Tocqueville (1805-1859), máxima pluma política liberal, publica *La democracia en América*, donde a pretexto de analizar el régimen norteamericano describe a la democracia en sí misma. Con ojo avizor prevé el futuro americano: “Hay en la tierra dos grandes pueblos que, habiendo partido de puntos diferentes, *parecen avanzar un mismo fin*. Son los rusos y los angloamericanos... Para alcanzar su fin (el americano) descansa en el interés personal y deja obrar, sin dirigirlas, a la fuerza y la razón de los individuos. El ruso concentra de alguna manera en un hombre todo el poder de la sociedad... Su punto de partida es diferente, sus caminos son diversos; sin embargo, *cada uno de ellos parece llamado, por un secreto designio de la providencia, a tener un día en sus manos los destinos de la mitad del mundo*”. ¿Profecía o conocimiento de los designios masónicos?, en su criterio la *sociedad*

*aristocrática* había muerto, pero como noble que era, le reconoce méritos indudables a esa organización que sentimentalmente lo atrae aunque la advierte periclitada.

La *sociedad democrática*, edificada sobre sus ruinas, sería susceptible, bien guiada por la ley, de procurar a los hombres felicidad superior: “La nación será menos brillante, menos gloriosa, menos fuerte quizá; pero la mayoría de los ciudadanos gozará en ella de una suerte más prospera”. Así manifiesta la intención de su obra: “Yo no he pretendido ni siquiera juzgar si la revolución social, cuya marcha me parece irresistible, era ventajosa o funesta para la humanidad; he admitido esta revolución como un hecho consumado, y entre los pueblos que la han visto operarse en su seno he buscado aquel en el que ha alcanzado su desarrollo más completo, *a fin de discernir sus consecuencias naturales, y de percibir, si es posible, los medios de hacerla provechosa para los hombres*”.

Con ese talante analiza el fenómeno tan temido de la igualdad y su colisión con la libertad. Por eso la pasión por la igualdad es, para Tocqueville, arma de dos filos; tanto puede servir para hacer de todos los hombre “fuertes y estimados”, como impulsar a los débiles a “atraer a los fuertes a su nivel”. En esas edades igualitarias es cuando nace el individualismo.

Ese fenómeno era extraño a la aristocracia, puesto que ella andaba a los súbditos por vínculos sucesivos que ascendían del aldeano hasta el rey. Pero la democracia rompe la cadena y *deja separados los anillos*: la trama de los tiempos se rompe en todo momento y el vestigio de las generaciones se borra...; así, no sólo la democracia hace olvidar a cada hombre sus antepasados, sino que le oculta sus descendientes y le separa de sus contemporáneos. *Le conduce sin cesar hacia sí mismo y amenaza con encerrarle, al fin, por entero en la soledad de su propio corazón.*

Otro peligro democrático es el centralismo, que le merece vivo repudio. Tampoco cae en la fácil trampa de concebir al nuevo orden como aséptico de poder: *los pueblos democráticos odian frecuentemente a los depositarios del poder central, pero aman siempre el poder mismo.* Augura el amanecer de un nuevo despotismo, de especie diferente, pues sería más extenso y más suave, y degradaría a los hombres atormentarlos.

Así nos pinta el futuro panorama;

Veo una muchedumbre innumerable de hombres semejantes e iguales, que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse pequeños y vulgares

placeres, con los que llenan su alma. Por encima de ellos se eleva un poder inmenso y tutelar, que es el único que se encarga de velar sus goces y su suerte. Es absoluto, detallado, regular, previsor y suave. Se parecería al poder paterno si, como éste tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, por el contrario, no persigue más que fijarlos irrevocablemente en la infancia. Trabaja gustosamente para su felicidad, pero quiere ser su único agente y su único árbitro; provee a su seguridad, prevé y asegura sus necesidades, facilita sus placeres, dirige su industria, regula sus sucesiones; ¡que lastima que no pueda quitarles enteramente la molestia de pensar y el trabajo de vivir! (Chevallier, 1957, p. 230)

Este oscuro panorama es posible de ser redimido: yo digo que para combatir los males que la igualdad puede producir no hay más que un remedio eficaz, que es la libertad política, único medio de hacer provechosa para la humanidad la revolución democrática. Para ello es preciso sostener las libertades locales y las asociaciones, coronando todo ello en la religión. Uno de mis sueños, el *principal al entrar en la vida política*, era trabajar para conciliar el espíritu liberal y el espíritu religioso, la *sociedad nueva y la Iglesia*, pues es el despotismo el que puede pasarse sin fe, no la libertad. No cabe duda de que lo tímido e inconsistente de la síntesis destaca el relieve de los peligros por él mismo pintados tan admirablemente.

La corriente liberal estaría vinculada a variadas peripecias intelectuales, no siempre surgidas dentro de su seno pero portadoras –como el positivismo sociológico de Comte– de indudables consecuencias consolidantes de las estructuras culturales del capitalismo. El organicismo de Herbert Spencer, de más definida orientación liberal, o el positivismo jurídico de las teorías del Estado en Alemania (Gerber, Laband y Jellinek), representan otros enfoques de más nítido sabor académico. En la segunda mitad del siglo desaparecen los grandes pensadores fundacionales, predominando los meros comentaristas de las instituciones o bien los reformadores que asimilan algunas críticas del socialismo.

### **2.1.2 EL COMUNITARISMO**

A partir de mediados de los años setenta y a lo largo de los ochenta del siglo XX hasta nuestros días, se ha venido desarrollando el llamado comunitarismo que, en buena medida, centra sus críticas en el liberalismo y, de manera especial, en el liberalismo igualitario de autores como John Rawls (el Rawls de *Una teoría de la justicia*). Filósofos como Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre y Michael Walzer, que forman el cuerpo compacto del comunitarismo, coinciden en denunciar la concepción ahistórica y desencarnada del individuo dotado de derechos existentes con anterioridad a la de su entorno social y político.

La idea de un liberalismo así concebido, ha provocado que éste sea acusado de ser responsable de la destrucción de los valores comunitarios (solidaridad, patriotismo, fraternidad y virtudes cívicas en general) y, por consiguiente, de favorecer un debilitamiento de la vida pública.

El cambio operado a partir de esta concepción liberal ha sido, en palabras de Sandel: “*de una filosofía pública de propósitos comunes a una de procesos imparciales, de una política de lo bueno a una política de lo correcto, de una república nacional a una república procedimental*”. (Sandel, 2009, p. 165)

Charles Taylor en su libro titulado “*Hegel*”, publicado en 1975, abre las puertas para un renacimiento contemporáneo de la filosofía del pensador alemán y, con él, del movimiento comunitarista.

Según Taylor, Hegel critica a Kant en su concepción de la razón puramente formal sin contenido material. Para Hegel, el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit*, opuesta la *Moralität*:

*Sittlichkeit* se refiere a las obligaciones morales que tengo hacia una comunidad de la cual formo parte. Estas obligaciones están basadas en

normas y usos establecidos, y es por esto que la raíz etimológica en Sitten (costumbres) es importante en el uso que le da Hegel. Con Moralität se sostiene lo opuesto. Aquí tenemos la obligación de realizar algo que no existe. Lo que debe ser contrastado con lo que es. Y relacionado con esto, mi obligación no se da en virtud de formar parte de una larga vida comunitarista, sino como una voluntad racional individual. (Taylor, 1995, p. 62)

En tanto que Kant identifica la obligación moral con *Moralität*, Hegel lo hace con *Sittlichkeit*, que es con lo que la vida moral alcanza su plena realización. Por supuesto, esta realización es un resultado que no se manifiesta en todas las etapas históricas.

Algunos períodos han estado tan vacíos de espíritu que lo predominante ha sido la *Moralität*, pero la realización plena de la moralidad se consuma cuando tiene lugar la *Sittlichkeit*. Y puesto que la plena realización de la libertad o de la vida moral requiere una sociedad, en tanto ésta es la mínima realidad humana autosuficiente, Hegel es consciente de su deuda con los griegos (que concebían a la *polis* como el marco de referencia de la esencia y el significado de sus propias vidas) y, de manera especial, con Aristóteles.

En la obra citada, Taylor aprovecha para extraer algunas conclusiones de sumo interés. Si se muestra existencia moral sólo es posible en tanto que miembros de una comunidad, esto nos conduce más allá de la teoría contractualista del moderno derecho natural y de la concepción utilitarista de la sociedad como instrumento del bienestar general.

Ambas teorías, la contractualista y la utilitarista, descansan en la suposición de una existencia del individuo anterior a la comunidad, a diferencia de la concepción hegeliana, que no entiende al individuo sino como miembro de una comunidad. La comunidad o el *pueblo* termina siendo la esencia y la meta final para los individuos, lo que Hegel llama su *substancia*: “*La substancia que se sabe a sí misma libre, tiene realidad como espíritu del pueblo*”. (Taylor, 1995, p. 70)

Hegel niega que el Estado exista en función de los individuos, como sostienen los utilitaristas. El Estado no es algo abstracto, por encima y contra los ciudadanos, sino que éstos son componentes imbricados como en un organismo vivo, donde ninguna parte es fin en sí misma ni medio para la realización de otro. La identidad del individuo como ser humano no se concibe de forma atomística, sino en el seno de una comunidad cultural donde las relaciones son recíprocas y la ordenación de medios y fines se diluye.

En opinión de Taylor, si la concepción de Hegel se entiende en el contexto de su crítica al atomismo liberal y bajo el modelo de la *polis* griega y no del Estado prusiano de Federico el Grande, que nunca admiró, la concepción organicista de Hegel podría suavizarse y rescatar su profunda intuición de una teleología interna en la comunidad gracias a la cual el individuo, como miembro, adquiere identidad.

Sin embargo, Taylor piensa que en nuestros días no se puede aceptar la concepción ontológica que subyace en la propuesta hegeliana, sobre todo si pensamos en el problema de la diferenciación cultural. Para Hegel el dilema de las democracias modernas es el siguiente:

La ideología moderna sobre la igualdad y la participación total conduce a una homogeneización de la sociedad. Esto coloca al hombre fuera de sus comunidades tradicionales, pero no puede reemplazarlas como un foco de identidad. O mejor aún, sólo puede reemplazarlas como tal bajo el ímpetu de un nacionalismo militante o alguna ideología totalitaria que despreciaría o resquebrajaría la diversidad y la individualidad. (Taylor, 1995, p. 775)

La solución hegeliana para este dilema, es considerar las diferencias sociales, políticas y culturales como expresión de un orden cósmico, que consiste

en la realización plena de la autonomía fundada en la sola razón, cuyo objeto último es la libre voluntad.

Si bien esta solución es insatisfactoria para Taylor, el dilema planteado por Hegel sigue en pie. Desde una perspectiva amplia del liberalismo, en la que Taylor quiere ubicarse y desde la cual hay que entender sus reclamos comunitarios, la solución que propone se acerca mucho a la del *nuevo Rawls*, o quizá sea a la inversa.

En opinión de ambos, el liberalismo debería permitir al Estado comprometerse con la sobrevivencia y el florecimiento de una religión, cultura o nación en el seno de su propia organización política en el ámbito internacional, en tanto los derechos humanos básicos de los ciudadanos sean protegidos.

En ese sentido, las ideas de Taylor han tenido una gran influencia en otro representante del comunitarismo, Michael Sandel, sin duda uno de los críticos más agudos del liberalismo, en especial de la versión de John Rawls. Para Sandel, la tesis central del liberalismo se puede resumir así:

Una sociedad justa no busca promover algún fin en particular, sino habilitar a sus ciudadanos para perseguir sus propios fines, consistentemente con una libertad similar para todos, por lo que debe gobernarse por principios que no presupongan alguna concepción particular del bien. Lo que justifica estos principios por encima de todo no es que ellos maximicen el bienestar general, o que cultiven la virtud, o que promuevan el bien, sino más bien que se conformen con lo correcto, una categoría moral que tiene prioridad sobre lo bueno e independiente de él. (Sandel, 2009, p. 168)

La prelación de lo correcto sobre lo bueno por un lado significa, contra el utilitarismo, que los derechos individuales no pueden ser sacrificados en aras del bienestar general y, por otro, contra cualquier forma de teleologismo, que los principios de justicia que especifican estos derechos no pueden descansar en ninguna concepción del bien previa.

Este pensamiento, de raíz kantiana, desarrollado a partir de la obra de Rawls, es el liberalismo deontológico, en cuyo núcleo, según Sandel, se encuentra una concepción de la persona moral.

Para Kant la ley moral se basa en el sujeto de la razón práctica, capaz de actuar con una voluntad autónoma. En consecuencia, el hecho de que esta capacidad sea previa a la adopción de cualquier fin es lo que fundamenta la prioridad de la justicia respecto de los valores que presuponen ciertos fines; es decir, esto supone una dimensión del sujeto anterior a sus objetos de experiencia.

En la concepción de Sandel, Rawls proporciona una base empírica a la doctrina kantiana, reemplazando la metafísica idealista del sujeto nouménico por la de uno en actitud de elección, que se caracteriza por tomar en cuenta cuestiones empíricas (circunstancias de la justicia, bienes básicos, motivación autointeresada, etc.).

No obstante, Rawls no salva a la concepción kantiana de fundamentarse en un sujeto desencarnado, según Sandel, lo que precisamente hace vulnerable a esta concepción es la primera y, al mismo tiempo, el fracaso de un yo-sin-ataduras:

Libre de los dictados de la naturaleza y de la sanción de los roles sociales, el sujeto humano se instala como soberano. Imaginar una persona incapaz de adhesiones constitutivas no es concebir un agente idealmente libre y

racional, sino imaginar una persona totalmente carente de carácter, sin profundidad moral. Tener carácter es reconocer que me muevo en una historia que ni he convocado ni he ordenado, y que conlleva no pocas consecuencias para mis elecciones y conducta. (Sandel, 2009, p. 169)

Según Sandel, el liberalismo deontológico permite la liberación de una idea de mundo que carece de sentido y de *telos* hasta que el yo los construye. Sin embargo esta visión es imperfecta, dado que ese yo está demasiado vacío para elegir principios de justicia y concepciones de lo bueno y no explica aspectos de nuestra experiencia moral que indican que algunos vínculos y compromisos definen parcialmente nuestra identidad y constituyen el propio objeto del autoconocimiento y del conocimiento de otros.

Al igual que Taylor y Sandel, MacIntyre critica el liberalismo, especialmente en la versión de Rawls:

Para Rawls una sociedad está compuesta de individuos, cada uno con sus propios intereses, que luego se reúnen para formular reglas comunes de vida. Los individuos son así primarios y la sociedad secundaria, y la identificación de los intereses individuales es anterior a, e independiente de,

la construcción de cualquier vínculo moral o social entre ellos. (2009, p. 169).

Sin embargo, este individualismo asocial no es exclusivo de Rawls, sino característico del proyecto ilustrado. Alasdair MacIntyre realiza un balance de la modernidad entendida bajo el paradigma de la Ilustración. El proyecto ilustrado fracasó:

Los filósofos morales del siglo XVIII se comprometieron en lo que era un proyecto inevitablemente fracasado. Heredaron fragmentos incoherentes de lo que fue un esquema coherente de pensamiento y de acción y, puesto que no reconocieron su peculiar situación histórica y cultural, no pudieron reconocer la imposible y quijotesca naturaleza de su empresa. (MacIntyre, 2009, p. 169)

Según MacIntyre, los ilustrados abandonaron una concepción teleológica de la naturaleza humana, por lo tanto si pensamos al ser humano en términos de *telos*, *el problema de la falacia naturalista, que tanto preocupó a los ilustrados*, se disuelve. Esta forma de concebir la naturaleza humana tiene una tradición muy antigua que se remonta hasta Homero y encuentra su desarrollo teórico más pleno

en Aristóteles. Reintroducir este concepto significa restaurar un sentido de la moralidad al mismo tiempo racional y objetivo. Más aún, la única manera de rescatar a la moralidad del abandono preconizado por Nietzsche es recuperar el punto de vista aristotélico que permite fundarla en las virtudes.

En opinión de MacIntyre, Aristóteles afirma que lo que para el ser humano constituye el bien es el ejercicio de las virtudes; sin embargo, este ejercicio no debe comprenderse como independiente de la comunidad política. Por el contrario, la vida virtuosa sólo puede realizarse en la *polis*. Virtudes como la fortaleza, la fidelidad y la amistad, constitutivas del carácter del ser humano, sólo son posibles en un contexto comunitario. Este es, al fin y al cabo, el sentido que confiere Aristóteles a la noción de *animal político*.

Con el fin de evitar conflictos entre diferentes virtudes, es necesaria una explicación de lo bueno que comprenda a toda la vida humana concebida como unidad. En otros términos, debemos entender nuestras vidas como una narración actuada dirigida por el *telos* que le da sentido:

Vivimos nuestras vidas, tanto individualmente como en nuestras relaciones con los demás, a la luz de ciertas concepciones de un posible futuro

compartido. No hay presente que no esté informado por algunas imágenes de algún futuro, y una imagen del futuro siempre se presenta en la forma de un telos –o una variedad de fines y propósitos– hacia la cual nos movemos o desistimos de hacerlo en el presente. (MacIntyre, 2009, p. 170)

Por ello, si la narración de mi vida está incluida en la historia de la comunidad a la que refiero y de la cual derivo mi identidad, esto significa que sus tradiciones serán esenciales para definir lo que es bueno tanto para mí como para cada uno de los sujetos con los que convivo.

Michael Walzer, otro representante agudo del comunitarismo, es enfático en su propósito de no trascender los contextos constituidos por las diferencias y particularidades culturales:

Mi planteamiento es radicalmente particularista. No me jacto de haber logrado un gran distanciamiento del mundo social donde vivo. Una manera de iniciar la empresa filosófica –la manera original–, tal vez consiste en salir de la gruta, abandonar la ciudad, subir a las montañas y formarse un punto de vista objetivo y universal (el cual nunca puede formarse para personas comunes). Luego se describe el terreno de la vida cotidiana desde lejos, de

modo que pierda sus contornos particulares y adquiriera una forma general. Pero yo me propongo quedarme en la gruta, en la ciudad, en el suelo. (Walzer, 1993, p. 12)

En esta perspectiva particularista, el propósito de Walzer es describir una sociedad donde ningún bien social sirva o pueda servir como medio de dominación; es decir, una sociedad pluralista e igualitaria. Al igual que Sandel, Walzer comienza atacando la metodología de Rawls, argumentando que el problema fundamental no es qué escogerían los individuos como nosotros, que comparten y seguirán compartiendo una cultura determinada. Y ésta es una cuestión que fácilmente se transforma en la siguiente: ¿qué elecciones ya hemos realizado en el transcurso de nuestra vida común?. Desde este punto de vista, la afirmación de sentido con relación a los significados sociales en juego.

Manifiesta Walzer que los significados de los bienes a partir de los cuales cualquier teoría de la justicia debe establecer sus principios no pueden hacerse al margen del contexto socio-cultural en el que aquéllos han sido producidos. Puesto que sus significados tiene origen social, los bienes sobre los que debe administrarse la justicia son bienes sociales. Por lo tanto, cualquier teoría o práctica de la justicia debe ser entendida como relativa al marco comunitario.

Ahora bien, dado que cada clase de bienes implica un significado propio, resulta aplicable el siguiente principio: “*Cuando los significados son distintos, las distribuciones deben ser autónomas*”. (Walzer, 1993, p. 9)

En esa forma: *Cada bien social o conjunto de bienes, como fuera, constituye una esfera distributiva en la cual sólo son apropiados ciertos criterios y arreglos*. Walzer defiende, entonces, lo que ha llamado una *igualdad completa*, la cual se logra no por la aplicación de un principio de distribución a toda suerte de bienes, como piensa Rawls, sino por la operación conjunta, en sus propias esferas, de todos los principios de distribución adecuados a los bienes que estima una comunidad en particular.

Sobre esta propuesta comunitarista, hay que tener mucho cuidado en el empleo de la noción de relativismo que permea toda la argumentación de los comunitaristas.

Si por relativismo cultural se entiende la descripción del hecho sociológico de que las sociedades difieren en sus juicios éticos o de que la gente tiende a tomar en cuenta las evaluaciones prevalecientes en su comunidad, esta

afirmación es a todas luces verdadera pero irrelevante, ya que no afecta a la validez ni a la posibilidad de juicios morales universales.

Si lo que se pretende es esto último, el relativismo es autodestructivo, porque su referente normativo no está contenido en las prácticas o convenciones de nuestra sociedad.

Si bien el comunitarismo puede mostrar una cara amable haciendo énfasis en una visión realista del hombre, en el valor de los lazos familiares y sociales como fundamento de derechos y deberes especiales, etc., también puede presentar aspectos indeseables.

Como afirma Nino:

La idea de que el elemento social es prevalente en una concepción de lo bueno puede conducir a justificar sacrificios de los individuos como medio para promover o expandir el florecimiento de la sociedad o el Estado concebido en términos holísticos. La exaltación de los vínculos particulares con grupos sociales como la familia o la nación puede servir de fundamento a las actitudes tribalistas o nacionalistas que subyacen a buena parte de los

conflictos que la humanidad debe enfrentar. Por último, la dependencia de la crítica respecto de la práctica moral puede dar lugar a un relativismo conservador que, por un lado, es inepto para resolver conflictos entre quienes apelan a tradiciones o prácticas diferentes y, por el otro lado, no permite la valoración de esas tradiciones o prácticas en el contexto de una sociedad, ya que la valoración presupondría esas prácticas y no es posible discriminar entre prácticas valiosas o disvaliosas sin contar con principios morales que sean independiente de ellas. (1998, p. 367)

Si los liberales están tan comprometidos con la idea de imparcialidad del Estado, es con el propósito de salvaguardar la autonomía de los individuos. Si el Estado, en respuesta a las demandas comunitarias, es parcial con respecto a ciertos planes de vida, estará asumiendo posiciones paternalistas difíciles de justificar.

Por lo tanto, lo importante de entender desde una perspectiva liberal es que la autonomía de los individuos es la condición de posibilidad para la elección y materialización de cualquier plan de vida. El sujeto moral es, desde el punto de vista normativo, anterior a cualquier concepción de lo bueno. Como afirma Rawls:

Como personas libres, los ciudadanos se reconocen con el poder moral de tener una concepción del bien. Esto significa que no se ven a sí mismos inevitablemente atados a perseguir una concepción particular del bien o de los últimos fines contraídos en algún tiempo determinado. En cambio, como ciudadanos, se conciben, en general, como capaces de revisar y cambiar su concepción sobre bases racionales y razonables. Esto permite sostener que es permisible para los ciudadanos colocarse aparte de las concepciones de lo bueno y examinar la variedad de sus últimos fines. (2009, p. 172)

La postura de Rawls adquiere mayor sentido si asumimos que nuestro interés esencial es vivir una buena vida y no la vida ordinaria que creemos es la buena. En este sentido, los comunitaristas se equivocan al pretender que los valores que debe asumir el individuo ya se encuentran dados por la comunidad, lo que implicaría la imposibilidad de permitir al individuo abandonar una comunidad si su evaluación de los bienes que ella sustenta no están de acuerdo con su deliberación personal, así como el rechazo de cualquier disidencia. El comunitarismo, si permanece congruente, debe concluir en un conservadurismo dogmático.

Ciertamente esta crítica comunitarista ha encontrado respuesta entre los liberales, pero como sostiene Carlos Santiago Nino, las defensas de la posición kantiana han resultado sorprendentemente débiles y en algunos casos hasta han constituido una franca retirada. Esta retirada liberal ha comenzado por el mismo Rawls e igualmente se puede apreciar en otro paladín del liberalismo como Thomas Nagel.

En su ensayo *El derecho de los pueblos*, John Rawls desarrolla la idea del *consenso sobrepuesto* para defender la compatibilidad de una sociedad no liberal con otra liberal, si se aceptan los siguientes requerimientos: 1) que sea pacífica y no expansionista; 2) que su sistema de legalidad satisfaga ciertos requisitos de legitimidad a los ojos de su propia gente; y 3) que, como consecuencia de lo anterior, se respeten los derechos humanos básicos.

Para Rawls la que satisface estos requisitos es una *sociedad jerárquica bien ordenada*. En sociedades de este tipo, piensa Rawls:

Los individuos no ejercen el derecho a la libre expresión como en una sociedad liberal; pero como miembros de asociaciones y cuerpos corporativos tienen el derecho, en algún punto del proceso de consulta, a

expresar su disenso político y el gobierno tiene la obligación de tomar seriamente en cuenta tal disenso y ofrecer una respuesta reflexiva. (Rawls, 2009, p. 173)

Resulta difícil aceptar la compatibilidad entre ambas sociedades, como pretende Rawls, si, por un lado, se parte de una relativización de los principios de justicia y de una confusión entre legitimización y legitimidad y, por el otro, se debilita el principio de autonomía personal limitando la libertad de expresión y abriendo las puertas a esquemas francamente corporativistas.

Por su parte, en su libro *Igualdad y Parcialidad*, Nagel parte de la idea de que en nuestra vida existe una tensión constante entre el punto de vista objetivo, la perspectiva desde ninguna parte, que es la de la imparcialidad y el altruismo, y el punto de vista subjetivo que toma en cuenta las circunstancias particulares del individuo.

Nagel se muestra escéptico ante la posibilidad de concebir una moral que incluya tanto razones agencialmente neutrales (de agentes con actitud neutral) como razones agencialmente relativas (de agentes con actitud relativa) con el fin

de superar la tensión o el conflicto. Contra la posibilidad de acciones altruistas, Nagel sostiene que,

El mero altruismo no provee un punto de vista común desde el cual cada uno pudiera alcanzar las mismas conclusiones –y ésta es la esencia de la idea contractualista o kantiana de legitimidad–. El altruismo por sí mismo genera tantos puntos de vista conflictivos como concepciones del bien existen. (Nagel, 2009, p. 174)

Nagel no integra el punto de vista personal en la perspectiva de la imparcialidad porque esta misma ya no es universalizable ni objetiva y si se la considera sólo desde un ángulo procedimental tiene poca relevancia moral.

Quizá el error de Nagel, y el de buena parte de los comunitaristas, consiste en considerar la autonomía y la dignidad de la persona implícitas en la idea de imparcialidad que exige el discurso moral, como un plan de vida más (el que proponen las sociedades liberales democráticas) entre otros planes de vida posibles y no como los principios subyacentes y necesarios para la materialización de cualquier plan de vida posible.

Lo que el liberalismo kantiano defiende no es una concepción descriptiva de la persona moral sino normativista; es decir, una concepción no preocupada por cómo son los individuos en sí mismo y en sus relaciones comunitarias, sino por cómo deben ser tratados. Reprochar a los liberales que han olvidado al sujeto concreto es apuntar las críticas hacia un blanco inexistente.

Luis Villoro, criticando a Ernesto Garzón Valdés en torno a su concepción de homogeneidad social, toma como punto de partida la propuesta liberal de que en toda asociación política voluntaria se deben aceptar las condiciones que la hacen posible, a saber:

- 1) El respeto a la vida del otro, por lo tanto, la satisfacción de las necesidades naturales necesarias al mantenimiento de esa vida;
- 2) la aceptación de su autonomía, en el doble sentido de aceptación de su capacidad de elección conforme a sus propios valores y de su facultad de ejercer esa elección;
- 3) la aceptación de una igualdad de condiciones en el diálogo que conduzca al convenio, lo cual incluye el reconocimiento por cada quién de la posibilidad de que los otros guíen decisiones por los fines y valores que le son propios;

4) por último, para que se den esas circunstancias, es necesaria la ausencia de coacción entre las partes. (Villoro, 1995, p. 10)

Pareciera que estas condiciones ideales del discurso no presentan problemas, siempre que los sujetos pertenezcan a la misma comunidad de cultura. El problema surge cuando no se comparten las mismas creencias básicas sobre fines y valores. Entonces cabría preguntarse si entre tales condiciones no habría que incluir e respeto al contexto cultural precisamente para garantizar a las diferentes comunidades culturales la autonomía que haga posible la elección de los individuos.

La respuesta de Villoro es afirmativa:

Los derechos básicos comprenden el derecho a la autonomía de la persona. Pero la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta no puede darse más que en un contexto cultural. Las creencias básicas, que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por lo tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las

que pertenecen. El derecho de los pueblos sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el pueblo sea una condición para la autonomía de la persona. (Villoro, 1995, p. 17)

El problema que existe en la propuesta de Villoro es, precisamente, el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto cultural sobre el principio de autonomía kantiano. Si el contexto cultural de elección es un bien primario y se incluye entre aquellos que conforman el *coto vedado*, merecería por ese solo hecho el mismo respeto que el bien primario de la libertad individual, pero, entonces, ¿qué sucedería si aquél entra en contradicción con esa última?; si la respuesta es que no se deben permitir ciertas acciones porque violan los derechos liberales, entonces debemos aceptar la supremacía de estos últimos sobre los derechos culturales y fijar límites muy claros a la tolerancia.

## **2.2 DERECHOS LIBERALES Y DERECHOS COMUNITARIOS**

La concepción ético-política que mejor responde a la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales es la *liberal igualitaria*. Esta concepción supone que los individuos están constituidos por su capacidad de elegir sus fines, adoptar intereses y formar deseos; subyacen (son idénticas consigo mismas) a

tales fines, intereses o deseos; son separables entre sí e independientes; y, consecuentemente, nada que esté compuesto por ellas, como por ejemplo las personas colectivas, puede ser una persona individual.

Si se acepta tal concepción de la persona individual debe insistirse en que, desde una perspectiva liberal, las concepciones que privilegian éticamente a la comunidad por encima del individuo terminan aceptando una forma de integrismo por la cual la existencia y el bienestar del individuo dependen de la existencia y del bienestar de la comunidad a la que el mismo pertenece.

Ronald Dworkin critica con razón esta forma de integración que llama *metafísica* porque termina sucumbiendo al antropomorfismo. La integración metafísica sugiere que tal integración “*depende de una metafísica barroca que afirma que las comunidades son entidades fundamentales en el universo y que los seres humanos individuales son solo abstracciones o ilusiones*”. (Dworkin, 2009, p. 175)

Lo implícito y compartido por todo liberal en esta crítica es la idea de que las entidades colectivas no poseen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan al agente moral.

A partir de esta concepción de la persona moral se pueden esbozar al menos dos argumentos en favor de la primacía de los derechos liberales sobre los culturales: el del individualismo ético y el de la imparcialidad.

### **2.3 EL ARGUMENTO DEL INDIVIDUALISMO ÉTICO**

Según este argumento, y en una síntesis reducida, los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen.

Más aún, los grupos valen sólo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tiene ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas, como parece desprenderse de la siguiente afirmación de Bonfil Batalla: *“La única civilización, las únicas culturas auténticas, son las que encarnan los pueblos indios”*. (1997, p. 337)

Más allá del romanticismo que inspira esta frase, toda cultura puede y debe ser modificada o abandonada si deja de valer para los individuos. En este sentido tiene razón David Gauthier cuando sostiene: *“La idea de que las formas de vida tienen derecho a sobrevivir, es un recién llegado escenario moral. Es también una*

*idea totalmente equivocada. Son los individuos los que cuentan; las formas de vida importan como expresión y sustento de la individualidad humana". (1991, p. 288)*

En tal sentido, la mejor defensa de las minorías culturales es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo en tanto agente moral. Esto no significa que se deba ignorar la diversidad cultural en aras del valor incondicionado del progreso, a todas luces absurdo, sino que deben buscarse principios que, respetando la pluralidad, puedan ser compartidos por todos los agentes, lo cual significa que no serán aceptados aquellos que destruyan su calidad moral.

Por ello, como sostiene Garzón Valdés:

Con respecto a las autoridades nacionales: Están prima facie éticamente obligadas a posibilitar a todos los habitantes el goce de los derechos vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas. Éste es el deber de homogeneización. Una sociedad en la que se viola este deber puede ser calificada de indecente. (1993, p. 538)

Asimismo, y tomando como ejemplo de minorías a las comunidades indígenas, sus representantes:

Están éticamente obligados a informar a sus miembros acerca de las consecuencias que trae aparejado el rechazo del principio de homogeneidad. Este es el deber de disposición al cambio. Su no aceptación conduce a la transformación de las comunidades indígenas y a los individuos que las integran en “piezas vivientes de museo”. (Garzón Valdés, 1993, p. 536)

Al deber de *homogeneización* corresponde entonces un deber de *dinamización*, no bajo el supuesto de una idea de progreso *per se*, a todas luces absurda, sino bajo el supuesto de que lo que verdaderamente cuenta es el individuo y no las formas de vida idealizadas y tantas veces absolutizadas.

Desde esta perspectiva, los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías *como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco*, sino que si entran en contradicción con los derechos liberales deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser *único e irrepetible*.

Rodolfo Stavenhagen afirma que *“los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros”*. (1995, p. 120)

Pero si los derechos de una comunidad entran en colisión con los derechos individuales, entonces

No deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros. Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos. (Stavenhagen, 1995, p. 120)

## **2.4 EL ARGUMENTO DE LA IMPARCIALIDAD**

El argumento del individualismo ético se complementa con el de la imparcialidad. Según éste, se requiere un metacriterio que permita resolver los

eventuales conflictos interculturales. Si se requiere evitar el enfrentamiento entre culturas, es necesario asumir un *punto de vista moral* que, basándose en el reconocimiento de la pluralidad cultural, garantice la mutua tolerancia.

Ahora bien, aceptar el pluralismo y la imparcialidad no significa desatender las exigencias concretas y los compromisos reales con los demás individuos y con la propia sociedad. Lo que se requiere es la aceptación de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna.

Los bienes primarios o las necesidades básicas así como los derechos humanos requieren *convenciones profundas*, a diferencia de las necesidades o deseos secundarios, basados en *convenciones variables*.

Los primeros no están sujetos a negociación; los segundos, sí. Un pluralismo así entendido excluye el desacuerdo y el conflicto entre los individuos y los grupos: se parte de un consenso profundo con respecto a los bienes básicos, pero, al mismo tiempo, se deja un amplio margen para el desacuerdo, el diálogo y la negociación con respecto a los valores que se sujetan a la contingencia de las diversas tradiciones culturales.

Esta distinción constituye un punto de partida fundamental para comenzar a debatir sobre el problema del multiculturalismo. Poco se avanza en esta polémica si, sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa. Las culturas que organizan su modo de vida a partir de una reiterada violación de los derechos individuales no tienen el mismo valor que aquellas en las cuales su organización política y su vida cultural no permiten tales violaciones o abusos de autoridad.

Si aceptamos la distinción entre *consensos profundos* y *consensos variables*, y asumimos que el respeto a los derechos humanos individuales es la mejor opción para juzgar la legitimidad de los derechos culturales y garantizar la imparcialidad, debemos aceptar que el ámbito de la tolerancia queda acotado precisamente por el respeto a tales derechos. Su ámbito quedaría reducido, entonces, al de las convenciones derivadas: a las necesidades o deseos secundarios.

Mientras más fortalecida se halle una sociedad en la vigencia de los derechos y, entre éstos, con supremacía de los derechos liberales sobre los culturales, menos necesaria resultará la observación de la tolerancia.

Ésta se consumará en el ámbito de lo tácitamente permitido que guarda relación nada más, pero nada menos, que con la moral autorreferente, o bien con la moral intersubjetiva, por ejemplo, filial, conyugal o fraternal, siempre que no se incurra en daños a terceros por acción o por omisión.

En términos de culturas, un multiculturalismo fuerte que argumente en contra del individualismo ético es inaceptable, y un multiculturalismo débil termina por reducir las peculiaridades éticamente respetables o, en su caso, tolerables, a tres ámbitos fundamentales: la lengua, el arte y las necesidades o deseos secundarios de las personas. (Gárzon Valdés, 1993, p. 126)

Parece claro que deben prevalecer los derechos liberales sobre los culturales. En esas situaciones y en otras semejantes, el reconocimiento de derechos vuelve innecesaria la observación de la tolerancia.

### **3. LA DISCRIMINACIÓN INVERSA O ACCIÓN POSITIVA**

*“La igualdad ante la ley no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, sino hacerla realmente posible para que no signifique ya discriminación injustificada, desigualdad inadmisibles”.* (De Lucas, 1993, p. 497)

Por discriminación inversa o discriminación positiva se entienden

Aquellas medidas normativas encaminadas a compensar a determinados grupos de cierta condición vulnerable que han sufrido en el pasado de discriminación directa (por motivos de sexo, raza, religión, condición socioeconómica, minusvalía física, etc.), legislando en su favor para compensar los efectos de la discriminación sufrida. (De Lucas, 1993, p. 498)

Se trata de vías normativas para evitar la exclusión, para producir integración igualitaria, equilibrio social, exigencias derivadas de la igualdad, pero también de la solidaridad.

Es una manifestación específica de las políticas de diferenciación para la igualdad (comúnmente llamadas “acción afirmativa”), que algunas sociedades ponen en práctica, con medidas que van desde la política de becas en educación, a los sistemas progresivos en la carga fiscal (basadas en el principio de igualdad como diferencia de trato: a quien es desigual, a aquel en quien concurren diferencias que debemos calificar como relevantes y que sin embargo no nos parece aceptable que se traduzcan en desventajas, hay que tratarle de otro modo).

## CAPÍTULO V

### EL PLURALISMO EN LATINOAMÉRICA

#### 1. EL PLURALISMO JURÍDICO Y SU RECEPCIÓN EN AMÉRICA LATINA

La noción de pluralismo jurídico es relativamente reciente, es uno de los binomios más utilizados en los últimos años en el discurso teórico de los sistemas jurídicos continentales y que ha resurgido de la historia misma de los ordenamientos jurídicos occidentales.

El pluralismo como sinónimo de la tradición jurídica europea ha sido una nota característica en la añeja tradición del modelo jurídico de occidente. Harold Berman (*Law and Revolution*) destaca que una de las constantes de la historia de la tradición jurídica de occidente fue la capacidad de generar un esquema de pluralidad de ordenamientos y articularlos en un sistema jurídico donde lo local era convergente con lo supranacional. (Ferrer Mac-Gregor & otros, 2014, p. 1004)

En ese sentido, se debe recordar uno de los rasgos de los ordenamientos jurídico de la antigüedad: su matriz consuetudinaria y la necesidad de interactuar con otros ordenamientos para ir delineando la geografía de la cultura jurídica occidental. Así, se puede advertir en la literatura un buen número de análisis sobre el pluralismo como ejercicio de comparación de tradiciones jurídicas.

En la Europa de principios del siglo XX surgen las teorías del pluralismo jurídico elaboradas por los primeros juristas-sociólogos. Estas teorías argumentaban la insuficiencia del derecho estatal para cubrir todos los ámbitos de la vida social y económica compleja e influenciada por elementos étnicos, religiosos, culturales, etc.

El surgimiento de las teorías pluralistas se debe a las siguientes razones: a) la presión contra el derecho estatal de las comunidades étnicas y de los colectivos sociales marginados; b) el mayor conocimiento de las culturas jurídicas existentes en el mundo; y d) la mayor sensibilidad de políticos y juristas por el hecho de la diversidad cultural y jurídica.

Wolkmer, citado por Soriano, manifiesta que

La variedad de modelos de sistemas jurídicos admite un núcleo principal: la negación del Estado como fuente única y exclusiva de todo el derecho. El

pluralismo jurídico es para Wolkmer, una multiplicidad de prácticas jurídicas en un mismo espacio sociopolítico, oficiales o no, interactuada por conflictos o consensos, teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales. (Soriano, 1997, p. 364)

La nueva política democrática se asienta, según Wolkmer, en cuatro procesos: de descentralización, de participación de las bases sociales, de control comunitario y de creación de un sistema de consejos. Estos procesos, dice Wolkmer, no son contrarios, sino complementarios de la democracia parlamentaria burguesa, cuyas instituciones son insuficientes.

El pluralismo jurídico admite diversas formulaciones, esencialmente se distingue entre el llamado *derecho estatal* y los llamados *derechos no estatales*, pero sus manifestaciones reales pueden ser bastante diversificadas y desordenadas.

Sin embargo, pueden distinguirse tres planos: el derecho local, el derecho nacional y el derecho internacional.

El monismo jurídico expresa la validez jurídica de un único derecho en un determinado territorio. Suele coincidir este derecho con el derecho del Estado. En casi todos los sistemas jurídicos, sin embargo, existen costumbres, incluso algunas que se oponen a la ley. Ni en la teoría ni en la práctica del derecho es

posible asegurar que el imperio de un único derecho tenga necesariamente que producirse a través de la ley del Estado, si bien este aserto es más raro en la práctica que en la teoría.

El pluralismo jurídico indica la coexistencia de al menos dos tipos de derecho en el mismo territorio o espacio sociopolítico. Entonces puede afirmarse que el pluralismo jurídico es un pluralismo de derechos.

En la doctrina contemporánea se distingue entre pluralismo jurídico externo que sería aquel en el que un mismo territorio coexistan dos tipos de derecho, y pluralismo jurídico interno, que es aquel en que existen dos fuentes jurídicas dentro de un mismo derecho.

En la doctrina europea se confunden los conceptos del pluralismo jurídico y pluralismo de fuentes jurídicas, el primero indica una pluralidad de derechos; el segundo una pluralidad de fuentes jurídicas dentro de un mismo derecho (el derecho estatal). El primero es un pluralismo externo, el segundo un pluralismo interno, al que sólo impropiaemente se le puede denominar pluralismo jurídico. (Soriano, 1997, p. 366)

El pluralismo de fuentes jurídicas distintas dentro de un mismo tipo de derechos reviste diversos modelos según la rigidez de sus estructuras de fuentes y de instituciones aplicables, los más importantes son los siguientes:

- a) Pluralismo de fuentes abiertas;
- b) Pluralismo de fuentes cerrado, y
- c) Pluralismo de fuentes semiabierto o intermedio.

Asimismo, el pluralismo jurídico propiamente dicho o pluralismo externo, también ofrece distintos modelos, según el signo de las relaciones de interdependencia de los derechos coexistentes:

- a) El pluralismo jurídico débil o de segundo grado y,
- b) El pluralismo jurídico fuerte o de primer grado.

El primero presenta relaciones de jerarquía y dependencias entre los derechos coexistentes y el segundo, concede a los derechos el mismo plano de influencia, sin que existan dependencias recíprocas.

El pluralismo jurídico nace de la *teoría crítica del derecho*. Es teoría crítica del derecho cualquier teoría valorativa de las lagunas, insuficiencias, contradicciones y errores, en general, del derecho estatal. La crítica puede realizarse desde un punto de vista interno (desde dentro del propio derecho) o desde un punto de vista externo (desde la conexión del derecho con la realidad); desde un punto de vista general (respecto a los presupuestos del derecho) o específico (respecto a determinados aspectos del derecho).

En todos los países, dice Soriano,

Es posible descubrir una teoría crítica del derecho, con mayor o menor fuerza y niveles de organización. Su alcance depende de dos causas importantes: la precariedad del medio social y político y la sensibilidad de ciertos sectores sociales capaces de enfrentar una actitud crítica al poder constituido y al derecho que sirve a sus intereses. (Soriano, 1997, p. 368)

En otra perspectiva, se plantea, dentro del ámbito del pluralismo jurídico, los conceptos de *derecho alternativo* y *uso alternativo del derecho*.

El *derecho alternativo* es un derecho cuyas normas efectivas constituyen delitos para el derecho hegemónico. El derecho alternativo pretende romper el predominio del derecho hegemónico del Estado y obtener su reconocimiento jurídico. Soriano clasifica al derecho alternativo en sentido fuerte y en sentido débil.

El primero, pretende la sustitución del derecho hegemónico por el derecho alternativo. Uno por otro. Por lo que no supone la implementación de un pluralismo jurídico. El segundo, pretende la complementariedad del derecho estatal con el derecho alternativo en la vía de implantación de un auténtico pluralismo jurídico o coexistencia de derechos.

El *uso alternativo del derecho*, no se identifica con el derecho alternativo. Uso alternativo indica un determinado uso interpretativo y aplicativo del derecho del Estado. Es una forma de interpretar y aplicar este derecho, pero no una defensa de un pluralismo jurídico como pluralismo de derechos. Uso alternativo del derecho ha habido siempre en la historia del derecho, es frecuentemente un modo de ver el derecho y de interpretarlo por los juristas y prácticos del derecho adheridos a una teoría crítica jurídica

La causa fáctica de la teoría crítica jurídica la constituye las deficiencias del derecho del Estado –lagunas, ambigüedad, contradicciones, etc.–, que permiten una variada interpretación de sus normas y una causa valorativa: la orientación de la interpretación y aplicación en función de ideologías concretas, sean éstas de signo conservador o progresista. (Soriano, 1997, p. 371)

Los alternativistas conceden que hacen un uso político del derecho, porque el derecho en su interpretación no puede estar fuera de los criterios políticos. La acuñación del término *uso alternativo del derecho* ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia italianas de fines de los años sesenta en adelante, del siglo XX, y con ello querían expresar la intención de una libre interpretación de la Constitución y leyes italianas en la orientación que mejor favoreciera a las clases trabajadoras y desfavorecidas.

El poder ejercido por los grupos sociales dominantes utiliza toda clase de recursos para impedir un pluralismo, que conduciría al ascendiente social de los grupos sociales dominados o marginales.

Los poderosos han propagado el peligro de la diversidad jurídica para la integración social de los pueblos y que la unificación jurídica es una característica del derecho perfecto.

Hoy están en entredicho los viejos fundamentos de la unificación jurídica: la integración social y la perfección y progreso del derecho. La misma historia de los pueblos demuestra que la unificación jurídica tanto ha servido para la realización de estos ideales como para su destrucción. La misma historia de los pueblos demuestra que la unificación jurídica tanto ha servido para la realización de estos ideales como para su destrucción. A través de la imposición del derecho único, los pueblos se han desintegrado con cierta frecuencia.

La oposición al pluralismo jurídico puede actuar en dos tiempos: directa oposición antes del reconocimiento jurídico del pluralismo, y estrategias de contención, una vez obtenido dicho reconocimiento:

- a) El poder se sirve del derecho hegemónico para oponerse al pluralismo jurídico.

b) Una vez reconocido el derecho alternativo, por obra de la presión social, todavía el poder político emplea una diversidad de estrategias para que su precaria validez jurídica vaya acompañada de la ineficacia. Estas son las estrategias más significativas:

b.1) La ineficacia de las normas estatales reconocedoras del pluralismo jurídico, porque los nuevos derechos quedan en segundo lugar y supeditados a una legislación posterior de desarrollo de defectuosa o que no llega.

b.2) Tácticas entorpecedoras con una mentalidad desvaloradora de las minorías étnicas y culturas marginales.

b.3) La validez de los nuevos derechos queda supeditada a su compatibilidad con las prevalentes leyes del derecho y del Estado.

En cuanto a los modelos de alternancia jurídica, existen dos, que se consideran representativos: la jurisprudencia alternativa italiana y el derecho alternativo de América Latina.

Respecto de la jurisprudencia alternativa italiana, esta se desarrolló en el período de crisis del estado social de derecho, coincidiendo con una de las

primeras crisis energéticas de Italia; incidiendo en el aspecto político y en el aspecto sociológico de Italia.

Sin embargo, hay que señalar la diferencia entre el *uso alternativo del derecho* y el *derecho alternativo*. El primero pretende realizar una interpretación del derecho a favor de las minorías, grupos vulnerables y personas pobres; el segundo pretende derogar el derecho estatal hegemónico y tomar su lugar.

La jurisprudencia alternativa o uso alternativo del derecho pretende un uso del derecho en un sentido emancipador y favorable a las clases populares y desfavorecidas. Esta interpretación emancipadora se produce aprovechando las normas vagas, ambiguas, indeterminadas, etc., que contienen la Constitución y las leyes, las cuales permiten una interpretación en tal sentido. (Soriano, 1997, p. 377)

Las bases fundamentadoras del uso alternativo del Derecho son:

- a. No existe ciencia jurídica pura y neutra;
- b. El postulado de una ciencia jurídica neutra y de unos métodos imperativos neutros en función de su carácter científico, es el mismo un postulado ideológico en cuanto que esta ciencia y esta forma de

interpretar suponen la sacralización de las normas fuera de su contexto social; y

- c. Como consecuencia de estos dos factores, la ideología del Derecho, de su interpretación y aplicación social, y la ideologización de una pretendida neutralidad jurídica, es justificable una interpretación jurídica de signo progresista y emancipador, alternativa a otras posibles interpretaciones de signo conservador, esto es, la alternancia en la interpretación del Derecho.

Respecto del modelo del Derecho alternativo de América Latina, se proponen en la doctrina tres posibles acepciones:

- a. Aceptación estricta: distingue entre el uso alternativo del Derecho del Estado en una dirección emancipadora y el Derecho alternativo al propio Derecho del Estado (no necesariamente contrario al mismo). Representa dos lados, débil y fuerte, de la alternancia jurídica. El lado débil es una mera interpretación del Derecho estatal que no se opone a él; el lado fuerte es una salida del ámbito de este Derecho para entrar en un Derecho distinto.
- b. Aceptación amplia: distingue diversas modalidades dentro de los dos campos generales apuntados en la acepción estricta. Esta acepción

puede adquirir grandes dimensiones, si profundizamos en las posibilidades interpretativas de los usos del Derecho estatal y en las instituciones estatales con apertura a las necesidades sociales.

c. Aceptación intermedia: esta acepción distingue tres principales vertientes de una práctica jurídica alternativa:

c.1 Positivismo de combate: consistente en la efectividad de las normas legales que suponen la conquista de derechos populares, frente al general incumplimiento de esta clase de normas;

c.2 Derecho alternativo en sentido estricto: Derecho alternativo que evite la opresión y concrete los derechos históricos de una sociedad democrática e igualitaria; y

c.3 Uso alternativo del derecho: consistente en la aplicación de las normas estatales en un sentido emancipador y en beneficio de las clases populares y sus derechos históricos, aprovechando los márgenes interpretativos de las normas: lagunas, vaguedad, ambigüedad, etc.

Puede decirse, que fundamentos peculiares del Derecho alternativo son los siguientes:

- a. El origen social plural del Derecho: el Derecho no tiene una única fuente porque emana de la sociedad en sus varias formas de sociabilidad; es la sociedad la que crea el Derecho, el Estado tan solo lo reconoce;
- b. La separación Derecho-ley. El iusnaturalismo: los juristas alternativos aluden con frecuencia a la separación entre Derecho y ley, entendiendo por ley la norma del Estado. El Derecho es, por lo tanto, algo más que el Derecho estatal;
- c. La eficacia parcial de las leyes del Estado: los juristas alternativos defienden la eficacia de las normas garantistas de los Derechos de los desfavorecidos en la misma medida que sostienen la ineficacia de las normas injustas.

El Derecho se dirige hacia un pluralismo jurídico compartido por las culturas jurídicas y que el pluralismo jurídico debería ser una forma intermedia o una tercera vía entre el universalismo y el aldeanismo jurídicos. El universalismo pretende la transpolación de un Derecho perfectos, mientras que el aldeanismo la defensa de un Derecho para cada cultura. El pluralismo jurídico supone la defensa de la coexistencia de los derechos de las culturas sobre unas bases compartidas de diálogo intercultural, cuyos fines últimos serían la comunicación entre las distintas culturas jurídicas y la ósmosis de los derechos ajenos y propios.

## **2. LA CONCRETIZACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA**

En Guatemala, el instrumento representativo del pluralismo jurídico lo constituye el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, del cual el Estado de Guatemala es Parte. Sin embargo, los derechos surgidos del convenio, han sido objeto de interpretaciones diversas y de conflictos normativos en su aplicación.

Algunas Constituciones latinoamericanas han introducido en sus textos, instituciones de pluralismo jurídico, la más representativa en ese sentido, es la Constitución boliviana.

La jurisdicción indígena originaria campesina surge de la plurinacionalidad y pluriculturalidad que se establece en el texto constitucional boliviano de 7 de febrero de 2009, y la misma es parte del poder judicial en Bolivia.

Conforme lo señala en artículo 190 de la Constitución boliviana: “las naciones y pueblos indígenas originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

Para poder precisar el concepto referente a qué son las naciones y pueblos indígenas, debe citarse la definición que señala la Organización de las Naciones Unidas:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales, que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Doc. ONU E/ CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, párr. 379).

La Constitución boliviana reconoce que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos puedan ejercer un sistema jurídico propio, y al existir una diversidad y pluralidad de los pueblos y naciones indígenas en Bolivia, se traduciría ello en un sistema jurídico plural o dicho en otras palabras, un pluralismo jurídico, es decir que tienen un sistema jurídico propio distinto del occidentalizado.

Se debe remarcar que este reconocimiento que se dio a las naciones y pueblos indígenas por parte de la actual Asamblea General de las Naciones Unidas, es al parecer producto de un cambio de visión más humana y justa, pues a diferencia de su predecesora, que parecía estar motivada por diversos intereses políticos, especialmente vinculados con el predominio sobre diversas zonas del orbe de algunos países mayormente desarrollados y vinculados directamente con posturas colonialistas o imperialistas, es que se denota la gran diferencia existente entre esta y la anterior Asamblea General de las Naciones Unidas. (Ayala Baldelomar, 2011, p. 18)

Al reconocer la Constitución boliviana el derecho de los pueblos y las naciones indígenas a un derecho propio, a un pluralismo jurídico basado en sus propios usos y costumbres, se origina un reconocimiento cuya base es la democracia. Se debe insistir en el término de usos y costumbres, pues este término fue empleado y aún en la actualidad se lo sigue empleado como sinónimo de tradición en las culturas indígenas.

Sin embargo, se debe hacer énfasis en que los llamados usos y costumbres eran verdaderos sistemas jurídicos, con sus propias autoridades jurisdiccionales con normas y procedimientos propios. Apenas en estos últimos años se dio este reconocimiento al derecho de estos pueblos de poder ejercer su propia justicia,

más aún si se toma en cuenta que en países de Latinoamérica, como por ejemplo en Bolivia, más del 60% de su población es indígena originaria campesina.

Ese reconocimiento al pluralismo jurídico en Bolivia, fue incorporado por primera vez en su actual Constitución de 13 de febrero de 2009, señalando en su preámbulo ese deseo de formación de un Estado acorde con la realidad boliviana, así como la referencia al pasado colonial y la influencia que el colonialismo ha dejado, las cuales deben superarse para poder avanzar como Estado.

### **3. CONTEXTUALIZACIÓN NACIONAL DEL PLURALISMO JURÍDICO**

En Guatemala, algunas instituciones jurídicas se presentan como expresiones del pluralismo jurídico.

#### **3.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA**

En primer lugar, en la Constitución Política de la República de Guatemala, algunos artículos presentan un contenido moderado de pluralismo jurídico.

El artículo 58, reconoce la identidad cultural de las personas y de las comunidades: “Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”.

Por otro lado, en la sección tercera del capítulo II, se destinan 5 artículos (del 66 al 70 inclusive) para el reconocimiento de las comunidades indígenas. En dichos artículos se reconocen las siguientes instituciones: a) la protección a los grupos étnicos (art. 66), b) la protección a las tierras y a las cooperativas agrícolas indígenas (art. 67), c) la protección a las tierras para comunidades indígenas (art. 68), d) la traslación de trabajadores y su protección (art. 69) y e) el señalamiento de que una ley ordinaria regirá lo relativo a las materias señaladas en dicha sección (art. 70).

### **3.2 CÓDIGO MUNICIPAL**

El Código Municipal de Guatemala establece algunas instituciones influenciadas por la idea del pluralismo jurídico, entre ellas las siguientes:

En su artículo 17, le reconoce a los vecinos el derecho a la participación en actividades políticas municipales y en la formulación, plantificación, ejecución y

evaluación de las políticas públicas municipales y comunitarias. Establece también en el mismo artículo el derecho a la información, el derecho a integrar la Comisión Ciudadana municipal de Auditoría Social; el derecho de participar en las consultas a los vecinos de conformidad con la ley y el derecho a pedir la consulta popular municipal en los asuntos de gran trascendencia para el municipio en la forma prevista en dicho código.

En los artículos 18 y 19, el Código Municipal establece los derechos de organización en asociaciones comunitarias y los derechos de asociarse mediante la constitución de personas jurídicas.

En los artículos 20 y 21, el Código Municipal reconoce a las comunidades de los pueblos indígenas así como establece el respeto y reconocimiento a las formas propias de relación y organización de dichas comunidades de acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen.

### **3.3 LEY DE LOS CONSEJOS DE DESARROLLO URBANO Y RURAL**

En la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se constituyen algunas instituciones de naturaleza pluralista.

En su artículo 1, esta Ley consigna que el sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y la no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principio de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca.

En su artículo 2, esta Ley establece los principios generales del Consejo de Desarrollo, entre ellos, el respeto a las culturas de los pueblos, el fomento de los procesos de democracia participativa de los pueblos maya, xinca, garífuna y de la población no indígena sin discriminación alguna; el mantenimiento del equilibrio ambiental y el desarrollo humano con fundamento de las cosmovisiones de los pueblos maya, xinca, garífuna y de la población no indígena, así como la equidad de género y la no discriminación y participación efectiva tanto del hombre como de la mujer.

El objetivo de esta Ley se describe en su artículo 3, el cual es organizar y coordinar la administración pública mediante la formulación de políticas de

desarrollo, planes y programas presupuestarios y el impulso de la coordinación interinstitucional pública y privada.

### **3.4 LEY DE DESARROLLO SOCIAL**

Esta Ley puede considerarse uno de los hitos de pluralismo, pues sus principios rectores son: la igualdad, la equidad, la libertad, la familia, el derecho al desarrollo, el reconocimiento a grupos de especial atención por razón de vulnerabilidad, así como la descentralización económica y administrativa del Estado (arts. 3 al 9 inclusive).

El objeto de la Ley de Desarrollo Social, establecido en su artículo 1, es la creación de un marco jurídico que permita implementar los procedimientos legales y de políticas públicas para llevar a cabo la promoción, planificación, coordinación, ejecución, seguimiento y evaluación de las acciones gubernativas y del Estado, encaminadas al desarrollo de la persona humana, en los aspectos social, familiar, humano y su entorno, con énfasis en los grupos de especial atención.

En el cuerpo de la ley, se establecen instituciones pluralistas importantes, como la información demográfica nacional, las políticas de desarrollo social en

materia de población, de salud, de educación, de migración así como las dinámicas en materia de ubicación de la población en zonas de riesgo y de comunicación social.

### **3.5 LEY GENERAL DE DESCENTRALIZACIÓN**

Esta Ley instituye también algunos mecanismos pluralistas, pues su objeto, establecido en su artículo 1, es promover en forma sistemática, la descentralización económica, y administrativa, para lograr el desarrollo del país en forma progresiva y regulada para trasladar las competencias administrativas, económicas, políticas y sociales del Organismo Ejecutivo al municipio y demás instituciones del Estado.

Los principios bajo los cuales se pretende la descentralización se encuentran listados en el artículo 4 de la Ley y son los siguientes: 1) la autonomía de los municipios; 2) la eficiencia y la eficacia en la prestación de los servicios públicos; 3) la solidaridad social; 4) el respeto a la realidad multiétnica, pluricultural y multilingüe de Guatemala; 5) el diálogo, la negociación y la concertación de los aspectos sustantivos del proceso; 6) la equidad económica, social y el desarrollo humano integral; 7) el combate y la erradicación de la exclusión social, la

discriminación y la pobreza ; 8) el restablecimiento y conservación del equilibrio ambiental y el desarrollo humano y; 9) la participación ciudadana.

La idea de la Ley, es llevar al municipio los servicios estatales para minimizar los costos de la población, así como fomentar la participación ciudadana en el proceso de descentralización por medio de la organización comunitaria y municipal. Otro de los objetivos de la Ley es la denominada fiscalización o auditoria social en la cual las comunidades organizadas conforme a la ley tienen facultad para realizarla en los programas de descentralización que se ejecuten en sus respectivas localidades; así como un programa de capacitación y fortalecimiento institucional para mejorar la administración de las municipalidades, de las demás instituciones del Estado y fortalecer la participación ciudadana.

Como se puede inferir, tanto la Constitución como las leyes analizadas, constituyen intentos de constitución de instituciones pluralistas, que son loables y puede decirse que contribuyen a la consolidación del pluralismo. Respecto de lo que se entiende propiamente por pluralismo jurídico, que significa en sentido estricto, el reconocimiento legal de un orden jurídico propio de los pueblos y comunidades indígenas originarios, no existe propiamente en Guatemala. Este pluralismo jurídico, se planteó como institución de reforma constitucional

recientemente, habiendo quedada estancada su discusión en el Congreso de la República.

#### **4. PROPUESTA PEDAGÓGICA DEL PLURALISMO JURÍDICO**

En el contexto de lo expuesto anteriormente, surge una interrogante que vale la pena analizar, por sus alcances y efectos en los ordenamientos jurídicos: ¿cómo lograr establecer el canon del pluralismo en los diversos diseños institucionales?, o dicho de otra manera, ¿cómo entender en la actualidad la veta del pluralismo en la aplicación del Derecho y en el aseguramiento de las libertades básicas?

La filosofía política anglosajona ha contribuido de forma decisiva en la discusión. Charles Taylor ha propuesto la teoría del multiculturalismo como una salida a la encrucijada que plantea el liberalismo a partir de la política del reconocimiento (*multiculturalism*).

Kymlicka ha sugerido la noción de ciudadanía multicultural como punto de partida de los derechos de las minorías (*multicultural citizenship*).

Otros autores han destacado la necesidad de desculturalizar la noción filosófica de los derechos, separando el debate entre liberales y comunitaristas, para vincular a una nueva teoría jurídica de los derechos fundamentales, en donde el pluralismo sea el eje del reconocimiento jurídico y la necesaria coordinación de jurisdicciones en el marco del Estado nacional.

Como se puede advertir, las posibilidades que inaugura el pluralismo han logrado establecer nuevas vetas de reflexión en la filosofía del Derecho y en las teorías jurídicas contemporáneas.

Dentro de la ciencia jurídica, algunos autores, como Peter Haberle (El Estado Constitucional), han concebido el derecho comparado como una herramienta determinante en la aplicación de la cultura jurídica de un país determinado y en ese reconocimiento, la posibilidad de ampliar los parámetros de protección constitucional.

Así, la desestatalización de los sistemas jurídicos ha pasado por revisar los conceptos básicos del Estado moderado y en ese marco, las interrogantes han sido tan amplias como complejas. Como se puede revisar la noción de soberanía estatal, en tanto elemento central de todo tipo de democracia y a la luz de los

procesos de globalización jurídica; qué relación surge en el seno de los diseños constitucionales entre los conceptos de regulación jurídica y emancipación social; cómo afecta la connotación de cultura en el ámbito constitucional; qué importancia tiene la noción de ciudadanía, entre otros.

Como se puede advertir, las interrogantes son profundar por su alcance en el ámbito de las disciplinas sociales y en la construcción de las teorías jurídicas. Sin embargo, surge dentro de la gramática jurídica, el Derecho de la unificación y Derecho comparado como disciplinas importantes para concebir los modelos que plantea el pluralismo jurídico.

Hoy día, el pluralismo tiene su mejor evidencia en el derecho de la unificación o de la integración. A través de cuerpos unificados del Derecho se puede evidenciar la capacidad de los sistemas legales por la armonización en diversas áreas del Derecho público y privado.

Por su parte, el Derecho comparado y otras disciplinas afines como el Derecho procesal constitucional, buscan el estudio de los diferentes instrumentos legales como textos legislativos y fundamentalmente la jurisprudencia nacional e internacional para lograr el reconocimiento de los modelos jurídicos y encontrar los

elementos de coexistencia y equilibrio. En resumen, el pluralismo jurídico es hoy día un discurso crítico del sistema jurídico y una poderosa herramienta de diálogo entre las culturas jurídicas.

El pluralismo jurídico, como todas las teorías jurídicas de alguna manera novedosas, no puede imponerse a ninguna cultura ni por la fuerza, ni de la noche a la mañana. La historia del derecho nos enseña que su modificación por vía cultural ha tomado siempre mucho tiempo. No se debe olvidar que la pluralidad jurídica puede tener diversas consecuencias, ya que es una verdad que la misma conducta es modalizada de manera distinta en distintos sistemas que coexisten en el tiempo y en el espacio.

La idea de la *legitimación* del pluralismo jurídico, por ejemplo en un país como Guatemala, consiste precisamente en su *aceptación general*, y el sistema político, social y económico, ofrece alternativas diversas para lograr este objetivo.

En primer lugar, se debe proponer su enseñanza en las Universidades, es decir, en las Facultades de Derecho; en segundo lugar, el Ministerio de Educación debería, insertarlo como tema de enseñanza en sus políticas educativas y en

tercer lugar, las políticas públicas del Estado pueden orientarse hacia la información y discusión del pluralismo jurídico.

Únicamente de forma gradual y no intempestiva podrá lograrse, en primer lugar, el conocimiento a profundidad y la comprensión del ciudadano, del significado y alcance del pluralismo jurídico.

Por otro lado, los tribunales de justicia y en grado de suma importancia las Cortes Superiores (Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad) desempeñan un importante papel en su interpretación, aplicación y formación de jurisprudencia en el tema el pluralismo jurídico.

## CONCLUSIÓN

Le corresponde a la democracia contemporánea resolver el problema que plantea la necesidad de salvaguardar, manteniéndolos sin embargo diferenciados, dos niveles distintos de integración, en cuanto a la convivencia jurídicamente equiparada de las diferentes formas de vida de los distintos grupos étnicos, religiosos, culturales e ideológicos.

Ello sólo es posible, poniendo en práctica la denominada *concepción moderna del bien*, pero entendida no en el sentido de que los Estados liberales se mantengan totalmente neutrales respecto de las distintas concepciones del bien de los grupos de diversa etnia, cultura, religión e ideología, sino reconduciendo a las *comunidades culturales* a una homogenización de la cultura de convivencia democrática y estableciendo por medio de la legislación y de la Constitución, el respeto a la identidad de cada comunidad, dentro de un marco común de un sistema de derechos que promueva y haga valer dicho respeto *multicultural* con las garantías suficientes para diferenciar la identidad cultural de los distintos grupos sociales que conviven en la sociedad, pero situándolos en un marco de respeto jurídico, social y económico, a manera de conservar los valores de cada cultura, pero haciendo respetar los límites que los separan.

Dichos límites estarían fijados por la Constitución y por las leyes que desarrollan sus principios, utilizando para lograr tal objetivo, la *razón práctica* y el *racionalismo crítico* en relación al pluralismo jurídico.

La realidad social en los Estados contemporáneos, demuestra que con algunas excepciones, casi todas se integran por grupos de distinta cultura, étnica, raza, religión e ideología.

El pluralismo alternativo da cabida a nuevas realidades, ya que considera que éstas corregirán la trayectoria de anteriores propuestas. Cuanto más abierto, plural y político sea un determinado orden constitucional, junto a su correspondiente parte dogmática, tanto más relevante deviene la necesidad de la reflexión multiculturalista.

Las constituciones contemporáneas deben garantizar los derechos humanos sin restricción de pertenencia a grupos minoritarios, y, -con excepción de los derechos políticos para cuyo ejercicio se requiere ciudadanía-, ninguna restricción jurídica debe imponerse para garantizar tales derechos. Pero esa protección debe ser efectiva sólo para aquellas culturas que no sean opresivas y que respeten tanto los derechos humanos como la libertad, la autonomía y la dignidad de sus miembros individualmente considerados, pues no puede

beneficiarse con la protección constitucional a una cultura, a costa de anular o de violar los derechos individuales de sus miembros individualmente considerados.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) LIBROS:

1. Alexy, Robert. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
2. Alexy, Robert. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM.
3. Alexy, Robert, Raz, Joseph & Bulygin, Ernesto. (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.
4. Acosta Alvarado, Paola Andrea. (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
5. Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. (2002). *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
6. Arango, Rodolfo. (2007). *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*. Bogotá: Editores Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes.
7. Aristóteles. (2002) *ÉTICA A EUDEMO*. Madrid: Editorial Alianza.
8. Aristóteles. (2002). *ÉTICA A NICÓMACO*. Madrid: Editorial Alianza.
9. Aristóteles. (2002). *POLÍTICA*. Madrid: Editorial Alianza.

10. Ayala Baldelomar, William Josué. (2011). *El pluralismo jurídico en la Constitución boliviana*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa-IIDPC.
11. Berlin, Isaiah. (1983). *Conceptos y categorías*. México: Fondo de Cultura Económica.
12. Bernal Pulido, Carlos. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
13. Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. (1990). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
14. Beller Taboada, W. (1994). *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
15. Bidart Campos, Germán José. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
16. Bodenheimer, Edgar. (1989). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
17. Borowski, Martín. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
18. Brandt, R.B. (1982). *Teoría ética*. Madrid: Editorial Alianza. Madrid. 1982.
19. Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro. (1990). *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

20. Bonfil Batalla, G. (1997). *Utopía y revolución en el pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*. México: UNAM.
21. Calsamiglia, Albert. (2000). *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Barcelona. Editorial Paidós.
22. Camps, Victoria. (1990). *Virtudes públicas*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe.
23. Carbonell, Miguel (Coordinador). (2002). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. México: Editorial Siglo XXI.
24. Carrió, Genaro Rubén. (1996). *Sobre el concepto de deber jurídico*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
25. Carrillo Salcedo. J. A. (1995). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Editorial Tecnos.
26. Chevallier, Jean Jacques. (1957). *Los grandes textos políticos*. Madrid: Editorial Aguilar.
27. Cicerón. (2002). *Sobre los deberes*. Madrid: Editorial Alianza.
28. Constant, Benjamim. (1978). *La libertad de los antiguos comparada a la de los modernos*. México: UNAM.
29. Comanducci, Paolo. (1994). *Derechos humanos y minorías. Una aproximación analítica y neoiluminista*. Madrid: Editorial Región Práctica.
30. De Lucas, Javier. (1993). *El concepto de solidaridad*. México: Ediciones Fontamara.

31. De Lucas, Javier. *La igualdad ante la ley*. En: Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco J. *El derecho y la justicia*. (1993). Madrid: Editorial Trotta.
32. Del Vecchio, Giorgio. (1980). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch.
33. De la Torre R. Jesús Antonio. (2007). *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. México: Editorial Porrúa.
34. Díez Picazo, Luis. (1973). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. (1973). Madrid: Editorial Ariel.
35. Dworkin, R. (1980). *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*. México: Fondo de Cultura Económica.
36. Dworkin, Ronald. (2003). *Liberalismo, constitución y democracia*. Buenos Aires: Editorial La Isla de La Luna.
37. Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
38. Dworkin, Ronald. (2009). *El imperio de la justicia*. Madrid: Editorial Gedisa.
39. Faralli, Carla. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Editorial Hispania Libros. Universidad Complutense de Madrid.
40. Fraga Iribarne, Manuel. (1958). *La crisis del Estado*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
41. Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
42. Ferrater Mora, José. (2002). *Diccionario de filosofía abreviado*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

43. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo & otros autores. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: UNAM.
44. Finnis, John. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
45. Frozer, Elizabeth. (2001). *Distinción público-privado*. Madrid: Editorial Tecnos.
46. Galvis Ortiz, Ligia. (2008). *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Aurora.
47. García Amado, Juan Antonio. (2005). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
48. García Hidobro, Joaquín. (1993). *Razón práctica y derecho natural*. Valparaíso: Editorial Edeval. Valparaíso.
49. García Maynez, Eduardo. (1970). *Ética*. México. Editorial Porrúa.
50. García Maynez, Eduardo. (2002). *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa.
51. García Maynez, Eduardo. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa.
52. García Maynez, Eduardo. (2002). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Editorial Fontamara.
53. García Morente, Manuel. (1990). *Lecciones preliminares de filosofía*. México: Editores Mexicanos Unidos, S.A.
54. Garzón Valdéz, Ernesto. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

55. Garzón Valdés, Ernesto. (1993). *Derechos humanos y minorías*. México: ITAM/UIA. Escuela Libre de Derecho.
56. Gauthier, David. (1991). *La moral por acuerdo*. Barcelona: Editorial Gedisa.
57. Geiger, Theodor. (1982). DERECHO Y MORAL. Barcelona: Editorial Alfa.
58. Gros Espiell, Hector. (1986). *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema americano*. San José, Costa Rica: Editorial Libro Libre.
59. Haberle, Peter. (2002). *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Editorial Tecnos.
60. Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.
61. Habermas, Jürgen. (1993). *Moralidad, ética y política*. México: Alianza Editorial.
62. Hart, H.L.A. (1962). *¿Hay derechos naturales? Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
63. Hayek, Friedrich A. (1998). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
64. Hobbes, Thomas. (1999). *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial.
65. Ibáñez, Perfecto Andrés. (2007). *Justicia penal, derechos y garantías*. Perú: Editorial Palestra.
66. Kelsen, Hans. (1981). *La teoría pura del derecho*. México: Editora Nacional, S.A.

67. Laporta, Francisco. (1985). *El principio de igualdad*. Madrid: Editorial Sistema.
68. Laviña, Félix. (1987). *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial DePalma.
69. Legaz y Lacambra, Luis. (1953). *La obligatoriedad jurídica*. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho Número 1.
70. Levy-Bruhl, Henri. (1966). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
71. Malem Seña, Jorge F. (1988). *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Editorial Ariel.
72. Malem, Jorge. *La imposición de la moral por el derecho. La disputa devlin-hart*. En: Vásquez, Rodolfo (Comp.). (1998). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Editorial Gedisa.
73. Manili, Pablo Luis (Coordinador). (2005). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
74. Martínez Gálvez, Arturo. (1990). *Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos*. Guatemala. Editorial Vile.
75. Martinotti, Héctor Julio. (1988). *Breve historia de las ideas políticas*. Argentina: Editorial Claridad, S. A.
76. Mejía Quintana, Oscar. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Colombia: Editorial Temis
77. Mejía Quintana, Oscar. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Colombia: Editorial Temis

78. Melden, A.I. (1977). *Obligación jurídica y obligación moral*. México: Cuadernos de Crítica. UNAM.
79. Menke, Christoph & Pollmann Arnd. (2010). *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona: Editorial Herder.
80. Nino, Carlos Santiago. (1994). *Derecho, moral y política*. Barcelona: Editorial Ariel.
81. Nino, Carlos Santiago. (1993). *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
82. Nino, Carlos Santiago. (1998). *Liberalismo vs. Comunitarismo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
83. Molina, Enrique. (1996). *La moral entre la convicción y la utilidad*. Pamplona: Ediciones Eunate.
84. Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1980). *Los derechos humanos*. Colombia: Editorial Temis.
85. Moreso, José Juan. (2000). *Derechos y justicia procesal imperfecta*. Madrid: Editorial Bahía Blanca.
86. Patzig, G. (1975). *Ética sin metafísica*. Buenos Aires: Editorial Alfa.
87. Pérez Luño, Antonio Enrique. (1997). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.
88. Pérez Luño, Antonio Enrique. (1996). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
89. Pisarello, Gerardo. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta.

90. Popper, Karl. (1994). *En busca de un mundo mejor*. España: Ediciones Paidós.
91. Popper, Karl R. (2010). *Después de la sociedad abierta. Escritos políticos y sociales*. Barcelona: Editorial Paidós.
92. Prieto Sanchís, Luis. (2007). *La filosofía penal de la ilustración*. Perú: Editorial Palestra.
93. Quintana, Eduardo Martín. (2007). *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
94. Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Wiesel, Hans. (1971). *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Editorial Aguilar.
95. Ramírez Cardona, Alejandro. (1996). *El estado de justicia*. Colombia: Editorial Temis.
96. Raz, Joseph. (1982). *La autoridad del derecho*. México: UNAM.
97. Raz, Joseph. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Editorial Gedisa.
98. Raz, Joseph. (2001). *Multiculturalismo, una concepción liberal*. Barcelona: Editorial Gedisa.
99. Raz, Joseph. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
100. Rawls, John. (1986). *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Editorial Tecnos. Madrid.

101. Rawls, John. (2003). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica. México.
102. Rawls, John. (1978). *Teoría de la justicia*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. México.
103. Recaséns Siches, Luis. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa.
104. Rolz Bennertt, José. (1941). *El problema de la seguridad en la estimativa jurídica*. Guatemala: Universidad Nacional.
105. Rousseau, Jacques. (1987). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Madrid: Editorial Tecnos.
106. Rousseau, Jacques. (1988). *El contrato social o principios de derecho político*. Madrid: Editorial Tecnos.
107. Russell, Bertrand. (2007). *Historia de la filosofía occidental Tomos I y II*. España: Editorial Austral.
108. Sabine George. (1963). *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
109. Santiago Nino, Carlos. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
110. Sauca, J. M. (1994). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.
111. Schmitt, A. (1992). *Las circunstancias de la tolerancia*. España: Revista Doxa. Universidad de Alicante.
112. Singer, P. (1984). *Democracia y desobediencia*. Barcelona: Editorial Ariel.

113. Soriano, Ramón. (1997). *Sociología del Derecho*. España: Editorial Ariel.
114. Spector, Horacio. (2001). *La filosofía de los derechos humanos*. México: Revista Isonomía.
115. Stammler, Rudolf. (1974). *Tratado de filosofía del derecho*. México: Editorial Nacional.
116. Stavenhagen, Rodolfo. (1995). *Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales*. México: Revista Isonomía No. 3.
117. Stevenson, Leslie y Haberman, David L. (2001). *Diez teorías sobre la naturaleza humana*. Madrid: Editorial Cátedra.
118. Stuart Mill, John. (1984). *El utilitarismo*. Madrid. Alianza Editorial.
119. Stuart Mill, John. (1978). *Principios de economía política*. México: Fondo de Cultura Económica.
120. Stuart Mill, John. (1970). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
121. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas. *Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*. Doc. ONU E/ CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4.
122. Taylor, Charles. (1990). *El atomismo. En: derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A.
123. Taylor, Charles. (1995). *El liberalismo y su crítica*. Barcelona: Editorial Ariel.
124. Terán, Manuel. (1977). *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa.
125. Touchard, Jean. (1961). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Editorial Tecnos.

126. Truyol y Serra, Antonio. (1995). *Historia de la filosofía del derecho 2*. Madrid: Editorial Alianza Universidad Textos. Madrid.
127. Vásquez, Rodolfo. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM.
128. Vásquez, Rodolfo. (2009). *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
129. Vilanova, José. (1977). *Elementos de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
130. Vigo, Rodolfo Luis. (2008). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
131. Villoro, Luis. (1995). *Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos*. México: Revista Isonomía No. 3. México.
132. Von Ihering, Rudolph. (2004). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Valeta Ediciones S.R.L.
133. Von Savigny, Friedrich Karl. (2004). *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Valeta Ediciones S.R.L.
134. Von Ihering, Rudolf. (1978). *El fin en el derecho*. Argentina: Editorial Heliasta.
135. Walzer, Michael. (1993). *La esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
136. Weber, Max. (1987). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
137. Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. (2002). *Metodología jurídica*. México: Editorial McGraw-Hill.

138. Wolff, R.P. (1997). *Para comprender a Rawls*. México: Fondo de Cultura Económica. México.
139. Wright, George Henrik von. (1979). *Norma y acción, una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos.
140. Haberle, Peter. (2008). *Pluralismo y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.
141. Huntington, Samuel P. (2011). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Editorial Paidós.

## **B) LEYES**

1. Carta Interamericana de Derechos Humanos.
2. Código Municipal
3. Constitución Política de la República de Guatemala.
4. Convención Americana Sobre los Derechos Humanos.
5. Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.
6. Ley de Desarrollo Social
7. Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural
8. Ley General de Descentralización