

# SÍLEX

## FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD Y JUSTICIA

# FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD Y JUSTICIA

Revista *Sílex*, volumen 6, N° 1  
Revista interdisciplinaria de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya  
Enero – julio 2016

DIRECTOR

Bernardo Haour, S.J.

VICEDIRECTORA

Birgit Weiler, HMM

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Manuel Burga / Tony Mifsud / Rafael Fernández Hart, S.J. / Catalina Romero /  
Aldo Vásquez / Rafael Vega-Centeno / César Carrión

COORDINADOR DE ESTE NÚMERO *SÍLEX*

Alessandro Caviglia Marconi

EQUIPO EJECUTIVO

Leonardo Dolores / Isabel Lavado

De la presente edición:

© Universidad Antonio Ruiz de Montoya  
Av. Paso de los Andes 970, Pueblo Libre, Lima  
Telf. (51-1) 7195990 (a) 128  
fondo.editorial@uarm.pe

CUIDADO DE EDICIÓN

Centro de Estudios y Publicaciones CEP  
Belisario Flores 681, Lince - Telf.: 471-7862

DISEÑO DE PORTADA

Carlos Yáñez Gil

Ilustración de la p. 204: Tapa del manuscrito *Sílex* del divino amor, Lilly's Library,  
Universidad de Indianápolis, EE.UU. Todos los derechos reservados

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No.: 2016-09276  
ISSN: 2310-4244

Impreso en el Perú por: Litho & Arte S.A.C.  
Jr. Iquique, 046 – Breña.  
Tiraje: 300 ejemplares  
Lima, julio 2016

## CONTENIDO

Colaboran en este número	5
Presentación	9

### ARTÍCULOS

Una filosofía del derecho desde la justicia como equidad <i>Ronald Reyes Loayza</i>	15
--	----

Reconocimiento del derecho colectivo a la Administración de Justicia Comunal en el Perú: Artículo 149 de la Constitución Política de 1993 <i>Gustavo Zambrano Chávez</i>	41
---	----

Sobre la vigencia de la teoría habermasiana del Derecho en un mundo globalizado y plural <i>Manuel Zelada</i>	61
---	----

La teoría del derecho natural <i>Alessandro Caviglia</i>	93
---	----

### ENSAYOS

El sentido de injusticia y las luchas por la memoria <i>Gonzalo Gamio Gebri</i>	117
--	-----

De Kant a Rawls: en torno al “derecho de gentes” <i>Fidel Tubino</i>	131
---	-----

Algunas aproximaciones al debate constitucional anglosajón contemporáneo <i>Jorge H. Sánchez Pérez</i>	155
Argumentación jurídica y estado autoritario a propósito del caso “diarios chicha” <i>Gilmer Alarcón Requejo</i>	165
<b>RESEÑAS DE LIBRO</b>	
<i>Globalización, justicia y pobreza.</i> de Franklin Ibáñez	185
<i>Discernir. Una necesidad existencial</i> de Alberto Simons, sj	188
<b>INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES DE SÍLEX</b>	195

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

### **Ronald Reyes**

Egresado de la facultad de derecho de la Universidad San Martín de Porres; y postulante a la maestría de filosofía de la Universidad Católica del Perú. Miembro del Círculo de Estudios Filosóficos y Sociales (Círef-s) desde hace 4 años donde colabora junto a destacados académicos y estudiantes, en las áreas de ciencias sociales y humanidades, de las más importantes universidades de Lima.

### **Gustavo Zambrano Chávez**

Abogado por la PUCP. Magister en Business Ethics por la Universidad de Linköping, Suecia. Tiene experiencia en gestión pública, dirección de proyectos, docencia universitaria, así como asesoría a entidades públicas y privadas. Ha sido asesor de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú CONAP durante las Mesas de Diálogo luego del conflicto de Bagua. Se ha desempeñado como asesor del despacho del Viceministerio de Interculturalidad y ha sido jefe de la Unidad Ejecutora INDEPA, ambos en el Ministerio de Cultura. Es profesor del curso Derecho de los Pueblos Indígenas, Sociología del Derecho y Antropología Jurídica de la Facultad de Derecho PUCP. Es miembro del Grupo de Investigación en Gestión y Políticas Públicas de la Escuela de Gobierno PUCP. Actualmente se desempeña como investigador senior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP - IDEHPUCP.

### **Manuel Zelada**

Manuel Zelada es miembro de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Kierkegaardianos y del Círculo de Fenomenología Latinoamericano. Es magister en filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha

estudiado piano en el Conservatorio Nacional de Música y el London College of Music y lingüística en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como docente en dicha universidad.

### **Alessandro Caviglia**

Magister en filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Carrera Profesional de Filosofía por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y del Departamento de Teología de la PUCP. Ha publicado una serie de artículos en libros y revistas sobre filosofía del derecho, ética, filosofía política y filosofía de la religión.

### **Gonzalo Gamio**

Doctor en Filosofía por la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid, España). Actualmente es profesor en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es autor de los libros *Tiempo de Memoria. Reflexiones sobre Derechos Humanos y Justicia transicional* (2009) y *Racionalidad y conflicto ético. Ensayos sobre filosofía práctica* (2007). Es autor de diversos ensayos sobre filosofía práctica y temas de justicia y ciudadanía publicados en volúmenes colectivos y revistas especializadas del Perú y de España.

### **Fidel Tubino**

Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, es profesor principal del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Coordinador de la Red Internacional de Estudios Interculturales (RIDEI). Ha sido Decano de la Facultad de Estudios Generales Letras y Coordinador del Doctorado en Filosofía de la PUCP. Miembro fundador de Foro Educativo y experto en educación intercultural. Sus áreas de especialización son la ética y la hermenéutica. Es coautor y coeditor de los libros *Interculturalidad, un desafío* (1992), *Debates de la ética contemporánea* (2006) *Jenetian: el juego de las identidades en tiempos de lluvia* (2007), *Hermenéutica en diálogo. Ensayos sobre alteridad, lengua e interculturalidad* (2009), así como autores de numerosos artículos publicados en revistas especializadas de España, México, Bolivia, Chile y Perú sobre ciudadanía y diversidad cultural

**Jorge H. Sánchez Pérez**

Abogado por la PUCP, Magister en Filosofía por la UNMSM, Master of Science in Philosophy por la University of Edinburgh y actualmente PhD student in Philosophy en McMaster University. Interesado en temas de ética, filosofía y teoría política y legal, así como en historia de la filosofía moderna y epistemología. Actualmente se desempeña como profesor universitario en diversas facultades de Derecho y Filosofía del Perú.

**Gilmer Alarcón Requejo**

Abogado por la Universidad Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque) y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha realizado actividad docente y de consultoría jurídica en Perú, Bolivia y España. Es autor de numerosos artículos y ponencias académicas, así como de varios libros, entre los cuales destaca *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia*, publicado en Madrid por la editorial Dykinson.

**Ricardo Falla Carillo**

Filósofo por la Facultad de Teología Pontificia y Civil de Lima y Magister en Filosofía en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Actualmente se desempeña como Coordinador Académico del Programa de Humanidades y Jefe del Departamento Académico de Humanidades. Su producción intelectual ha sido recogida en distintas revistas y libros, tanto en el Perú como en el extranjero.

**Luisa Broggi**

Se desempeña como Sub-Directora del Centro de Espiritualidad Ignaciana. Formada en el Centro de Espiritualidad Ignaciana de Montreal (Canadá). Es además profesora del Diplomado de Acompañamiento, talleres ESPERE y Profesora del Diplomado de Consejería Psicológica de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.



## PRESENTACIÓN

En el número anterior de nuestra revista abordamos a través de las ciencias psicológicas algunos problemas de acceso a la educación, uno de los principales problemas de nuestro país. En el presente número, la revista se propone ofrecer al lector distintos aportes sobre un tema de igual importancia en nuestro medio: la relación entre el derecho y la justicia. Temática que es abordada a través de otra disciplina que es la filosofía del derecho y, como el anterior número, se inspira en la preocupación de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya por contribuir a la constitución de una sociedad que ofrezca a sus integrantes el que se puedan desarrollar plenamente

La filosofía del derecho convoca el trabajo conjunto de abogados, sociólogos y filósofos. Ella hunde sus raíces en la filosofía política. Desde muy temprano, la reflexión filosófica sobre el derecho se halló articulada con la filosofía política y la ética. De esta manera, encontramos una reflexión filosófica sobre la justicia y las leyes en Platón y Aristóteles, así como entre los estoicos griegos y romanos. Cicerón, y luego Agustín y Tomás de Aquino también presentarán visiones sobre el derecho. Y, con el surgimiento de la modernidad, la teoría del derecho natural seguirá imbuida de concepciones éticas y políticas.

Pero pasada la segunda mitad del siglo XIX, la filosofía del derecho se desconectará de la filosofía. En este proceso convergen dos elementos importantes a tener en cuenta. El primero es el abandono del campo de la filosofía del derecho por parte de los filósofos, quienes después de Hegel deciden dedicarse a la filosofía social y a la ética.

El segundo es el advenimiento del positivismo como orientación de pensamiento en general y como punto de vista sobre el derecho en particular. Por estas razones, la filosofía del derecho terminó siendo una disciplina desarrollada mayoritariamente por abogados.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX los filósofos comienzan a ingresar nuevamente en dicho campo disciplinario, especialmente a partir de la publicación de la obra de John Rawls titulada *Teoría de la justicia*, en 1971. La publicación de dicha obra generó dos efectos importantes en el campo de la filosofía práctica. El primero se realizó al interior de la filosofía moral y política. Frente al liberalismo renovado por Rawls se inició un conjunto de críticas sumamente sugerentes a dicha obra. Las más importantes son la de Michael Sandel, en *El liberalismo y los límites de la justicia* y la de Michael Walzer, en *Las esferas de la justicia*. A esos aportes críticos se sumaron las obras de Alasdair MacIntyre y Charles Taylor, entre otros. Todos estos filósofos provenían de tradiciones filosóficas distintas pero convergían en la idea de Aristóteles, según la cual la comunidad es importante para comprender a las personas y a las instituciones, y en contra de la imagen del sujeto desvinculado que aparece en la primera obra trascendente de Rawls. Es por eso que este grupo fue denominado “comunitaristas”, a pesar de que ninguno de ellos reconoció ese apelativo. Se trataban, más bien de hermeneutas, hegelianos y aristotélicos principalmente. Al mismo tiempo, surgieron filósofos que se entendieron como discípulos de Rawls, entre los que destacan Thomas Scanlon, Thomas Nagel y Christine Korsgaard, entre otros. Ambos grupos son, de una manera u otra, herederos de Rawls. Entre tanto Rawls absorbió algunas de las críticas y fue articulando mejor sus argumentos, y en 1993 publica el *Liberalismo político*.

El segundo efecto se realizó al interior de la filosofía del derecho misma. La obra de Rawls reactualizó el aporte de los filósofos a dicha disciplina, pero generó la distinción entre la filosofía del derecho realizada por filósofos y la realizada por abogados. Ambos tipos de trabajos no han logrado construir vasos comunicantes y se desconocen mutuamente. Por una parte, los abogados fueron reclamando una y otra vez “la autonomía del discurso del derecho”, señalando que el

derecho debe de desconectarse de la política y de la moral y hacerse cargo de todas las exigencias teóricas por sí mismo. De otra parte, los filósofos han señalado, con razón, que el derecho debe de conectarse con una reflexión filosófica respecto de la justicia y con la filosofía política. De hecho, la filosofía política contemporánea ha de esclarecer la relación entre el derecho y la política. En vez de pensar que el derecho y la política se encuentran desconectados, o que entre el derecho, la política y la moral sólo existen puntos de intersección; la reflexión contemporánea ha dado cuenta de que el derecho se levanta sobre el terreno de la política.

Afirmar que el derecho es un fenómeno de la política puede llamar la atención y generar cierta preocupación. Se puede pensar que se está apoyando la idea de que el derecho debe terminar siendo una simple representación de los intereses políticos de los grupos más influyentes dentro de la sociedad. Pero esta percepción se genera si se considera que la política consiste en la actividad partisana dirigida a la consecución del poder. Esta concepción de la política se inserta en la tradición de pensamiento que se articula plenamente en Tucídides, pasando por Maquiavelo, por Hobbes y Schmitt, entre otros. Pero existe otra concepción de la política que consiste en la acción concertada en búsqueda de hacer valer los derechos y las libertades de todos. Esta concepción tiene que ver con la idea del poder como algo ejercido sólo de manera concertada. Esta forma de pensar tanto la política como el poder surge con claridad en Aristóteles, pasando por Spinoza, Kant, Arendt y una serie de pensadores contemporáneos como Walzer, Taylor y el mismo John Rawls.

Desde esta segunda perspectiva, la política es entendida como la defensa de derechos y libertades igualitarios. De esta manera, se articula una concepción de la justicia en torno a la libertad y la igualdad de derechos, concepción que establece una conexión con la democracia liberal como una forma de vida. El derecho se presenta, entonces, como una institución que se encuentra inserta en la sociedad democrática, que entiende la misma democracia como un conjunto de prácticas sociales e intersubjetivas que van más allá de una regla de derecho. La

democracia no es entendida como un conjunto de reglas de derecho de carácter formal, sino como una forma de vida. Y el mismo derecho no puede ser pensado como un conjunto de reglas independientes de la democracia, porque de ese modo las reglas del derecho perderían los principios en los que se fundan y los fines hacia los que se dirigen.

Son perfectamente comprensibles los enfoques neopositivistas, o también denominados postpositivistas, que buscan defender la autonomía del discurso del derecho. El temor que infundió Kelsen a los juristas y abogados, a saber, el temor de que el derecho termine reduciéndose a la expresión del poder político, ha terminado crispando a parte de los intelectuales dedicados a la filosofía del derecho y los ha empujado a defender la autonomía del mismo. Es por ello que se han consumido muchos recursos de investigación a fin de convertir la filosofía del derecho en epistemología jurídica. De esta manera, en cambio, no se ha podido establecer la conexión entre el derecho y la política, el esfuerzo se ha estado dirigiendo al cercioramiento del estatuto epistemológico de las reglas del derecho.

La revista que entregamos en esta oportunidad está dirigida a cuestionar ese punto de vista, muy extendido en la academia. Por ello se encontrará que los artículos que forman parte del dossier como los ensayos presentes en este número de SÍLEX se dirigen a realizar una mayor reflexión sobre la relación entre el derecho, la democracia y la justicia. En este sentido, en el presente número hacemos entrega a la discusión académica y al público en general un artículo sobre la filosofía del derecho de John Rawls a cargo de Ronald Reyes, otro en torno al pensamiento jurídico de Jürgen Habermas a cargo de Manuel Zelada, uno en torno al pluralismo jurídico a cargo de Gustavo Zambrano y un último artículo en torno a la teoría del derecho natural a cargo de Alessandro Caviglia. Además, presentamos una serie de ensayos sobre la filosofía del derecho, como la reflexión en torno a los derechos y la justicia a cargo de Gonzalo Gamio, y un ensayo sobre las fuentes kantianas del pensamiento de John Rawls a cargo de Fidel Tubino.

Esperamos contribuir con este conjunto de textos a la reflexión sobre el derecho y lo que puede ser su aporte a una sociedad más justa.

El Director



## UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO DESDE LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

*Ronald Reyes Loayza*

### Resumen

John Rawls, el filósofo de la justicia política, ha generado un impacto sin precedente en el debate académico contemporáneo. Sin embargo, en el ámbito de los estudios jurídicos su presencia sigue siendo menor. Esta situación se relaciona con la forma en que ha devenido la filosofía del derecho a causa del deslumbramiento que en ella operó la filosofía científica de inicios del siglo veinte. En este trabajo me propongo presentar algunas ideas fundamentales de la teoría de la justicia de John Rawls: *Justicia como equidad*. Esta tesis constituye la más estimulante propuesta para una nueva forma de entender la filosofía del derecho sin sus presupuestos positivistas. No sólo relaciona los ámbitos de la moral, la política y el derecho sino que articula un modelo de razonamiento práctico que rompe con los moldes establecidos por la filosofía analítica presentes en las obras de la teoría jurídica contemporánea.

**Palabras clave:** filosofía del derecho; justicia política; liberalismo; positivismo; razón práctica; razón pública.

### Abstract

John Rawls, the political justice philosopher, has generated an unprecedented impact in the contemporary academic debate. Nevertheless, in the field of legal studies his presence remains lower. This situation is related with the way in which the philosophy of law has developed, highly influenced by the ideas of the scientific philosophy from twentieth century. The aim of this work is to present some of the fundamental ideas of the theory of justice of John

Rawls: *Justice as fairness*. This thesis is the most stimulating proposal for a new form of understanding of the philosophy of law, without its positivistic presuppositions. It not just relates the moral, political and the law spheres, but also articulates a model of practical reasoning that breaks with the set molds of the analytic philosophy present in the contemporary juridical theory.

**Key words:** philosophy of law, political justice, liberalism, positivism, practical reason, public reason.

## I

Es un lugar común, particularmente en la academia jurídica latinoamericana, la opinión según la cual el cuerpo de concepciones, tesis e ideas que desarrolló John Rawls durante más de 30 años se encuentra únicamente en el terreno de la filosofía política.<sup>1</sup> Para este parecer, la *Justicia como equidad* no toca los márgenes de la filosofía del derecho y, en suma, importa a los juristas sólo como un elemento ilustrativo pero no en atención a los problemas conceptuales del derecho contemporáneo. Durante los últimos años de la recepción de su trabajo en Latinoamérica, no se ha estudiado suficientemente a Rawls además de tratársele como a un autor secundario frente a tesis como el neoconstitucionalismo o la argumentación jurídica. Esta exclusión no se entiende si no reparamos en la forma que ha tomado la reflexión filosófica sobre el derecho. A menudo se acusa a Hans Kelsen de ser el más importante responsable de entender el derecho como una ciencia. Para llevar adelante su proyecto de una ciencia del derecho, Kelsen contrajo implícitamente un compromiso en el terreno de la metateoría, a saber, la tesis según la cual toda filosofía del derecho posible es una forma

---

1 Distinto es el caso de la academia jurídica de habla inglesa, para la cual el trabajo de Rawls constituye ya uno de los pilares de la reflexión jurídica contemporánea. Cf. Balkin, J. M. y S. Levinson. Los cánones del derecho constitucional. Academia [En línea]. 2005, año 3, n° 5. [Fecha de consulta: 30 mayo 2016] Disponible en: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/05/los-canones-del-derecho-constitucional.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/05/los-canones-del-derecho-constitucional.pdf)>

de epistemología;<sup>2</sup> pero aun las principales teorías contemporáneas del derecho comparten esta misma premisa. Pese a que su rechazo del positivismo las ha llevado a resaltar el papel de los principios o enfatizar los alcances de la interpretación judicial, estas teorías comparten un sobreentendido común —en el mismo registro que el positivismo jurídico— acerca del carácter de la reflexión filosófica.

Para los juristas, que desde principios del s. XX se apropiaron de la tarea reflexiva sobre el derecho, la filosofía es ya teoría del conocimiento. Este presupuesto se fundamentó en la hegemonía de la ciencia como actividad paradigmática de investigación y el consecuente auge de la filosofía analítica. De esta forma, la filosofía es considerada un tipo de investigación neutral acerca de la naturaleza de sus objetos; y los problemas que componen el núcleo de este filosofar tienen un carácter ontológico y epistémico a la vez. Las preguntas filosóficas nunca son impertinentes y nos someten a un cuestionamiento profundo sobre nuestras creencias, pero es en la tradición del debate filosófico en el que dichas preguntas generan sistemas, ideas, y creencias de muy distinto tipo. En el derecho, sin embargo, estas preguntas se asumieron con una restricción de principio. Las dos cuestiones que conforman el núcleo de este *cientificismo* se transforman, en el marco del derecho, en preguntas sobre una pretendida naturaleza sistémica cuyo fundamento y despliegue corren dentro de la propia estructura jurídica.<sup>3</sup> De este modo las dos preguntas de este binomio: ¿qué es el derecho? y ¿qué puedo saber con certeza sobre el derecho? son dos preguntas que

---

2 Evidencia de este compromiso es el trasiego que realiza Kelsen con la posición de la ley moral en el sistema filosófico kantiano: “La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el “sollen”, una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular.” (Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del Derecho*. Cuarta edición. Buenos Aires: Eudeba, p. 55).

3 Cf. Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 38.; Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, pp. 27 ss. Y también Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez*. Sexta edición. Madrid: Trotta, pp. 112 ss.

apuntan al mismo objetivo: desarrollar un sistema de axiomas en cuyo marco se enlacen inferencias demostrativas sobre el derecho.

Pero ¿qué ha ocurrido para que opere el enquistamiento de premisas positivistas en el marco del pensamiento jurídico? ¿Qué ha sucedido con la reflexividad sobre el derecho para que ni aun los más lúcidos filósofos y juristas hayan podido escapar a este influjo positivista? Dar una respuesta completa aquí escapa a la intención de este trabajo, pero podemos decir un par de cosas al respecto. Según entiendo, la forma en que está tejida la tradición de la filosofía del derecho hasta nuestros días ha sido influenciada decisivamente por dos fenómenos ocurridos en el transcurso que va de la mitad del s. XIX a inicios del XX. El primero de ellos es el paulatino decaimiento de la filosofía política y moral frente a modos alternativos de interpretación social. La filosofía práctica del s. XVIII —cuya carga en términos de teoría del Estado y del derecho era considerable— fue desplazada por categorías descriptivas de orden sociológico. (Habermas, J., pp. 106-109). El derecho como elemento de integración dejó de ser explicativo en sus propios términos normativos debido al grado de complejidad de la moderna sociedad europea. Ya un primer desplazamiento se encuentra en los escritos de economía política de los filósofos morales escoceses; y más tarde las esferas de la economía, la familia o la comunidad encontraron una teorización en los escritos de Tönnies, Simmel o Weber. Esta forma de aproximación habría de concentrar sus esfuerzos en una descripción de la nueva sociedad moderna cuya estabilidad no se garantiza más por el proyecto de una racionalidad práctica —rechazando así el modelo del derecho natural racional—, sino en función de la reapropiación de los elementos correspondientes a la pre-ilustración, a saber, las ideas de comunidad, historia o espíritu.<sup>4</sup> La conclusión de este proceso es la filosofía del derecho de Hegel que no es ya una reflexión sobre la normatividad que emana del derecho sino una forma de reconciliación entre los individuos libres y un *ethos* que se ha materializado en las formas institucionales del Estado Moderno, y cuya comprensión actualiza

---

4 Cf. Nisbet, R. (1969). *La formación del pensamiento sociológico I*. Buenos Aires: Amorrortu, p. 21.

dicha libertad.<sup>5</sup> El segundo fenómeno es la aparición y auge de tres escuelas complementarias aunque diferenciadas en sus particularidades: el positivismo, el utilitarismo y el neokantismo.<sup>6</sup> Estos movimientos surgieron y se consolidaron en Francia, Gran Bretaña y Alemania respectivamente conforme el hegelianismo iba siendo desplazado. El progresivo desarrollo de una filosofía científica encontraría en estas escuelas tres formas diferentes de articular un programa social en orden a un sistema racional que operaba con categorías lógicas; por ejemplo, filósofos como Bentham o John Stuart Mill creyeron poder convertir en una ciencia a la moral.<sup>7</sup> Ahora bien, ¿cómo se relaciona el pensamiento jurídico con estos fenómenos históricos? El derecho nunca se desligó completamente de la filosofía pero tomó el cariz perteneciente a cada clima histórico. En correspondencia con el conservadurismo del s. XIX, en el derecho fue hegemónica la *Escuela Histórica Alemana* con juristas como Friedrich Karl von Savigny, Rudolf von Ihering y Otto von Gierke. Por otro lado, Hans Kelsen retoma los temas del neokantismo, mientras H. L. A. Hart es más próximo al positivismo y utilitarismo.<sup>8</sup> Así la tradición del pensamiento jurídico está permeada por una evolución que rompe con los motivos del razonamiento práctico y se compromete con premisas positivistas en términos generales.<sup>9</sup>

5 Cf. Habermas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Katz, p. 49 ss. La decadencia de la filosofía práctica del s. XVIII puede entenderse en el contexto del rechazo contra el nuevo orden generado por la Revolución Francesa. El movimiento conservador, cuyo antagonismo reactualizó los motivos de la Edad Media, intentó dismantlar el programa de la racionalidad individual sin el éxito esperado; el resultado fue la aparición de diversas ideologías sistemáticas hacia finales del s. XIX como el liberalismo, el conservadurismo y el socialismo.

6 Cf. Aster, E. von, (1961). *Introducción a la filosofía contemporánea*. Madrid: Guadarrama, p. 237 ss.; Delfgaauw, B. (1965). *La Filosofía del Siglo XX*. Buenos Aires: Carlos Lohlé, pp. 159 ss. Y también, Köhnke, K. Ch. (2011). *Surgimiento y auge del neokantismo. La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*. México: FCE/UAM, pp. 399 ss.

7 Cf. Sandel, M. (2012). *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debolsillo, pp. 45-48. Sobre el sistema racional de la ética de Sigdwick, véase Rawls, J. (2009). *Lecciones sobre la Historia de la filosofía política*. Barcelona: Paidós, pp. 459 ss.

8 Cf. Höffe, O. (2003). *Justicia Política: Fundamentos para una filosofía crítica del derecho y del Estado*. Barcelona: Paidós, p. 45.

9 Las tesis positivistas contemporáneas (v gr. las de J. Coleman o D. Lyons) son mucho más complejas; sin embargo, en términos generales, comparten el mismo núcleo

No es de extrañar que la filosofía de Robert Alexy y Ronald Dworkin —ambos próximos a la filosofía analítica— se encuentren aún en sintonía con los mismos enfoques, y sus respectivas aproximaciones concluyan en teorías de las instituciones jurídicas.<sup>10</sup>

El presente trabajo tiene la intención de desarrollar algunas articulaciones que puedan estimular el tránsito hacia una filosofía del derecho que tome en cuenta los aportes que realizó John Rawls en los órdenes normativos de la política, la moral y el derecho. Mi intención es evidenciar los alcances de su filosofía y demostrar de qué forma su trabajo constituye la pieza elemental desde la que puede desarrollarse una filosofía del derecho descargada de su lastre positivista. Para tal objetivo realizaré primero una introducción a las principales ideas de su concepción de la *Justicia como equidad*; y en segundo lugar desarrollaré algunas reflexiones en torno a este tránsito tomando en consideración algunos de sus postulados.

---

epistemológico que el positivismo clásico —esta es precisamente la crítica aquí presentada—; sin embargo, exponer estas conexiones rebasa los alcances de este trabajo. Podríamos adelantar, no obstante, que la reflexión sobre las relaciones entre derecho y moral presentadas por estas tesis post-positivistas toman como punto de partida la concepción del derecho de Hart. El derecho y la moral aparecen como engarzados en un batiburrillo conceptual a partir de la experiencia jurisprudencial enriquecida por la historia jurídica nacional. Sigue estando ausente una reflexión sobre las relaciones entre la moral, el derecho y la política. Asimismo, la posición del positivismo contemporáneo se dificulta aún más con las críticas planteadas por Nancy Fraser contra lo que ha denominado el marco *westfaliano-keynesiano*, que ha dejado de ser suficientemente explicativo para las teorías de la justicia transnacional. Cf. Fraser, N. (2008). *Las escalas de la justicia*. Barcelona: Herder.

10 Dworkin pretendió realizar una filosofía del derecho a partir del trabajo de John Rawls; no obstante, sus esfuerzos, aunque representen una crítica del positivismo bastante profunda, no terminan por concebir las relaciones más generales que se dan entre las esferas del derecho, la moral y lo político. La tarea pendiente de la filosofía del derecho es la de tomar su autocomprensión en una dimensión normativa de más amplio espectro, a la que ya no le basta pensar sólo los problemas típicos de la jurisprudencia.

## II

*Justicia como equidad* es la concepción de la justicia que desarrolló John Rawls en diversos trabajos como *Teoría de la justicia, liberalismo político y justicia como equidad: una reformulación*. Esta concepción evolucionó hasta articularse en un sistema conceptual que pudiera desarrollar una concepción política de la justicia que sería el trasfondo para cualquier institución de una democracia constitucional. Empezaremos desarrollando algunas ideas fundamentales.

La idea más básica del sistema rawlsiano es la *idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación*. Dentro de la cultura política pública, los ciudadanos de una democracia poseen un entendimiento medio de las ideas, principios y valores que subyacen en sus prácticas públicas de justificación. Una de aquellas ideas fundamentales es la de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación: esto significa que las personas de una democracia constitucional se conciben a sí mismas como participantes en un arreglo equitativo que funciona de una generación a la siguiente. Esta idea se supone implícita en las prácticas cotidianas de la vida política, y hace evidentes dos aspectos: en primer lugar, los ciudadanos no se entienden sometidos a un orden estático, ellos mismos diseñan y cambian las reglas en las que se desarrolla su vida en común, esto significa —en último término— que se entienden como libres; en segundo lugar, esta capacidad activa está al alcance de todos los miembros cooperadores y no sólo de algún grupo privilegiado, se trata aquí del principio democrático de igualdad política. La cooperación social, por otro lado, no significa actividad coordinada; la cooperación está guiada por reglas públicas que todos aceptan de tal forma que una sociedad de cooperadores no deviene nunca en una sociedad planificada. Además el concepto de cooperación participa de una *idea de reciprocidad*: esto significa que, dados los términos equitativos de cooperación, cada miembro acepta dichas reglas en tanto los demás hagan lo mismo; a su vez, cada miembro espera beneficiarse, de acuerdo a los criterios públicamente reconocidos, de la parte que le corresponde realizar como miembro cooperador. Por último, la cooperación demanda una idea de *ventaja racional* que define aquello que esperan conseguir los miembros

cooperadores para promover su propio bien. (Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós, p. 29).

La segunda idea que consideraremos será la *idea de una sociedad bien ordenada*. Una sociedad bien ordenada es una sociedad que está regulada efectivamente por una concepción política de la justicia. Ésta cumple tres rasgos. En primer lugar, cada individuo acepta los principios de la justicia y además sabe que todos los demás aceptan los mismos principios; en segundo lugar, los principios de justicia determinan la forma de la *estructura básica* de la sociedad; por último, los ciudadanos poseen un sentido de la justicia y eso les lleva a cumplir con sus instituciones al considerarlas justas. (Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México, D.F: FCE, p. 56). Ahora bien, qué significa aquí una concepción política de la justicia. Rawls nos dice que una concepción política de la justicia es aquella que mejor define los términos equitativos de cooperación entre personas consideradas libres e iguales, o sea, define los principios de la justicia política. El objeto de una concepción política de la justicia es principalmente la *estructura básica* de la sociedad, y nos referiremos a ella más adelante. También una concepción política de la justicia se presenta como un punto de vista libremente aceptado, esto significa que no emana de ninguna doctrina comprensiva filosófica, religiosa o moral<sup>11</sup> ya que éstas articulan principios no políticos; aunque la concepción política sea un núcleo que pueda relacionarse con distintas doctrinas comprensivas, no hay una relación de dependencia con éstas. Finalmente, el contenido de una concepción política de la justicia se expresa en ideas fundamentales de la cultura política, o, lo que es lo mismo, en sus principales instituciones políticas, las tradiciones públicas de interpretación, así como en documentos de su historia política. La cultura política se diferencia de la cultura de trasfondo integrada por la pluralidad de doctrinas comprensivas, pero éstas no juegan ningún papel en la cultura política misma. (Rawls, J. (1995), pp. 36 ss).

---

11 En contraste con la concepción política de justicia, las doctrinas comprensivas especifican valores no políticos como los valores de la vida humana, las relaciones afectivas, y otras muchas prácticas. La concepción política de justicia especifica principios sólo para la estructura básica de la sociedad.

Pasemos ahora a la *idea de la estructura básica*. Hemos dicho que una sociedad bien ordenada es aquella en la que la estructura básica cumple con los principios de justicia. Rawls (1995), nos ofrece una definición que no necesita mayores explicaciones:

Por estructura básica entiendo las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad, y cómo encajan estas instituciones en un sistema unificado de cooperación social, de una generación a la siguiente. Por tanto, el foco de atención inicial de una concepción política de la justicia es el marco de las instituciones básicas y los principios, las normas y los preceptos que se aplican a ese marco, así como la forma en que han de expresarse esas normas en el carácter y en las posturas de los miembros de la sociedad que lleva a la práctica los ideales de dicha concepción. (p. 36).

Además:

La estructura básica se entiende como la manera en que las más importantes instituciones sociales encajan unas en otras en un sistema, y en cómo asignan derechos y deberes fundamentales y dan forma a la división de las ventajas que se obtienen mediante la cooperación social. Así, la Constitución política, las formas de la propiedad legalmente reconocidas y la organización de la economía, así como la naturaleza de la familia, pertenecen a la estructura básica. (p. 243).

Rawls no sólo se refiere al sistema jurídico y político en su conjunto sino también a las demás prácticas sociales en cuyo carácter se asignan derechos fundamentales. Pongamos un ejemplo: la práctica lingüística en nuestro contexto —el peruano— determina el acceso a derechos básicos como el de la administración de justicia procesal; en el esquema de Rawls, la práctica lingüística estaría dentro de la estructura básica y se sometería a los mismos principios de justicia, de tal modo que estaría sujeta a ciertas formas de equilibrio como algún tipo de acción afirmativa. Sin embargo, comoquiera que esos principios se aplican a la esfera de lo político no puede asumirse, sin más, que son también aplicables a las instituciones, asociaciones o iglesias directamente. Rawls entiende que existen tres niveles de la justicia: el primero, de justicia local, cuyos

principios son asumidos por estas instituciones directamente dentro de la estructura básica (v.gr. vivir sin pecado en las iglesias cristianas o el criterio de la meritocracia en las universidades); el segundo, de justicia doméstica, es el que se aplica a la propia estructura básica; finalmente el tercero, de justicia global, es el del derecho internacional (el derecho de gentes). Así la justicia doméstica restringe pero no determina el nivel de la justicia local. (Rawls, J. (2012), p. 35).

La idea de la posición original es quizá la más popular de todas las que nos legó Rawls. La posición original es un recurso de representación<sup>12</sup> que surge ante la necesidad de resolver el problema relativo a la forma en que se articulan los términos equitativos de la cooperación social. Dado el hecho del pluralismo en las modernas democracias constitucionales, no podemos esperar que los términos de justicia vengan dados externamente, esto es, por alguna fuente de autoridad como algún texto divino o alguna intuición privilegiada. Así, la mejor solución parece hallarse en el acuerdo equitativo de los miembros cooperadores de la sociedad. Pero tal acuerdo debe poder expresar la equidad y la justicia entre personas que profesan diferentes concepciones filosóficas, religiosas y morales, y que además tienen posiciones asimétricas de orden político, social o económico. Para ello la posición original usa el *velo de la ignorancia* que sustrae las condiciones particulares de la vida de los sujetos (raza, sexo, religión, poder económico, etc.) y los ubica en un escenario de perfecto equilibrio. La posición original modela las condiciones equitativas para el acuerdo, y limita las razones pertinentes que pueden emplear las partes para el mismo. (p. 42).

Examinaremos ahora la idea de las personas consideradas libres e iguales. Podemos decir que Rawls elabora en dos pasos esta idea práctica. En el primer paso, considerando la idea de la posición original, la persona es modelada como una concepción de orden práctico, no

---

12 El que la posición original sea un recurso de representación significa que no tiene una dimensión histórica, esto es, que dicho concepto no se concibe como un acuerdo real. El objetivo de Rawls con dicho artificio es establecer la validez de los principios de justicia, esto es, su razonabilidad dado el esquema de deliberación racional que Rawls nos presenta.

metafísico, sobre el carácter de la cooperación social. Las personas son libres al poseer una idea del bien que las sujeta a dos identidades: una pública y otra moral. Por la identidad pública, se entiende su estatus de ciudadano, este determina su carácter inalienable como miembro cooperador incluso cuando sus fines puedan cambiar (v.gr. una persona que cambia de religión sigue teniendo la misma condición de ciudadano que los demás). Por identidad moral se comprenden los valores políticos y no políticos que los ciudadanos asumen y que deben poder ajustar de acuerdo a la concepción pública de justicia incluso si eso reporta algún tipo de tensión. Por otro lado, las personas son libres en cuanto se consideran con derecho a formular reclamaciones y a plantear exigencias a sus instituciones para hacer valer sus concepciones del bien en el marco de la concepción política de justicia. Rawls ha definido este rasgo como aquel por el cual las personas son fuentes autenticatorias de exigencias válidas. Asimismo son libres porque se consideran capaces de asumir la responsabilidad de sus fines: esto significa que pueden ajustar sus anhelos a lo que cabe razonablemente esperar sin importar la intensidad de sus deseos. (Rawls, J. (1995), pp. 51 y ss). El segundo paso viene dado por los poderes morales. Las personas son consideradas libres e iguales en función de que poseen dos poderes morales; además describen dos aspectos de la razón presentes en los ciudadanos. Las personas poseen un sentido de la justicia por el que obran de acuerdo a los términos justos de cooperación asumiendo los derechos y deberes de ser miembros cooperadores; decimos así que las personas son *razonables* porque pueden concebir principios de justicia y actuar de acuerdo a ellos. Pero también poseen una concepción del bien, así las personas pueden concebir y diseñar sus fines últimos en concordancia con una familia de valores y principios no políticos que expresan sus creencias sobre el valor de la vida humana en el sentido más general: este rasgo describe a los individuos en cuanto *racionales*. (Rawls, J. (2012), p. 43).

Dados los principios de la justicia se establece una base común sobre la cual se pueden justificar los juicios políticos. La justificación pública supone no sólo un ejercicio de lógica inferencial por el cual opera el razonamiento, sino que supone un trasfondo compartido de

creencias, valores y compromisos políticos que todos aceptan razonablemente. Ahora bien, la justificación pública sugiere que la concepción política de la justicia está en equilibrio reflexivo. El equilibrio reflexivo es la forma en que una persona “ha considerado las principales concepciones de justicia política que se encuentran en nuestra tradición filosófica (...), y ha ponderado la fuerza de las diferentes razones, filosóficas y no filosóficas, en su favor”. (p. 57).

Hasta aquí hemos estudiado algunas ideas que son elementales en la composición de la teoría de la justicia de Rawls. Ahora trataremos de articular estos diferentes elementos con dos ideas que dotan de mayor sustento a la *justicia como equidad*. El primero de ellos es el *constructivismo político* y el segundo es el del *consenso entrecruzado*.

Por constructivismo político entiende Rawls la forma particular en que se modelan los principios de la justicia como emanados de la razón práctica. Aquí el procedimiento está configurado por la posición original, las partes como agentes racionales seleccionan los principios de justicia que más convengan a sus representados, sometidos a condiciones de razonabilidad por el velo de ignorancia; de tal forma que el procedimiento expone las condiciones de razonabilidad impuestas. Aquí el constructivismo se funda en la razón práctica y en esto Rawls se encuentra en deuda con Kant. También afirma que su constructivismo se asemeja al kantiano en que ambos producen objetos con arreglo a concepciones de dichos objetos. En el caso de Kant, la razón determina la ley moral a través del imperativo categórico;<sup>13</sup> en el caso de Rawls, los principios de justicia se encuentran determinados por los

---

13 “Mas, ¿cuál puede ser esa ley cuya representación, sin tomar en cuenta el efecto aguardado merced a ella, tiene que determinar la voluntad, para que ésta pueda ser calificada de «buena» en términos absolutos y sin paliativos? Como he despojado a la voluntad de todos los acicates que pudieran surgirle a partir del cumplimiento de cualquier ley, no queda nada salvo la legitimidad universal de las acciones en general, que debe servir como único principio para la voluntad, es decir, yo nunca debo proceder de otro modo salvo *que pueda querer también ver convertida en ley universal a mi máxima*. Aquí es la simple legitimidad en general (sin colocar como fundamento para ciertas acciones una determinada ley) lo que sirve de principio a la voluntad y así tiene que servirle, si el deber no debe ser por doquier una vana ilusión y un concepto quimérico...” (GMS IV, 402).

principios de la razón práctica en articulación con las concepciones de la sociedad y de la persona. Estas concepciones son indispensables en el procedimiento, sin ellos, no habría forma de encontrar una base común para el acuerdo político. Finalmente, el constructivismo modela una idea de lo *razonable*, esto significa que en base a la forma en que se ha diseñado el procedimiento de construcción —estableciendo las condiciones razonables de la elección—, los principios que sirven para un consenso entrecruzado son razonables; aquí no desempeña ningún papel la idea de verdad. (Rawls, J. (1995), pp. 101 ss.). La idea del constructivismo adquiere especial importancia si consideramos el hecho del pluralismo; en una sociedad dividida por una gran variedad de doctrinas filosóficas, religiosas o morales, la idea del constructivismo modela una concepción de la persona y de la sociedad que permite articular un nivel para la ponderación de juicios razonables sobre lo político; sin esta base la razón pública sería inviable.

El *consenso entrecruzado* es una idea que se introduce para dotar de mayor realismo la teoría de la justicia de Rawls. El consenso entrecruzado responde al problema de la estabilidad, es decir, se trata de la forma en que la concepción política de la justicia se gana el apoyo de diferentes doctrinas comprensivas razonables. El que estas distintas doctrinas reconozcan a la concepción política de la justicia significa que apoyan las instituciones que se fundan en ésta. Así tenemos una doble perspectiva. Los ciudadanos se rigen por una concepción política de la justicia pero no abandonan sus doctrinas comprensivas siempre que éstas sean razonables (Rawls, J. (2012), p. 254)<sup>14</sup>; dichos puntos de vista entienden que la concepción política de la justicia condensa el núcleo de sus propias doctrinas en una concepción que garantiza una base justificada para el acuerdo político. El consenso es un tipo de consenso moral alcanzado tras la debida reflexión y por tanto no se trata de un mero acuerdo basado en intereses.

---

14 Una doctrina comprensiva razonable es aquella que acepta los principios de la justicia política. De modo contrario, una doctrina comprensiva deviene irrazonable cuando utiliza el poder político para favorecer un particular modo de interpretación de aquello que consideran da valor a la vida humana en general.

Finalmente llegamos al momento de introducir los principios de la justicia. Estos principios son aquellos términos equitativos de cooperación para los ciudadanos considerados libres e iguales; éstos son:

a) Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y

b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia). (p. 73).

Estos principios son el contenido de la concepción política de la justicia. Una vez seleccionados, estos principios se aplican a la estructura básica de la sociedad y garantizan un sistema equitativo de cooperación. Además son principios que no pueden subordinarse a otros valores debido a la prioridad de lo justo; es decir, que son valores de tan alta importancia que logran vencer valores no políticos. Las personas deben ajustar sus diferentes concepciones de la vida buena en una relación apropiada para cumplir con los deberes de la justicia. Además estos principios, al haber sido construidos de acuerdo a un esquema equitativo, expresan el acuerdo más razonable alcanzado a través de nuestra razón práctica y esto significa que se ganarán el apoyo de las diversas doctrinas comprensivas razonables.<sup>15</sup> Como hemos visto, el sistema de Rawls es bastante complejo en cuanto a sus dimensiones

---

15 “[En] la justicia como imparcialidad, la prioridad de lo justo significa que los principios de la justicia política imponen límites sobre las maneras de vivir permisibles; de ahí que las exigencias que hagan los ciudadanos de poder perseguir fines que transgredan esos límites no tienen peso alguno. Pero seguramente las instituciones justas y las virtudes políticas que se esperan de los ciudadanos no serían instituciones y virtudes de una sociedad justa y buena, a menos que esas instituciones no sólo permitieran sino que sostuvieran modos de vida plenamente dignos del acatamiento devoto por parte de los ciudadanos. Una concepción política de la justicia debe contener en sí misma suficiente espacio, por así decirlo, para tales modos de vida. Así, aunque la justicia traza

conceptuales. Aquí he omitido ideas igualmente importantes como las ideas acerca de la motivación moral de la persona o la idea de objetividad en lo político. Sin embargo es menester hablar sobre un último elemento que termina por dibujar el cuadro general del sistema de Rawls. La idea de razón pública especifica la relación política, esto es, la relación entre un gobierno democrático y sus ciudadanos. Su ámbito de aplicación es el foro político público: el discurso de los jueces en sus decisiones, el discurso de los funcionarios públicos (del ejecutivo y legislativo) y finalmente el discurso de los candidatos a los cargos públicos. (Rawls, J. (2001). *El derecho de Gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*. Barcelona: Paidós, p. 158). El contenido de la razón pública es el conjunto de principios de la familia de concepciones liberales de la justicia<sup>16</sup> —no sólo la *justicia como equidad*— que se aplican a instituciones políticas y sociales de la estructura básica, que se presentan independientes de doctrinas comprehensivas y que se puedan elaborar a partir de ideas fundamentales de la cultura política pública. (p. 167). La razón pública reconoce un ideal democrático básico según el cual las relaciones entre los ciudadanos deben poder justificarse sobre una base común, y ese es el objetivo de la razón pública, el establecimiento de un marco para el debate político dado el hecho de la diversidad de doctrinas comprehensivas razonables.

---

el límite, y el bien se manifiesta, la justicia no puede trazar tal límite demasiado estrechamente.” (Rawls, J. (1995), p. 171).

16 Por liberales no quiero significar aquí aquellas concepciones basadas principalmente en las libertades negativas. Esta es una concepción del liberalismo bastante recortada cuyo origen nos remite a Locke. El propio Rawls concibe su liberalismo como un intento de superar las tensiones que nacen de la posible incompatibilidad entre dos tradiciones del pensamiento democrático que podemos denominar en términos generales liberalismo (Locke) y republicanismo (Rousseau). Podemos considerar como ejemplos de estas concepciones liberales más complejas las tesis de Habermas, Höffe, o Walzer. Cf. Gray, J. (2001). *Las dos caras del liberalismo*. Barcelona: Paidós.

## III

Rainer Forst, filósofo de la nueva generación en teoría crítica, ha mostrado cómo la reflexión sobre la justicia ha estado atrapada en una imagen —siguiendo en esto a Wittgenstein— que impide comprender un sentido más profundo en ella. Según Forst la justicia ha sido entendida sólo en cuanto a su dimensión distributiva, esto es, aquello que corresponde a los individuos. Sin embargo, esta imagen omite el aspecto *político* de la justicia, a saber, de qué forma los individuos participan en la organización de la producción y la distribución. (Forst, R. (2014). *Justificación y crítica*. Buenos Aires: Katz, pp. 33-36). La estrategia de Forst sobre dos imágenes presentes en un mismo concepto nos permitirá identificar dos imágenes del derecho. Mi primer objetivo será describir estas imágenes de forma suficientemente clara. La siguiente parte se concentrará en diferenciar las características de la filosofía positivista del derecho y las de una *filosofía liberal del derecho*.

Influenciados por la investigación empírica en ciencias naturales, los filósofos del derecho positivistas creyeron encontrar la piedra de toque del orden jurídico en la *sanción*.<sup>17</sup> Esto significa que a diferencia de los órdenes normativos como la ética o la religión, el derecho tiene el poder para conformar la voluntad de los individuos de acuerdo a sus mandatos. Pero comoquiera que las normas no son los actos que le dan origen ni conformidad, el derecho es de un orden distinto al natural —no extensional— y no constituye un hecho sino un significado. Así el derecho fue visto como un orden especial, un orden normativo. Esta es la primera imagen que quisiera describir: el derecho es visto como *el orden normativo de coacción*. En contraste con esta imagen quisiera describir el derecho como *el orden legítimo del uso del poder*. El derecho en esta segunda imagen recupera su contexto de origen, el conjunto de prácticas morales y políticas que organizan, de acuerdo a ciertos principios, la función de las normas con carácter coactivo. Este orden expresa las relaciones políticas ordenadas de acuerdo a un criterio de

---

17 Cf. Kelsen, H. (2005), pp. 56-57. También, Hart, H. L. A. (2012). *El concepto del derecho*. Tercera edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, pp. 26 ss.

justicia que hace valer la libertad y la igualdad de los miembros de una sociedad. Aclararé algunas consecuencias de esta segunda imagen volviendo a Rawls.

1) *La recuperación de la razón práctica*. Rawls distingue con claridad entre razón teórica y razón práctica siguiendo a Kant. La filosofía del derecho debe liberarse de este primer problema. No cabe hablar más en términos epistemológicos sobre la normatividad jurídica. Así como la moral y la política, el derecho comparte un núcleo normativo, no positivo, que puede articularse en función de una concepción del derecho entendida como liberal, esto es, en tanto actualiza los principios que forman parte de la exigencia de la justicia. Este núcleo ya no considera como principal el concepto de norma, sino al individuo en su dimensión práctica; es el individuo de quien emana toda normatividad, incluso la jurídica. (Nino, C. S., (2014), p. 51). Expliquémoslo mejor. El que el derecho posea una normatividad no positiva significa que no sólo es el conjunto de significados integrados por los actos creadores de normas, esto es, normatividad positiva. La normatividad del derecho viene dada por los principios que están generados en las exigencias de la justicia. Estas exigencias no son externas al derecho, son parte del mismo en tanto es un orden generado a partir del orden de la política. No es el legislador el que crea —en último término— una norma, sino el poder público delegado en un funcionario determinado. Esto es lo que significa que el derecho posee una dimensión normativa en relación con la razón práctica.<sup>18</sup>

2) *El papel de la filosofía práctica*. La actividad filosófica, en Rawls, no es neutral, está relacionada con nuestros más profundos compromisos políticos. La defensa de los ideales democráticos supone el deseo de

---

18 “Decimos que los ciudadanos se suelen ver a sí mismos *como si* fueran legisladores y se preguntan cuáles serían las leyes, sustentadas por razones que satisfagan el criterio de reciprocidad, que en su opinión sería más razonable aprobar. Cuando es firme y está extendida, la disposición de los ciudadanos a verse a sí mismos como legisladores ideales y a repudiar a los funcionarios y candidatos que violen la razón pública constituye una de las bases políticas y sociales de la democracia, y resulta vital para su vigor y su estabilidad.” (Rawls, J. (2001), p. 160).

pertenencia a una comunidad moral que sea justa,<sup>19</sup> y de ese modo surge la exigencia de repensar aquellas concepciones políticas y jurídicas que parecen justificar las desigualdades sociales y la opresión. El papel de la filosofía del derecho ya no se caracteriza por la indagación neutral, sino que deberá asumir los compromisos con la democracia para una convivencia más justa y estable. No se trata de una petición de principio; el sistema jurídico debe descansar en el conjunto de compromisos implícitos de la democracia o pierde su sentido en el diseño institucional. La norma jurídica deviene en moralidad activa crítica; no constituye más una entidad del orden teórico, sino un elemento de nuestro enjuiciamiento práctico, esto significa que forma parte, junto con una moral crítica y la cultura política, de la deliberación práctica.

3) *La justicia tiene como objeto la estructura básica.* Y esto implica que están sujetas a los principios de justicia las instituciones jurídicas. La concepción política de justicia demanda que las prácticas jurídicas sean evaluadas a la luz de la virtud más importante, la justicia. Lo que quiere decir que todos los demás criterios (v.gr. el de eficiencia en el análisis económico del derecho) se subordinan a éste. Pero también supone una filosofía del derecho *falibilista*<sup>20</sup>, que autoexamina las instituciones que no se ajustan a las pautas de la justicia; además esta crítica se extiende a las prácticas de interpretación del derecho así como a los

---

19 “Una vez asegurado este hecho, se plantea la pregunta de cuál es la base última de la validez que poseen para nosotros las normas morales. Existen sólo dos posibilidades: el a priori o el querer. Puesto que el a priori fracasa, queda únicamente el “yo quiero”, sin duda, para decirle una vez más, no un “yo quiero” decisionista, que flota en el aire, sino uno que se apoya en motivos: apoyado, pero no obligado por ellos” (Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa, p. 95).

20 “El falibilismo es la creencia de que cualquier reivindicación de conocimiento, o en general, cualquier reivindicación de validez —incluidas las reivindicaciones morales y políticas— es pasible de análisis, modificación y crítica permanentes.” (Bernstein, R. (2006). *El abuso del mal. La corrupción de la política y la religión desde el 11/9*. Buenos Aires: Katz, pp. 54-55). Bernstein destaca a Charles Taylor y a Jürgen Habermas entre los filósofos cuyo temperamento puede entenderse en sintonía con el pragmatismo falibilista. Considero que Rawls puede entenderse también dentro de este espectro, habida cuenta de la interpretación que hace Forst sobre el papel de la autonomía en la *Justicia como equidad*; sobre esto véase Forst, R. (2014), pp. 45 ss.

procedimientos establecidos en el orden democrático constitucional. La filosofía del derecho positivista entendía el orden normativo en una dimensión estática en cuanto a los aspectos correctivos, esto es, solamente atendía al contenido moral en tanto positivizado en una norma de derecho. La crítica planteada por Rawls sugiere que el derecho mismo conlleva una pauta autocorrectiva, esto es, que debe revisar sus propias instituciones en función de los principios de justicia.<sup>21</sup>

4) *Una antropología moral no metafísica*. Los poderes morales de las personas también superan el llamado problema de la *indeterminación moral*. El positivismo había excusado la aplicación de principios morales alegando el grado de pluralidad y desacuerdo existente entre las personas, dadas las profundas diferencias de creencias morales, filosóficas o religiosas. Con ello había dejado escindida la relación del sistema jurídico con la fuente de su legitimidad, esto es, el sujeto moral en su relación social. Sin embargo, Rawls afirma que todos los ciudadanos poseen un sentido de la justicia que puede sintonizar con una concepción pública de la justicia. Así el problema de la indeterminación queda desacreditado. Si podemos establecer las bases para el acuerdo político, y ese acuerdo emana de la normatividad práctica, eso significa que el derecho puede articular principios de justicia que son, en último término, principios morales. No existe ninguna tensión si consideramos que el derecho es un orden moral institucionalizado cuyo tamiz es la deliberación política; el derecho recupera de este modo su relación con los participantes del sistema jurídico; el sistema jurídico expresa la condición moral de los sujetos que legitiman las normas jurídicas en el marco de la razón pública.

5) *El constructivismo político como modelo de razonamiento práctico*. Uno de los aportes más interesantes de Rawls es la forma en que ha recuperado el constructivismo kantiano. Para Kant, el procedimiento era el modo de demostrar que, en efecto, la razón tenía, en su función volitiva, un aspecto práctico independiente de las inclinaciones; se trataba del

---

21 Cf. Rawls, J. (2012), p. 217.

fundamento de la libertad, un asunto de suma importancia.<sup>22</sup> Si los juicios consiguen pasar la prueba del procedimiento entonces resultan válidos, o en términos de Kant, morales. Sin una idea del constructivismo —aunque descargada de la metafísica kantiana— no podríamos comprender el ámbito de lo político en términos de las exigencias razonables impuestas en la posición original. Esto significa que estaríamos despojados de una vía adecuada para la ponderación del razonamiento práctico en el terreno de la justicia, o lo que parece ser lo mismo, estaríamos condenados al desacuerdo perpetuo dado el hecho del pluralismo. En términos de una filosofía liberal del derecho, el constructivismo supone un modelo de operaciones reflexivas que puede ayudar a esclarecer las bases para el acuerdo razonable, por ejemplo, cuando tratamos con la inconmensurabilidad de los principios constitucionales.<sup>23</sup> En este último caso nos vemos ante una perplejidad para la que no tenemos respuesta. El constructivismo debería servirnos como un mecanismo para salvar esas dificultades articulando una base práctica de justificaciones que eviten la esclerosis conceptual. En palabras de Dworkin: “Nuestras disputas más intensas sobre la justicia (...) son acerca de las pruebas correctas para la justicia y no sobre si los factores satisfacen alguna prueba ya acordada en un caso particular”. (Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, p. 62).

6) *Una triple relación entre política, moral y derecho*. El liberalismo político de Rawls relaciona en una estructura argumentativa los órdenes de la moral, la política y el derecho. Al poner como centro el problema

---

22 “Así pues, la primera cuestión aquí consiste en averiguar si la razón pura se basta por sí sola para determinar la voluntad o si sólo en cuanto que la razón se halle empíricamente condicionada puede officiar como un fundamento para determinar dicha voluntad. Aquí entra en juego un concepto de causalidad que, pese a no ser susceptible de una exposición empírica, se ve acreditado por la *Crítica de la razón pura*, cual es el concepto de *libertad*. Y, si ahora diéramos en descubrir razones para demostrar que tal cualidad pertenece de hecho a la voluntad humana (e igualmente a la voluntad de cualesquiera entes racionales), no sólo quedaría probado merced a ello que la razón pura puede ser práctica, sino que ella sola —y no la razón acotada empíricamente— sería práctica de modo incondicional.” (*KpV* V, 15).

23 Se trata aquí de los problemas relativos a los conflictos entre principios constitucionales de alto valor.

de la justicia, se consigue establecer un enfoque transversal a diversos problemas como son la justicia social, la justicia distributiva o la justicia legal. Pero estos órdenes no solo se relacionan en cuanto objetos de la justicia, sino que se relacionan en un sentido preliminar. La moral, la política y el derecho son caracterizados como el trasfondo político del que emanan las principales ideas prácticas. Son, en conjunto, la fuente de los elementos básicos para la construcción de la justicia. En tal sentido, la justicia no emana de un orden trascendental sino histórico y está relacionada con nuestra capacidad para articular principios prácticos. Esta relación tripartita, como orden normativo práctico, saca el derecho de su aislamiento conceptual y lo ubica en una dinámica diferente. La filosofía del derecho deja de preguntarse: ¿cómo es válida una norma jurídica? asumiendo acríticamente un discurso autónomo, y se pregunta: ¿qué significa que una norma sea válida en el contexto de la justicia política?

He examinado en qué podrían diferenciarse estas dos imágenes del derecho, una positivista y otra liberal. Pero aún hay un sentido más profundo en que pueden diferenciarse estas imágenes. Ambas apuntan a dos objetivos diferentes. El primero, más conectado con una crítica al derecho natural parece querer fundamentar el derecho de una sociedad secularizada, científicamente organizada, completando un proceso histórico que se inició en el s. XIX. Su preocupación se concentraba en la forma en que actuaban los operadores jurídicos de acuerdo a criterios extrajurídicos tomados de una moral conservadora. (Kelsen, H. (2005), p. 53). En esta versión, el derecho científico era un logro de la civilización alejado de las ideologías cuyo extraordinario vigor se dejó sentir en las guerras de la primera mitad del s. XX. Pero en esta búsqueda se omitió el papel que los sujetos tenían en la construcción del orden normativo, quedaron reducidos a sujetos pasivos de ser coactados por dicho orden. Esta es la diferencia fundamental que quiero resaltar. La imagen del derecho liberal afirma el papel del individuo en su relación social y le dota de una centralidad que hace valer su dignidad como ciudadano libre e igual. El derecho es la expresión de esa libertad ya que se problematiza el uso legítimo del poder; de esta forma el derecho vuelve a conectarse a una crítica moral del poder político en un giro

reflexivo. Habrá que esperar a ver el desarrollo de esta nueva filosofía del derecho que aún se encuentra en estado germinal. Con todo, el impulso que mueve a la democratización parece tener ya en este cuestionamiento un motivo de esperanza.

## Referencias bibliográficas

Alexy, R.

2008 *El concepto y la naturaleza del derecho*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons.

Aster, E. von

1961 *Introducción a la Filosofía Contemporánea*. Versión de Felipe González Vicen. Madrid: Guadarrama.

Balkin, J. M. y S. L.

2005 Los cánones del derecho constitucional. *Academia* [En línea]. Año 3, n° 5. [Fecha de consulta: 30 mayo 2016] Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/05/los-canones-del-derecho-constitucional.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/05/los-canones-del-derecho-constitucional.pdf)

Bernstein, R. J.

2006 [2005] *El abuso del mal. La corrupción de la política y la religión desde el 11/9*. Traducción de Alejandra Vassallo y Verónica Inés Weinstabl. Buenos Aires: Katz.

Delfgaauw, B.

1965 *La filosofía del siglo XX*. Traducción de Francisco Carrasquer. Buenos Aires: Carlos Lohlé.

Dworkin, R.

1988 [1986] *El imperio de la justicia*. Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa.

Forst, R.+

2014 [2011] *Justificación y crítica. Perspectivas de la teoría crítica de la política*. Traducción de Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz.

Fraser, N.

2008 *Escalas de la justicia*. Traducción de Antoni Martínez Riu. Barcelona: Herder.

Gray, J.

2001 *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Traducción de Mónica Salomon. Barcelona: Paidós.

Habermas, J.

2008 [1985] *El discurso filosófico de la modernidad*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Katz.

2010 [1998] *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Sexta edición. Madrid: Trotta.

Hart, H. L. A.

2012 [1961] *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Tercera edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Höffe, O.

2003 [1987] *Justicia política: Fundamentos para una filosofía crítica del derecho y del Estado*. Traducción de Carmen Innerarity y Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós.

Kant, I.

2000 [1788] *Crítica de la razón práctica*. Traducción de Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza.

2002 [1785] *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducción de Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza.

Kelsen, H.

2005 [1960] *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Cuarta edición. Buenos Aires: Eudeba.

Köhnke, K. C.

2011 [1986] *Surgimiento y auge del neokantismo: La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*. Traducción José Andrés Ancona Quiroz. México: FCE/UAM.

Nino, C. S.

2014 [1994] *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintinuno.

Nisbet, R.

1969 [1966] *La formación del pensamiento sociológico I*. Traducción Enrique Molina de Vedia. Buenos Aires: Amorrortu.

Rawls, J.

1995 [1993] *Liberalismo político*. Traducción de Sergio René Madero Báez. México, D.F: FCE.

2001 [1999] *El derecho de Gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós.

2012 [2001] *La justicia como equidad: una reformulación*. Traducción de Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós.

Sandel, M. J.

2012 [2009]

*Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* Traducción de Juan Pedro Campos Gómez. Barcelona: Debolsillo.

Tugendhat, E.

1997 [1993] *Lecciones de ética*. Traducción de Luis Román Rabanaque. Barcelona: Gedisa.



# RECONOCIMIENTO DEL DERECHO COLECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMUNAL EN EL PERÚ: ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

*Gustavo Zambrano Chávez*

## **Resumen**

En el Perú, el pluralismo jurídico es parte de su realidad. Y uno de los tipos de este pluralismo se encuentra reconocido como derecho a la administración de justicia comunal en el texto constitucional. Estamos hablando de aquel en el que el sistema normativo estatal y el sistema jurídico –en este caso, de comunidades tanto campesinas como nativas– conversan, conviven y compiten en el territorio nacional. Es nuestra intención en el presente artículo revisar el contenido de este derecho, pero leído en el marco de los derechos de los pueblos indígenas; de manera complementaria, revisar aquellas dificultades que hemos identificado, para su adecuada implementación y ejercicio.

**Palabras clave:** Pluralismo jurídico, comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, administración especial de la justicia, justicia comunitaria

## **Abstract**

Legal pluralism is part of the Peruvian reality. One of the types of pluralism is recognized as administration of community justice right in the Peruvian Constitution. In this case, we are talking about the one in which the official legal system and another legal system –in this case, peasant communities and native communities legal systems– talk, live and compete in the national territory. It is our intention in this article to review the content of this right, but reading it in the context of the rights of indigenous peoples. Complementarily, review

those difficulties that we have identified, for its proper implementation and exercise.

**Key words:** Legal Pluralism , peasant communities, indigenous communities, peasant patrols , special administration of justice, community justice

### **A MANERA DE INTRODUCCIÓN: CONTENIDO DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993**

El derecho a la administración de justicia comunal o jurisdicción especial se encuentra reconocido en el artículo 149 del texto constitucional peruano. En éste se señala lo siguiente:

Artículo 149.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Esta norma debe leerse de manera conjunta con lo señalado en el artículo 89 del mismo texto constitucional:

Artículo 89.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

El marco constitucional es bastante claro y directo al hacer mención al derecho a la administración de justicia comunal o jurisdicción especial en el artículo 149. Es un reconocimiento a una forma de hacer

justicia dentro del ámbito de comunidades campesinas y nativas, que se sostiene en el reconocimiento de situaciones de pluralismo jurídico. Pero durante años no se le entendió como manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, sino como ejercicio del derecho a la autonomía que tienen dichas comunidades en el escenario de la pluralidad legal que existe en el Perú. Es decir, hay que recordar que la lectura e interpretación del artículo 149 se ha sostenido en lo contenido en el artículo 89 del texto constitucional. Frente a ello, vale hacernos la siguiente pregunta: ¿qué ha significado entender el derecho a la administración de justicia como manifestación del derecho a la autonomía comunal?

Debemos de tomar en cuenta tres puntos para nuestro análisis y dar respuesta a la pregunta planteada. Lo primero, hay que destacar que en el Perú, de acuerdo con el artículo 149, el sujeto principal del derecho a la jurisdicción especial es la comunidad, ya sea nativa o campesina; si bien la Constitución reconoce a las rondas campesinas atribuciones para administrar este tipo de justicia, entender su caso requiere de un proceso especial de análisis que desarrollaremos más adelante. Lo segundo, este sujeto denominado comunidad es reconocido como autónomo para organizarse internamente (artículo 89), entre otras cosas, en la manera como realizar el trabajo comunal, determinar la forma como será el uso y disposición de sus tierras (propiedad colectiva), así como en cuestiones que estén relacionadas a materias económicas o administrativas (gestión comunal). Hay que tener en cuenta que pueden existir otras formas de organización interna de las comunidades que no se mencionen textualmente en el texto constitucional. El tercer punto para nuestro análisis se desprende de los dos puntos anteriores, y es que una forma de organizarse internamente que tienen estas comunidades es a través de la creación de normas y el establecimiento de sistemas de administración de justicia que apunten a mantener la paz colectiva y dar solución a conflictos que se puedan presentar dentro de sus ámbitos territoriales. Por todo ello, el derecho a la administración de justicia comunal para el caso peruano se ha entendido sobre la base del derecho de las comunidades a su autonomía organizativa. Así lo ha

recogido y considerado incluso el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas<sup>1</sup>

“42. Como ya se estableció, la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales comunidades, (...)”

Con lo anterior se puede afirmar entonces que las comunidades campesinas y nativas pueden ejercer sus sistemas de justicia a partir de su capacidad de ser autónomas. Sin embargo, lo previamente señalado tendría que (re)interpretarse –de manera adicional– en el marco de los derechos de los pueblos indígenas. Esta labor sin embargo viene mostrando dificultades.

Para comenzar hay que señalar que la libre determinación de los pueblos indígenas es el poder optar libremente por el tipo de gobierno y orden político interno que desean tener. De esa manera podrán alcanzar sus anhelos de vida colectiva en articulación con un Estado que respeta esta forma de organización, así como un reconocimiento oficial estatal de las autoridades e instituciones indígenas. Esta forma de organización que los pueblos indígenas han tenido y mantenido, apunta a sostener el conjunto de instituciones propias que están presentes como parte de la cultura de estos pueblos; entre éstas podemos encontrar el cómo toman decisiones, el cómo eligen a sus autoridades, o cómo establecen sanciones frente a situaciones que consideran ajenas a su propio orden.

Por lo anterior, se afirma que el derecho a la libre determinación sirve de sustento al resto de derechos colectivos de los pueblos indígenas; es decir, al ser la libre determinación la capacidad de los pueblos indígenas de poder seguir viviendo y organizándose como lo han estado haciendo, ello se convierte en el sustento a la capacidad para ejercer sus formas de vida de forma colectiva a través del ejercicio de derechos como el establecer sus prioridades de desarrollo de manera autónoma, el derecho al uso tradicional de recursos naturales que están en sus territorios, el derecho a su identidad colectiva, el derecho a

---

1 Sentencia recaída en el Expediente 01126-2011-HC/TC, 11 de septiembre de 2012.

poder usar su propio idioma, el derecho a ser consultados de manera previa antes de la aprobación de medidas que los puedan afectar, y el derecho a administrar su propia justicia, o como se le ha denominado en el Perú, a la jurisdicción especial.

Teniendo claro que este derecho se deriva del derecho a la libre determinación, y que representa parte de la cultura de los pueblos indígenas, queda pendiente complementar el contenido del mismo desde este marco jurídico. El derecho a la jurisdicción especial consiste en primer lugar en que los pueblos indígenas puedan hacer uso de sus propias normas, prácticas y costumbres para administrar justicia—lo que incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas (Sánchez & Jaramillo, 2009, p.151)—, y resolver los casos que se presentan en sus territorios desde una óptica diferente a la occidental, y que existe desde hace tiempo atrás, incluso antes de la vigencia de la normativa constitucional (Poveda, 2007, p. 180-181). Algo que no podemos dejar de mencionar es que en muchos casos, los pueblos y comunidades indígenas al haber encontrado dificultades para resolver sus conflictos internos a través del sistema de justicia estatal, ello los ha obligado a poner en práctica y mantener sus propios mecanismos de administración de justicia frente al sistema de justicia del Estado. Estos problemas de acceso a la justicia estatal se muestran principalmente en: lo caro que resulta un proceso por esta vía; la larga duración de los juicios; que las penas dictadas por esta justicia no contribuyen a “rehabilitar” o “sanar” al sancionado; la corrupción existente; entre otros (Brandt & Franco, 2008, p. xiv; Comisión Andina de Juristas, 2009, pp. 30-31). Así, la justicia comunal es a la vez una forma de hacer funcionar sistemas normativos internos, y una respuesta a la ausencia de la labor jurisdiccional del Estado.

Entonces, cuando estamos frente al contenido del derecho a la jurisdicción especial o administración de justicia comunal, derecho reconocido en el artículo 149 de la Constitución, no bastaría entenderlo sólo en el marco de lo establecido en el artículo 89 del mismo texto, sino además en el marco del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Sin embargo, y a pesar de la claridad en la forma como se reconoce al sujeto de derecho a la jurisdicción especial en el

Perú, se mantiene aún un panorama de debate inconcluso que repercute negativamente en el debido ejercicio de este derecho. Este panorama reconoce dos temas álgidos o problemáticos que es necesario revisar. El primero de ellos es que aún existe controversia a nivel nacional respecto a si las comunidades campesinas y nativas son formas de agrupación que tienen los pueblos indígenas peruanos. Afirmar que las comunidades sea campesinas o nativas son o no pueblos indígenas, repercutirá al momento de establecer si se les aplica y de qué manera lo establecido en las normas para estos grupos, como lo es el Convenio 169 de la OIT, y la manera como se podría ejercer el derecho a la administración de justicia comunal. El segundo tema de discusión corresponde a los límites del ejercicio de este derecho, en especial cuando hablamos de rondas campesinas, y la forma en que se consideran involucradas en la administración de justicia comunal. Es necesario revisar los fundamentos que se han desarrollado a nivel peruano respecto a si se les debe de aplicar lo establecido en el marco normativo para pueblos indígenas. Veamos a continuación cada uno de estos temas.

### **COMUNIDADES CAMPESINAS, COMUNIDADES NATIVAS, Y PUEBLOS INDÍGENAS: DISCUSIÓN SOBRE EL SUJETO DE DERECHO**

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce la pluralidad étnica y cultural de la nación. Es decir, es un reconocimiento al hecho de que los peruanos somos diversos culturalmente, y tenemos el derecho a serlo. Ello se encuentra reconocido en el inciso 19 del artículo 2 del texto constitucional de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho: a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.”

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido de este derecho en una serie de sentencias. Así lo tenemos en el Fundamento 99 de Sentencia del expediente 0020-2005-PI/TC del 27 de setiembre de 2005, en los Fundamentos 20 y 21 de la Sentencia del expediente

0006-2008-I/TC del 11 de junio del 2008, y en el Fundamento 29 de Sentencia del expediente 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009, donde la máxima autoridad en temas constitucionales ha señalado que la identidad étnica y cultural es la potestad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada por el resto de la sociedad en sus costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece. Con lo anterior, nuestro TC lo que busca es destacar que la identidad étnica y cultural, al ser manifestación de nuestra libertad como individuos, debe significar el reconocimiento de nuestra capacidad de poder expresarnos desde nuestra diversidad, en este caso cultural, en tanto es uno de los elementos que nos define como personas.

Esta pluralidad étnica y cultural se ve evidenciada en las diversas manifestaciones sociales y culturales que se encuentran conviviendo en el territorio peruano. Para el caso en concreto, las comunidades campesinas y nativas, reconocidas en el ya mencionado artículo 89° de la Constitución, son consideradas como manifestación de esta diversidad en su forma colectiva. Por ello, el Estado no sólo debe buscar generar condiciones para que como individuos podamos vivir en relaciones de respeto por nuestra diversidad cultural, sino además que se generen escenarios para que se respete la diversidad cultural que representan estas comunidades<sup>2</sup>. Este punto es abordado por el Tribunal Constitucional peruano de la siguiente manera:

23. Este Colegiado ha hecho algunas precisiones en anteriores pronunciamientos en torno a la dimensión de la protección constitucional que otorga el artículo 2°, inciso 19), al considerar que

---

2 Si las personas deben ser respetadas por ser culturalmente distintas, se entiende que el Estado debe de buscar que ello se garantice y se haga efectivo. Ello significará generar condiciones de respeto para que las personas que forman parte de grupos culturales distintos puedan desenvolverse sin problemas. Así lo que vemos es que el marco constitucional plantea obligaciones al Estado peruano de garantizar el respeto a la identidad étnica y cultural de los peruanos; así, por ejemplo podemos hacer mención a la necesidad de diseñar políticas y acciones de lucha contra la discriminación, y el establecimiento de relaciones interculturales como parte de su acercamiento a la sociedad.

mediante dicha disposición, (...) el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado, “el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58). (Sentencia del expediente 0020-2005-AI/).

La diversidad étnica y cultural se evidencia en las comunidades en la manera como se organizan internamente; es decir, a través del ejercicio de su autonomía. En ese sentido, una comunidad contiene personas que pertenecen a una cultura, la que se muestra a través de no sólo una serie de productos culturales como el vestido, la danza, el arte, sino también a través de formas organizativas que responden a estas lógicas culturales propias. Por ello, en la forma como las comunidades se organizan internamente no sólo se refuerzan los lazos de interacción y pertenencia entre los miembros del colectivo, sino que además se logran establecer los lazos culturales compartidos entre tales personas.

Sin embargo, lo anterior debe ser complementado. Al haber ratificado el Convenio 169 OIT, el Estado peruano se obliga a garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Para ello, la interpretación y luego aplicación del texto constitucional y del marco legal nacional tendrá que estar acorde con dicho instrumento internacional y los

derechos ahí contenidos<sup>3</sup>. Sin embargo, establecer quiénes son pueblos indígenas en el Perú es aún un asunto que genera controversias.

El Convenio 169 de la OIT establece criterios de identificación para poder reconocer quiénes son pueblos indígenas. Establece en los artículos 1.b y 2 que serán considerados pueblos indígenas aquellos grupos humanos que pueden considerarse descendientes –en nuestro caso– de los pobladores originarios de América antes de la invasión europea. Agrega que estos grupos en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional. Como hemos visto, un pueblo indígena mantiene una cultura propia, y es con esta cultura con la que los miembros de ese pueblo se autoidentifican. Todo lo anterior permite la construcción de una identidad colectiva que los identifica como pertenecientes a un pueblo y distintos por ello de otros; en otras palabras, que sus miembros se consideren a sí mismos como pertenecientes a una cultura. El trabajo que plantea esta obligación estatal es poder reconocer qué grupos pueden ser identificados como indígenas a partir de la utilización de dichos criterios<sup>4</sup>.

---

3 Cabe señalar que los principales derechos humanos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 OIT –y que pasan a ser parte del bloque de constitucionalidad peruano– son: derecho a su identidad cultural (artículo 5.a), a la no discriminación (artículos 3, 4.3), a la participación (artículos 5.c, 6.1.b), a ser consultados (artículos 6.1.a, 6.2), a elegir sus prioridades de desarrollo (artículo 7), a conservar sus costumbres (artículo 8.2), a la administración de justicia (artículo 9), al acceso a procedimientos justos (artículo 12), a la tierra y el territorio (artículo 13), al uso de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios (artículo 15), a no ser trasladados sin su consentimiento (artículo 16° C169), a condiciones justas para el empleo (artículo 20), a la salud (artículo 25), a la educación intercultural (artículo 27), entre otros.

4 Recientemente, en junio del 2014, el Ministerio de Cultura publicó una Guía Metodológica para la Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios. Este instrumento tiene como finalidad ser una herramienta que permita una adecuada identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas en el ámbito de las medidas que se encuentran como parte de un proceso de consulta previa. Si bien la Guía no apunta a ser utilizada para identificar pueblos indígenas en situaciones distintas a los procesos de consulta previa, sí sirve para reconocer los esfuerzos que se vienen haciendo para dar cumplimiento a esta labor.

En el Perú, como resultado de una serie de procesos políticos y sociales que se dieron a finales del gobierno de las Fuerzas Armadas en la década de los años 70, y luego de un largo proceso de reforma agraria, muchos pueblos indígenas fueron agrupados en comunidades campesinas y nativas. A partir de esta situación se establecieron marcos legales que regulaban a la comunidad en tanto sujeto de derecho agrícola; conjuntamente se dio inicio a los primeros intentos por establecer procedimientos de titulación colectiva.

Las comunidades campesinas y nativas han sido reconocidas de la siguiente manera:

Decreto Ley 22175 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva	Ley 24656 Ley General de Comunidades Campesinas
Artículo 8: “Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.	Artículo 2: “Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

*Elaboración propia*

Las normas especiales en materia de comunidades desarrollan el reconocimiento del derecho a la administración de justicia comunal de la siguiente manera:

Decreto Ley 22175 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva	Ley 24656 Ley General de Comunidades Campesinas
Artículo 19: “Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades”.	Artículo 1: El Estado: d. Respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.

*Elaboración propia*

Estos marcos legales resultan claves porque nuestro debate en materia de pueblos indígenas se ha circunscrito a hablar de comunidades y no de pueblos, concepto mucho más amplio, dado que el de comunidad se restringe a una forma de agrupación colectiva sostenida en el uso agrario y/o forestal de las tierras. Estas formas de agrupación se sostienen en lógicas de producción de la tierra y no en la idea del territorio; sin embargo, se les reconoce como propiedad comunal, y se debe de tratar a dicha propiedad desde lo establecido ya en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho al territorio.

En ese contexto, la pregunta es si las comunidades campesinas y las comunidades nativas pueden ser consideradas como pueblos indígenas. Siguiendo la línea de lo que se ha establecido desde el Ministerio de Cultura, podrán ser identificadas como pueblos indígenas conforme a lo señalado en los criterios de identificación, cuando los miembros de dichas comunidades cumplan con tales criterios.<sup>5</sup> Es

5 Ello inclusive ha sido efectivamente reconocido en la Ley de Consulta Previa, Ley 29785, cuando señala que las comunidades campesinas y las comunidades nativas pueden ser identificadas como pueblos indígenas cuando cumplan con los criterios

decir, no se reconoce a la comunidad directamente como pueblo, sino a los miembros de ésta como pertenecientes a un pueblo indígena, siendo la comunidad una forma de organización colectiva sostenida en el uso agrario o forestal que hagan del suelo dichos pueblos.

A manera de resumen en este caso, lo que tenemos a nivel peruano es que la pluralidad nacional se sostiene en el derecho a la identidad étnica y cultural, y que las denominaciones no significan encasillamientos, sino que ser indígena cubre una realidad innegable de identidades colectivas que se sostienen en la auto-identificación. Recordemos que estas dos formas de organización (comunidad campesina y comunidad nativa) lo son en tanto grupos humanos reunidos alrededor de un tipo de propiedad, en este caso, comunal. Y la condición de pueblo indígena se establece a partir de la autoidentificación de la persona en tanto perteneciente a un grupo cultural y étnico distinto al del grupo dominante de la sociedad, con una identidad propia, construida históricamente y existente más allá de la figura del Estado. Por ello, la condición de pueblo indígena debe entenderse no sólo a partir de la pertenencia a un grupo colectivo en una propiedad (comunal) sino por la pertenencia a una cultura y/o etnia. Así, las comunidades campesinas y nativas podrán contener entre sus miembros o ser la totalidad de éstos, personas pertenecientes a algún pueblo indígena (cultura distinta a la predominante), lo que ocurre efectivamente en la práctica. De esta manera que se podría afirmar no que las comunidades sean pueblos indígenas *per se*, sino que los miembros de éstas puedan pertenecer a tales pueblos. De ser ese el caso, se les aplica entonces lo establecido en el marco correspondiente a los derechos de los pueblos indígenas.

Pero puede darse el caso también de que haya comunidades cuyos miembros no pertenezcan a un pueblo indígena. Esto es

---

de identificación de esta ley, los que deben ser leídos a la luz de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. Dentro de la legislación peruana además y de acuerdo con la Ley 27811, Ley del Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, la denominación "indígena" comprende y puede emplearse como sinónimo de *originario, tradicional, étnico, ancestral, nativo*, u otro vocablo (artículo 2° inciso a).

completamente factible ya que la legislación sobre la materia no limita este tipo de organización sólo a indígenas. Por ello, en el caso en que los miembros de comunidades no pertenezcan a algún pueblo indígena, se les aplicaría entonces el marco legal correspondiente al resto de ciudadanos y ciudadanas no indígenas del Perú.

Luego, y con relación al derecho a la administración de justicia comunal, se puede afirmar que a las comunidades campesinas y nativas se les reconoce el ejercicio de este derecho sobre la base de lo establecido en los artículos 89 y 149 de la Constitución de 1993, y así como manifestación del derecho a la autonomía colectiva; y en el caso de que los miembros de dichas comunidades se autoidentifiquen como pueblos indígenas y el Estado reconozca esta realidad, el derecho adicionalmente se entendería como manifestación del derecho a la libre determinación y bajo el marco normativo del Convenio 169 de la OIT.

## **RONDAS CAMPESINAS, UN CASO APARTE**

¿Por qué hemos puesto este título para hablar de las rondas campesinas? Porque si bien el texto constitucional considera que las rondas apoyan la labor de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas para administrar justicia, el Poder Judicial peruano ha ido un poco más allá y las considera como sujetos de este derecho, en igualdad de condiciones que a las comunidades. La pregunta central entonces será por qué. Para plantear una respuesta, revisemos rápidamente quiénes son las rondas campesinas en el Perú y veamos las razones de este reconocimiento, que a nivel nacional complejiza el panorama de actuación de la jurisdicción especial y de coordinación con la jurisdicción estatal.

Las rondas campesinas surgen a mediados de los años setenta debido a la carencia de la protección estatal en zonas rurales cajamarquinas para combatir el abigeato. Las primeras rondas surgen en el caserío de Cuyumalca, en el Distrito y Provincia de Chota en el Departamento de Cajamarca, y estaban conformadas por personas miembros de dicho caserío, y algunas comunidades cercanas. Con el tiempo, este tipo de

organizaciones se expandió en diversos puntos del país, logrando un alto nivel de legitimidad<sup>6</sup>. Lo destacable es que las rondas empezaron no sólo a cumplir labores de vigilancia, sino además a administrar justicia. Su finalidad se puede dividir en dos: (i) dar un servicio a la comunidad, y (ii) apoyar a las autoridades campesinas en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales. De acuerdo con E. Piccolo:

“(...) Se organizó un verdadero sistema de justicia comunal basado en debates y con el apoyo de un comité (...). Pero la extensión de las funciones de las rondas campesinas ha ido también más allá del ámbito jurisdiccional y eso nos lleva a afirmar que el papel más importante asumido por estas organizaciones es el de llenar el vacío no sólo jurisdiccional sino también político en las comunidades y caseríos de Cajamarca. Así, las rondas campesinas con su comité, no sólo vigilan o administran justicia en casos de robos, sino que de igual manera administran justicia cualquiera que sea el tipo de conflicto suscitado entre los campesinos, organizan los trabajos comunales (faenas), hacen de intermediario entre sus integrantes y el Estado, las ONG o las empresas mineras”. (2008: p. 29).

En 1986 la Ley 24571 del 6 de noviembre, emitida durante el primer gobierno del Presidente Alan García Pérez, reconoce a las Rondas Campesinas como organizaciones pacíficas, democráticas y autónomas. Lo anterior era un tipo de apoyo a las rondas en el contexto de violencia política que se vivía en esos años. Si bien las rondas campesinas tenían un objetivo claro con relación a las comunidades que apoyaban, se vivían días de violencia que dificultaron esta labor, además de complejizar su rol frente al Estado. Por ello, uno de los objetivos de esta norma fue la acreditación ante la autoridad política de los miembros de las rondas campesinas, a efectos de que dicha organización no pueda ser utilizada o confundida como un grupo u organización sediciosa. En dicha ley se precisa además que la ronda es una organización destinada al servicio de la comunidad y de contribución al desarrollo y a la paz social de ésta. Se precisaba que su objetivo era la defensa de sus tierras, el cuidado de

---

6 Sobre la historia de las rondas, ver Acevedo y Muñoz (2007), Starn (2001), Huber (1995), y Díaz (1990).

su ganado y demás bienes. Adicionalmente se consideraba que debían apuntar a cumplir un rol en la prevención y represión de toda forma de comisión de delitos. Para lo anterior, la ley les dotaba de personería jurídica previa, por lo que debían formalizarse conforme a lo señalado en el Código Civil de 1984, siguiendo el mismo procedimiento que seguían las comunidades campesinas, esto es, su constitución como tal en tanto personas jurídicas, con estatutos y reglamentos, y luego su posterior inscripción en los Registros Públicos.

Con el cambio de Constitución, en la década de los años noventa se emite la Ley 27908, y su reglamento. A las rondas campesinas se les reconoce su condición de autónomas, democráticas y su apoyo en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, se les faculta de funciones de conciliación extrajudicial, así como aquellas destinadas a la seguridad y a la paz comunal, siempre dentro de su ámbito territorial. Se reconoce también el uso del derecho consuetudinario en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, se estipula que la administración de justicia no puede violar los derechos humanos de los que son sancionados, considerando que dichas prohibiciones también se encuentran contempladas en el Convenio 169 de la OIT y en nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 149. Es importante precisar que la ley es clara cuando señala que sólo se puede constituir en el ámbito de un territorio comunal una sola ronda campesina, la misma que se forma y es sostenida por la propia comunidad, que es la que solventa sus gastos y organización.

Sin embargo, como lo ha considerado el Congreso de la República del Perú, “Las rondas campesinas, a diferencia de lo que sucede con las comunidades campesinas y nativas, no tienen reconocimiento constitucional para ejercer potestad jurisdiccional; sin embargo, vía interpretación, sí es posible considerar que estas organizaciones también tienen potestades jurisdiccionales desde el momento en que pueden existir como organizaciones comunales independientes, diferentes de una comunidad campesina o nativa” (2013, p. 18). A lo que se refiere el Congreso de la República es que la función jurisdiccional que poseen las rondas campesinas no se desprende de una interpretación literal del

artículo 149 de la Constitución; se refiere sí a que es posible reconocer dicha capacidad a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha venido dando en el país, dado que se empieza a tomar en cuenta una realidad que no se puede dejar de lado al momento del actuar del sistema de justicia estatal. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, las rondas campesinas en la práctica son las autoridades de las comunidades campesinas a las que se refiere la literalidad del texto constitucional (Defensoría del Pueblo, 2006, pp. 30-31). Es una realidad, además, que los jueces han ido reconociendo y que ha permitido que la Corte Suprema de Justicia lleve a cabo lo que podemos denominar una interpretación progresiva del artículo 149 de la Constitución a través del Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009.

El Acuerdo Plenario del 2009 reconoce que las rondas campesinas pueden ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo con su propio derecho. La Corte Suprema no sólo les reconoce personalidad jurídica en tanto formas autónomas y democráticas de organización comunal, además de sus funciones que tanto la Ley 27980 como su Reglamento han establecido; sino que agrega que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se les aplican en lo que les corresponda y favorezca. Esta última frase es lo que genera el mayor nivel de controversia en el debate nacional peruano. Por un lado hay quienes han entendido que a las rondas el Poder Judicial las reconoce como pueblos indígenas, mientras que por otro lado, hay quienes consideran que sólo se reconocerán derechos indígenas en ciertos casos relacionados a su función jurisdiccional y no por su condición de ronda.

A pesar del debate existente, la Corte Suprema se reafirma en su posición de la siguiente manera:

“8. (...) Si el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones —el artículo 8°.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias—, es obvio que al ser las Rondas Campesinas

parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario —cuya identificación y definición previa es tarea central del juez—, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: defensoría del Pueblo: El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas, Lima, octubre 2004, pp. 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.”

Sin embargo, a pesar del desarrollo progresivo detrás de este reconocimiento, sí son varias las situaciones en las que se sigue cuestionando el rol de las rondas campesinas. Dichos cuestionamientos se sostienen en dos situaciones; la primera en la aún poca claridad para poder establecer los límites de la jurisdicción especial, y con ello, de la labor de administración de justicia que se les reconoce a las rondas. Al no existir mecanismos claros que señalen de qué manera se ejerce el derecho a la jurisdicción especial, se han presentado casos en los que las rondas y las instancias jurisdiccionales del Estado peruano no han logrado encontrar canales de coordinación. Lo que para unos puede significar un abuso de autoridad, para los otros no. La segunda es que se pueden presentar casos en los que se conforman rondas cuyos miembros no pertenezcan a pueblos indígenas o a comunidades, o que utilicen este tipo de organización para disfrazar intereses ajenos a los de la comunidad o desvinculados del ejercicio de derechos colectivos de pueblos indígenas, siendo rondas de manera formal (en papeles), pero tergiversando con ello el papel que han jugado por décadas. Estos dos cuestionamientos generan un clima negativo para entender la labor de las rondas, lo que complejiza el trabajo de coordinación.

## CONCLUSIONES

Como previamente hemos señalado, en el Perú existe un panorama que repercute negativamente en el debido ejercicio del derecho a la

administración de justicia comunal o especial. Este panorama está marcado por dos temas sobre los que sigue habiendo disenso.

El primero es que aún existe controversia respecto a si las comunidades campesinas y nativas se pueden considerar como formas de agrupación que tienen los pueblos indígenas peruanos. Es controversial porque afirmar que las comunidades campesinas o nativas sean o no pueblos indígenas, repercutirá al momento de establecer si se les aplica y de qué manera lo establecido en las normas para estos grupos, como lo es el Convenio 169 de la OIT. Con la implementación del derecho a la consulta, sin embargo, el debate se ha circunscrito cada vez más al caso de las comunidades campesinas, casi estableciéndose un consenso en la opinión pública de que los miembros de las comunidades nativas en efecto pertenecen a pueblos indígenas. Esta situación no ocurre en el caso de las comunidades campesinas.

El segundo tema de discusión corresponde a los límites del ejercicio de este derecho cuando hablamos de rondas campesinas. Si bien la Corte Suprema ha realizado una interpretación progresiva del artículo 149 de la Constitución a través de la cual se les reconoce a las rondas campesinas la capacidad de ejercer este derecho, en la práctica se suelen presentar casos en los que los límites al ejercicio de éste son borrosos o son realizados por organizaciones que en lo formal cumplen con los requisitos para ser una ronda, pero que no lo son en la realidad.

Lo anterior es el panorama en el que debe darse el trabajo de coordinación entre la justicia oficial estatal y la justicia especial. Pero como mencionamos, al no tener aún claridad sobre si las comunidades campesinas pueden ser consideradas como pueblos indígenas, o sólo parte de éstos, y sobre todo cuál es el rol de las rondas campesinas en el proceso de la administración de justicia comunal —a pesar de lo dicho por el Poder Judicial—, se presentan dificultades para los órganos jurisdiccionales oficiales en articular y coordinar en pos de la solución de conflictos. Sin embargo, las instancias estatales no pueden alegar la dificultad de llevar a la práctica el proceso de coordinación para no implementarlo. Hacerlo significaría afectar el adecuado ejercicio de un derecho que tienen tanto comunidades como rondas en el Perú.

## Referencias bibliográficas

Acevedo, Á. & Muñoz, P.

2007 La justicia local en Chota y San Marcos, Cajamarca. Lima: Asociación Servicios Educativos Rurales SER y Asociación Paz y Esperanza.

Brandt, H. J. & Franco Valdivia, R. (compiladores)

2008 *El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas de 133 comunidades, serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador*, 2da edición, Lima: Instituto de Defensa Legal.

Comisión Andina de Juristas

2009 *Manual informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Congreso de la República

2013 Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR emitido por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuano, Ambiente y Ecología, 19 de noviembre de 2013. Lima: Congreso de la República.

Corte Suprema de Justicia

2009 Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 Asunto: Rondas Campesinas y Derecho Penal, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, Lima: Poder Judicial.

Defensoría del Pueblo

2006 Informe Defensorial 109. Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la Reforma de la Justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar,

quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán. Lima: Defensoría del Pueblo.

Díez, A.

1999 *Comunidades mestizas, tierras, elecciones y rituales en la sierra de Pacaipampa (Piura)*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Huber, L.

1995 *Después de Dios y de la Virgen, la Ronda: Las Rondas Campesinas de Piura*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos EIP.

Piccoli, E.

2008 “El pluralismo jurídico y político en Perú: el caso de las Rondas Campesinas de Cajamarca”, en *Íconos*, Revista de Ciencias Sociales, número 31, mayo, Quito, pp. 27-41.

Poveda, C.

2007 “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro*. Quito, no. 8, p. 179-189.

Sánchez, E. e I. Jaramillo

2009 “La jurisdicción especial indígena”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Taipa (Eds.), *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 125-174.

Starn, O.

2001 *Con los llanques todo barro. Reflexiones sobre Rondas Campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos EIP.

# SOBRE LA VIGENCIA DE LA TEORÍA HABERMASIANA DEL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y PLURAL

*Manuel Zelada*

## **Resumen**

El objetivo de este trabajo es analizar la teoría del Derecho habermasiana presente en *Facticidad y validez*, centrándonos en el carácter mediador entre el mundo de la vida y los sistemas económico y político que el derecho ostenta, y la relación entre la función coercitiva y reguladora del derecho y su función socialmente integradora y constitutiva del ámbito jurídico. Nuestra intención con ello es hacer explícita la concepción del poder presente en el planteamiento de Habermas y mostrar que la estrecha relación entre crítica y fundamentación que este autor defiende puede entenderse, en gran medida, a partir de la conceptualización que hace del poder.

**Palabras clave:** Habermas, Teoría crítica, filosofía del derecho, poder.

## **Abstract**

The aim of this paper is to analyze the theory of Habermas law present in *Between Facts and Norms*, focusing on the mediating nature between the world of life and economic and political systems that the law holds, and the relationship between enforcement and regulatory functions of law, and its socially inclusive and constitutive role in the legal field. Our intention with this is to make explicit the conception of power in Habermas's approach and show that the close relationship between criticism and reasoning that this author defends can be understood, to a large degree, using the author's conceptualization of power.

**Keywords:** Habermas, Critical Theory, philosophy of right, power.

Cotidianamente, el Derecho casi no tiene un lugar visible en nuestras conversaciones. Surge, en cambio, en aquellas circunstancias en las cuales solicitamos los servicios de un abogado, la explicación de una determinada norma o la aclaración de un procedimiento jurídico. En general, el Derecho parece vincularse más a un conjunto de procedimientos y normas fijos que es necesario conocer para no sufrir ningún percance burocrático que a un espacio donde puedan encarnarse nuestras discusiones, reflexiones e interpretaciones de la justicia, y donde pueden tener cabida nuestras preocupaciones y conflictos cotidianos.

En una sociedad democrática, sin embargo, donde la legitimidad de las instituciones se fundamenta sobre la voluntad de los ciudadanos, el Derecho debe sostener un vínculo con tales discusiones, reflexiones e interpretaciones. Precisamente por ello es importante la tentativa de Habermas de analizar el Derecho como un espacio intermedio entre la vida de los ciudadanos y las instituciones sociales. Espacio intermedio tanto por traducir en normas los acuerdos concretos de la ciudadanía sobre el sentido de la justicia, como por asegurar a través de las primeras el adecuado funcionamiento de las instituciones y la existencia de una ciudadanía libre. Esta paradójica situación de sostener su legitimidad sobre aquellos sobre los que, a su vez, debe ejercer su fuerza normativa es explicada por Habermas a partir de la centralidad que la deliberación tiene en su propuesta.

Para él, el carácter a la vez normativo y legítimo del Derecho se explica en el hecho de que la esfera de deliberación pública a partir de la cual se funda su legitimidad exija, a su vez, determinadas garantías que permitan una adecuada comunicación entre los ciudadanos, garantías que el Derecho puede asegurar gracias a su carácter normativo. (Habermas, 1998: 90-103). Resulta fácil de advertir, con ello, la estrecha relación que existe entre la teoría del Derecho habermasiana y su teoría comunicativa: la posibilidad de una comunicación adecuada entre ciudadanos es lo que garantiza la legitimidad de las leyes y, a su vez, es el resultado de la acción normativa de estas<sup>1</sup>.

---

1 Ya desde la publicación de su *Teoría de la razón comunicativa*, Habermas plantea una conexión originaria entre la dimensión práctica y el Derecho -aunque, ciertamente,

La forma particular en la que Habermas desarrolla la relación entre Derecho y deliberación pública ha motivado ciertas interrogantes sobre la forma de entender la relación entre ciudadanía e instituciones, los alcances y límites de los consensos, y las características de una adecuada comunicación. Tales interrogantes han sido desarrolladas por algunos críticos, partiendo de las nuevas demandas de justicia que motivadas por la economía globalizada y la emergencia de nuevas y diversas formas de vida, cuestionan la capacidad de la perspectiva de este modelo, centrado en la existencia de una esfera separada de deliberación pública, para reconocer y gestionar tales demandas de manera adecuada<sup>2</sup>.

En este trabajo, nos centramos en las críticas de N. Fraser y C. Mouffe para mostrar la actualidad del paradigma habermasiano. Consideramos que tales críticas pueden servir para complementar y desarrollar algunos puntos de la teoría habermasiana del Derecho, pero que, contrariamente a demostrar su inviabilidad, dan cuenta de la estrecha relación del Derecho con el ámbito de la deliberación pública y de la tensión entre normatividad y legitimidad que a partir de esta se genera, ambos elementos fundamentales de la perspectiva de Habermas. Nuestra intención es, por lo tanto, demostrar que es posible responder desde el paradigma habermasiano a las interrogantes de ambas autoras que, como veremos, son, a su vez, interrogantes sobre su vigencia en un mundo globalizado y plural.

En razón de este propósito, dividimos este trabajo en tres secciones. La primera está destinada a mostrar la estrecha relación entre la teoría habermasiana del Derecho y su teoría de la comunicación, la cual permite entender la centralidad de la deliberación pública y la tensión

---

parece ver en éste un sistema más como el económico o el administrativo, antes que un mediador entre éstos y la ciudadanía (1982: 332-366). Esta perspectiva es la que se desarrolla en *Facticidad y validez* (1998: 63-71).

2 Aunque, dada la cantidad de desarrollos motivados por la teoría habermasiana, resulta imposible hacer una síntesis de todos éstos, destacamos aquellos que, comúnmente asociados al feminismo, parten del problema de la exclusión para analizar el problema de la exclusión de la esfera deliberativa pública y analizar aquellas esferas de deliberación paralelas a ésta. Al respecto véanse Benhabib (1996), Fraser (1989, 1992) y Mouffe (1999, 2000).

entre normatividad y legitimidad. La segunda sección desarrolla las interrogantes de Fraser y Mouffe sobre la posibilidad de comprender y responder a las demandas de justicia en un mundo globalizado y plural que ofrecen las concepciones habermasianas de la relación entre individuos e instituciones, de los alcances y límites del consenso público, y de las características de una comunicación adecuada. Allí mismo, argumentamos en favor de una respuesta a éstas que no suponga abandonar la teoría habermasiana del Derecho. Finalmente, la tercera sección ofrece una síntesis de las conclusiones del trabajo.

### LA ESTRECHA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y RAZÓN COMUNICATIVA

Para Habermas, el Derecho se presenta como una fuerza reguladora del orden social, y también como una fuerza integradora de la sociedad. De este modo, la fuerza de las leyes descansa en su capacidad fáctica de control sobre los individuos, pero también sobre el hecho de ser reconocida por éstos como un sistema de justicia legítimo. Esta *doble naturaleza* del Derecho es la que motiva interpretaciones que se centren en el problema de la legitimidad de la ley y, herederas de la razón práctica moderna, intenten fundar el carácter legítimo del Derecho en *procesos de entendimiento racionalmente motivantes*, enfatizando su fuerza de integración social. Por otra parte, aparecen interpretaciones de carácter sociológico centradas en el problema de la fuerza reguladora y punitiva del derecho, la cual reconstruyen objetivamente desde un análisis de la realidad social. Ambas perspectivas, al fundarse en una racionalidad inherente al hombre o en las formas de vida históricamente constituidas, se ven obligadas a defender la teoría internalista de la conciencia moderna, en el primer caso, o, en el segundo, a integrar los intereses de los sujetos en un macro-sujeto estatal. (Habermas, 2000: 63-65). Habermas, por su parte, busca dar cuenta de ambas dimensiones del Derecho y superar los enfoques de ambas teorías recurriendo al concepto de *razón comunicativa*.

“La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el *ensemble* de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas. Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones. Tiene que partir de que los participantes persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso”. (Habermas, 2000: 65-66).

En otras palabras, la razón comunicativa se diferencia de la racionalidad práctica moderna en que no consiste en una facultad interna inherente al individuo, pero tampoco se funda en un conjunto de tradiciones históricamente constituidas; la razón comunicativa combina el carácter formal de la primera con la dimensión intersubjetiva de la segunda, al presentarse como una racionalidad construida en el diálogo.

La estrecha relación entre la razón comunicativa, concepto desarrollado ya en *Teoría de la acción comunicativa*, y la filosofía del Derecho, motiva dos preguntas: ¿qué lugar ocupa el Derecho en la teoría de la acción comunicativa de Habermas?, y ¿qué rol desempeña esta razón comunicativa en su filosofía del Derecho? A ambas interrogantes dedicamos las dos primeras partes de esta sección: la primera, destinada a ubicar el lugar del Derecho en la perspectiva de la sociedad propia de la teoría de la acción comunicativa y la segunda, a presentar la reconstrucción del Derecho que hacer Habermas a partir del concepto de razón comunicativa.

## El Derecho en la Teoría de la acción comunicativa

Habermas considera el Derecho como uno de los tres sistemas presentes en la sociedad moderna junto con el sistema económico y el administrativo, los cuales se ponen en relación con lo que él llama el mundo de la vida. Para entender tanto la noción habermasiana de *sistema* como la de *mundo de la vida*, es necesario considerar la distinción entre la racionalidad instrumental, orientada al cumplimiento de fines particulares, y la racionalidad comunicativa, orientada al entendimiento mutuo.

En *Teoría de la acción comunicativa*, ambos tipos de racionalidad aparecen como guías potenciales de la acción: la racionalidad instrumental, en el trabajo o el cumplimiento eficaz de un fin; y la comunicativa, en el desarrollo de acuerdos y consensos sobre puntos de vista que, en última instancia, permiten establecer visiones del mundo compartidas. En general, podríamos afirmar que las acciones guiadas por la razón comunicativa ostentan un carácter cooperativo, y dan como resultado ejercicios de comprensión conjunta. Al espacio privilegiado de éste tipo de actos Habermas lo llama mundo de la vida. Son propias de éste las creencias compartidas, las perspectivas sobre la realidad y las distintas prácticas que forman la capa de la sociedad en la que los individuos viven. Como Husserl, piensa este espacio como el propio de la cotidianidad, pero se distingue del fenomenólogo al plantear la existencia de tres ámbitos diferentes en su interior (cultura, sociedad y personalidad). La razón comunicativa permite, así, el establecimiento de valores y prácticas compartidas, la integración de la comunidad de individuos y el desarrollo de la identidad propia de cada uno de ellos. (Habermas, 1992: 169-214).

En el mundo occidental moderno, sin embargo, Habermas identifica un proceso por el cual se puede asegurar la transmisión de valores y la legitimación y establecimiento eficaz de normas y prácticas a través de la creación de espacios autónomos y diferenciados, separados del mundo de la vida, pero en estrecha relación con éste, orientados a estos fines. A tal proceso lo llama la *racionalización* del mundo moderno, el cual, de forma gradual va creando sistemas capaces de cumplir con los

finés mencionados mediante un uso adecuado de la razón instrumental (orientada al cumplimiento eficaz de tales fines). (Habermas, 1989: 385-316). Estos sistemas, afirma Habermas, son “ámbitos de acción formalmente organizados, cuya integración no discurre ya a través del mecanismo del entendimiento, que se disocian del mundo de la vida y que se coagulan en una socialidad vacía de sustancia normativa”. (Habermas, 1992: 436). La racionalización no es en sí misma negativa; por el contrario, permite apoyar el aseguramiento de consensos en sociedades altamente complejas como las modernas. En relación con los dos sistemas que hemos mencionado, tal proceso permite la organización de la producción y distribución de bienes (por el sistema económico) y la creación de una burocracia que efectúe adecuadamente el gobierno de una sociedad (por el sistema administrativo). (Habermas, 1992: 334-401). Sin embargo, existe también la posibilidad de que la racionalidad propia de ambos sistemas penetre al mundo de la vida en el proceso que Habermas llama *colonización del mundo de la vida*. Esto puede generar un retroceso de la racionalidad comunicativa y, con ello, conllevar a que peligre la integración y el establecimiento de consensos motivados por ésta. (Habermas, 1992: 451-468). ¿Cómo puede, entonces, asegurarse el mundo de la vida frente a su colonización? Es en razón de esta pregunta por lo que aparece la necesidad del Derecho.

El Derecho es, precisamente, el medio por el cual puede asegurarse la independencia del mundo de la vida frente a los sistemas económico y administrativo a través de la legitimación de éstos. En concreto, en relación con el primero, el Derecho avala contratos y compraventas, y, fundamentalmente, legitima el *médium* que es el dinero. En relación con el segundo, el Derecho legitima una determinada forma de gobierno y avala sus procedimientos e instituciones. Si la legitimación provista por el Derecho permite salvaguardar al mundo de la vida frente a la colonización, es porque este ejercicio se entiende como la institucionalización de los consensos prácticos en normas. (Habermas, 1992: 429-443, 509-527). En otras palabras, si el Derecho puede avalar determinadas instituciones y prácticas (es decir, si las puede asegurar y defender como legítimas), es porque se halla legitimado en los consensos resultantes del uso de la racionalidad comunicativa.

Siguiendo a Weber, Habermas caracteriza al Derecho en su positividad, legalidad y formalidad. Éste es positivo porque expresa una voluntad soberana mediante un conjunto de normas instituidas, es legal porque dirige sus sanciones únicamente al incumplimiento práctico de normas instituidas en ley y no las extiende a las motivaciones éticas o intenciones de los actores, y es formal porque define ámbitos de acción éticamente neutrales donde los individuos pueden ejercer libremente su arbitrio o, en otras palabras, determina que está permitido todo aquello que no está prohibido por ley. (Habermas, 1989: 336). Con ello, el Derecho se distancia, en primer lugar, de las convenciones éticas: ya no recurre a las tradiciones y prácticas propias de una comunidad como criterio o contenido de sus normas, sino que distingue entre las normas que regulan la conducta de los individuos y los contenidos (valores y costumbres) que guían sus acciones y prácticas. Pero, a su vez, se distancia de las intenciones morales que subyazcan a una determinada acción<sup>3</sup>. De las tres características antes citadas se siguen ambos hechos, los cuales, por lo demás, terminan definiendo la autonomía del sistema jurídico.

Sin embargo, Habermas toma distancia de Weber, al considerar que el fundamento y legitimidad de las normas propias del sistema jurídico se sostienen en y están siempre abiertos a su discusión pública: “El efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un desplazamiento de los problemas de fundamentación, es decir, en que el manejo técnico del derecho queda descargado, durante largos tramos, de problemas de fundamentación; pero no en la eliminación de esta problemática. Muy al contrario, precisamente la estructura postradicional de la conciencia jurídica agudiza la problemática de justificación convirtiéndola en una cuestión de principios, que ciertamente queda a la base, pero que no por ello desaparece”. (Habermas, 1989: 338).

---

3 Habermas distingue así entre un dominio ético, relativo a las concepciones personales y sociales del bien o de la vida buena, y un dominio moral, relativo a una concepción universal e imparcial de lo justo que pueda tener lugar en y a partir de principios de carácter procedimental (1990: 103-105).

Si la cuestión de la legitimidad del sistema jurídico aparece vinculada a la deliberación pública no es, en primer lugar, porque sea el Derecho el que legitime y regule a los sistemas económico y administrativo. Esto es secundario frente al hecho de que deba ser el Derecho el que permita distinguir ambos sistemas del mundo de la vida y, al hacerlo, asegure que las funciones propias de ambos sistemas se dirijan a promover sistemas de intercambio y gobierno que cooperen con la integración social lograda a partir de la razón comunicativa y las interacciones en el mundo de la vida, y no que minen tales consensos a través de la penetración de una racionalidad instrumental. Ello explica no sólo por qué debe ser la razón comunicativa la que determine en última instancia la legitimidad del sistema jurídico, sino la obligación que tiene el Derecho de asegurar un ámbito separado y adecuado para el uso de la razón comunicativa en la deliberación pública<sup>4</sup>. En síntesis, entonces, el Derecho funda sus normas a partir de consensos logrados por el uso de la razón comunicativa y tales normas deben incluir, en primer lugar, leyes que aseguren la existencia de ámbitos separados y adecuados para el uso de la razón comunicativa en la deliberación pública.

Más allá de qué contenidos se discutan o quiénes sean los participantes en cuestión, Habermas considera que todo intercambio lingüístico ostenta ciertas características formales que definen de manera general los tipos de intercambio y son parte del conocimiento que los hablantes ponen en uso en cada caso. Ello es, precisamente, lo que él concibe como una *pragmática formal* inherente a las interacciones entre individuos<sup>5</sup>. En el caso específico de los usos de la razón comunicativa, dado que ésta se orienta al mutuo entendimiento, la pragmática formal de tales intercambios exige que tanto los contenidos como las intenciones de los enunciados expuestos sean presentados de forma sincera y explícita a los participantes de la discusión, de tal manera que puedan juzgarlos y dar o no su asentimiento (lo cual presupone, a su vez, que éstos cuenten con las herramientas suficientes para interpretar

---

4 Sobre esto nos detendremos en el siguiente apartado.

5 El concepto de pragmática formal lo desarrolla Habermas a partir de la pragmática de Austin y Searle. Al respecto véase su *Teoría de la acción comunicativa* (1989: 407-432)

y juzgar dichos enunciados en condiciones de igualdad y sin coacción). En el caso de la legitimación de normas mediante deliberación pública, la exposición sincera y explícita de la norma y sus implicaciones, así como las condiciones de igualdad y libertad comunes a quienes van a juzgarlas, son las que garantizan que su asentimiento sea acorde a la razón comunicativa. Tal asentimiento puede considerarse así porque son los propios individuos quienes encuentran, a partir de las razones que se les presentan y de su propia evaluación, razonable o no una determinada ley. (Habermas, 1990: 88-89, 127). La razón se redefine así como una propiedad intersubjetiva que posibilita a los individuos entenderse entre sí a partir de la propia evaluación de los enunciados presentados por otros.

En síntesis, si el Derecho puede concebirse como un medio que relaciona a los sistemas económico y administrativo con el mundo de la vida, es porque garantiza la independencia de un ámbito público de discusión, en el cual se discuta la legitimidad de las instituciones y procedimientos propios del sistema jurídico y los sistemas que éste regula. El hecho de que el Derecho fundamente su legitimidad en este ámbito de deliberación pública supone una imbricación necesaria entre filosofía del Derecho y teoría de la acción comunicativa, que se sostiene en la relevancia de la razón comunicativa y las implicaciones pragmáticas que ésta supone para la consolidación de un ámbito adecuado de deliberación pública.

Sobre cómo se expresa esta relación en el ámbito mismo del Derecho, trataremos en la siguiente sección.

### **La tensión entre facticidad y validez**

Vimos ya cómo la fuerza legitimadora del Derecho deviene a su vez de una legitimidad que le es dada mediante la deliberación pública. Esto, sin embargo, nos lleva a considerar que es el Derecho el que debe asegurar aquellas condiciones mediante las cuales puede darse la deliberación pública. En otras palabras, es éste el que garantiza las

condiciones formales adecuadas para la deliberación pública en la cual se pone en juego su propia legitimidad. Si bien, en una primera impresión, esto podría parecer un círculo vicioso, en realidad no hace sino remitir al fundamento práctico del Derecho en el consenso público. La tensión entre la fuerza normativa, capaz de juzgar la legitimidad de ciertas prácticas, y la legitimidad de las normas a partir de las cuales se juzga es, para Habermas, una tensión constitutiva del Derecho moderno entre el carácter fáctico de su normatividad y la validez atribuida a ésta. (Habermas, 1998: 86-90). Partiendo de tal tensión se puede, por lo tanto, reconstruir la relación del sistema jurídico con la deliberación pública en su rol de regulador de prácticas y garante de derechos, y el hecho de que tal rol se halle legitimado en los consensos fruto de la deliberación misma.

En *Facticidad y validez*, Habermas emprende la tarea de esta reconstrucción del vínculo entre el Derecho y la deliberación pública a partir de dos nociones: *forma jurídica* y *principio discursivo (principio D)*. La primera hace referencia a la distancia que asume el Derecho frente a las intenciones y contenidos éticos que influyan en las acciones sometidas a juicio, a la cual aludimos al describir las tres características propias del Derecho moderno en la sección anterior. La segunda noción hace referencia al criterio que puede servir para legitimar normas, dada su concordancia con la razón comunicativa.

Hemos visto ya en qué medida Habermas distingue el ámbito propio de la ética del ámbito del Derecho; sin embargo, la distinción entre la ley y los principios morales requiere aún una explicación. Ciertamente, Habermas distingue su concepción del Derecho de la concepción kantiana no sólo en que se funda en una razón intersubjetiva inherente a los intercambios lingüísticos entre los individuos en vez de una razón interna del individuo, sino, y a partir de esta distinción, en que la aceptación de la ley no deviene directamente de la aceptación de principios morales. “Kant obtiene el principio general del derecho de la aplicación del principio moral a relaciones externas y comienza su teoría del derecho con ese derecho a iguales libertades subjetivas, dotadas de facultades de ejercer coerción para hacerse respetar, que

asiste a todo hombre en virtud de su humanidad. ... Este sistema de derechos, que competen inamisiblemente a todo hombre y a los que el hombre no podría renunciar aunque quisiera, se legitima por principios morales, incluso antes de diferenciarse en forma de leyes públicas, es decir, se legitima con independencia de esa autonomía política de los ciudadanos que sólo se constituye con el contrato social". (Habermas, 1998: 165-166). Con lo que la validez de la ley antecede y se legitima con anterioridad y sin intervención de la voluntad popular. Al prescindir, de esta manera, del concepto de soberanía popular, tal perspectiva no puede explicar el rol de integrador social que tiene el Derecho (el cual sí aparece claramente en teorías donde éste se funda en un contrato social que expresa una voluntad general). Dado que la teoría habermasiana ve en el sistema jurídico a un mediador capaz de institucionalizar consensos prácticos en normas, es necesario que dé cuenta de esta dimensión ausente en la teoría kantiana, pero ¿cómo hacerlo sin recurrir nuevamente al universo de los valores y tradiciones compartidas de la ética?

Habermas responde a esta pregunta desde un diálogo entre la tradición demócrata y la liberal, en el que sostiene que el concepto de razón comunicativa puede servir para reconocer el rol de integrador social propio del derecho (presente en el concepto de soberanía popular) y su carácter formal e independiente de la ética (presente en muchos de los argumentos liberales a favor de la universalidad de los Derechos Humanos). Concede a los liberales que los Derechos Humanos constituyen condiciones universales y fundamentales para el establecimiento de sociedades justas, pero niega que esto se sostenga en principios morales universales. Por el contrario, piensa que su universalidad se debe a que permiten establecer condiciones adecuadas para la deliberación pública. Siendo la ausencia de coacción y la condición de igualdad un requisito indispensable para la deliberación pública, la defensa de la libertad y la extensión de ésta a todo ser humano promovidas por los Derechos Humanos hacen de éstos un factor fundamental en la constitución de ámbitos adecuados de deliberación. (Habermas, 2000: 147-153; 1998: 147-169). Pero aquí la libertad no puede entenderse ni únicamente como capacidad subjetiva de acción (es decir, autonomía

privada) ni como capacidad de autodeterminación política (es decir, autonomía pública o soberanía). Limitarse a lo primero no daría cuenta de la capacidad de los individuos de actuar conjuntamente o de remitirse a cuestiones de interés común; limitarse a lo segundo no permitiría dar un lugar al carácter voluntario con que cada individuo particular actúa en función de sí mismo o de la colectividad. Así, tanto la soberanía popular como la universalidad de los Derechos Humanos se engarzan en una teoría del Derecho que fundamente la legitimidad de éste en ámbitos adecuados de deliberación, ámbitos que implican los dos conceptos mencionados herederos de las tradiciones demócrata y liberal. Por lo mismo, la defensa de la libertad supone el reconocimiento de la autonomía privada y la autonomía pública como requisito necesario para la participación adecuada en la deliberación.

“El sistema de los derechos no puede hacerse derivar ni de una lectura moral de los derechos del hombre ni tampoco de una lectura ética de la soberanía popular, porque la autonomía privada de los ciudadanos no puede ni sobreordenarse ni subordinarse a su autonomía política. Las intuiciones normativas que vinculamos con los derechos del hombre y la soberanía popular sólo pueden hacerse valer sin mermas y sin recortes en el sistema de los derechos si partimos de que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, ni puede simplemente imponerse al legislador soberano como límite externo, ni tampoco ser instrumentalizado como requisito funcional para sus fines. La cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública muéstrase sólo cuando desdramatizamos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la autolegislación, figura conforme a la cual son a la vez autores de sus derechos”. (Habermas, 1998: 169).

En otras palabras, los Derechos Humanos, entendidos como defensa de libertades que posibilitan el ejercicio de la libertad subjetiva de los individuos como su capacidad de autodeterminación, de la mano con el reconocimiento de la soberanía popular, entendida como la capacidad de los individuos de ser autores de sus propias normas, otorgan las condiciones formales necesarias para el establecimiento de ámbitos de deliberación a partir de los cuales, a través de consensos,

puedan legitimarse las normas de un sistema jurídico que, a su vez, regule los sistemas sociales y garantice la independencia y autonomía de dicho ámbito de deliberación.

La forma jurídica del Derecho se mantiene, por lo tanto, gracias a que considera a los individuos sin importar sus intenciones o historias personales y conjuntas, sino en función de sus acciones. En relación con éstas, el Derecho defiende la autonomía privada y pública de cada uno y castiga cualquier violación de éstas, en virtud de otorgar condiciones adecuadas a la deliberación pública. Con ello, Habermas subraya su compromiso con los valores democráticos y liberales de la soberanía y la libertad, respectivamente, al reconocer el carácter necesario de la deliberación y la(s) autonomía(s) para la constitución del Derecho, razón por la cual “[n]o puede darse un derecho autónomo sin democracia”. (Habermas, 1998: 194). Con ello, si la exigencia de un ámbito adecuado de deliberación pública es equiparable a una demanda de democratización, entonces el principio discursivo que haga posible el primero será, a su vez, un principio democrático.

Ciertamente, Habermas afirma que “[l]a finalidad del principio democrático es fijar el procedimiento de producción legítima de normas”. (Habermas, 1998: 194). Es decir, tal principio sirve de criterio formal para determinar qué procedimientos, en un contexto deliberativo, permiten un uso adecuado de la razón comunicativa para determinar la legitimidad de las normas en cuestión. El principio D sirve de base para formular este criterio al afirmar que “[v]álidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas puedan prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. (Habermas, 1998: 172). Donde *discurso racional* remite a “...toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público construido y estructurado por deberes ilocucionarios [portadores de una finalidad] posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones”. (Habermas, 1998: 173).

Sin embargo, tal y como está formulado el principio D sigue siendo demasiado amplio, puesto no distingue entre discursos racionales propios del ámbito jurídico y de la moral. En otras palabras, el principio D enjuicia de manera universal la validez de las normas sin diferenciar si se hallan o no presentes en una determinada comunidad jurídica. El principio democrático, por lo tanto, para poder aplicarse sobre el sistema jurídico requiere de esta precisión y se reformula así: “...sólo pueden pretender validez jurídica las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica”. (Habermas, 1998: 175). De esa manera, el principio democrático puede verse como una especificación del principio D en dos niveles: en un primer nivel, porque consiste en una restricción del ámbito de la aplicación del segundo, pero sosteniéndose en la posibilidad planteada por éste del enjuiciamiento de normas; y en segundo nivel —más profundo—, porque se sostiene en la posibilidad, presupuesta por el principio D, de que es posible un enjuiciamiento imparcial y racional de las cuestiones prácticas; es decir, presupone la razón comunicativa en su dimensión pragmático formal. (Habermas, 1998: 173-174).

Así, la capacidad de llegar al entendimiento mutuo bajo determinadas condiciones de sinceridad, libertad e igualdad, y teniendo a la mano criterios suficientes de evaluación de las informaciones, se halla a la base de la posibilidad universal de enjuiciar normas y permite el establecimiento de un principio que determine las condiciones adecuadas para ello (principio D), el cual, a su vez, puede especificarse para aplicarse sobre normas jurídicas (principio democrático). Así, el principio D permite reconstruir la relación entre los usos en general de la razón comunicativa y su relación con el Derecho, al especificarse como criterio para la adecuada deliberación en materia jurídica propia de la democracia liberal. En concreto, debe garantizar las siguientes condiciones en la deliberación democrática: inclusividad (nadie puede ser excluido de la discusión sobre temas que considere relevantes y ninguna información necesaria puede ser omitida), libertad (nadie puede ser influenciado o coaccionado en su participación de la argumentación), apertura y

horizontalidad (cualquier participante puede iniciar, continuar o cuestionar la discusión en relación con cualquier tema relevante en ésta (incluyendo los procedimientos de deliberación). (Habermas, 1990: 86-89).

En síntesis, la relación entre el Derecho y los usos de la razón comunicativa se puede entender a partir de la tensión entre su fuerza normativa y la validez de sus normas. Tal tensión se expresa en el hecho de que sean los mismos individuos sujetos a normas quienes creen tales normas, no a partir de principios morales o valores éticos, sino del establecimiento de un marco autónomo en el que sus autonomías privada y pública aparezcan como cooriginarias. Dicho marco se configura a partir de un principio que sirva de criterio para establecer condiciones adecuadas de deliberación que, fundándose en la confianza en una racionalidad comunicativa, se extiendan también a la democracia liberal.

## CRÍTICAS Y DESARROLLOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Desde la publicación de *Facticidad y validez* en 1992, la filosofía habermasiana del Derecho ha sufrido diversas modificaciones y desarrollos, pero tres de sus principales tesis se han mantenido vigentes. A saber: (1) el carácter mediador del derecho entre mundo de la vida y sistemas administrativo y económico, (2) la idea del consenso público como medio para establecer la legitimidad de las normas jurídicas y (3) la afirmación del carácter procedimental (formal) del Derecho y su exclusión de cualquier contenido ético.

En relación con (1), autores como Fraser han cuestionado la distinción entre sistemas y mundo de la vida por considerar que no puede dar cuenta de ciertos tipos de problemas sociales que no surgen por una colonización del segundo por los sistemas. Tal cuestionamiento implica directamente la teoría del Derecho, ya que éste debe asegurar que no surjan conflictos entre los sistemas y el mundo de la vida. Si existiesen conflictos que no pudiesen pensarse bajo este esquema, entonces el Derecho no podría desempeñar adecuadamente su función. La existencia de tales conflictos y, con ello, las críticas dirigidas a la

distinción habermasiana se amparan en gran parte en las transformaciones suscitadas por la globalización, las cuales obligan a repensar los vínculos entre el sistema jurídico y la autonomía política expresada en términos de una soberanía nacional. En otras palabras, la estrecha cercanía entre el Derecho y el Estado modernos que se expresa en la relación entre legitimidad jurídica y soberanía presente en la teoría habermasiana, parece condicionar demasiado su perspectiva sobre la relación entre sistemas y mundo de la vida, y la volverla inviable frente a los nuevos desafíos de un mundo globalizado.

En relación con (2), el énfasis puesto por Habermas en el consenso se ha visto cuestionado por autores como Mouffe, quienes dudan de la posibilidad de un consenso pleno y, más bien, piensan que orientarse al establecimiento de condiciones adecuadas para éste no sólo tiene por meta un imposible, sino que impide reconocer aquellos mecanismos y espacios de exclusión que todo consenso, en su condición parcial, genera. Esta crítica va de la mano con (3), pues considera que la posibilidad de un consenso pleno es avalada por la concepción formal del marco jurídico que instaura las condiciones para la deliberación pública. Tal concepción, como vimos, se sostiene en la confianza en la razón comunicativa como una condición universal propia de los intercambios lingüísticos entre humanos. La crítica de Mouffe pasa por negar la existencia de una racionalidad semejante, con lo cual la posibilidad de pensar un conjunto de características formales que establezcan un ámbito donde el consenso pleno sea posible, queda anulada. Tal crítica atañe a la concepción habermasiana del Derecho porque cuestiona la posibilidad de una forma jurídica libre de contenidos sustanciales, y un principio D que determine la adecuación del ámbito de deliberación jurídica al fijar criterios formales en virtud de una racionalidad general.

En la primera sección de esta parte desarrollaremos (1), considerando tanto las críticas como los desarrollos de la teoría habermasiana. En la segunda, desarrollaremos (2) y (3).

## El Derecho en un mundo globalizado

Autores como Fraser han puesto en cuestión el modo en que Habermas plantea la relación entre el mundo de la vida y los sistemas económico y político. Siguiendo a esta autora, Habermas delimita, de una manera demasiado rígida, un ámbito propio de la vida social y el consenso, y una dimensión más o menos autónoma de relaciones funcionales económicas y políticas, con lo cual se hace muy difícil identificar aquellas relaciones en la familia o el trabajo que implican un entrecruzamiento entre ambas dimensiones. Identificar, por ejemplo, que dentro de la vida familiar también tienen lugar acciones de reproducción material (como la alimentación y cuidado de la salud de los hijos) y que en el ámbito de la economía y la administración también está presente una dimensión de deliberación sobre valores, normas y fines en las que los agentes establecen consensos implícitos o explícitos (como la delimitación del conjunto de cosas que son susceptibles de intercambio en el mercado). (Fraser, 1989: 118-122).

Desde luego, uno puede argumentar que, siendo el Derecho un mediador entre ambas dimensiones de la realidad social, el marco de deliberación pública que éste garantiza y la tensión entre facticidad y validez que subyace a su formación desmienten que Habermas plantee una distinción radical entre sistemas y mundo de la vida. De hecho, en *La inclusión del otro*, Habermas retoma la especificidad del principio democrático para justificar la inclusión de las luchas por el reconocimiento (en las que se ven implicadas distintas concepciones de la vida buena, es decir, éticas) en la medida en que tales luchas presentan demandas consideradas temas relevantes de discusión por la comunidad sobre la cual rige un determinado sistema jurídico y en virtud de la distinción ya vista entre normas morales y normas jurídicas: "...la configuración democrática del sistema de derechos no sólo debe incorporar en sí fines colectivos políticos generales, sino también metas colectivas que puedan articularse en luchas por el reconocimiento. Pues a diferencia de las normas morales que regulan las posibles interacciones entre sujetos capaces de habla y acción, las normas jurídicas se refieren a los contextos de interacción de una sociedad concreta". (Habermas, 1999: 204).

Sin embargo, el énfasis en la deliberación pública y su necesaria legitimación en el sistema del Derecho, continúa Fraser, no parecen poder dar cuenta de aquellos conflictos que surgen al interior de la esfera privada o en los márgenes de los sistemas económico y administrativo ni de las tentativas de solución que allí se generan al margen del sistema jurídico (como, por ejemplo, las agrupaciones de mujeres de carácter vecinal que tienen por fin frenar la violencia doméstica). (Fraser, 1992: 109-142). Tales conflictos cobran mayor importancia en un mundo donde existe la posibilidad de que las soluciones particulares que se les plantean se articulen, aun al margen del sistema jurídico, en movimientos globales de reivindicación o acción. Ciertamente, la emergencia de las luchas por el reconocimiento y su articulación en movimientos globales plantea un desafío para los sistemas jurídicos asociados a Estados nacionales del tipo moderno. Si a esta globalización de las luchas por el reconocimiento le sumamos la globalización económica, podemos entender el reto que supone para un sistema de derechos que piensa su legitimidad en términos de un Estado nacional.

Habermas reconoce que la globalización, vista desde ambas dimensiones, plantea retos que exigen pensar el Derecho más allá de sus vínculos legitimantes con las comunidades soberanas. En primer lugar, porque ésta presenta conflictos que exceden los límites de dichas comunidades (como el crimen organizado o los problemas medioambientales); en segundo lugar, porque introduce poderes y dinámicas en la comunidad nacional que ya no pueden ser regulados —o, en todo caso, no plenamente— por el Estado (como la economía global o la migración); y en tercer lugar, porque la inoperancia del Estado frente a tales problemas y su falta de control frente a las dinámicas descritas motiva su propia fragmentación (por ejemplo, por medio del surgimiento o fortalecimiento de movimientos separatistas al interior del Estado). (Habermas, 2000: 81-146; 1999: 147-188). La alternativa que propone no es, sin embargo, el abandono del modelo de Estado moderno, sino la creación de un ámbito jurídico internacional fruto de la cooperación entre Estados y la expansión de la democracia deliberativa. Mientras el Derecho particular de cada Estado mantendría la potestad de velar por los intereses de su comunidad jurídica respectiva y de asegurar su

integración, el Derecho internacional velaría por el aseguramiento de la paz y la defensa de los Derechos Humanos (cuya relevancia para el establecimiento de consensos legítimos ya hemos analizado). Con la creación de un sistema jurídico internacional que vele por la defensa de los Derechos Humanos se podría articular la cooperación conjunta de los Estados en **redes** de solidaridad internacional o de lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, etc. (Habermas, 1999: 110-116).

Sin embargo, la legitimidad de este sistema exigiría, en primer lugar, la formación de una ciudadanía universal que sea capaz de pensar más allá de la conciencia nacional, y la articulación de esta ciudadanía en ámbitos deliberativos amplios que puedan establecer consensos sobre la legitimidad de las normas del Derecho internacional. (Habermas, 2000: 135-146; 1999: 116-125). Suponer que tales consensos pueden construirse sobre el mismo grado de participación que aquellos referidos a la legalidad interna de los Estados, tomando en cuenta la dimensión y diversidad de la ciudadanía internacional, sería demasiado utópico. De ahí que Habermas sugiera que ciertas “[f]ormas de legitimación, supuestamente débiles, aparecen ahora bajo una nueva perspectiva. ...Una participación institucionalizada de las organizaciones no gubernamentales en las deliberaciones del sistema internacional de negociaciones aumentaría la legitimación de los procedimientos en la medida en que, por esta vía, se lograra hacer transparentes para las opiniones públicas nacionales procesos de decisión transnacional de nivel intermedio y acoplarlos, de este modo, a los procesos de decisión que tienen lugar a nivel nacional. Bajo las premisas de la teoría del discurso, también es interesante la propuesta de dotar a la organización mundial con el derecho de exigir en cualquier momento, acerca de temas importantes, la realización de un referéndum”. (Habermas, 2000: 144).

En síntesis, mediante la expansión del ámbito de deliberación democrático más allá de los límites del Estado hacia un sistema jurídico con capacidad de acción sobre cuestiones transnacionales, Habermas plantea la posibilidad de responder a aquellas demandas ante las cuales el Estado se muestra incapaz de una solución adecuada. Sin embargo, a esta extensión a nivel macro del ámbito deliberativo, convendría

sumarle una extensión a nivel micro como la que sugieren Fraser y Mansbridge. Ambas autoras proponen también el reconocimiento de formas de legitimación débiles, pero situadas al interior de la esfera privada o en los márgenes de la esfera pública. Fraser plantea, así, el reconocimiento de aquellos espacios de deliberación creados por las minorías al margen de la esfera deliberativa pública (como las agrupaciones de mujeres contra la violencia doméstica que mencionamos antes). (Fraser, 1992: 109-142). Mansbridge, por su parte, plantea la expansión de la esfera deliberativa hacia "...aquellos enclaves deliberativos informales de resistencia en los que quienes se han visto desfavorecidos por cada ejercicio coercitivo pueden repensar sus ideas y estrategias, reuniendo sus fuerzas y decidiendo, en un espacio más seguro, de qué forma o si es que hay que continuar la batalla". (Mansbridge, 1996).

Dado que el espacio deliberativo es el que permite traducir los consensos prácticos en normas institucionalizadas y, por lo tanto, garantizar la relación entre los sistemas y el mundo de la vida, la expansión del espacio deliberativo tanto hacia el ámbito internacional como a aquellos ámbitos domésticos o marginales mencionados, permitiría dar cuenta de aquellos problemas y demandas de reivindicación ante los que el Derecho, pensado en estrecha relación con un Estado, se muestra inoperante. De ser así, las interrogantes planteadas por Fraser pueden ser respondidas sin abandonar la distinción habermasiana entre sistemas y mundo de la vida.

## **El Derecho en un mundo plural**

Como vimos al analizar la forma en la que el principio D se traduce, para el sistema jurídico, en un principio democrático que sirve de criterio para la instauración de un adecuado ámbito de deliberación pública, la posibilidad de lograr un consenso por encima de las diferentes concepciones del bien que coexistan en una sociedad —o en un mundo globalizado, si atendemos a la posibilidad, planteada por Habermas, de establecer un sistema jurídico internacional— descansa en el carácter formal que esta dimensión asume y que el principio citado garantiza.

Cabe preguntar, sin embargo, sobre la posibilidad de este consenso en un mundo donde la migración, las luchas de género o el fortalecimiento de identidades culturales minoritarias han hecho cada vez más urgente dirimir cuestiones de legitimidad normativa entre individuos sumamente heterogéneos.

Ciertamente, al distinguir el principio democrático del principio D, Habermas reconoce la necesidad de tomar en cuenta cuestiones éticas, propias de la comunidad real sobre la que se constituye el sistema jurídico, en los debates públicos. En textos más recientes, ha planteado explícitamente la necesidad de considerar las luchas por el reconocimiento dentro de la discusión pública a nivel de Derecho internacional. Sin embargo, el criterio de validez para determinar la legitimidad de las normas sigue siendo su razonabilidad, la cual posee un carácter puramente procedimental. (Habermas, 2006: 113-193; 2009: 64-80). En otras palabras, la posibilidad del consenso legitimador descansa en la distinción adecuada entre un ámbito formal y un ámbito sustancial.

Casi desde sus inicios, el propio Habermas ha caído en la cuenta de la extrema dificultad que supone asegurar esta distinción en la práctica; sin embargo, así orientado, tal problema no afecta al planteamiento habermasiano en sí mismo, ya que sólo cuestiona su pertinencia empírica<sup>6</sup>. Mouffe, en cambio, considera que al plantear tal distinción y al priorizar el ámbito formal, no se garantiza el establecimiento de un consenso pleno, sino que se invisibiliza el disenso. (Mouffe, 2000: 45-49). Tal crítica se sostiene en dos ideas: la primera, que todo consenso supone un margen de exclusión y, por lo tanto, que plantear, así sea idealmente, la posibilidad de un consenso pleno desconoce la forma misma en la que éstos se establecen; la segunda, que no es posible distinguir un ámbito estrictamente formal de un ámbito sustancial, por lo que pretender asegurar un ámbito deliberativo imparcial y separado de todo contenido ético es un contrasentido. (Mouffe, 2000: 67-69; 90-93).

---

6 De hecho Habermas no sólo discute este problema, sino que reconoce que se trata de una dificultad real (1990: 195-211).

La primera idea se sostiene sobre la concepción lacaniana del espacio simbólico que Mouffe recoge, en la cual el establecimiento de un significado supone una ruptura en una cadena de significantes posibles. Es decir, todo objeto, acto y situación es potencialmente susceptible de cualquier significado: es susceptible de ser interpretado de infinitas maneras. Al fijar un significado, por lo tanto, anulamos otros significados posibles, trazando un corte en esa cadena de significantes potenciales. (Mouffe, 1999: 751). En cuanto a lo que nos ocupa, legitimar una ley supone validar una determinada interpretación de ciertas conductas como adecuadas y de otras como inadecuadas frente a otras interpretaciones posibles: fijamos un significado para ellas negando otros significados potenciales. Tales significados, por lo tanto, no se armonizan en la interpretación hecha, sino que permanecen latentes como potenciales focos de disenso sobre ésta. Así, todo consenso, al establecer como válida una interpretación sobre ciertas conductas, excluye otras. Afirmar, por lo tanto, un consenso sin exclusión es imposible: la posibilidad del disenso está ya presupuesta en la formación de todo consenso.

Habermas, ciertamente, no niega que esto suceda a un plano ético, pero considera que es posible, al menos idealmente, pensar una instancia en la cual pueda darse un consenso total. (Habermas, 1999 108-115; 2006: 15-24). La fuerza de la crítica de Mouffe depende, por lo tanto, de que se sostenga esta primera idea sobre la segunda, relativa a la imposibilidad de establecer un ámbito puramente procedimental de deliberación.

Siguiendo a Wittgenstein, Mouffe afirma que “[l]a distinción entre «procedimental» y «sustancial» o entre «moral» y «ético», central al enfoque habermasiano, no puede mantenerse y uno debe aceptar que los procedimientos siempre involucran mandatos éticos”. (Mouffe, 1999: 749). Toda práctica involucra un conjunto de creencias compartidas por quienes se comprometen con ella a la manera de un *juego de lenguaje*; no existen, por lo tanto, reglas capaces de ser extrapoladas de las situaciones en las que tienen lugar y que puedan servir de manera imparcial para toda situación. Con ello, Mouffe termina negando la posibilidad de un ámbito formal que escape a la relación entre consensos y exclusión.

Las dos ideas que conforman la crítica de Mouffe se dirigen, podemos verlo ahora, contra el concepto de razón comunicativa que se halla a la base de la teoría habermasiana del Derecho. Es importante, para esclarecer esto, considerar el orden en que procede tal crítica: la imposibilidad de distinguir un ámbito formal de un ámbito sustancial (segunda idea) hace imposible un consenso que no genere a su vez exclusión (primera idea). En otras palabras, dado que toda regla se circunscribe al conjunto particular de creencias en el que opera, es imposible que existan reglas universales que se apliquen sobre cualquier conjunto de creencias, con lo que no es posible plantear condiciones adecuadas de deliberación que rijan universalmente y, por ello, no es posible evitar el conflicto entre concepciones distintas del bien. Es posible, sin duda, llegar a consensos, pero éstos se construirán sobre reglas particulares de la situación en la que tengan lugar y sobre convenios que excluirán inevitablemente ciertas creencias privilegiando otras, con lo que, al constituirse, constituirán a su vez focos de disenso posible. Es precisamente por esta razón que Mouffe considera que el verdadero valor de la democracia no radica en su posibilidad de superar el disenso, sino de incluirlo en la discusión pública, con lo que ésta ya no se caracteriza por la plenitud de los consensos que alcanza, sino por la posibilidad que ofrece de dar un lugar al enfrentamiento entre posiciones contrarias de tal manera que éstas no terminen por destruirse ni desarticular el orden social. En sus palabras: "...los acuerdos son posibles, son parte de los procesos políticos. Pero deben ser vistos como respiros temporales en una confrontación continua. ...Podemos decir que la tarea de la política democrática es transformar el «antagonismo» [la oposición violenta de los enemigos en la guerra] en «agonismo» [el enfrentamiento democrático de los opositores en la discusión]". (Mouffe, 2000: 102-103).

El énfasis de Mouffe en la imposibilidad del consenso total o, visto de otro modo, en la imposibilidad de una superación plena de la exclusión, presenta una ventaja en relación con la propuesta habermasiana, en la medida en que permite dirigir la atención sobre aquellos conflictos y soluciones que se dan al margen de la esfera pública de deliberación y que motivan a Fraser y Mansbridge a buscar expandir la esfera de deliberación hacia el ámbito de la vida privada y los márgenes de los sis-

temas económico y administrativo<sup>7</sup>. Como explica Kapoor, reconocer la estrecha relación entre la dimensión procedimental y los contenidos sustanciales, permite recordar el origen histórico-cultural de todos aquellos principios que conforman el Derecho moderno y preguntarnos hasta qué punto exigirles a los individuos hablar en el lenguaje del sistema jurídico no pasa por suprimir sus propias creencias y valores, y, con ello, perder de vista la dimensión concreta de sus problemas, y qué nos avalla para erigir este lenguaje, propio de la tradición occidental moderna, como universal frente a otros lenguajes. (Kapoor, 2002: 469-470).

Por otro lado, sin embargo, al negar la posibilidad de un criterio imparcial para decidir la validez de las normas y circunscribir éstas a los juegos del lenguaje de cada práctica social, la propuesta de Mouffe corre el riesgo de caer en el relativismo. Hacia este riesgo apunta la pregunta de Benhabib: “¿Cómo puede un teórico de la democracia agonista [como Mouffe] salvaguardar la libertad y la justicia o el respeto de los Derechos Humanos de los ciudadanos como seres libres e iguales si es que se resiste a poner reglas que reúnan, orienten, limiten y, por otra parte, circunscriban la voluntad del pueblo soberano?”. (Benhabib, 1996: 8). Ciertamente, pareciera que si bien el enfoque de Mouffe permite prestar atención al carácter parcial y coyuntural de cada consenso, no esclarece con qué criterios sería posible denunciar la exclusión que éstos generan, pues, dada su renuencia a plantear un criterio de validez que delimite los conceptos de justicia o libertad, no queda claro desde dónde podría denunciarse la exclusión. En otras palabras, pareciera que al inclinarse por la particularidad frente a la universalidad, su planteamiento corre el riesgo de terminar invisibilizando también aquellos focos de exclusión que pretendía denunciar como ocultos bajo el manto del consenso pleno habermasiano.

---

7 Si bien el ejemplo que usamos en relación con la expansión de la esfera deliberativa se concentraba en un problema de género, es importante notar que visibilizar la exclusión se entiende aquí desde una perspectiva amplia que incluye el análisis como el de Escobar (2012), sobre la exclusión que suponen las dicotomías moderno/premoderno y primer mundo/tercer mundo, o estudios sobre la viabilidad de crear instancias deliberativas para resolver conflictos vecinales, como el de Karppinen (2008).

Una posible manera de superar este impasse es recuperando algunos puntos de la idea de consenso presente en la teoría del Derecho de Habermas, no porque creamos que es posible responder a la crítica de Mouffe desde ella, sino porque creemos que sólo desde ésta es posible reconocer su verdadero potencial crítico y su utilidad para descubrir focos de exclusión. Para entender esto conviene recordar que la crítica de Mouffe se sostenía fundamentalmente en el reconocimiento de una relación irrenunciable entre formas de vida y reglas, con lo cual no daba cabida a una racionalidad que se pudiese por encima. A partir de esta idea se podía reconocer el compromiso de la teoría de Habermas con la cultura occidental. Sin embargo, si aplicamos esta idea sobre sí misma, hemos de reconocer que la crítica de Mouffe también se sitúa en un juego de lenguaje específico: aquel que tiene lugar al interior de la propia tradición occidental ejerciendo la crítica de sí misma. En otras palabras, la crítica del universalismo de la razón sólo tiene sentido en el marco de un juego del lenguaje en el cual desempeñe algún papel la idea de una racionalidad imparcial —ya internalista, ya intersubjetiva—, así como el cuestionamiento de la distinción entre un ámbito formal y uno sustancial sólo tiene sentido en una comunidad que asuma dicha distinción.

No se trata, sin embargo, de recuperar a Habermas para criticarlo. Su teoría presenta ya suficientes ventajas como para seguir sosteniéndola. En primer lugar, tanto la idea de una racionalidad imparcial que permita pensar un criterio general de validez de las normas, como la idea de distinguir un ámbito formal de uno sustancial, presentan la ventaja de poder dar respuesta a cómo es posible que una comunidad sea autora y receptora de sus propias normas, y, con ello, dar cuenta de la tensión entre facticidad y validez inherente al Derecho moderno. En segundo lugar, presenta también la ventaja de ofrecer una interpretación del valor de la democracia liberal y los Derechos Humanos en términos de su relevancia para la defensa de la sociedad contra la instrumentalización y la dominación. Por último, en relación con lo anterior, presenta la ventaja de servir de base para el diseño de estrategias que permitan perfeccionar los canales de participación ciudadana y plantear soluciones relativas a este punto considerando la libertad e igualdad de los individuos, la veracidad de la información y la puesta a disposición

de los criterios y herramientas para entenderla y juzgarla. Retomar a Habermas tras la crítica de Mouffe responde más bien a una posible complementariedad entre ambas perspectivas; complementariedad que puede justificarse en la medida en que situemos ambos enfoques en el juego del lenguaje de la tradición occidental y reconozcamos que tanto Habermas como Mouffe adoptan los valores de la libertad y la igualdad y de la deliberación propios de la democracia liberal<sup>8</sup>.

Como vimos, la perspectiva de Mouffe ofrece la posibilidad de reconocer el valor concreto y particular de cada forma de vida, y, a partir de allí, cuestionar la exclusión a las que éstas puedan verse sometidas. Pero esta posibilidad supone reconocer que la posibilidad de expresarse libremente en un marco deliberativo es no sólo deseable, sino justa. En este punto, Mouffe y Habermas coinciden, y es a partir de estos valores que la primera puede reconocer como excluidos a aquellos grupos e individuos que no gocen de libre expresión en la esfera pública y reconocer, además, que esta condición es injusta. La posibilidad de pensarlos como garantes de la legitimidad de los consensos en el espacio público es, por lo tanto, una idea que cabe rescatar de Habermas. Sin embargo, Mouffe permite reconocer que estos garantes no se configuran como principios formales puros, sino que incluyen valores propios de la tradición occidental interpretados y reinterpretados en el marco de las deliberaciones concretas sobre las que se aplican. Así, por sí sola, su aplicación no garantiza la plenitud del consenso, sino que hace necesaria una actitud crítica sobre la misma que permita identificar aquellos vacíos de participación que genera y aquellas interpretaciones posibles de sus significados que puedan servir para subsanar dichos vacíos. Con ello, junto al establecimiento de procedimientos formales de creación de normas sería necesaria una crítica sustancial de las interpretaciones que se ponen en juego en el establecimiento de tales procedimientos. La adecuada legitimidad del Derecho no descansaría, entonces, como

---

8 Si reconocemos que, desde sus inicios, Habermas ha hecho explícito su compromiso no sólo con la democracia liberal, sino con la tradición moderna (1987; 2006: 115-193), entonces la posibilidad de una complementariedad como la que planteamos parece aún más viable.

plantea Habermas, en la constitución de un ámbito deliberativo regido por principios puramente formales, sino en la posibilidad de someter a crítica el contenido sustancial oculto en dichos principios a partir de las mismas ideas de justicia y libertad que pretenden garantizar.

Así, consideramos que la crítica de Mouffe a la concepción habermasiana del consenso permite visibilizar los focos de exclusión que este genere, siempre y cuando parta de los principios que Habermas reconoce como inherentes a todo entorno adecuado de deliberación, pero considerándolos, en primer lugar, circunscritos al juego del lenguaje de la democracia liberal moderna y, en segundo lugar y debido a lo anterior, provistos de contenidos sustanciales susceptibles de discusión y reinterpretación.

## **LA ACTUALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Vimos, en la primera sección, la estrecha relación entre la teoría habermasiana del Derecho y su teoría comunicativa. Ésta aparece, en primer lugar, como una relación armónica entre sistemas y mundo de la vida en la medida en que el Derecho regule el alcance de los sistemas y valide sus instituciones y prácticas a partir de la defensa de un ámbito de deliberación pública, es decir, en función de su rol mediador. En segundo lugar, tal relación da cuenta de la tensión inherente entre el rol normativo y el carácter legítimo del Derecho, en la medida en que describe y enfatiza su compromiso con la deliberación pública de una ciudadanía libre. Esta doble naturaleza del sistema jurídico puede entenderse entonces a partir de tres ideas fundamentales: (1) la relación entre sistemas y mundo de la vida, (2) el rol decisivo del consenso y (3) la distinción entre un ámbito formal y uno sustancial. En relación con las tres, el Derecho se legitima si: dada (1), regula el alcance de los primeros; dada (2), se sostiene sobre un consenso público; y, dada (3), instituye y defiende un ámbito formal que asegure la deliberación pública.

En la segunda sección, mostramos cómo (1) puede sostenerse aun en un mundo globalizado a partir del rol mediador del Derecho; en

concreto, a partir de que la adecuada regulación del alcance de los sistemas depende de y se remita siempre a el ámbito de la deliberación ciudadana. La posibilidad de responder a exigencias que se sitúen por encima de los Estados o en los márgenes de los sistemas y el mundo de la vida depende de —y obliga a— una extensión de dicho ámbito deliberativo tanto a la dimensión macro que se sitúa sobre los Estados como a la dimensión micro de los problemas y debates que tienen lugar en los márgenes de la esfera pública tradicionalmente reconocida.

Esto último pone de relieve la validez de (2): la legitimidad de las leyes descansa sobre los acuerdos logrados en la deliberación entre ciudadanos. Pero, dado que es necesaria una ampliación de la esfera deliberativa, es importante flexibilizar la relación entre la formalidad de la esfera jurídica y la sustancialidad propia del mundo de la vida. Para ello no basta con expandir y garantizar la existencia de una dimensión deliberativa sostenida únicamente sobre criterios formales; tal medida corre el riesgo de perder de vista la dimensión concreta de los problemas y medidas que los distintos individuos y grupos viven; es decir, de imponer sobre los lenguajes particulares un supuesto lenguaje formal. Un riesgo que se hace más serio en un mundo plural, donde conviven múltiples formas de vida diferentes.

Es necesario repensar, por lo tanto, (3), reconociendo que la su-puesta formalidad de los principios que garantizan la existencia de la esfera deliberativa implican, también, contenidos sustanciales propios de la tradición moderna; en concreto, las ideas de igualdad y libertad que definen a la democracia liberal. Hacer explícita esta relación entre forma y sustancia no tiene por fin, sin embargo, negar su importancia para el establecimiento de consensos y limitar la posibilidad de éstos a las condiciones situacionales propias de cada deliberación. Ello supondría caer en un relativismo que impidiese hallar un criterio con el cual juzgar y denunciar aquellos casos de exclusión sobre los cuales se pretende expandir el ámbito deliberativo. Reconocer la estrecha relación entre forma y sustancia en tales principios tiene, en cambio, el propósito de ponerlos a disposición de nuevas interpretaciones fruto de la interpelación de los distintos lenguajes particulares que coinciden

en una sociedad. En otras palabras, aceptar que la confianza y defensa de la libertad y la igualdad depende de un compromiso explícito con los valores de la democracia liberal tiene por fin poner el sentido de tales valores a disposición de las distintas formas de vida que coexisten en una sociedad, y reconocer que sólo el diálogo entre éstas puede dar como resultado consensos con mayor legitimidad gracias a los cuales pueda expandirse el ámbito público de la deliberación.

### Referencias bibliográficas

Benhabib, S.

1996 "Introduction: The Democratic Moment and the Problem of Difference" en: Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 3-18.

Fraser, N.

1989 "What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender" en: Nancy Fraser (ed.), *Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 133-143.

1992 "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" en: Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992, 109-142.

Escobar, A.

2012 *Encountering Development: The Making and Unmaking of The Third World*. 2da ed. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Habermas, J.

- 2009     ¡Ay, Europa! Pequeños escritos políticos XI (trad. José Luis López). Madrid: Trotta.
- 2006     *The Divided West* (trad. Ciaran Cronin). Cambridge: Polity Press.
- 2000     *La constelación posnacional. Ensayos políticos* (trad. Pere Fabra, Daniel Gamper y Luis Pérez). Barcelona: Paidós.
- 1999     *La inclusión del otro. Estudios de teoría política.* (trad. Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar). Barcelona: Paidós.
- 1998     *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez). Madrid: Trotta.
- 1992     *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista* (trad. Manuel Jiménez). Madrid: Taurus.
- 1990     *Moral Consciousness and Communicative Action* (trad. Cristian Lenhardt y Shierry Weber). Cambridge, MA: MIT Press.
- 1989     *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (trad. Manuel Jiménez). Buenos Aires: Taurus.
- 1987     *The Philosophical Discourse of Modernity* (trad. Frederick Lawrence). Cambridge, MA: MIT Press.

Kapoor, I.

- 2002     Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism? The Relevance of the Habermas-Mouffe Debate for Third World Politics". En *Alternatives: Global, Local, Political* 27, (4), 459-487.

Karppinen, K. et al.

- 2008     Habermas, Mouffe and Political Communication: A Case for Theoretical Eclecticism. En *Javnost -The Public* 15, (3), 5-22.

Mansbridge, J.

1996 "Using Power/Fighting Power: The Polity," en Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 46-65.

Mouffe, C.

1999 "Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?" En *Social Research* 66, (3), 745-758.

2000 *The Democratic Paradox*. Nueva York: Verso.

# LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

*Alessandro Caviglia*

## **Resumen**

El presente trabajo tiene como objetivo cuestionar la visión tradicional del derecho natural para mostrar la variedad que existe al interior de esta tradición. Al mostrar esta variedad, se ve con claridad de qué manera no todas las versiones del derecho natural son conservadoras. Además, el trabajo se dirige a mostrar las debilidades del derecho natural, especialmente su conexión con una metafísica tradicional.

**Palabras clave:** Derecho natural, Cicerón, Edad Media, Modernidad, derecho natural racional.

## **Abstract**

This work aims to challenge the traditional view of natural law to show the variety that exists within this tradition. By showing this variety, it becomes clear how not all versions of natural law are conservative. In addition, the work goes to show the weaknesses of natural law, especially its connection with traditional metaphysics.

**Keywords:** natural law, Cicero, Middle Ages, Modernity, rational natural law.

La teoría del derecho natural constituye una de las más antiguas perspectivas respecto del derecho y, junto con el positivismo jurídico, es una de las teorías más extendidas y enseñadas en las escuelas de derecho. De hecho, el sentido común de los juristas está constituido por

una combinación entre el derecho natural y el positivismo jurídico ya que, de una parte, señalan la necesidad de que todo el derecho sea positivo —es decir, escrito y dado por la autoridad competente— pero, por otra, consideran que los derechos o la dignidad son inherentes a la persona humana. Si examinamos bien qué significa el término “inherencia” en este contexto, descubriremos que se trata de elementos que se encuentran insertos en algo así como “la naturaleza humana”, sea lo que signifique esta última expresión.

El uso de la idea de derecho natural que se ha vuelto popular y se usa como moneda corriente no permite percibir la variedad de posiciones que se han identificado con este término a lo largo de la historia del pensamiento occidental. Es usual, en nuestro contexto, utilizar el término de dos maneras bien definidas, pero que no permiten dar cuenta de la riqueza que ha tenido a lo largo de la tradición jurídica occidental. Uno de los usos es el que he señalado arriba: el derecho natural es aquél que se deriva de la naturaleza humana, la cual es pensada como un objeto metafísico. La segunda manera señala que el derecho natural es el que se encuentra legislado por Dios<sup>1</sup>. En ambas interpretaciones encontramos un talante conservador, ya que tanto si lo consideramos como derecho derivado de la naturaleza humana o como derecho dado por Dios, la idea es que se trata de un ordenamiento jurídico y político para la sociedad que es eterno, universal e invariable. De esta manera,

---

1 Respecto de esta posición asumida por el catolicismo conservador, hay que tener en cuenta que la doctrina de la Iglesia señala varias cosas que hay que tener en cuenta. En primer lugar, que sus posiciones deben de estar argumentadas racionalmente. Sin embargo, esta posición es contradicha cuando se asume la apelación a la autoridad por encima de la discusión racional. En segundo lugar, se ha difundido falsamente que al interior de la doctrina católica la vida tiene un valor absoluto. Esta idea es desmentida por el hecho de que la doctrina tradicional católica apoya la creencia en la guerra justa, donde es legitimada la muerte de personas. Además, la misma doctrina enaltece el martirio y apoyó, durante muchos siglos la pena de muerte. En consecuencia, la vida no tiene ni ha tenido el peso de un valor absoluto. Más bien, se intenta dársele ese peso en la discusión respecto de la anticoncepción, el aborto terapéutico y el aborto por causa de violación. Al respecto, Cf. Dupré, Louis. (1966) *Los católicos y la anticoncepción*, Buenos Aires: Paidós, en especial el capítulo III. Estoy en deuda con Miguel Polo por sugerirme la revisión de ese material.

todo el que considere revolucionar o reformar paulatinamente el derecho y el orden político estaría yendo en contra del derecho natural.

De hecho, en el contexto de la discusión jurídica y política contemporánea se encuentran una serie de discursos a favor de esta concepción simplificada del derecho natural. Por ejemplo, en el debate político respecto de cuestiones sensibles se recurre en exceso a cierta concepción –poco clarificada– del derecho natural. En las discusiones sobre el aborto terapéutico, la unión civil o la eutanasia, se ha apelado a figuras retóricas que conducen a una versión sospechosa del derecho natural. Incluso se ha pretendido atacar el Estado laico recurriendo a una supuesta versión de derecho natural, mostrando que el recurso a él resulta ser una estrategia política de grupos conservadores que buscan invertir las manecillas del reloj del proceso de modernización de la sociedad occidental<sup>2</sup>.

Esta versión se construye de un modo muy particular: primero, se construye una imagen de lo que sería la naturaleza humana, después le indilgamos una serie de prejuicios y finalmente, de allí se deriva una serie de derechos y prohibiciones. Quienes siguen este proceder creen que aquello a lo que han llegado es una concepción del derecho que es eterna y universal, que no cambia, de manera que, desde

---

2 Algunos de los adversarios del Estado laico han tratado de distinguir la laicidad positiva de la laicidad negativa. Mientras que la primera da un lugar a la religión en la sociedad y el Estado, la segunda representaría el combate contra la religión y el intento de expulsarla tanto de la sociedad como del Estado. Además, la llamada laicidad positiva respetaría la autonomía del Estado frente a la Iglesia, pero señala claramente que el poder legislativo debe tener en cuenta el derecho natural a la hora de producir leyes. Y si uno se pregunta ¿cuál es la concepción de derecho natural que se tiene en mente?, la respuesta será, aquella que la Iglesia conservadora presenta. El recurso a la laicidad positiva no es más que un recurso para defender el Estado confesional, en el cual no existe separación entre Estado e Iglesia. Además se asume, en contra de toda evidencia, que otra forma de laicidad (la que asocian a la “laicidad negativa”) expulsa lo religioso de la sociedad, e incluso de las vidas de las personas. Esto es completamente falso, puesto que la laicidad solo exige que la religión no intervenga en el Estado, pero permite y celebra la presencia de la religión en la sociedad. Respecto de esta teoría de la laicidad positiva véase Hernando, Eduardo; ¿Qué hay de malo con la laicidad positiva? Disponible en: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-hay-de-malo-con-la-laicidad-positiva/>

esta perspectiva, el derecho natural es adverso a la transformación. Sin embargo, esta perspectiva se encuentra en el error. La historia del pensamiento sobre el derecho natural muestra evidencias en contrario. Lo que estas perspectivas no consideran es que durante el siglo XVIII cuajó una concepción del derecho natural que planteaba llevar a cabo una revolución y que se concretó en la Revolución Francesa.

En el siguiente texto exploraré tres versiones importantes del derecho natural con la finalidad de ampliar el panorama al respecto y mostrar cómo los conservadores se equivocan al tratar de monopolizar el término. Estas posiciones serán: a) el derecho natural clásico, b) el derecho natural medieval y c) el derecho natural racional. Puesto que varios autores conservadores<sup>3</sup> consideran que en Aristóteles tenemos la exposición máxima del derecho natural clásico, comenzaré por distinguir el pensamiento de Aristóteles de la teoría del derecho natural.

## LA JUSTICIA POLÍTICA NATURAL EN ARISTÓTELES

En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles aborda la cuestión de la justicia política natural. En el capítulo 7 de dicho libro el estagirita presenta y desarrolla de manera breve la distinción entre la justicia política natural y la justicia política legal. Así señala que:

La justicia política puede ser natural y legal: natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes,

---

3 Uno de los autores conservadores que influyó más en consolidar la creencia falsa de que la teoría del derecho natural hunde sus raíces en Aristóteles fue Leo Strauss. En su tratado sobre el derecho natural, titulado *Natural Right and History*, señala claramente que a partir de Sócrates y su cuestionamiento de la distinción establecida entre la convención y la naturaleza se inaugura la tradición del derecho natural clásico que abarca a Platón, Aristóteles, Cicerón y Aquino. Strauss, Leo. (1953) *Natural Right and History*, Chicago: University of Chicago Press, p. 120. Y en *La ciudad y el hombre*, el autor conservador coloca los inicios de la ciencia política en Aristóteles y señala al estagirita como uno de los articuladores fundamentales de la teoría del derecho natural. Strauss, Leo. (2006) *La ciudad y el hombre*, Buenos Aires: Katz, p. 27 y ss.

pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida... Algunos creen que toda la justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza... mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizás entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural. Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables... La justicia fundada en la convención y en la utilidad es igual a las medidas porque las medidas de vino o del trigo no son iguales en todas partes sino mayores donde se compra y menores en donde se vende.<sup>4</sup>

Además, en la *Retórica* en I 10 señal que:

La ley se divide en particular y común. Llamo particular a la ley escrita por la que se gobierna cada ciudad; y común a las leyes no escritas sobre las que parece haber un acuerdo unánime en todos.<sup>5</sup>

Y más adelante:

[P]orque existe ciertamente algo —que todos adivinan (*manteúontai*)— comúnmente justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres. Tal como, por ejemplo, lo muestra la Antígona de Sófocles, cuando dice que es de justicia, aunque esté prohibido, enterrar a Polinices, porque ello es justo por naturaleza.<sup>6</sup>

De esta manera, Aristóteles distingue la justicia política natural de la legal. La justicia política natural no cambia, es inmutable y se presenta en todas partes, mientras que la justicia política legal es cambiante porque se da por acuerdo entre los hombres. Pero, aunque en sentido estricto no es que la justicia política natural no varíe, ya que eso sería posible solamente entre los dioses y no entre los hombres, sí se adapta a las circunstancias humanas. Esta transformación de la ley política

4 Aristóteles. (1985) *Ética Nicomaquea. Ética Eudmea*, Madrid: Gredos, 1134c-1135a

5 Aristóteles. (2002) *Retórica*, Madrid: Alianza Editorial, 1368b7-9.

6 Op.cit. 1373b6-11.

natural se debe a que en la misma naturaleza humana hay cambios naturales debido a principios internos a su propio desarrollo. Además, de la justicia política se deriva la ley. Esto es lo que da pie a la diferencia que aparece en la *Retórica* entre “ley particular” y “ley común”. Mientras que la ley particular se deriva de la justicia política legal, la ley común lo hace de la justicia política natural, como en el caso de Antígona, quien –de acuerdo a Aristóteles– estaría apelando a una ley común en contra de la ley particular.

Como puede constatar, en estos textos el filósofo griego no hace uso del término “derecho natural”, sino “justicia política natural”. Quienes traducirán el término “justicia política” por “derecho” serán los autores conservadores, entre los que destaca Leo Strauss, y en nuestro medio Eduardo Hernando Nieto<sup>7</sup>. Ellos consideran incorrectamente que la presencia del término “natural” los autoriza a afirmar que se trata de “derecho natural”. Este salto se encuentra injustificado ya que el concepto de derecho, que se asocia al “derecho natural”, requiere de la concepción romana del término. Como veremos más adelante, sólo podemos hablar de derecho natural con el estoicismo, y en particular a partir de los tratados de Cicerón, durante el siglo I a. C.<sup>8</sup>

## EL DERECHO NATURAL CLÁSICO

La teoría del derecho natural clásico hunde sus raíces en el estoicismo y especialmente en el estoicismo desarrollado en Roma. El espacio

7 Cf. Hernando Nieto, Eduardo. (2000) *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Lima: PUCP, Fondo Editorial.

8 Alonso Villarán ha observado la pertinencia de introducir este estudio sobre Aristóteles, señalando que no tiene lugar en un trabajo respecto de la doctrina del derecho natural. Quiero defender mi posición señalando que es común entre los autores conservadores señalar que uno de los padres de la teoría del derecho natural es Aristóteles. Muchos de estos autores conservadores, como Eduardo Hernando Nieto, se basan en la lectura marcada por Leo Strauss. Considero que Aristóteles merece ser defendido de esas estrategias conservadoras, es por ello que considero pertinente la inclusión de una revisión de las ideas de Aristóteles en este tratado sobre el derecho natural.

propicio para que se desarrolle dicha idea es el contexto de los grandes imperios, como el de Alejandro Magno y el Imperio Romano. Siguiendo a Michael Oakeshott<sup>9</sup> podemos señalar que las enseñanzas de Zenón (el fundador de la escuela estoica) indicaban que el *cosmos* tiene dos características. Por una parte se encuentra sujeto al cambio y en constante movimiento. De otra, en cambio, contiene una ley universal y un orden que gobierna el cambio y el movimiento. Dicha ley universal es propia de la naturaleza del *cosmos*. Ahora bien, los seres humanos forman parte del *cosmos* y en tanto racionales son capaces de aprehender y obedecer la ley natural que lo gobierna. Incluso, actuar de acuerdo a esta ley constituye la propia virtud humana. Pero como los seres humanos no sólo cuentan de razón, sino también de pasiones, tienden a seguir los mandatos que les indica su naturaleza pasional. Pero si quieren tener una vida buena, deben seguir la ley natural. De esta manera, en un contexto político en el que las antiguas *póleis* griegas habían desaparecido, Zenón señala que los hombres cuentan aún con una ley que los guía hacia el bien, a saber, la ley natural.

Esta estructura básica de pensamiento es asumida por los estoicos romanos y Cicerón, entrando en conexión con las estructuras formales del derecho romano. Dicho formalismo estructuró una diferencia central en la teoría del derecho natural, a saber, la dualidad entre el derecho natural y el derecho positivo. El derecho natural es el que se conecta con la teoría de la ley propia del *cosmos*. Pero el derecho en Roma exige la tipificación y la positivación del derecho. Es decir, para que el sistema jurídico romano funcione requiere que las leyes se encuentren positivizadas. Pero este derecho positivo adquiere su fuente en el derecho natural. El derecho natural tiene carácter normativo respecto del derecho positivo. Incluso, una ley del derecho natural es válida incluso si no está especificada en el derecho positivo.

Sin lugar a dudas, es Cicerón quien dota de forma jurídica a la filosofía del derecho desarrollada por los estoicos. Las obras en las que se

---

9 Oakeshott, Michael. (2012) *Lecciones de historia del pensamiento político*, volumen I, Madrid: Unión Editorial. pp.175- 176.

realiza esto son *De Republica* y *De Legibus*. En ellas, reconoce la existencia de una ley “que no es invención pura del cerebro humano, ni es tampoco producto de una decisión del pueblo, sino que es eterna”. Mediante ella, la sabiduría gobierna el universo y de ella derivan todas las restantes leyes (*De Legibus*, II, iv, 8). La ley es eterna e inmutable (*De Republica*, III, xxii), nacida al mismo tiempo que el espíritu divino (*De Legibus*, II, iv, 10), por lo que es una ley permanente, santa y celestial (*De Republica* III, xxi, ss). Esta ley general se enlaza al mismo tiempo con la ley natural que rige a la naturaleza irracional y con la ley moral y jurídica, que es la ley que ordena lo bueno y lo justo, y prohíbe lo malo y lo injusto. Esta ley moral y jurídica no solamente existe en el espíritu divino, sino también en la razón humana. Puesto que todos los seres naturales poseen la *recta ratio*, ello implica que los hombres son portadores de la ley natural. Así, todas las leyes humanas, en cuanto correctas, derivan del derecho natural (*De Legibus*, II, v, 13) y puesto que Dios y la naturaleza se identifican, la *lex aeterna* se confunde con la *lex naturalis*.

Cicerón resumió en dos fórmulas fundamentales el contenido del derecho natural. Mientras que la primera prohíbe perturbar el orden de la naturaleza, la segunda prescribe una participación activa en vida de la comunidad. La primera de estas reglas es de carácter negativo, es decir, no presenta lo que se debe hacer, sino lo que no se debe hacer. Pero contiene un aspecto positivo, al mismo tiempo, puesto que obliga a respetar el derecho vigente en la República. Pero, como el estoicismo del que Cicerón bebe exige ir ampliando el círculo de nuestras lealtades hasta fortalecer nuestra lealtad con toda la humanidad, las exigencias para con la República ceden cuando nos encontramos con una exigencia legal y moral que tenemos respecto del bien de la comunidad humana entera. La segunda regla, que prescribe una participación activa en la vida de la comunidad, es claramente de carácter positivo y representa la exigencia de comprometerse con las exigencias de la República. Así, el derecho natural –nacido con toda claridad en las ideas de Cicerón– incluye dos tipos de compromisos legales. En primer lugar, con una ley natural, universal y eterna que tiene en vistas a toda la humanidad; y en segundo lugar, una la ley de la República a la que se pertenece, la cual se expresa en

términos de derecho positivo. Pero la ley natural tiene primacía respecto de la positiva, tanto en orden de precedencia como a nivel autoritativo.<sup>10</sup>

Como el derecho natural es entendido como conforme a (o derivado de) la naturaleza o *cosmos*, esto hace que sea pensado como dependiente de elementos metafísicos. Esta idea marca todas las versiones del derecho natural clásico. Así como también su conexión con la ética. El derecho natural es pensado como una herramienta para hacer que las personas sean moralmente mejores y adquieran virtudes. Es decir, su ley es ley interna (exige el perfeccionamiento de las personas) y no sólo externa (es decir, regula la coordinación de las acciones de las personas conforme a principios). Un tercer elemento que se deriva de esta matriz es que el derecho natural es conservador y restaurativo. Al considerarse como eterno e inmutable, su contenido básico no se modifica y la política tiene como objetivo conservar el derecho. O, cuando la actividad política se dirige a la reforma o la revolución, es solamente para restaurar el orden mandado por el derecho natural. Finalmente, el derecho natural se presenta como prefilosófico, puesto que la reflexión racional no participa en la elaboración de su contenido, sino sólo la constatación de la naturaleza o (en versiones que modifican el razonamiento aristotélico, como la versión de Aquino) el contenido es revelado por la divinidad o basado en las costumbres o la tradición.

## DERECHO NATURAL MEDIEVAL

La conexión que establece el derecho natural clásico con la ética de las virtudes, exige comprender un aspecto particular de esta ética, que tiene que ver con el problema del origen de la normatividad, trabajado con claridad por la filósofa norteamericana y discípula de Rawls, Christine Korsgaard<sup>11</sup>. Para Korsgaard, entre la ética clásica (la griega, representada

10 Al respecto *Cf.* [biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/456/8.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/456/8.pdf). Además véase Lisi, Francisco Leonardo, (2014) La noción de derecho natural en Cicerón, en *Ética & Política* N° XVI, pp. 217 – 232.

11 Korsgaard, Christine. (2014) *Le origini della normatività*, Florencia: Ets.

por el trabajo de Platón y de Aristóteles) y la moderna se ha generado un quiebre importante. En la ética clásica el ser humano se encontraba en tal sintonía con el mundo que tendía a desarrollarse en dirección al bien de manera natural. Aquí, las virtudes y la felicidad (entendida como *eudaimonía*) representan el fin que busca alcanzar el actuar ético. Al interior de esta concepción se piensa que el ser humano se encuentra en condiciones adecuadas para alcanzar este fin, siempre que articule bien la parte racional y la parte desiderativa de su alma. De manera que el ser humano no necesita más que recurrir a sus potencias naturales para poder realizar las virtudes y alcanzar la felicidad. El ser humano tiene una tendencia natural hacia el bien debido a que entre él y el mundo hay una especie de continuidad que permite una armonía natural.

Pero con el advenimiento del cristianismo (especialmente, en el pensamiento de Agustín) el ser humano se convierte en aquel elemento que no anda bien en el desenvolvimiento natural del mundo hacia el bien. Debido a su doble condición de ser caído en el pecado y de ser libre, el ser humano desentona en la armonía natural del mundo<sup>12</sup>. De

---

12 La necesidad y la justificación de las leyes y del orden civil, e incluso de la Iglesia entendida como comunidad eclesial de salvación, se modifica en el cambio sucedido entre Agustín y Aquino. Agustín considera que la naturaleza humana tiene dos momentos. En un primer momento, la naturaleza humana se encuentra inmaculada. Ese momento es el de su estancia en el paraíso antes de cometer el “pecado original”. Dicho pecado se produce debido a la desobediencia de Adán al mandato de no comer del fruto del árbol prohibido. Para Agustín, la posibilidad de la desobediencia humana radica en que en la creación Dios dio origen a dos tipos de seres: aquellos que se rigen por las leyes que Dios imprime a la naturaleza entera y aquellos que son capaces de actuar en otro sentido porque se encuentran dotados de libre albedrío. Los ángeles y los seres humanos cuentan con libre albedrío debido a que son racionales, y ello hace posible el pecado de Adán. A causa de dicho pecado Adán y Eva son expulsados del paraíso (que Agustín denomina *Ciudad de Dios*).

En este movimiento la naturaleza humana se modifica y se convierte en una naturaleza corrompida irremediadamente. De esta manera, el ser humano no tiene la posibilidad de salvarse pues su naturaleza dañada no se lo permite. Es la razón por la cual requiere de la gracia de Dios para ser salvado por ella. Por causa de la justicia de Dios el ser humano fue expulsado del paraíso. Pero por el perdón de Dios, el ser humano recibe las ayudas necesarias para salvarse, como las leyes de Moisés y el sacrificio del propio Hijo de Dios. El orden civil y la estructura del derecho civil es uno de los elementos que

esta manera, con el cristianismo se introduce en el pensamiento moral la idea de obligación moral, la cual no estaba presente en la antigüedad. De esta manera, el ser humano en su condición de caído requiere dos cosas: la idea de obligación y la gracia divina para poder alcanzar tanto las virtudes como la bienaventuranza. Puesto que la orientación hacia el bien ya no se entiende como natural en el ser humano, por el hecho de ser libre y de estar en condición de caída, dicha orientación debe presentarse bajo la forma de obligación. De esta manera, el ser humano debe seguir una serie de preceptos que le marcan obligaciones si es que quiere llegar a la virtud y a la bienaventuranza (es decir, si quiere salvarse o justificarse). Pero hay algo más, debido a su misma condición de ser caído en el pecado, no cuenta con medios propios para poder cumplir con las obligaciones que lo conducen a la salvación, razón por la cual requiere de la ayuda divina, por medio de la gracia, para poder alcanzar su justificación. En consecuencia, sin la acción de Dios por medio de la gracia el ser humano no puede ni cumplir las obligaciones, ni realizar las virtudes, ni llegar a la felicidad ni salvarse<sup>13</sup>.

---

evita que el ser humano caiga en la *Ciudad terrena* (que representa el estado de perdición completa de la humanidad). Y la Iglesia provee de la gracia de Dios, por medio de la cual la humanidad podrá ser salvada por Dios. De esta manera, si bien el orden civil y el derecho civil son independientes de la Iglesia, sucede que el derecho y el orden civil deben ajustarse al orden que la Iglesia presenta a fin de lograr la salvación humana. Agustín escribe esto durante el siglo V, en momentos de la desestructuración del Imperio Romano. Durante el siglo XIII se difundieron los tratados aristotélicos de ética y política y Aquino se interesó de tal manera por ellos que buscó establecer la articulación sistemática entre ellos y la teología de la época. Pero, en la interpretación por Aquino de Aristóteles aparece una idea que es incompatible con las ideas de Agustín, a saber, el ser humano tiene una naturaleza que tiene una tendencia hacia el bien, tendencia que es completamente autónoma, es decir, no requiere de la presencia de algún agente externo como Dios. Para poder compatibilizar esta visión del ser humano con el cristianismo, Aquino va a señalar que al momento de la caída, a causa del pecado, el ser humano no se corrompe, sino que resulta dañado. Por ello, el ser humano puede lograr la felicidad en su vida en el mundo, gracias al orden civil. Sin embargo, no puede salvarse y conocer la gloria de Dios. Para ello requiere de la presencia de la gracia. Al respecto *Cf.* Oakeshott, Michael. (2012) *Lecciones de historia del pensamiento político*, Volumen I, Madrid: Unión Editorial.

13 Esta doctrina que se inicia con toda su fuerza en Agustín, tiene sus matices en el catolicismo y en el luteranismo. La doctrina defendida por la Iglesia Católica frente a

Este cambio en la concepción moral entre la antigüedad clásica y el cristianismo medieval trae como consecuencia una modificación en la concepción de la ley del derecho natural. Mientras que para Cicerón, el derecho natural emanaba de la naturaleza, para el cristianismo medieval el derecho y la ley emanan de Dios. Dios crea el mundo conforme a una ley divina que al concretarse en el orden natural deviene en ley natural. Puesto que la sociedad se encuentra inserta en la naturaleza, la manifestación de esta ley natural en la sociedad se expresa bajo la forma de ley humana. La ley humana deriva de la ley divina y es la que debe organizar tanto la sociedad como la misma conducta de los seres humanos. Pero, puesto que el ser humano está en condición de caída en el pecado, la ley se presenta ante él bajo la forma de obligación.

De esta manera, para Aquino el derecho natural distingue tres niveles: la ley eterna, la ley natural y la ley humana. La ley eterna es la que da Dios en tanto que supremo gobernante y se trata de un precepto racional que ordena la realidad. La ley natural, a su vez, consiste en la captación de o participación humana en la ley eterna, gracias a su inteligencia. Esta ley natural representa las tendencias naturales de los seres creados. Estas inclinaciones son de tres tipos. En primer lugar, el hombre siente una inclinación hacia el bien que es común a todas las cosas. Cada creatura se inclina a la conservación de su propio ser y es por eso que todo ser vivo se inclina a su propia supervivencia. En segundo lugar, el hombre se inclina hacia bienes más concretos como son la unión del hombre y la mujer o la educación de los hijos. En tercer lugar, el hombre tiene inclinaciones exclusivas de su naturaleza racional como conocer a Dios, vivir en sociedad y evitar la ignorancia. Finalmente, la

---

Lutero, durante los años del conflicto entre ambos, señalaba que si bien el ser humano requería de la gracia para salvarse, se podía acercar a su salvación (aunque no realizarla) por sus propios medios. Es por ello que las obras tenían una relativa importancia en la doctrina católica de la época (como también podría suceder en la doctrina actual). La posición de Lutero, en cambio, señalaba que a causa de la caída en el pecado, el ser humano no cuenta con medios para salvarse y, en consecuencia, todo depende de la gracia de Dios. Es por esa razón que la fe tiene un papel dominante en la doctrina desarrollada por Lutero.

ley humana deriva de la ley natural. Es la ley que la razón humana se da en vistas al cuidado de la comunidad y dirigida al bien común<sup>14</sup>.

Ahora, si bien el ser humano podría llegar a conocer la ley por medio de su razón (puesto que la razón y la fe llegan a las mismas verdades, siempre que la razón se encuentre correctamente dirigida, especialmente en la doctrina de Aquino), puesto que el ser humano tiene libre albedrío puede utilizar su razón de manera equivocada y no llegar a la misma Verdad revelada por la fe. Por esta razón, el ser humano debe de terminar sometiendo su libertad de pensar y aceptar el derecho natural que se deriva de la ley divina y que las autoridades eclesiales tendrían el deber de imponer. Esto trae como consecuencia el que en el derecho natural medieval se opere una desconexión entre razón humana y obligación moral y jurídica. Esta desconexión significa que la obligación moral y la ley jurídica deben de imponerse no sólo ante la conducta humana, sino también ante la razón humana<sup>15</sup>.

## EL DERECHO NATURAL RACIONAL

El derecho natural moderno, articulado bajo la forma de derecho natural racional, modifica significativamente este esquema y establece la conexión entre ley y razón de tal manera que la segunda es la fuente de la primera. Esto significa que lo natural es identificado con la razón en vez de con el mundo. Esto hace que el derecho natural racional propio de la modernidad se distancie significativamente tanto del derecho natural presentado por el estoicismo como del derecho natural presentado durante la edad media y que tiene como máximo exponente

---

14 Al respecto, Cf. <<http://www.teoriadelderecho.es/2012/03/santo-tomas-de-aquino.html>> y Aquino, *Suma Teológica*, Primera parte, Cuestión 91. Disponible en: <<http://hij.com.ar/sumat/b/c91.html>>

15 Mauricio Beuchot ha señalado de manera acertada que en Aquino es posible rastrear también una idea de dignidad humana, pero conectada con la idea de que el ser humano es creatura dividida. Dicha idea de dignidad es un componente de la teoría del derecho natural en Aquino que merece ser mencionada. Cf. Beuchot, M. (2014) *Filosofía y derechos humanos*, México: Siglo XXI, p. 49 y ss.

a Aquino. Como hemos visto arriba, el derecho natural de Cicerón ubica la fuente de la ley en la naturaleza humana. El derecho natural moderno realiza un importante giro hacia la dignidad. Así lo presenta con claridad Ernst Bloch al señalar que:

El derecho natural [...] apunta mayormente a la *dignidad humana* y deriva, con una *deducción cabalmente meditada*, del concepto de un sujeto contractual libre a priori de las condiciones jurídicas bajo las cuales se asegura y mantiene socialmente la dignidad.<sup>16</sup>

Este giro hacia la dignidad en el derecho natural moderno se da plenamente en Kant, con quien aparece en el centro del derecho la idea de autonomía y libertad junto con el de dignidad. Hacia el final de este trabajo veremos de qué manera la posición de Kant es la de una metafísica de la libertad o metafísica crítica y de qué manera constituye uno de los caminos importantes para salir de los problemas del derecho natural en general. Es decir, la posición de Kant respecto del derecho natural es una bisagra, pues constituye el reemplazo de un orden normativo fundamentado en una metafísica tradicional y sustancialista (la naturaleza humana o la ley del cosmos o la ley divina) por un orden normativo fundado en una metafísica de la libertad, que no es sustancialista ni tradicional, puesto que no se funda en ningún supuesto conocimiento, sino en la idea de libertad y en la autonomía, que sigue anclado en un procedimiento —el Imperativo categórico— más que en una substancia hiperfísica.

El cristianismo medieval ya no puede hacer eso debido a que, de una parte, la naturaleza ya no es una fuente independiente sino que es creación de Dios y, por otra parte, el ser humano se encuentra caído en el pecado. Por estas razones, el derecho natural medieval coloca la fuente del derecho en la divinidad e incorpora la idea de obligación. Pero además, el derecho natural medieval coloca la fuente de la obligación en Dios mismo, de manera que la normatividad jurídica y moral es remitida a una fuente inescrutable. El derecho y la moral a partir de la modernidad desacreditan a Dios como fuente de la normatividad y se convierten en metodológicamente ateas. Con ello abren una veta de investigación

---

16 Bloch, Ernst. (2007) *El Principio Esperanza*, Madrid: Trotta, p. 632.

respecto de la fuente de la normatividad, en la cual van a rivalizar cuatro posiciones, que Korsgaard explica con claridad: a) el voluntarismo (Pufendorf y Hobbes), b) el realismo (Clarke y Price), c) la aprobación reflexiva (Hume) y d) la apelación a la autonomía (Kant)<sup>17</sup>.

Este no es el lugar de examinar la discusión moderna respecto de la fuente de la normatividad del derecho y de la moral. Sólo basta con señalar que con el advenimiento de la modernidad y la exigencia de claridad racional, la pretensión del derecho natural medieval de remitir el origen de la normatividad del derecho y de la moral a una fuente inescrutable, que sería Dios, queda sometida a la sospecha. La ley, el derecho y la moral deben buscar su fuente de normatividad en la razón<sup>18</sup>. Pero el descrédito de Dios como fuente de normatividad produce una desconexión entre el derecho y la moral respecto de sus ámbitos de aplicación. Si bien, el derecho y la moral pueden seguir remitiéndose a una fuente común (a saber, la razón) y seguir teniendo contenidos que presenten la misma exigencia (ser claros ante la razón), ya no sucede como en la antigüedad y la edad media que ambos órdenes normativos se presentan como dos caras de la misma moneda, en el sentido que el derecho exige el perfeccionamiento moral de las personas. Ahora, a partir de la revolución moderna, el derecho deja de exigir a sus destinatarios la exigencia de perfeccionamiento moral y se limita a indicar sólo lo que les está prohibido conforme a las exigencias de la libertad exterior (de manera que todo lo que no está prohibido les es permitido, excepto a los funcionarios públicos a quienes el derecho prescribe modos de conducta, pero también conforme a las exigencias de la libertad exterior). Así, mientras que el derecho presenta deberes de cumplimiento estricto y que organizan el espacio social entre las personas de manera que cada persona pueda buscar su propio perfeccionamiento de acuerdo a cómo lo considera adecuado, la moral presenta deberes de cumplimiento amplio que tienen que ver con la

17 Korsgaard, Christine. (2014) *Le origini della normatività*, Florencia: Ets, pp. 41-42.

18 Como señala Korsgaard, los órdenes normativos basados en el concepto de obligación tienen tres aspectos fundamentales: a) el contenido de la obligación, b) las personas hacia las cuales tales obligaciones se encuentran dirigidas y c) la fuente de la normatividad de dichas obligaciones. Op. cit. pp. 31.

búsqueda de perfeccionamiento personal conforme a proyectos personales de vida.

Pero, además de la distinción frente a la moral, el derecho natural racional moderno al tener una estructura racional tiene un contenido filosófico. Este contenido lo adquiere al presentarse como fruto de la reflexión filosófica sobre el derecho en general, reflexión que conduce al cuestionamiento de las estructuras del derecho clásico y medieval. El centro de esta reflexión se encuentra en la idea de contrato social, la cual expresa la forma filosófica de articulación del derecho y no refiere a un hecho histórico, sino a una necesidad conceptual en el proceso de reflexión filosófica respecto del derecho natural.

La aceptación supone un proceso de ilustración. En la Independencia americana, se presenta sólo como una reafirmación del sentido común<sup>19</sup>. Ello se debe a que lo que querían los americanos es autonomía política porque querían autonomía comercial, razón por la cual no modifican el contenido de la ley previa a la independencia. Lo que sucedió fue que los colonos ingleses y europeos en Norteamérica constituyen un régimen político y social que garantiza la autonomía privada de las personas, especialmente en cuestiones de creencia religiosa. Es por ello que Jefferson no inventa nada nuevo al redactar la Declaración de Independencia, sino que recapitula una serie de elementos presentes en el *common law* inglés y en John Locke, que se centran en los derechos

---

19 Véase Paine, Thomas. (2015) *Common Sense*, Suecia: Wisehouse Classics Edition, obra que fue publicada el 10 de enero de 1776, durante la revolución americana. En ella se defiende el derecho a la libertad de las colonias. Paine señala que la finalidad del gobierno es proteger la vida, la libertad y la propiedad de las personas, y que adquiere su legitimidad sólo en la medida en que cumpla con ella. Pero la argumentación de Paine da un paso más y señala que si un gobierno instala una población en una isla lejana de la metrópolis, y esa población hace valer su vida, su libertad y su propiedad generando una legislación autónoma de la metrópolis, ese acto de autonomía debe de respetarse. Este segundo paso le da pie a señalar que las trece colonias americanas deben tener el derecho de generar su propia legislación y ser independientes. De esta manera, el sentido común exige apoyar la independencia americana. Al encontrarse en conexión con los principios presentados por Locke en el siglo XVII, más que presentar ideas revolucionarias, el autor se encuentra en consonancia con un sentido común instalado en el pensamiento anglosajón.

naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad. En cambio, la Revolución Francesa lo que buscaba era tomar distancia de *l'ancien régime*, y va a tomar distancia del régimen político y de las costumbres establecidas en vez de asumir una continuidad con los principios políticos y las costumbres anteriores. Esto marca la diferencia entre la independencia americana y la revolución francesa, pues los americanos solamente exigieron la independencia a fin de desarrollar sus actividades económicas y comerciales con libertad e independencia de la metrópolis, pero no modificaron las costumbres al conseguir autonomía política. Para conseguir esa ruptura, los franceses asumen las ideas de Jean-Jacques Rousseau. Por ello, Habermas considera que la Revolución Francesa es realmente revolucionaria y no sucede lo mismo con la Independencia americana<sup>20</sup>.

El derecho natural racional se expresa por medio del derecho positivo. El proceso de positivación se da por medio de declaraciones de derechos, a saber, la Declaración de Independencia Americana y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano dada a raíz de la revolución francesa. Esto otorga al derecho natural racional una articulación más clara respecto del derecho en general, pues puede establecer una relación más clara entre el derecho natural y el derecho positivo. El derecho natural sirve como referente normativo para el derecho positivo. Pero, al mismo tiempo, el derecho requiere de la presencia del derecho positivo. No es casual que en Francia se lleve a cabo un proceso exhaustivo de codificación del derecho y que en América la Constitución positiva se convierta en un referente importante para el ejercicio jurisprudencial de los jueces, cuyas sentencias sirven de precedentes que tienen estatuto de derecho positivo (esto es lo que se conoce como la producción judicial del derecho), y la reflexión política de los redactores del *Federalista*. En el caso del derecho natural clásico y el derecho

---

20 Cf. Habermas, Jürgen, (2008) *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid: Tecnos. Especialmente en el capítulo 2, titulado *Derecho natural y revolución*. En esto toma distancia de la posición de Hannah Arendt en *Sobre la revolución*. La posición de Arendt privilegia la revolución americana a la francesa, pues la primera asegura de mejor manera los derechos y las libertades, ya que la francesa fue seguida por un periodo de terror. Cf. Arendt, Hannah. (1967) *Sobre la revolución*, Madrid: Revista de Occidente, (48), 301-325.

natural medieval, la conexión con el derecho positivo no es tan estricta, sino que no todo el derecho natural debe estar positivizado.

Esta relación estrecha entre el derecho natural y el derecho positivo en la teoría del derecho natural racional moderno trae consigo la conexión entre el derecho positivo y la justicia, lo cual hizo posible dar paso a la posición positivista del jurista británico del siglo XIX, John Austin, quien realizó el primer paso de la inversión dada por el positivismo jurídico. En este primer paso se modifica la afirmación “el derecho positivo es válido porque es justo (es decir, conforme al derecho natural)” para la afirmación según la cual “el derecho positivo es válido (es decir, justo) por el simple hecho de estar positivizado”. A principios del siglo XX, Hans Kelsen dejará el concepto de justicia fuera del campo del derecho por considerarlo ideología y afirmará que el derecho positivo es válido por estar puesto por la autoridad competente que sigue el procedimiento establecido por el orden jurídico<sup>21</sup>.

## LA METAFÍSICA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO NATURAL

Hans Kelsen y los defensores del positivismo jurídico señalaron que uno de los grandes problemas de la teoría del derecho racional reside en que éste se basa en elementos que el jurista vienés denominó “ideología”. Es decir, el derecho natural está comprometido con la moral, con la política e incluso con la religión. Con esta acusación, los positivistas generaron una estrategia política que les permitió partir las aguas del pensamiento jurídico de la siguiente manera: de una parte se encontraría un derecho natural que sería conservador y de derecha, ligado a las expectativas de restaurar el antiguo régimen; mientras que de otra parte, el positivismo jurídico se presenta como progresista y de izquierda. Esta creencia tiene sus bases en que en su época, el pensamiento de Comte y

---

21 Cf. Kelsen, Hans. (2008) *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, México: Ediciones Coyoacán.

de Saint-Simon era progresista en sentido social. Por ello, esta forma de pensar caló muy hondo en España y en Francia especialmente.

Sin embargo, esta creencia es cuestionable por dos razones centrales. La primera es que si bien es cierto que tanto el derecho natural clásico como el medieval son conservadores, no sucede lo mismo con su versión moderna, que más bien es de carácter revolucionario. La segunda razón es que el positivismo jurídico resulta también ser conservador. Las bases del conservadurismo del positivismo jurídico no residen en una moral particular o en una concepción teológica, sino en su sustento en una metafísica específica. Se trata de una metafísica cientificista. En su afán de hacer del derecho una ciencia, el positivismo se compromete con los presupuestos de una metafísica que se encuentra a la base de las ciencias naturales, como la creencia de que para que un discurso sea respetable debe ser científico y la creencia de que las ciencias nos abren la puerta a la descripción de la naturaleza tal como es en sí misma. De esta manera, el positivismo termina siendo tan conservador como la teoría clásica y medieval del derecho natural. Lo que sucede es que conservan cosas diferentes. Por ello, necesitamos una respuesta diferente a la teoría del derecho natural. Si el problema reside en la metafísica, la solución no puede provenir del positivismo puesto que carga con el mismo problema. La respuesta más consistente con que contamos proviene del liberalismo político de John Rawls o Jürgen Habermas, que tienen una concepción del derecho postmetafísica. También es posible colocar como fundamento no una metafísica tradicional y sustantiva, sino una metafísica crítica o de la libertad, como es la opción presentada por Immanuel Kant.

¿Por qué es importante que el derecho se deshaga de los componentes metafísicos? ¿Por qué razones la filosofía del derecho debe seguir las pistas del pensamiento postmetafísico que se encuentran tanto en Habermas como en Rawls y muchos otros más? La razón central es que comprometerse con alguna clase de metafísica tradicional supone comprometerse con una verdad que se encontraría más allá de la experiencia y que estaría en manos de cierta élite especializada (ya sean los filósofos, los sacerdotes o los científicos), y recurriendo a dicha verdad, que sería

entendida como absoluta, se condicionaría decisivamente el debate y la dotación de justificación sobre la base de razones. De esta manera, no se permitiría a todos los sometidos al orden normativo del derecho exigir razones respecto de las normas que condicionan sus vidas de manera decisiva. Por ejemplo, en un sistema jurídico fundado en una metafísica tradicional puede justificarse la esclavitud, y a las personas arrinconadas en el grupo de esclavos no se les permitiría exigir razones respecto de por qué deben aceptar esas condiciones legales y las consecuencias que ello trae para sus vidas. Esa situación injusta se intenta justificar recurriendo a un orden de un supuesto mundo metafísico.

De esta manera, el problema de todo derecho natural (y también del positivismo jurídico) reside en fundarse en un orden metafísico del mundo que carece de justificación basada en razones. Por esto, el derecho debe desconectarse de dichos órdenes metafísicos para abrir espacio a la libertad. En esta situación sólo quedan dos caminos posibles. El primer camino es abrazar una concepción postmetafísica del derecho. La segunda es conectar el derecho con una metafísica crítica o de la libertad.

La metafísica crítica o de la libertad rechaza cualquier contenido metafísico. Esto niega que se pueda conocer un orden de la realidad que se encuentra más allá de la experiencia, y que tampoco es posible conocer cosas como la naturaleza humana ni las condiciones de vidas correctas y verdaderas de los seres humanos. La metafísica crítica de Kant señala claramente que no podemos conocer la naturaleza humana y por ello señala que debemos reemplazarla por la libertad. Es por ello que es una metafísica de la libertad. Esta metafísica de la libertad señala que, en vistas de que no podemos conocer la naturaleza humana no tenemos el derecho de imponer condiciones ni jurídicas ni morales a las personas y, por lo tanto, debemos defender la libertad para que ellas mismas decidan cuál es la forma de vida que van a asumir. Es por ello que, desde esta perspectiva el derecho no tiene como objeto final ni la paz, ni el bienestar, ni la felicidad de las personas, sino garantizar las libertades de los ciudadanos y de los seres humanos.

De esta forma, la filosofía del derecho de Kant es diferente a la de Thomas Hobbes y a la de John Locke. Hobbes tiene una metafísica que le indica que el ser humano es autointeresado por naturaleza, lo cual conduce al autor del *Leviatán* a señalar que el objetivo del derecho es garantizar la paz, el bienestar y la prosperidad. En el caso de Locke también se recurre a una concepción de la naturaleza humana y se señala claramente que la finalidad del derecho es el bienestar. En cambio, Kant carece de una concepción de naturaleza humana y ello lo conduce a concebir que la finalidad del derecho es garantizar la libertad. Tanto la paz como el bienestar y la prosperidad suponen una concepción metafísica densa. Suponen que se conoce, por un lado, la naturaleza humana, y por otro, las condiciones que hacen que esta naturaleza consiga la prosperidad. Quien conoce eso es el filósofo o el legislador y en virtud de ello se abroga el derecho de imponer formas de vidas adecuadas a las personas. En cambio, en el caso de Kant, el señalar abiertamente que se desconoce la naturaleza humana abre el espacio para que las personas puedan desarrollar sus vidas de acuerdo a lo que consideren adecuado.

Por ello, se hace necesario desconectar el derecho de la metafísica tradicional y conducirlo por los dos caminos posibles, a saber, el post-metafísico de Habermas y Rawls o el de la metafísica crítica de Kant. No es casual que tanto Habermas como Rawls se apoyen en la filosofía de Kant para plantear sus concepciones del derecho, aunque cada cual partiendo de tradiciones distintas y comprometiéndose con ideas kantianas de manera diferente.

Quiero terminar este trabajo defendiendo mi posición respecto del lugar y el significado del pensamiento de Kant frente a la teoría del derecho natural. En primer lugar, es habitual colocar a Kant en el conjunto de filósofos comprometidos con dicha teoría. He de señalar al respecto que, si bien el mismo Kant utiliza el término “derecho natural”, ello no nos debe conducir a un malentendido. Kant rechaza la idea de una naturaleza humana, de la cual se pudiese derivar algo así como “derechos naturales”. Esto me lleva al segundo punto, defendido por

el profesor Miguel Polo, según el cual Kant sí tenía una concepción de naturaleza humana.

Al respecto, de la lectura de la *Crítica de la razón pura*, la *Crítica de la razón práctica* y la *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, y de las demás obras de Kant pertenecientes a su período crítico, es imposible colegir que Kant se comprometa con una concepción de naturaleza humana. Para Kant, el ser humano no puede ser conocido (como un objeto de la experiencia), sino que sólo puede ser pensado como libre. Pero el pensar no es lo mismo que el conocer. El ser humano es pensado como libre gracias a que podemos pensar la Idea de la libertad. Esto tiene implicancias muy claras para nuestro tema. Si el ser humano no puede ser conocido, como si fuese un objeto fenoménico, no es posible deducir los supuestos elementos que caracterizarían su naturaleza. Alguien podría señalar que la naturaleza humana se encuentra representada en Kant por el procedimiento de la razón (del cual se derivan las leyes morales), pero esa interpretación se encuentra con el problema que Kant no afirma conocer ni la estructura de la razón ni sus procedimientos, sino que se trata de elementos metafísicos que se encuentran más allá de todo conocimiento posible. Ciertamente, la discusión de la observación del profesor Polo requiere un mayor análisis y espacio, cosa que no es posible realizar en el presente artículo debido a que responde a otros objetivos.

Esto nos lleva a la tercera observación, realizada por el profesor Alonso Villarán, quien sostiene que la parte dedicada a Kant en el presente artículo está de más. Dicha opinión parece no comprender a cabalidad la importancia de la metafísica crítica, inaugurada por Kant, para el cuestionamiento al derecho natural. O puede que no se entienda que el objetivo del presente trabajo no consiste en una presentación acrítica de la teoría del derecho natural, sino más bien en mostrar su variedad interna y sus límites.

## Referencias bibliográficas

- Arendt, Hannah  
1967 *Sobre la revolución*, Madrid: Revista de Occidente.
- Aristóteles  
1985 *Ética Nicomaquea. Ética Eudmea*, Madrid: Gredos  
2002 *Retórica*, Madrid: Alianza Editorial, 1368b7–9.
- Beuchot, M.  
2014 *Filosofía y derechos humanos*, México: Siglo XXI.
- Bloch, Ernst.  
2007 *El Principio Esperanza*, Madrid: Trotta.
- Dupré, Louis  
1966 *Los católicos y la anticoncepción*, Buenos Aires: Paidós.
- Francisco Leonardo  
2014 *La noción de derecho natural en Cicerón*, en *Ética & Política*  
Nº XVI, pp. 217 – 232.
- Habermas, Jürgen  
2008 *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid: Tecnos
- Hernando Nieto, Eduardo  
2000 *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Lima: PUCP, Fondo Editorial.
- Korsgaard, Christine  
2014 *Le origini della normatività*, Florencia: Ets.
- Kelsen, Hans  
2008 *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, México: Ediciones Coyoacán.

Paine, Thomas

2015 *Common Sense*, Suecia: Wisehouse Classics Edition

.

Oakeshott, Michael

2012 *Lecciones de historia del pensamiento político*, volumen I, Madrid: Unión Editorial. pp.175- 176.

2012 *Lecciones de historia del pensamiento político*, Volumen I, Madrid: Unión Editorial.

Strauss, Leo

1953 *Natural Right and History*, Chicago: University of Chicago Press

2006 *La ciudad y el hombre*, Buenos Aires: Katz, p. 27 y ss.

## EL SENTIDO DE INJUSTICIA Y LAS LUCHAS POR LA MEMORIA<sup>1</sup>

*Gonzalo Gamio Gebri*

### **Resumen**

El texto se propone discutir el sentido de injusticia que brota de la experiencia de la violencia en todas sus formas (directa, estructural y simbólica). El esclarecimiento de la memoria del sufrimiento del inocente constituye el corazón de la reflexión sobre la naturaleza y los alcances de la experiencia de la injusticia y sus efectos sobre la construcción de políticas de defensa de derechos humanos y mecanismos de no repetición. El autor concluye con una meditación sobre la relevancia de la obra de Primo Levi para los estudios de justicia transicional y razón anamnética.

**Palabras clave:** Sentido de injusticia, derechos humanos, memoria, violencia

### **Abstract:**

The text intends to discuss the sense of injustice that springs from the experience of violence in all its forms (direct, structural and symbolic). Clarifying the memory of suffering of the innocent is the heart of the reflection on the nature and scope of the experience of injustice and its effects on the construction of defense policies and human rights mechanisms of non-repetition. The author concludes with a meditation on the relevance of the work of Primo Levi for studies of transitional justice and anamnestic reason .

**Key words:** Sense of injustice, human rights, memory, violence

---

1 Agradezco a B. Weiler y a A. Caviglia la invitación a escribir en este número dedicado a la filosofía del derecho. Los puntos 3 y 4 fueron presentados –en una versión preliminar– en el Portal *Pólemos* <http://polemos.pe/2016/01/los-derechos-y-la-lucha-por-la-memoria/>.

## VIOLENCIA Y SENTIDO DE INJUSTICIA

Es un hecho que la violencia destruye la vida humana, socava los vínculos sociales y lesiona gravemente las instituciones. Lo que a veces se denomina “ecología moral o social” –la exploración crítica de aquellas condiciones y compromisos que sostienen los lazos de reconocimiento recíproco entre las personas y las formas de pertenencia a las instituciones– requiere de una comprensión estricta de la violencia y sus efectos sobre las sociedades democráticas, con el fin de diseñar y ejecutar mecanismos públicos de prevención y erradicación en diversos niveles. Una sociedad sana y bien estructurada necesita construir formas de pensamiento y de acción común que identifiquen las prácticas violentas con el fin de preparar a sus miembros para contenerlas y combatir las.

Johan Galtung –el artífice de los modernos estudios sobre la paz– establece lo que podría describirse como una “analogía médica” para el examen del funcionamiento de la vida social. A su juicio, la “paz” corresponde a la “salud” de la sociedad, así como la “violencia” se identifica con los modos de enfermedad que dañan y debilitan el sistema social, incluso a riesgo de destruirlo<sup>2</sup>. Este autor distingue tres tipos básicos de violencia. En primer lugar, la *violencia directa*, aquella forma de daño cuyos perpetradores pueden ser percibidos y reconocidos sin mayor controversia; ella puede ser física o psicológica. En segundo lugar, la *violencia estructural o indirecta*, que tiene lugar cuando el sistema económico y el sistema político producen el daño; los modos de exclusión política y económica (la opresión y la explotación) constituyen buenos ejemplos de esta clase de males. En tercer lugar, la *violencia simbólica*, aquellas formas de lesión social que son fruto del discurso y los valores, de modo que buscan legitimar las otras manifestaciones de violencia (el racismo, el machismo y la homofobia son expresión de ella, así como el integristismo que prohíbe la diversidad de pensamiento y estilos de vida). De hecho, todas las manifestaciones de violencia son susceptibles de traducirse a la larga en violencia física<sup>3</sup>.

2 Véase Galtung, Johan *Paz por medios pacíficos*, Bilbao: Gernika Gogoratuz 2003 p. 20.

3 Cfr. Bernstein, Richard *Violencia. Pensar sin barandillas* Barcelona: Gedisa p. 200.

El sistema público local y el orden legal internacional pretenden convertirse en instrumentos eficaces para proteger a las personas de las diversas manifestaciones de violencia. Efectivamente, las instituciones globales de derechos humanos permiten a los individuos incluso denunciar a sus Estados si consideran que la instancia política ha realizado alguna acción que haya visto conculcado alguno de sus derechos básicos y libertades. A pesar de que la globalización de la justicia constituye un “proyecto incompleto” –para usar los términos de la teoría crítica frankfurtiana–, los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos más allá de la jurisdicción de los Estados particulares.

Enfrentar estas especies de violencia supone reformar nuestras normas e instituciones con el propósito de proteger los derechos y las libertades de las personas, pero también reformar nuestras mentalidades, a través de procesos educativos conducentes a forjar el juicio y el carácter de los ciudadanos. Tales reformas permiten edificar un sistema político y legal humanitario, así como formas de vida que tienen en gran valía la empatía y el compromiso cívico con los grupos más vulnerables de nuestras sociedades. Un elemento crucial para reconocer el daño en sus múltiples formas, así como para combatirlos en los espacios de la vida pública y personal, es construir un estricto *sentido de injusticia*.

Judith Shklar, profesora de teoría política de Harvard hasta su fallecimiento, sostenía en *The faces of injustice* que era preciso centrar la reflexión política en la experiencia de la injusticia antes que en la intelección de los principios generales de la justicia. La autora señala que la tradición de la filosofía política –observante del “modelo normal” de justicia– ha concebido la injusticia con la mera “negación” de aquello que es justo, desatendiendo así una compleja gama de vivencias que ha sido discutida lúcidamente por poetas, narradores y predicadores. Shklar propone elaborar una fenomenología de la experiencia de la injusticia –cuyo corazón reside en la percepción de la violencia– de modo que podamos concentrar nuestra atención en la situación de víctimas y verdugos<sup>4</sup>.

---

4 Cfr. Shklar, Judith N. *The faces of injustice*. New Haven y Londres: Yale University Press 1988.

El sentido de injusticia precisa establecer una distinción nítida entre injusticias y fatalidades. El libro de Shklar se concentra en realizar esta tarea con rigor. Mientras las fatalidades son el tipo de catástrofes que son provocados por fuerzas no humanas –por ejemplo, las leyes que rigen la naturaleza, que las ciencias empíricas pueden conocer–, las injusticias tienen su origen en la voluntad de los seres humanos, y en las acciones que deciden llevar a cabo. Frente a una fatalidad, no existe otra opción que lamentarse o prevenir, en la medida en que podemos prepararnos para encarar desastres naturales que tienen lugar de manera recurrente en determinadas regiones del mundo. En contraste, las personas y las instituciones pueden conjurar la injusticia investigando y sancionando a los perpetradores, forjando políticas y modelos educativos para que el daño no se repita.

Esta distinción tiene una manifiesta consecuencia para la crítica de las ideologías. A menudo quienes intentan justificar ciertas formas de daño, exclusión y dominación tienden a encubrir una situación injusta con la máscara de la fatalidad. El tipo de discriminación basada en las consideraciones étnicas y de género suele invocar motivos naturales (la “raza” y el “sexo”) como fuente de legitimación; resulta claro que determinados elementos biológicos (la pigmentación de la piel o el poseer órganos sexuales femeninos) no “fundamenta” –en absoluto– el fenómeno socio-cultural de la discriminación. A la teoría política le corresponde denunciar y refutar este tipo de funestos prejuicios y confusiones que sin duda producen violencia.

La autora identifica –en diálogo con el complejo estudio de la ética cívica desplegado por Cicerón en *Los oficios*– dos especies fundamentales de injusticia. Cometemos una “injusticia activa” cuando vulneramos los derechos de otra persona o atentamos contra la ley. Incurrimos en “injusticia pasiva” cuando somos testigos de la violación de derechos y la lesión del orden legal, pero decidimos mirar hacia otro lado; por pereza, egoísmo o cobardía no intervenimos para hacer lo correcto ni denunciarnos el daño producido, como exige la propia condición de ciudadano

en tanto agente político. El individuo pasivamente injusto renuncia al ejercicio de la ciudadanía, se comporta como un mero súbdito<sup>5</sup>.

El concepto de injusticia pasiva reviste una gran importancia para comprender los conflictos que con frecuencia plantean en la práctica los asuntos éticos y políticos. “Dejar hacer, dejar pasar” no constituye una actitud compatible con los deberes que entraña la práctica de una ciudadanía democrática. Nuestros conciudadanos (más allá de su origen, cultura o estilo de vida) son titulares de derechos que consagra la ley (así como son destinatarios de los preceptos que vertebran el sistema legal internacional). Ellos habitan con nosotros la tierra, y también comparten una historia. Reconocemos en sus expectativas de libertad y bienestar muchas de nuestras propias aspiraciones a llevar una vida de calidad. Su destino no debe ser ajeno al nuestro. En una sociedad democrática estructurada a partir de un sistema de derechos universales, el padecimiento injusto de un grupo de personas tendría que movilizar a todos los ciudadanos a actuar en el espacio público en busca de justicia y reparación.

## EL EJERCICIO DE LA MEMORIA FRENTE A LA INJUSTICIA

Una forma básica de injusticia pasiva consiste en asumir una actitud indolente frente al testimonio de las víctimas sobre el daño sufrido. Con frecuencia, los perpetradores de violaciones de derechos humanos cuentan con que los ciudadanos no prestarán atención frente a estos relatos, o los juzgarán como inverosímiles; están convencidos de que ellos atenderán, más bien, a sus actividades cotidianas. En lo político, suponen que la mayoría de las personas concentrará su interés en el curso de la llamada “política corriente”, en lo que concierne al tratamiento de los temas del presente (el crecimiento económico, las políticas de seguridad, etc.).

---

<sup>5</sup> Cfr. Shklar, Judith N. *The faces of injustice op. cit.*, pp. 40 – 50. Véase también Cicerón, *Los oficios*. Madrid: Espasa – Calpe 1959, Libro primero, capítulo VII.

La reconstrucción de la memoria de las víctimas trastoca el curso de la “política corriente”<sup>6</sup>. No deja las cosas como están. Pone sobre el tapete la situación de aquellas personas a las que se les desconoció la condición de ciudadanos –titulares de derechos–, e incluso la condición de seres humanos dignos. La violencia supone la cuestionable exclusión de individuos, las víctimas, de un sistema de derechos que ha sido forjado para todos. El ejercicio de la memoria descubre la trágica transgresión del principio fundamental que sostiene el sistema de derechos, a saber, el reconocimiento de los agentes humanos como seres libres e iguales. El mero hecho de que los propios violadores de derechos humanos busquen alterar o encubrir las narraciones acerca de la injusticia revela un cierto sentido de transgresión, la conciencia de que una norma valiosa se está desobedeciendo o echando a perder.

Una de las formas en las que la memoria puede verse bloqueada o ser gravemente distorsionada consiste en la confección de una “historia oficial”. Las élites políticas que detentan el poder elaboran una peculiar reconstrucción del pasado que ha extirpado toda referencia a la muerte y desaparición de personas, una historia en la que no existe la tortura ni la restricción de libertades, un relato que sólo reserva un lugar a la declamación de gestas heroicas, vinculadas con el establecimiento del orden, el “principio de autoridad” y la seguridad en la comunidad política. El trabajo de la memoria cuestiona y erosiona esta visión de la historia, denuncia las lesiones de derechos allí donde realmente han tenido lugar, así como propicia cambios en la esfera de las mentalidades y en el ámbito de los vínculos sociales y políticos al interior de sociedades que han sufrido períodos cruentos de violencia<sup>7</sup>.

La recuperación de la memoria ilustra la naturaleza particular del sentido de injusticia y su capacidad transformadora. Numerosas sociedades que han afrontado procesos de violencia (conflictos internos o externos),

---

6 Cfr. Reátegui, Félix “Batalla contra la memoria: instrucciones para liquidar una transición” en: IDEHPUCP, *El incierto camino de la transición: a dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Documento de Trabajo, Serie Reconciliación N° 1, Lima: IDEHPUCP 2005, pp. 13 – 24.

7 Todorov, Tzvetan *Los abusos de la memoria*. Barcelona: Paidós, 2000, pp. 15-16.

o han sufrido períodos de suspensión del régimen constitucional, han elegido —en virtud de iniciativas nacidas desde la sociedad civil, el propio Estado u organizaciones reconocidas de carácter humanitario— investigar aquel período violento o autoritario para esclarecer aquellos sucesos (comprender sus causas y enfrentar sus secuelas), así como para asignar responsabilidades entre los actores y tomar medidas sociales e institucionales para establecer garantías de no repetición. Recuperada la paz y el orden legal, es preciso desarrollar nuestras mentalidades y políticas para que esos tiempos de terror y opresión no vuelvan más.

A veces —aunque no siempre— tal proyecto anamnético implica la conformación de una comisión de la verdad. Se trata de instituciones que asumen por encargo del Estado las tareas de indagación, justicia y elaboración de recomendaciones y reformas sugeridas para superar la violencia o la interrupción del orden democrático. Las comisiones de la verdad —en particular las desarrolladas en Sudáfrica, en Guatemala y también la que se formó en nuestro país— suelen basar su trabajo en la contrastación de testimonios de los protagonistas de aquellos sucesos de violencia. La organización de audiencias públicas permite que personas que han sufrido tratos crueles o que han perdido a sus seres queridos a causa de lesiones de derechos humanos, puedan dar a conocer sus experiencias y denuncias, y ser escuchadas.

La reconstrucción de la memoria constituye un proceso ético y político que convoca a todos aquellos que han tomado contacto directo con el conflicto violento y, en general, a todos los ciudadanos de una sociedad que ha padecido este conflicto. Se trata de un proceso deliberativo, que se propone evaluar qué debe ser recordado en nombre del cuidado de la justicia, y qué puede ser olvidado. Esta evaluación supone la formulación y el escrutinio de diversos argumentos y descripciones acerca de lo que realmente sucedió en este contexto de enfrentamiento y muerte. Se trata de recoger evidencias y de recabar testimonios de quienes han sufrido este conflicto. Si alguna voz debe ser escuchada en primera instancia —para ser acogida, pero también para ser examinada y contrastada con otras voces— es la de las víctimas.

La finalidad del ejercicio de la deliberación en torno a la memoria es la reconfiguración de los lazos sociales lesionados por la violencia, para hacer posible la coexistencia social. Tzvetan Todorov ha señalado que en este tipo de trabajo, la memoria se pone al servicio de dos formas de justicia, que, siendo complementarias, a veces guardan una relación tensional la una con la otra. La *justicia punitiva* busca llevar a los perpetradores ante un tribunal; ella cumple un rol crucial en el ejercicio de las políticas de derechos humanos, no ponerla en juego implicaría ceder ante la tentación de la impunidad y la imposición del silencio. La *justicia reparadora*, por su parte, se traza la meta de restablecer la posibilidad de la vida en común, lo que a menudo se llama “reconciliación”: ella “intenta restaurar relaciones que jamás habrían debido romperse”<sup>8</sup>.

Hemos dicho que la escucha de la voz de las víctimas tiene prioridad en los espacios en los que se debate acerca de la violencia. La víctima es aquella persona que padece violencia. Reconocemos en ella a quien ha sufrido injusticia, pero esa terrible vivencia no le confiere un *status moral* privilegiado. La dicotomía víctima / victimario debe ser examinada con suma rigurosidad en los contextos de conflicto violento. Las víctimas de hoy pudieron ser los victimarios de ayer. Pensemos en una autoridad corrupta que ha sido ejecutada extrajudicialmente a manos de huestes subversivas, luego de celebrar un “juicio popular” ilegal, que incumple los requisitos básicos del debido proceso; o pensemos en la desaparición forzada de militantes terroristas llevada a cabo por comandos de la muerte. El que alguien haya sido culpable de violaciones de derechos en el pasado no impide que reconozcamos que sufrió desaparición forzada, que murió en condiciones de injusticia; que podamos constatar que una persona haya sido una víctima de ejecución extrajudicial no nos convierte en ciegos frente a los crímenes que esa persona pudo cometer en el pasado, ese reconocimiento no atenúa su condición de perpetrador. La complejidad de aquellas situaciones debe llevarnos a agudizar nuestra percepción, y a incorporar diversos niveles de descripción y evaluación en el lenguaje que empleamos para

---

8 Todorov, Zvetan “La memoria como remedio contra el mal” En: *La experiencia totalitaria*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2010, p. 292.

comprender y emitir juicios claros y sensatos acerca de la experiencia de la violencia.

“La víctima (...), está allí, aunque no se le quiera ver o se la descarte del lenguaje. En algún lugar del mundo alguien se condeule de un deudo de una guerra, en secreto. Quizá un vecino. Y quizá nunca lo sepas porque quizá calle toda su vida”<sup>9</sup>.

Los verdugos y las víctimas son seres humanos concretos, no son ángeles ni demonios. Reconocer que los perpetradores son personas que han tomado decisiones y actuado de cierta manera implica caer en la cuenta de que los seres humanos son capaces de los crímenes más viles, no sólo de las acciones más nobles. Los ciudadanos y las instituciones sólo pueden estar preparados para juzgar, sancionar y prevenir violaciones de derechos humanos si reconocen que los delitos contra la humanidad son el tipo de acción que un ser humano —trágicamente— puede llevar a cabo. Demonizar al criminal no nos permite enfrentar con lucidez y firmeza políticas de justicia y reparación. Este tipo de convicción resulta esencial para combatir la violencia, y forjar límites morales y legales para contenerla.

“Eso no quiere decir que la especie humana sea espantosa y que sólo deba suscitar lamentos, sino que tanto el bien como el mal forman parte de nuestras potencialidades. La esperanza de alcanzar un Estado definitivamente libre del mal es vana”<sup>10</sup>.

La memoria del sufrimiento de las víctimas permanece bajo amenaza la mayoría de las veces. Quienes guardan un interés político en reprimir el recuerdo de un pasado violento o autoritario, quienes están involucrados en delitos contra los derechos humanos, apoyan la imposición de políticas de silencio y predicán la necesidad de amnesia legal. No faltan los actores políticos —y no pocos ciudadanos— que plantean “voltar la página” y simplemente acometer los proyectos que la sociedad requiere ejecutar en la actualidad; ellos arguyen que no es necesario

9 Agüero, José Carlos *Los rendidos. Sobre el don de perdonar*. Lima: IEP 2015 p. 115.

10 Todorov, Tzvetan “La memoria como remedio contra el mal”, *op. cit.*, p. 284.

“reabrir viejas heridas”. Este desinterés por la recuperación de la memoria condena a las víctimas al desamparo más radical, el de ser tratadas como extraños y parias en su propia tierra. Desatender las exigencias de verdad, sanción penal para los culpables y desagravio para quienes han sufrido implica desconocer los derechos de las víctimas y *de facto* excluirlas del dominio de acción en materia de justicia y bienestar que corresponde a los Estados democráticos constitucionales. La reconstrucción de la memoria de la violencia constituye un momento crucial en el proceso de afirmación del sistema de derechos en sociedades post-conflicto.

## **LOS DERECHOS Y LA EXPERIENCIA DE LA SHOAH**

El poderoso vínculo entre los derechos humanos y la memoria del sufrimiento del inocente es de naturaleza histórica y conceptual. En efecto, la terrible experiencia de la *Shoah* generó en la opinión pública internacional una conciencia crítica fundamental, conducente al diseño de la Declaración universal de los derechos humanos, y a la posterior consolidación de la denominada “cultura de derechos”, un sistema de prácticas, instituciones y argumentos constituido alrededor de la idea de la dignidad humana, el valor de su libertad e integridad.

Millones de personas, la mayoría judíos, gitanos, comunistas y homosexuales, fueron víctimas del sistema de aniquilación nazi. En la medida en que la motivación originaria de la persecución, los tratos crueles y la eliminación de los judíos era fundamentalmente de carácter étnico y racial, los crímenes perpetrados por el régimen nazi corresponden a lo que los especialistas del derecho describen como *genocidio*. Estos delitos tienen su origen en el discurso antisemita de Adolf Hitler y en el proyecto de una “solución final”, el propósito de erradicar a los judíos de la faz de la tierra. Los funcionarios nazis procuraron ocultar toda información que pudiera dar cuenta de este proyecto, acallar todo testimonio que pudiera echar luces sobre este tenebroso programa de eliminación de personas.

Los campos de concentración constituyeron un elemento crucial de este programa destructivo. Se trataba de un auténtico laboratorio de deshumanización. El propósito del *Lager* no era sólo provocar la muerte de los reclusos que ya no podían realizar los duros y humillantes trabajos que se les imponía; se trataba de aniquilar el más básico sentido de humanidad de sus víctimas, acabar con el alma, y no sólo eliminar el cuerpo de los internos. Dividir a los reclusos, enfrentándolos por las escasas raciones de pan y sopa que distribuían entre ellos. Los nazis elegían entre los propios presos judíos a un *Kapo*, una autoridad que debía velar por el orden entre los internos actuando con suma crueldad ante la atenta mirada de los SS, a cambio del logro de ciertos privilegios dentro del campo. Los nazis despojaban a los reclusos de todas sus posesiones y de sus ropas, e incluso de su propia identidad, convirtiéndolos en el número que grababan en su antebrazo. Pretendían que, con cada amanecer, la perspectiva de vivir o de morir se tornara irrelevante para ellos.

### LA ÉTICA DE LA MEMORIA Y LOS TESTIGOS DE LA VIOLENCIA

Auschwitz —el más emblemático de estos funestos campos de exterminio— se ha convertido en el símbolo de los horrores producidos por el totalitarismo practicado por los nazis; la liberación del *Lager* (acaecida hace setenta y un años), constituye un hecho crucial en el proceso de establecimiento de mecanismos legales y políticos para evitar que este tipo de crímenes se cometan en el futuro. Este tipo de procesos requiere como una condición moral la reconstrucción de la memoria de las injusticias padecidas por las víctimas.

Primo Levi, químico italiano de origen judío, fue recluido en Auschwitz en 1944. Sus libros — entre los que destacan *Si esto es un hombre*, *La tregua* y *Los hundidos y los salvados* —constituyen un testimonio conmovedor y profundo de su paso por el campo de concentración. Su obra constituye una expresión poderosa y esclarecedora acerca de la importancia de la recuperación de la memoria del sufrimiento inocente para la defensa de los derechos humanos. El autor se compromete a escribir en torno a lo vivido por dos razones. La primera, porque reconstruir lo

sufrido en el *Lager* permite dar a conocer a la humanidad lo que personas concretas sufrieron a manos de un régimen totalitario. Saber lo que sucedió hará posible tomar las medidas para que esta clase de sucesos no se repitan jamás. La segunda, porque el trabajo de la escritura —la selección perspicaz de las palabras y las imágenes que sean útiles para describir lúcidamente las propias vivencias y construir una reflexión rigurosa sobre lo ocurrido—, genera un movimiento de resistencia de lo estrictamente *humano* frente a los mecanismos de aniquilación espiritual que se pusieron en marcha en Auschwitz.

La reconstrucción de la memoria posee una dimensión *pública* que aporta decisivamente al ejercicio de la justicia así como al diseño y ejecución de políticas de reparación que promuevan la restitución de los derechos que las víctimas vieron lesionados. El cultivo de la memoria puede, asimismo, contribuir a reformar las instituciones y las mentalidades para dar forma a una cultura cívica observante de los principios básicos de respeto a la dignidad de las personas y reconocimiento del valor de la diversidad humana. Se trata de logros incuestionables de esa conciencia crítica que ha procurado aprender de la terrible experiencia de la *Shoah*. El trabajo de la memoria tiene una dimensión *moral* particularmente compleja, que formula preguntas difíciles de responder para quien ha enfrentado una experiencia de esa naturaleza. Levi se pregunta por los compañeros de cautiverio, muertos o desaparecidos durante su periodo de reclusión. La cuestión que interpela su mente y su corazón es “¿por qué tuve que sobrevivir yo y no otros?”. La vivencia del campo de concentración revela de manera radical la vulnerabilidad constitutiva de los seres humanos.

“¿Es que te avergüenzas de estar vivo en el lugar de otro? Y sobre todo, ¿de un hombre más generoso, más sensible, más sabio, más útil, más digno de vivir que tú? No puedes soslayarlo: te examinas, pasas revista a tus recuerdos, esperando encontrarlos todos, y que ninguno se haya enmascarado ni disfrazado; no, no encuentras transgresiones abiertas, no has suplantado a nadie, nunca has golpeado a nadie (pero ¿habrías tenido fuerzas para hacerlo?), no has aceptado ningún cargo (pero no te los han ofrecido), no has quitado el pan a nadie; y sin

embargo, no puedes soslayarlo. Se trata de una suposición, de la sombra de una sospecha; de que todos somos el Caín de nuestros hermanos, de que todos nosotros (y esta vez digo “nosotros” en un sentido muy amplio, incluso universal) hayamos suplantado a nuestro prójimo y estemos viviendo su vida”<sup>11</sup>.

Se trata de preguntas que de alguna manera acechan al sobreviviente, que lo acompañan en cada momento de su existencia. A juicio de Levi, los “verdaderos testigos” de la violencia –los auténticos artífices de esta ética de la memoria– son los “hundidos”, aquellas personas que han muerto o desaparecido y no pueden narrar lo que han sufrido. Los sobrevivientes, aquellos individuos que han tenido la fortuna de ejercer la memoria en su nombre –como él mismo– deben indicarlo con absoluta claridad.

“Los sobrevivientes somos... aquellos que por sus prevaricaciones, o su habilidad, o su suerte, no han tocado fondo. Quien lo ha hecho, quien ha visto a la Gorgona no ha vuelto para contarlo, o ha vuelto mudo; son ellos, los “musulmanes”, los hundidos, los verdaderos testigos, *aquellos cuya declaración hubiera podido tener un significado general*. Ellos son la regla, nosotros somos la excepción”<sup>12</sup>.

Esta conexión significativa entre la dimensión pública y la dimensión moral de la memoria debe destacarse en cualquier esfuerzo serio por reconstruir la vivencia de la *Shoah*, o cualquier experiencia de violencia en nuestras sociedades. El esclarecimiento del pasado supone dar voz a las víctimas que están con nosotros, y a quienes no están más, aquellas personas que requieren inevitablemente de nuestras palabras para examinar y para honrar su lugar en esta historia. Evocar ese lugar no es sólo una forma de ajustarse a la verdad de los hechos; es una cuestión de justicia.

---

11 Levi, Primo *Los hundidos y los salvados*. Madrid: Península, 2015, pp. 75-6.

12 *Ibid.*, p. 78 (las cursivas son mías).

## Referencia bibliográfica

Agüero, José Carlos

2015 *Los rendidos. Sobre el don de perdonar.* Lima: IEP.

Bernstein, Richard

s/f *Violencia. Pensar sin barandillas* Barcelona: Gedisa.

Cicerón

1959 *Los oficios.* Madrid: Espasa – Calpe.

Galtung, Johan

2003 *Paz por medios pacíficos.* Bilbao: Gernika Gogoratzuz.

Levi, Primo

2015 *Los hundidos y los salvados.* Madrid: Península.

Reátegui, Félix

2005 “Batalla contra la memoria: instrucciones para liquidar una transición” en: IDEHPUCP, *El incierto camino de la transición: a dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.* Documento de Trabajo, Serie Reconciliación N° 1, Lima: IDEHPUCP.

Shklar, Judith N.

1988 *The faces of injustice.* New Haven y Londres: Yale University Press.

Todorov, Tzvetan

2000 *Los abusos de la memoria.* Barcelona: Paidós.

## DE KANT A RAWLS: EN TORNO AL “DERECHO DE GENTES”

*Fidel Tubino*

“No hay que esperar que los reyes filosofen,  
ni que los filósofos sean reyes, ni siquiera desearlo;  
porque la posesión del poder deteriora inevitablemente  
el libre juicio de la razón”<sup>1</sup>

### **Resumen**

En un momento en el que los Estados-nacionales han entrado en un período de crisis de autonomía, han empezado a aflorar con fuerza los nacionalismos culturales y los fundamentalismos étnicos. Muchas de las principales guerras y conflictos del mundo contemporáneo se desarrollan a ese nivel. Se hace por ello necesario, a partir de los planteamientos kantianos, un nuevo “derecho de gentes” que regule las relaciones, no sólo entre los Estados nacionales, sino entre las nacionalidades étnicas y los Estados nacionales, y más específicamente, entre los pueblos occidentales de tradición liberal y los pueblos no-occidentales de tradición iliberal. La propuesta de Rawls sugiere que la base común que hace posible el diálogo y la deliberación entre los pueblos liberales y los pueblos iliberales es y debe ser “un derecho de gentes no etnocéntrico” que es necesario construir.

**Palabras clave:** Derecho de gentes, Estado-nación, etnocéntrico, diálogo, deliberación.

---

1 Kant, E. “La paz perpetua”. En: *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba Editorial, 1999. Traducido por Javier Alcoriza y Antonio Lastra. p. 337.

**Abstract**

In a time when national states have entered a period of autonomy crisis, they have begun to emerge strongly cultural nationalism and ethnic fundamentalism. Many major wars and conflicts of the modern world are developed at that level. It is therefore necessary, from the Kantian approach, a new "international law" governing relations not only between nation states, but between ethnic nationalities and national States, and more specifically among Western peoples liberal tradition and non-Western peoples of illiberal tradition. Rawls's proposal suggests that the common basis that makes possible dialogue and deliberation between liberal and illiberal people is and should be a "not ethnocentric people law" which need to be built.

**Keywords:** law of nations, the nation-state, ethnocentric, dialogue, deliberation.

**KANT, E.**

En Roma el derecho de gentes, el "*jus gentium*", se creó para normar las relaciones de los extranjeros con los ciudadanos. Era una derivación del "*jus gentium intra*". Era un derecho que los romanos distinguían del llamado *jus civile* que se refería al derecho de la ciudad romana.

En la actualidad –según expresión de Rawls– el derecho de gentes alude a "lo que las leyes de todos los pueblos tienen en común"<sup>2</sup> y debe normar las relaciones, no entre los ciudadanos y los extranjeros como en Roma, ni las relaciones entre los Estados nacionales como proponía Kant en la Ilustración, sino las relaciones entre los pueblos, muchos de los cuales se encuentran al interior de uno o varios Estados, como es el caso por ejemplo del pueblo aymara, o son pueblos sin Estado, como es el caso por ejemplo del pueblo kurdo. En un mundo unipolar y globalizado en el que los Estados nacionales modernos se hallan seriamente debilitados en su soberanía real, los pueblos irrumpen como actores políticos y sujetos de la historia. La existencia de pueblos

---

2 Rawls, John. *Derecho de gentes*. Barcelona-Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 13. Traducido del inglés por Hernando Valencia Villa.

sin Estado le plantea hoy a la Humanidad los más serios problemas de derechos humanos. El caso por ejemplo del pueblo palestino es al respecto diariamente ilustrativo. La ley de los pueblos, el nuevo derecho de gentes, debe –según Rawls– cumplir allí su más importante función, evitando no sólo nuevos escenarios de guerra asimétrica sino también y sobre todo generando la paz entre los pueblos.

### **Por qué se hizo necesario renovar el derecho de gentes en el mundo moderno**

Hacia fines del siglo XVIII, cuando los Estados nacionales irrumpen en la historia, Kant percibió con inocultable agudeza que se inauguraba una nueva época para la guerra. En 1795 –a escasos años de la Revolución francesa– publicó su opúsculo sobre la Paz perpetua. En él Kant le asignaba al “derecho de gentes” la importante función de regir las relaciones recíprocas entre los Estados nacionales con la finalidad de evitar la práctica de las hostilidades entre los Estados vecinos y de generar en su lugar prácticas pacíficas y jurídicamente pactadas de resolución de conflictos inter-estatales. A partir de ese momento –hasta la publicación de *Law of people* de John Rawls– el *jus gentium* se refiere a las leyes que deben regir las relaciones entre los nuevos Estados nacionales.

Pues así como el estado de naturaleza, es decir, el estado de la libertad sin ley, no es otra cosa sino el estado de guerra entre los hombres, la ausencia de un marco legal que norme las relaciones entre los Estados nacionales significa la aparición de un nuevo estado de naturaleza, es decir, de guerra potencial entre los Estados cuya actualización debe y puede ser evitada. Se hizo por ello pues necesario plantear el diseño de una legislación inter-estatal que rija “las relaciones mutuas entre los Estados” y haga posible la resolución pacífica de los conflictos inter-estatales. En eso consiste específicamente, según Kant, el “derechos de gentes”.

Así como el imperio de la libertad natural –que desemboca en el estado de guerra entre los hombres– se supera mediante el imperio de la libertad jurídica, es decir, de la libertad que escoge subsumirse a una ley universalizable basada en el consentimiento racional, el estado de guerra potencial entre los Estados nacionales termina por coronar el imperio del más fuerte, a no ser que las relaciones mutuas entre ellos se regulen por una legislación universal basada en la autorregulación pública y el consentimiento mutuo. Este es, en esencia, el sentido del derecho internacional público moderno. “... Los pueblos pueden considerarse, en cuanto Estados, como individuos que en su estado de naturaleza (es decir, independientes de leyes externas) se perjudican unos a otros por su mera coexistencia, y cada uno, en aras de su seguridad, puede y debe exigir del otro que entre con él en una Constitución semejante a la Constitución civil, en la que se pueda garantizar a cada uno su derecho”<sup>3</sup>.

Para que los conflictos entre los ciudadanos no se diriman mediante el uso de la fuerza y la violencia sino mediante el diálogo racional y el consenso, se necesita construir un espacio que haga posible “el uso público de la razón”<sup>4</sup>. De manera semejante, para que los conflictos entre los Estados nacionales no se diriman mediante la práctica de la guerra sino mediante el diálogo y el consenso, es necesario construir una razón pública internacional, es decir, un espacio público de deliberación inter-estatal que haga posible la autorregulación pública entre los Estados nacionales. En otras palabras, para que los inevitables conflictos entre los Estados no conduzcan a la guerra, se necesita construir un espacio libre de deliberación pública en el que los representantes de los Estados puedan razonar en común en condiciones simétricas y elegir libremente una legislación racional que regule las relaciones entre los Estados. A dicha legalidad Kant la denomina con el viejo nombre latino de *jus gentium*, como “**derecho de gentes**”.

---

3 Kant, E. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985. Traducida por Joaquín Abellán. p. 21.

4 Kant, E. ¿Qué es la Ilustración?

La convivencia humana conduce inevitablemente al conflicto porque, por naturaleza, el ser humano no es ni exclusivamente un animal antisocial que antepone el interés particular al interés general, ni exclusivamente un animal político. Lo propio de la Naturaleza humana es la “insociable sociabilidad”<sup>5</sup>.

Por ello, en el estado de naturaleza los inevitables conflictos de la convivencia se suelen abordar mediante el uso de la fuerza, pudiendo sin embargo dirimirse también mediante el uso público de la razón. El estado de derecho surge de “la idea del contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo”<sup>6</sup>. Con el estado de derecho la libertad natural se transforma en libertad civil. En el estado de derecho “mi libertad exterior (jurídica) hay que explicarla ... como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento”<sup>7</sup>. De manera semejante a lo que se da a nivel de los ciudadanos, si la resolución de los conflictos entre los Estados no se dirime exclusivamente por la aplicación de las normas del pactado derecho inter-estatal, entonces reaparece el estado de naturaleza entre los Estados y con él, los nuevos escenarios de la guerra.

El imperio del “estado de derecho” entre los Estados nacionales —es decir, del derecho internacional público— es la única garantía, en el mundo moderno, de la resolución pacífica de los conflictos inter-estatales. Es, en otras palabras, la única garantía de la convivencia razonable entre las naciones. Para que la vigencia del derecho internacional —es decir, del derecho de gentes— sea el marco de referencia vinculante de la resolución pacífica de los conflictos inter-estatales, no debe en ningún caso, basarse en la coacción o en la negociación asimétrica. Debe basarse exclusivamente en una razón pública internacional que se constituya como lugar de origen de leyes a las cuales todos los Estados podrían darles su racional consentimiento, más allá de sus diferencias ideológicas y/o culturales.

---

5 Véase al respecto: de Kant, E. “Idea de la historia universal con propósito cosmopolita. Principio cuarto”. En *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Editorial Alba, 1999. p. 78.

6 Kant, E. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985. Traducida por Joaquín Abellán. p. 15.

7 Kant, E. *Ibid.* p. 16.

Pero, ¿cómo se construye la razón pública en el espacio local, en el espacio nacional y en el espacio internacional? ¿Cuál es y cuál debe ser su forma? ¿Cuál su contenido? Kant no aborda estas preguntas en *La Paz perpetua*. Este es un gran vacío posible de entender pero no de justificar. Todo indica que él parte del supuesto de que los individuos se deben relacionar entre sí en el espacio público en tanto sujetos racionales autónomos, fines en sí mismos, es decir, en tanto ciudadanos iguales e indiferenciados, y no en tanto individualidades diferenciadas por las costumbres. Los pueblos en tanto Estados son como los ciudadanos y se deben relacionar entre sí como sujetos colectivos autónomos, soberanos, portadores de los mismos derechos y obligaciones recíprocas. En otras palabras, los sujetos individuales o colectivos –en el estado de derecho– interactúan como valiosas mónadas culturalmente indiferenciadas.

### **El derecho de gentes y el derecho cosmopolita como los dos grandes pilares del derecho internacional público**

“El derecho de gentes (*Völkerrecht*)” concierne a “los Estados en sus relaciones mutuas (*ius gentium*)”, “el derecho político (*Staatburgerrecht*) de los hombres en un pueblo (*ius civitatis*)” y “el derecho cosmopolita (*Weltburgerrecht*) en cuanto hay que considerar a hombres y Estados, en sus relaciones externas, como ciudadanos de un estado universal de la humanidad (*ius cosmopolitanicum*)”<sup>8</sup>.

El derecho político se refiere a las normas que rigen las relaciones de los ciudadanos en tanto forman parte del pueblo representado en un Estado. En el derecho de gentes, “nosotros hemos de considerar aquí (a) los pueblos en sus relaciones mutuas en cuanto forman Estados diferentes”<sup>9</sup>. Y el derecho cosmopolita se refiere específicamente “a las condiciones de la hospitalidad universal”<sup>10</sup>, es decir al “derecho de un

8 Kant, E. *Ibid.*, p. 15.

9 Kant, E. *Ibid.* p. 21.

10 Kant, E. *Ibid.* p. 27.

extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro (pueblo o Estado)”<sup>11</sup>.

Hay pues una interrelación muy estrecha entre el derecho de gentes, el derecho político y el derecho cosmopolita. Los hombres son por un lado ciudadanos de un Estado nacional determinado que les reconoce sus derechos y les garantiza el ejercicio de su libertad bajo las leyes de dicho Estado; pero son al mismo tiempo ciudadanos del mundo y en tanto tales merecen un buen trato en todos los Estados en virtud del “derecho de visita... que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, ... teniendo que soportarse unos junto a otros y no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra”<sup>12</sup>.

Resulta por ello, a los ojos de Kant, un escándalo moral sin precedentes el trato que los llamados Estados civilizados le dieron y le siguen dando a los pueblos extranjeros. “... América, los países negros, las islas de las especias, el Cabo, etc. eran para ellos, al descubrirlos, países que no pertenecían a nadie, pues a sus habitantes no los tenían en cuenta para nada. En las Indias orientales (Indostan) introdujeron tropas extranjeras, bajo el pretexto de establecimientos comerciales, y con las tropas introdujeron la opresión de los nativos, la incitación de sus distintos Estados a grandes guerras, hambres, rebelión, perfidia”<sup>13</sup>. Con ello Kant se está refiriendo al etnocidio genocida encarnado en la colonización europea que, en nombre de la civilización y las buenas costumbres, no hizo sino llevar “la barbarie de la razón”<sup>14</sup>, con “la letanía de todos los males que afligen al género humano”<sup>15</sup>, a todos los rincones del planeta. En un mundo como el mundo moderno, en el que el desarrollo de la tecnología ha hecho posible la occidentalización del planeta, urge más que nunca la vigencia del derecho cosmopolita, pues

---

11 Kant, E. Ibid. p. 27.

12 Kant, E. Ibid. p. 27.

13 Kant, E. Ibid. p. 28.

14 Esta es la expresión con la que Giambattista Vico se refiere al “ricorso” de los tiempos modernos en la *Ciencia Nueva segunda*.

15 Kant, E. Ibid. p. 28.

“produce espanto la injusticia que ponen de manifiesto (los llamados Estados civilizados) en la visita a países y pueblos extranjeros, para ellos (visitarlos) significa lo mismo que conquistarlos”<sup>16</sup>. Pero para ello no se requiere solamente del derecho cosmopolita; se requiere sobre todo que entre en vigencia el derecho de gentes —*jus gentium*— en las relaciones entre los Estados y naciones. Ello implica la creación de una institucionalidad planetaria basada en una Constitución semejante a la Constitución del Estado republicano. Esta institucionalidad “sería una federación de pueblos que no debería ser sin embargo un Estado de pueblos”, pues “muchos pueblos en un Estado vendrían a convertirse en un solo pueblo”<sup>17</sup>.

La creación de una especie de Estado universal que se encargue de hacer cumplir el derecho de gentes en las relaciones inter-estatales es absolutamente contradictoria. El derecho de gentes es “el derecho de los pueblos en sus relaciones mutuas en cuanto forman Estados diferentes”<sup>18</sup> y un Estado universal o un Estado de pueblos los reduciría a uno solo, generándose un totalitarismo universal. Por ello Kant se muestra más bien partidario de la Federación de Estados libres antes que de un Estado de pueblos, como forma básica de la organización internacional encargada de velar por la vigencia del derecho de gentes en las relaciones internacionales.

### **Sobre la gobernabilidad de los Estados y por qué es necesaria una federación de Estados libres**

En *La Paz perpetua* Kant hace una importante distinción entre las formas de un Estado, las cuales “pueden clasificarse por las diferencias en las personas que poseen el supremo poder del Estado o por el modo de gobernar al pueblo, sea quien fuere el gobernante”<sup>19</sup>. De acuerdo al

---

16 Kant, E. Ibid. p. 28.

17 Kant, E. Ibid. p. 21.

18 Kant, E. Ibid. p. 21.

19 Kant, E. Ibid. p. 20.

primer criterio, las personas que poseen el poder del Estado pueden ser, o todas las que conforman la sociedad civil, es decir “el pueblo”, o sólo algunas o una sola. En el primer caso estamos frente a una democracia, en el segundo caso frente a una aristocracia y en el tercer caso frente a una autocracia. Pero más importante que esto es el tipo de gobernabilidad que se implementa, es decir, “el modo como el Estado hace uso de la plenitud de su poder”<sup>20</sup>. En este sentido hay que diferenciar entre gobernabilidad despótica y gobernabilidad republicana.

Es despótica cuando desde un Estado en el que no hay una clara separación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, se promulgan y ejecutan leyes arbitrariamente “con lo que la voluntad pública es manejada por el gobernante como su voluntad particular”<sup>21</sup>. Es el caso por ejemplo de las democracias despóticas.

La gobernabilidad de un Estado –sea democrático, aristocrático o autocrático– es republicana si se basa no en el uso arbitrario del poder del Estado sino en su uso racional, es decir, de acuerdo a leyes pactadas según una Constitución que sea expresión auténtica de “la voluntad general” del pueblo. Hay una gran diferencia –nos enseña Kant– entre la masa y el pueblo. Es mediante “el acto de la voluntad general por el que una masa se convierte en un pueblo”<sup>22</sup>. La voluntad general se forma en el proceso de autorregulación pública y se expresa en el respeto incondicional a la Constitución y a las leyes que son resultado de ella. La gobernabilidad republicana se basa por ello en el respeto irrestricto al estado de derecho que emerge de la autorregulación pública y en la aplicación imparcial de las leyes. Es el uso imparcial del poder, lo opuesto a su uso arbitrario. Ninguna forma de gobierno es garantía absoluta de imparcialidad en el uso del poder, ni la democrática, ni la autocrática, ni la aristocrática. En otras palabras, la gobernabilidad no es un asunto puramente procedimental. Es también un asunto sustantivo, tiene que ver con actitudes subjetivas, hábitos públicos y valores compartidos.

---

20 Kant, E. *Ibid.* p. 18.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

En un Estado republicano no existen súbditos, sino ciudadanos libres e iguales. Es decir, individuos que han optado por auto-regular su conducta frente a sí mismos y frente a los otros ciudadanos en relaciones simétricas mediante una legislación consentida por todos.

En el derecho internacional, análogamente, no existen Estados súbditos, existen Estados autónomos, soberanos, que han optado contra la violencia en sus relaciones mutuas y por lo contrario han elegido regir sus relaciones recíprocas por una legislación universal de la que todos son o pueden concebirse como co-autores libres.

“... La idea del derecho de gentes presupone la separación de muchos Estados vecinos, independientes unos de otros; y aunque esta situación es en sí misma una situación de guerra, es sin embargo mejor, según la idea de la razón, que su fusión por una potencia que controlase a los demás y que se convirtiera en una monarquía universal, porque las leyes pierden su eficacia al aumentar los territorios a gobernar y porque un despotismo sin alma cae al final en anarquía”<sup>23</sup>.

En otras palabras, es mejor una paz universal precaria que se base en el respeto irrestricto a la autonomía de los Estados al interior de una federación internacional de Estados libres<sup>24</sup>, que una “*pax imperial*” que borrando las fronteras nacionales y atropellando el principio de auto-determinación de los pueblos, se instale como una especie de “monarquía universal”.

“... Parece que Napoleón dijo, a propósito de la invasión de Rusia: “Los imperios mueren de indigestión”. Pero él no fue honesto consigo mismo. Los imperios mueren de glotonería, de su creciente apetito de poder”<sup>25</sup>. Sucumben de irracionalidad. Por querer tener al mundo entero bajo su control, hacen que estalle la anarquía, la violencia, y de esta manera se engendra un nuevo estado de

23 Kant, E. *La paz perpetua*. Ibid., p. 40

24 Léase por ejemplo Naciones Unidas. Aunque la composición actual del Consejo de Seguridad de la ONU deja mucho que desear en este sentido.

25 Rawls, J. *Derecho de gentes*. Barcelona: Paidós, 2001. p. 40. Traducido del inglés por Hernando Valencia Villa.

naturaleza que necesita ser subsumido a una legislación universal pactada por todos.

## RAWLS

“... Si no es posible una **razonablemente** justa sociedad de los pueblos cuyos miembros subordinen su poder a **finés razonables**, y si los seres humanos son en gran medida amorales, si no incurablemente egoístas y cínicos, podríamos preguntar con Kant si merece la pena que los seres humanos vivan sobre la tierra”<sup>26</sup>.

Con esta patética pregunta concluye John Rawls su *Derecho de gentes*. Lo que parece estar en juego en la pregunta es la posibilidad o no de construir en la historia humana mundos con sentido, donde la convivencia entre los ciudadanos y entre los pueblos sea fundamentalmente razonable.

### Lo racional y lo razonable

La diferencia entre lo racional y lo razonable es una distinción conceptual medular que atraviesa el núcleo del constructivismo político de John Rawls.

“... La distinción entre lo razonable y lo racional –nos dice– se remonta hasta Kant: se expresa en el distingo que él hace entre el imperativo hipotético y el imperativo categórico en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) y en sus demás escritos”<sup>27</sup>.

Lo racional en Rawls es a los imperativos hipotéticos kantianos como lo razonable en Rawls es a los imperativos categóricos. Una acción es racional si se halla concebida desde la racionalidad medio-fin y se halla motivada por un “imperativo de la habilidad” que condiciona

26 Rawls, J. *Derecho*. Barcelona: Paidós, 2001.p. 151.

27 Rawls, J. *Liberalismo político*. México: FCE ,1996. p. 67. Traducido del inglés por Sergio René Madero Báez.

la acción realizada al beneficio que se obtiene de ella. “Sabiedo que las personas son racionales no sabemos qué fines persiguen, sólo sabemos que persiguen sus fines inteligentemente”<sup>28</sup>. El comportamiento estratégico es en este sentido un comportamiento racional, pero no es un comportamiento razonable.

“... Sabiedo que las personas son razonables en lo que se refiere a las demás personas, sabemos que están dispuestas a regir su conducta por un principio a partir del cuál ellas y las demás personas pueden razonar unas con otras, y las personas razonables toman en cuenta las consecuencias de sus actos en el bienestar de las demás”<sup>29</sup>. En otras palabras, lo razonable alude a la capacidad que tenemos los seres humanos de subsumir el punto de vista yoico pre-convencional y el punto de vista de la moral societal convencional a un punto de vista universalizable; es decir, a un imperativo categórico, que nos permite razonar independientemente de nuestras creencias básicas y nuestros valores morales. Esta sumisión voluntaria a un principio universalizable es lo que nos permite —dice Rawls— deliberar racionalmente con las personas que no comparten nuestra doctrina comprensiva sobre asuntos, no de bien ni de fe, pero sí de justicia básica. “La razón pública resulta crucial puesto que imprime carácter a los argumentos ciudadanos en materia constitucional y de justicia básica”<sup>30</sup>. La sumisión voluntaria del punto de vista propio a un punto de vista universalizable es lo que permite la construcción de la razón pública, esta esencia de la democracia deliberativa.

“Los elementos esenciales de la democracia deliberativa son tres. El primero es una idea de razón pública, pues no todas las ideas de razón pública son iguales. El segundo es un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. El tercero es el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en el

---

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Rawls, J. *Derecho de gentes*. Ibid. p. 163.

comportamiento político”<sup>31</sup>. Si no hay una idea de razón pública en el sentido común de la gente y los ciudadanos no están dispuestos a participar en ella, entonces no hay democracia. La razón pública es por ello la esencia de la democracia deliberativa y el comportamiento razonable es la condición de posibilidad de la razón pública.

“... La disposición a ser razonable no se deriva de lo racional, ni se opone a lo racional, sino que es incompatible con el egoísmo, así como se relaciona con la disposición a actuar moralmente... las personas razonables toman en cuenta las consecuencias de sus actos en el bienestar de las demás”<sup>32</sup>.

Así como el imperativo categórico no se deriva ni se puede derivar de los imperativos hipotéticos, lo razonable no se deriva ni se puede derivar de lo racional; es independiente de lo racional. Dicho de otra manera, el punto de vista universal de la posición original que es propio de la disposición a ser razonable es independiente del punto de vista propio y del punto de vista societal. Y la sumisión del punto de vista propio a un punto de vista universalizable es lo que permite la construcción de la razón pública. Presupone dejar artificialmente fuera de circuito las creencias y los valores propios de nuestras doctrinas comprensivas, o, lo que Rawls denomina metafóricamente desde la Teoría de la Justicia, el “velo de la ignorancia”. La idea de que el velo de la ignorancia es la condición de posibilidad de la justicia como imparcialidad forma parte sustantiva del derecho anglosajón. En la jurisprudencia anglosajona se sostiene por ello que el veredicto de un juez es justo y razonable sólo si de él no se puede inferir si el juez que dio la sentencia es hombre o mujer, católico, musulmán o agnóstico. La práctica de la justicia no es por ello una fantasía irrealizable, es una posibilidad real que presupone en quien la practica la disposición a ser razonable.

---

31 Ibid.

32 Ibid. Rawls, J. *Liberalismo político*. México: FCE, 1996. p. 67. Traducido del inglés por Sergio René Madero Báez.

## **El pluralismo razonable no es una fantasía, es una posibilidad realizable**

En un mundo como el de hoy, en el que las utopías se hallan deslegitimadas y desterradas en el reino del olvido, parecería que apostar por la esperanza en un mundo razonable es apostar por una quimera sin sentido.

Pero “... si no es posible una **razonablemente** justa sociedad de los pueblos cuyos miembros subordinen su poder a **finés razonables**, y si los seres humanos son en gran medida amorales, si no incurablemente egoístas y cínicos, podríamos preguntar con Kant si merece la pena que los seres humanos vivan sobre la tierra”<sup>33</sup>. La apuesta por la convivencia justa y el pluralismo razonable es lo que le da sentido a nuestras vidas individuales y *télos* a la praxis política. Pero si esto es una vana fantasía, entonces no nos quedaría otra alternativa que resignarnos a subir inútilmente cual Sísifos a una cumbre a la que no sólo no llegaremos jamás, si no a tener que empezar eternamente de nuevo a andar interminable y absurdamente caminos inútilmente ya recorridos en la historia.

Sin embargo, justo es decir que hay que diferenciar entre utopías irrealizables y utopías realizables. Las utopías irrealizables nos pintan una escena ideal imposible de alcanzar desde la labilidad de nuestra existencia finita y de la contingencia de nuestra historia. Son utopías engañosas en nombre de las cuales –con mucha frecuencia en el siglo XX– se postergaron innecesariamente las libertades individuales y se justificó el autoritarismo y el terrorismo de Estado. Las utopías realizables son aquellas que crean posibilidades históricas sin postergar el presente en función de futuros inciertos. El liberalismo político es una de ellas. Pero no hay un solo tipo de liberalismo político.

---

33 Rawls, J. *Derecho*. Barcelona: Paidós, 2001.p. 151.

“Existen –nos dice Rawls– muchos liberalismos y por consiguiente muchas formas de razón pública... La justicia como equidad, abstracción hecha de sus méritos, es apenas una entre varias”. Con esto Rawls estaría contextualizando lo sustantivo de la teoría liberal de la justicia y admitiendo desde allí la legitimidad de otras formas de entender y practicar la justicia desde contextos culturalmente iliberales. La concepción política de la justicia es una concepción sujeta a variaciones y renovable en un marco de pluralismo razonable. Y “... es importante que así sea. De lo contrario, las reivindicaciones de los grupos o los intereses vinculados al cambio social pueden ser reprimidos y carecer de expresión política apropiada”<sup>34</sup>.

### ¿Por qué es necesario un nuevo derecho de gentes?

“La idea de pueblos y no de Estados es crucial en este punto: nos habilita para construir motivos morales a los pueblos como actores, que no podemos predicar de los Estados”<sup>35</sup>.

A diferencia de Kant, para quien “los pueblos en cuanto Estados, pueden considerarse como individuos”<sup>36</sup>, Rawls nos propone considerar a los pueblos también como individuos pero independientemente de su relación con los Estados. Esto es posible hacerlo porque de alguna manera Rawls se ha liberado de la concepción ilustrada del “pueblo” como totalidad indiferenciada y de la voluntad general como atributo de un sujeto abstracto identificado con el Estado.

El pueblo del que nos hablan los ilustrados como Rousseau y Kant es un sujeto colectivo, éticamente indiferenciado con conciencia y voluntad general. “El Pueblo” no reconoce las diferencias étnicas o culturales que existen al interior suyo. Para los modernos no existen pueblos diferenciados en plural al interior de los Estados nacionales. Para ellos existe “el Pueblo” y el Estado republicano es expresión suya,

34 Rawls, J. Ibid. p. 165.

35 Rawls, J. *Derecho de gentes*. Ibid. p. 29.

36 Kant E. *La paz perpetua*. p. 319.

representa “la voluntad popular”. La identificación Estado nacional-pueblo posee un sesgo, a mi juicio, claramente totalitario. Porque si identifico al Pueblo con el Estado, entonces quien se opone al Estado se opone al Pueblo, se opone a la voluntad general, es un pésimo ciudadano, un antipatriota, etc. Todo está listo así para que el Estado, en nombre del Pueblo, juzgue a sus adversarios y si es necesario los ejecute, como sucedió en la revolución francesa y en la revolución comunista<sup>37</sup>.

El cuestionamiento del carácter homogeneizante del concepto ilustrado de Pueblo y el carácter totalitario de la identificación entre el Pueblo y el Estado republicano es un asunto aún discutido hoy en día. La antropología cultural sin embargo nos ha enseñado que no existe algo así como el Pueblo. Lo que en realidad existe más bien es una diversidad de grupos cultural y lingüísticamente diversos. Para nombrar dichas diferencias, la antropología acuña el concepto de “etnia”.

“Etnia es un término nuevo. En las ciencias sociales sólo se empleó a partir de este siglo (el siglo XX), en competencia con otros neologismos eruditos como “*etnos*”<sup>38</sup>. Se utiliza para identificar a colectivos humanos que comparten una lengua y una cultura. “Grupos étnicos o etnias pueden entenderse como colectividades que se identifican ellas mismas o son identificadas por los otros precisamente en términos culturales”<sup>39</sup>. Sin embargo, el concepto ilustrado de Pueblo invisibiliza las diferencias étnicas, subsume la pluralidad de voluntades colectivas que habitan un mismo Estado-nación, a una supuesta “voluntad general”, reduce la diversidad concreta a una unidad abstracta. Las etnias incluso “pueden reivindicar una “nacionalidad” (aunque no son lo mismo) o

---

37 El concepto ilustrado de Pueblo —el “*demos*” de los modernos— atraviesa luego la historia del comunismo, que fiel a la identificación del Pueblo con el Estado, hizo del Estado comunista una tiránica Dictadura del proletariado (es decir, del Pueblo). Las diferencias étnicas y culturales fueron borradas en la teoría y pretendieron ser anuladas en la práctica. Los resultados de estas políticas etnocidas en nombre del Pueblo son hoy bastante conocidas y se encuentran escrupulosamente documentadas por lo acontecido en la ex-Yugoslavia y la ex-Unión soviética.

38 Villoro, Luis. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México-Barcelona-Buenos Aires: 1999. p. 19.

39 Stavenhagen, R. *The ethnic Question*. Tokio: United Nations University Press. 1990. p. 2

considerarse como una “minoría”<sup>40</sup> dentro de un mismo Estado. El Estado nacional ilustrado impide la manifestación de la diversidad en el espacio público; la reduce a un asunto privado. El laicismo francés es en este sentido una clara expresión del eurocentrismo tácito del Estado republicano ilustrado.

A diferencia del concepto ilustrado de “pueblo”, “en el derecho internacional actual, el derecho de los pueblos ha adquirido especial importancia por aparecer ligado al concepto de “autodeterminación”. Antes de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional no hacía mención expresa a los derechos de los sujetos colectivos. Posteriormente en cambio, en el marco de la ONU, aparecen al lado de los derechos individuales la figura de los derechos colectivos, y entre ellos el “derecho de los pueblos”<sup>41</sup>. Para el derecho internacional un colectivo humano constituye un “pueblo” sólo si cumple con dos condiciones: primero, si posee “una identidad evidente y características propias” y segundo, “una relación con un territorio, aún si el pueblo en cuestión hubiera sido expulsado injustamente de él y reemplazado por otra población”. En este sentido, se puede decir por ejemplo con propiedad –es decir, en sentido jurídico– que los palestinos, los kurdos, o los vascos por ejemplo son pueblos sin Estado. Los mayas, los aymaras, los napurunas o los asháninkas son para el derecho internacional un tipo especial de pueblos: a saber, pueblos indígenas. En el concierto internacional los pueblos indígenas son los pueblos originarios propios de las sociedades post-coloniales. El Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales” de 1989 es al respecto fundacional. A partir de un estudio de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, Gross Espiell llega a la conclusión de que en el sistema de Naciones Unidas el concepto de “Pueblo” se aplica “cualquier forma particular de comunidad humana unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en vistas a un porvenir común”<sup>42</sup>.

---

40 Villoro, Luis. *Ibid.* p. 20.

41 Villoro, Luis. *Ibid.* p. 20

42 Gross Espiell, H. *Le droit à l'autodétermination: application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*. New York: NNUU, 1979. p. 9.

No basta compartir una lengua y una cultura común para poder ser tipificado como “pueblo” por la ONU y ser así beneficiario de la legislación internacional sobre derechos de los pueblos. Para ser beneficiario, por ejemplo, de la legislación proteccionista actual sobre pueblos indígenas, se requiere que el grupo étnico potencialmente beneficiario se autodenomine “indígena” y se autoidentifique frente a los demás como colectivo etno-identitario “en vistas a un porvenir común”, y disponga de una referencia compartida a un territorio determinado. Desde este punto de vista por ejemplo, los quechuas del Perú no constituyen un pueblo indígena, pues, en primer lugar, no se auto-identifican como indígenas sino como campesinos y, en segundo lugar, no se proyectan en común como colectivo unificado ni disponen de una referencia territorial compartida.

En el capítulo 2 del *Derecho de Gentes (Law of people)*, titulado: “¿Por qué pueblos y no Estados?”, Rawls sostiene que la diferencia entre los pueblos liberales y los pueblos iliberales es que “Los pueblos liberales tienen tres características básicas: un régimen razonablemente justo de democracia constitucional que sirve a sus intereses fundamentales, unos ciudadanos unidos por lo que John Stuart Mill llamaba “simpatías comunes”, y finalmente una naturaleza moral”. Y añade: “La primera característica es institucional, la segunda es cultural y la tercera requiere la adhesión firme a una concepción política y moral de la justicia y equidad”<sup>43</sup>.

Las “simpatías comunes” a las que se refiere Mill aluden a lo que él mismo denomina como “el sentimiento de nacionalidad”, es decir, de conciencia de pertenencia a una comunidad unida por razones culturales. “... A veces es el efecto de la identidad de raza y descendencia. La comunidad de lenguaje y de religión contribuye mucho a ello... la comunidad de recuerdos; orgullo, humillación, placer y pena de carácter colectivo, en relación con el mismo pasado”<sup>44</sup>.

43 Rawls, John. *Derecho de gentes*. Barcelona- Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 35. Traducido del inglés por Hernando Valencia Villa-

44 Mill J.S. *Collected Works*, vol XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977.pag. 546.

Así como no hay razón suficiente para establecer una relación necesaria entre Estado y pueblo, tampoco la hay para establecer una relación inmediata entre el Estado y una determinada nacionalidad. “... Considero que la idea de nación es distinta a la de Estado o gobierno y la interpreto en relación con un orden de valores culturales”<sup>45</sup>. Esto es muy cierto, porque a decir verdad, en el mundo contemporáneo se ha puesto en evidencia que la identificación entre Estados concretos y nacionalidades específicas es más política que real. Hay nacionalidades sin Estado y Estados que contienen una diversidad de nacionalidades subalternas cuyas lenguas y culturas se hallan excluidas de la esfera pública de la convivencia nacional.

La historia le está dando la razón a Rawls. En un momento en el que los Estadosnacionales han entrado en un período de crisis de autonomía e identidad, lo étnico irrumpe en la política y por todos lados han empezado a aflorar con fuerza los nacionalismos culturales y los fundamentalismos étnicos. Muchas de las principales guerras y conflictos del mundo contemporáneo se desarrollan a ese nivel.

Se hace por ello necesario un nuevo “derecho de gentes” que regule las relaciones, no sólo entre los Estados nacionales, sino sobre todo entre las nacionalidades étnicas y los Estados nacionales, o más específicamente, entre los pueblos occidentales de tradición liberal y los pueblos no-occidentales de tradición iliberal.

“... Al extender el derecho de gentes a los pueblos liberales hay que determinar hasta dónde los pueblos liberales deben tolerar a los pueblos no liberales. En este contexto, tolerar significa no sólo abstenerse de imponer sanciones políticas, militares, económicas o diplomáticas a un pueblo para obligarlo a cambiar sus costumbres. Tolerar significa también reconocer a los pueblos no liberales como miembros iguales y de buena fe de la sociedad de los pueblos”, pues “si todas las sociedades debieran ser liberales, entonces la idea de

---

45 Rawls, J. Ibid. Nota 4. p. 36.

liberalismo político sería incapaz de expresar la debida tolerancia por otras formas aceptables de ordenar la sociedad”<sup>46</sup>.

### **Kazanistán: o del Imperio otomano como ejemplo de pluralismo razonable**

Las sociedades razonables, es decir, bien ordenadas, pueden ser sociedades de tradición liberal o de tradición iliberal. Después de todo, sería contradictorio con sus propios principios que el liberalismo sólo tolerara a las sociedades liberales, porque la tolerancia se practica, no con el semejante, sino con el diferente. La expresión “liberalismo ortodoxo” es por ello una flagrante contradicción de inicio a fin. La promoción y el respeto a la heterodoxia es la esencia de la tolerancia, es su condición de posibilidad y por ende no puede estar ausente del pluralismo razonable. No hay una sino muchas maneras de ser razonables y practicar adecuadamente la tolerancia en la vida política: el liberalismo político democrático es una de ellas. Pero en las tradiciones iliberales también encontramos ejemplos de convivencia razonable de las que tenemos mucho que aprender.

En la primera parte del *Derecho de gentes* dedicada a la “la teoría ideal”, Rawls nos describe lo que es un “tipo ideal” de sociedad jerárquica iliberal tolerante y bien ordenada. A ese tipo ideal Rawls lo denomina con el nombre ficticio de Kazanistán. Pero en su descripción de Kazanistán Rawls no hace sino describir en rasgos generales lo que fue el imperio otomano. “... La doctrina que atribuyo a los dirigentes de Kazanistán era la del islam hace varios siglos. El Imperio Otomano toleraba a judíos y cristianos y los invitaba a su capital, Constantinopla”<sup>47</sup>. Duró desde 1456 hasta la caída del imperio otomano a raíz de la primera guerra mundial. ¿Cómo hicieron para evitar las guerras étnicas o religiosas durante cerca de cinco siglos? En “el sistema de los *millet*” los judíos, los musulmanes, los griegos

---

46 Rawls, J. *Derecho de gentes*. p. 73.

47 Rawls, J. *Derecho de gentes*. p. 89.

ortodoxos y los armenios ortodoxos se autogobernaban con sus propias leyes, códigos y tribunales internos. Practicaban sus respectivas religiones y hablaban sus propias lenguas. Los no musulmanes tenían algunas restricciones como por ejemplo no poder hacer proselitismo o construir templos sin autorización. Además que estaban obligados a pagar impuestos especiales como contrapartida al hecho de que no estaban obligados a hacer servicio militar. El sistema de los *millet* del Imperio Otomano funcionó como una federación de teocracias, pues la identificación de la autoridad política con la autoridad religiosa es una creencia común aun en nuestros días entre los judíos, los armenios ortodoxos, los griegos ortodoxos y los musulmanes. No es pues un sistema democrático liberal basado en la separación del Estado y las iglesias, e incluso, no estaban prohibidas las restricciones internas a la autonomía individual de las personas. Sin embargo, era una forma de gobierno “bien ordenada” (una jerarquía consultiva “decente”) porque al interior de ella se garantizaba el derecho de gentes; aunque en verdad se le garantizaba parcialmente.

Se podrían dar muchos otros ejemplos de tipos de sociedades jerárquicas bien ordenadas, no-occidentales, que merecen ser respetadas e incluídas como interlocutores válidos en la sociedad de naciones.

### **El derecho de gentes como contenido de la razón pública entre pueblos liberales y pueblos iliberales**

“¿...Cuál puede ser la base para una sociedad de los pueblos que tenga en cuenta las razonables diferencias entre los pueblos, con sus instituciones, lenguajes, culturas, historias, ubicaciones y experiencias diversas?”<sup>48</sup>.

La propuesta de Rawls que comparto plenamente es que el puente, es decir, la base común que hace posible el diálogo y la deliberación

---

48 Ibid. p. 67.

pública entre los pueblos liberales y los pueblos iliberales es y debe ser “un derecho de gentes no etnocéntrico”. “El derecho de gentes, con sus conceptos, principios, criterios e ideales políticos, es el contenido de la razón pública”<sup>49</sup>.

La sociedad de los pueblos debe basarse en “un derecho de gentes no etnocéntrico”, que dé cabida “a varias formas de asociación y federación entre los pueblos pero no propondrá un Estado mundial. Sigo aquí a Kant en *La Paz perpetua* en cuanto a que un gobierno mundial sería un despotismo global o un frágil imperio desgarrado por frecuentes guerras civiles, en la medida en que pueblos y regiones tratarían de alcanzar libertad y autonomía”<sup>50</sup>.

La renovación de la sociedad de los pueblos –léase el sistema actual de las Naciones Unidas– desde, en primer lugar, un –todavía incipiente– derecho de gentes no etnocéntrico y, en segundo lugar, una federación de pueblos y Estados libres con poder vinculante, es de una necesidad impostergable para evitar que siga en ascenso la espiral de violencia de los tiempos presentes.

---

49 Ibid.

50 Ibid. p. 49.

## Referencia bibliográfica

Gross Espiell, H.

1979 *Le droit à l'autodétermination: application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*. New York: NNUU.

Kant, E.

1985 *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos. Traducida por Joaquín Abellán.

1999 “La paz perpetua”. En: *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba Editorial.

1999 “Idea de la historia universal con propósito cosmopolita. Principio cuarto”. En *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Editorial Alba.

Mill J.S.

1977 *Collected Works*, vol XIX. Toronto: University of Toronto Press.

Rawls, John

1996 *Liberalismo político*. México: FCE.

2001 *Derecho de gentes*. Barcelona-Buenos Aires: Paidós

Villoro, Luis

1999 *Estado plural, pluralidad de culturas*. México-Barcelona-Buenos Aires.

Stavenhagen, R.

1990 *The ethnic Question*. Tokio: United Nations University Press.



# ALGUNAS APROXIMACIONES AL DEBATE CONSTITUCIONAL ANGLOSAJÓN CONTEMPORÁNEO

*Jorge H. Sánchez Pérez<sup>1</sup>*

## **Resumen**

El continuo interés en el debate sobre derecho constitucional se configura como el área de investigación más importante dentro del campo del derecho en Latinoamérica. Considero que este interés se puede ver reforzado por el debate actual en la familia del Derecho Común (*Common Law*). Por tal motivo este paper se presenta como una breve introducción al estado del debate en el Derecho Civil. Se presentarán tanto el originalismo como el constitucionalismo del árbol vivo, en función de mostrar sus fortalezas y debilidades.

**Palabras clave:** derecho constitucional, derecho común, derecho civil, originalismo, constitucionalismo

## **Abstract**

The continued interest on constitutional law debate is set up as the most important area in the field of Latin America law. I believe that this interest can be seen reinforced by the current debate about family in Common Law. Therefore this paper presents a brief introduction to the state of the debate in the Civil Law. Originalism and constitutionalism of the living tree is presented in order of showing their strengths and weaknesses.

**Keywords:** constitutional law, Common Law, Civil Law, originalism, constitutionalism

---

1 PhD in Philosophy Student en McMaster University, [Sanchej@mcmaster.ca](mailto:Sanchej@mcmaster.ca)

## INTRODUCCIÓN

El debate en materia constitucional en Latinoamérica se centra alrededor de la noción del neoconstitucionalismo. Sin embargo, esta noción ha sido desafiada como una teoría de interpretación constitucional por la literatura contemporánea (Fabra 2015). En el sistema anglosajón, donde predomina el “*Common Law*”, las tendencias son otras y responden a un contexto de institucionalidad mucho más marcada que en nuestra región. Asimismo, el aparato conceptual que da lugar a este debate tiene una estructura sofisticada y completa, a diferencia del neo-constitucionalismo, que carece de tales elementos. El presente texto introducirá al lector a las dos corrientes contemporáneas que sirven para evaluar sus debates constitucionales. Sin profundizar mucho en el tema, buscaré mencionar algunas fuentes que pueden servir al lector a introducirse en la literatura y los problemas que enfrenta esta corriente.

## ORIGINALISMO

El originalismo es una teoría de interpretación constitucional que busca interpretar la norma siguiendo el significado directo de la misma. Asimismo, cuando la norma presente vaguedad o indeterminación, debería apelarse a diferentes estrategias que nos permitan comprender el sentido original de la misma. Esto parece ser una respuesta bastante directa y, algunos podrían decir, hasta intuitiva. Sin embargo, el recientemente fallecido Joseph Scalia, juez de la corte suprema de los Estados Unidos de América, mostró que esta visión puede llevar a conclusiones muy controversiales. Mediante el uso de esta teoría de interpretación llegó a justificar la oposición a los derechos de los homosexuales, al sistema universal de salud, a las acciones afirmativas, entre otras. Asimismo, postulaba que en base a una lectura originalista de la constitución de su país, se podría aceptar la criminalización de inmigrantes, la posibilidad de que las personas porten armas tales como un lanzamisiles, e incluso llegó a afirmar que la Constitución no prohíbe expresamente la discriminación entre hombres y mujeres. Para comprender esta teoría de interpretación, presentaré primero una

división dual y luego una triple. Esto me permitirá mostrar las diferentes variables que puede tomar esta teoría.

En primer lugar, tenemos la división entre el “*simple-minded originalism*” (de ahora en adelante originalismo simplista u OS) y el “*original public meaning*” (de ahora en adelante significado público original o SPO). Esta división es importante para la presentación y defensa del primero que lleva a cabo Larry Alexander. Cuando hablamos de OS, hablamos de una teoría de interpretación que prescribe el descubrimiento o apertura al significado de las palabras que manejaban los autores de una Constitución (Alexander, 2011, p. 2). Así, cuando un operador jurídico interprete la norma, debe hacerlo de acuerdo con lo que los autores de tal norma pensaron al hacerlo o en base al significado que tenían las palabras cuando la norma fue escrita. Por otro lado, al hablar de SPO, nos referimos a la búsqueda del significado de las palabras que era vigente en la sociedad. Es decir, no importa el significado especial que los legisladores tuvieron en mente, importa lo que en su momento la sociedad entendía por esas palabras.

En segundo lugar, tenemos la división que hace Heidi Hurd del originalismo como fue presentado por Alexander y Sherwin. Para ella es posible identificar tres formulaciones del originalismo que pueden enmarcar a todas las demás. Cada una de éstas podría ser leída como una teoría independiente, pero para efectos del presente trabajo se presentarán como versiones del originalismo. La primera versión es aquella donde se afirma que la ley tiene una autoridad de tipo influencial. La segunda versión es aquella donde se afirma que la ley tiene autoridad de tipo práctico. Finalmente, la tercera versión es aquella que busca interpretar la ley en base a la autoridad teórica de la ley. Cada una de estas versiones requiere ser explicada de forma independiente, en función de identificar el elemento central de cada una, así como la principal crítica que se les puede hacer.

La autoridad influencial busca que la persona siga la norma escrita de forma tal que se pueda identificar el significado que le atribuían los que la redactaron (legislador de ahora en adelante). Así, si un juez se

enfrenta a una situación, ya sea ambigua o no, lo primero que debe hacer es buscar las intenciones de los autores. Esto, en principio, busca que tanto la interpretación como la aplicación de la ley a casos concretos sea gobernada por tales intenciones. Si uno adopta este tipo de lectura, se deriva una aceptación implícita de la premisa de que la ley está proporcionando una razón adicional para la acción (Alexander, 2011, p.14).

Uno de los grandes problemas que presenta esta lectura es el conteo doble. Este problema reside en el hecho de que el usuario ya tiene razones determinadas para la acción y la ley, en este caso la que se quiere presentar como directa y clara, sirve únicamente para justificar tal acción. Es decir, se asume que la ley provee de nuevas razones cuando en realidad está respaldando la razón original para la acción. Esto genera una apertura a la distorsión de lo que el texto originalmente señala y, por ende, se puede terminar por favorecer la conveniencia del usuario. Si es que uno se inclina por este camino, puede terminar favoreciendo las intenciones originales y no las del legislador (Alexander y Sherwin, 2008, pp. 10-14).

La segunda versión presentada es la de la autoridad práctica. Esta versión tiene como punto central la afirmación de que la ley no proporciona al usuario razones adicionales para la acción, sino que provee de nuevas razones para la misma. Esta forma de comprender la autoridad de la ley radica en el hecho de que la ley debe ser obedecida debido a sus cualidades especiales. Para esta formulación, los legisladores tienen un conocimiento elevado de los asuntos sobre los cuales legislan. Este conocimiento se ve reflejado en el uso y significación de las propias palabras utilizadas.

Acá se atribuye un cierto valor moral a la ley. Se le considera una solución directa a cualquier problema debido a que si se respeta el supuesto “la ley es la ley” se estaría garantizando un bienestar a toda la comunidad (Alexander y Sherwin, 2008, pp.14-22). En aquellos casos en los cuales la ley sea imprecisa, el actor jurídico que tenga a su cargo la interpretación deberá intentar identificar el sentido que le quiso atribuir el legislador.

Esta versión del originalismo presenta diversos problemas. En primer lugar, se exige a los operadores jurídicos que rechacen el uso de la razón propia, en función de aceptar la de la ley. En segundo lugar, se asume que el mandato de la ley debería ser suficiente para resolver los problemas que se presenten ante el operador jurídico. Este razonamiento lleva a descartar la intención del legislador como un elemento relevante para el análisis de la ley. Lo paradójico de esta versión del originalismo es que, ante la presencia de algún tipo de ambigüedad en la norma, se vuelve a depender de un análisis de las intenciones del legislador. Si es que una ley tiene dos posibles interpretaciones, esta versión nos deja con la pregunta ¿cuál usar?

La versión final del originalismo que presentaré es la de la autoridad teórica. Esta versión del originalismo apela a reconocerle a la ley un tipo de autoridad práctica, mientras que se reserva el derecho de evaluar tales juicios de valor. Como vimos en la versión de la autoridad influyente, esto implica brindarle al operador jurídico nuevas razones para llevar a cabo una determinada interpretación de la ley. De tal forma se reconoce un tipo de autonomía a este último, en función de reconocer las capacidades deliberativas de los individuos. Sin embargo, debido al valor de la norma como elemento central de la vida política de los sujetos, se prefiere que se siga lo indicado por la misma en la mayoría de casos. Además, debido al costo (tiempo, esfuerzo, etc.) que presenta a los usuarios este tipo de análisis, es comprensible que se prefiera apelar a la norma como referencia de acción. Pero esta formulación reconoce que es posible que una norma adquiera una forma que pueda llevar a interpretaciones ambiguas o poco claras. En ese caso se debería apelar a la intención del legislador para resolver tal problema.

Los diversos problemas del originalismo saltan a la luz de forma rápida. En primer lugar, al hablar de Constituciones que han perdurado por mucho tiempo, ¿cómo es posible argumentar que las palabras signifiquen lo mismo ahora que hace doscientos años? ¿Cómo puede llegarse a conocer las intenciones reales de las personas que escribieron las normas, siendo que estas personas murieron hace cientos de años? ¿Un documento redactado hace cientos de años o incluso hace

décadas, puede vincular a las personas en el futuro de la misma forma que lo hizo al principio?

## CONSTITUCIONALISMO DEL ÁRBOL VIVO

Una forma de superar tales dificultades es la que propone el constitucionalismo del árbol vivo. Esta teoría de la interpretación tiene por eje central reconocer que las constituciones son entidades vivas y en constante evolución. Por tal motivo, es tan innecesario como erróneo reducir las Constituciones, y su interpretación, a las intenciones originales o al significado de las palabras de los legisladores que las crearon. Esto se vuelve más claro cuando analizamos el componente ético detrás de las construcciones jurídicas tales como “el derecho al libre tránsito” o el “derecho a la libertad personal” o “el derecho a la igualdad”. La interpretación de todos esos derechos ha ido mutando a lo largo del tiempo, permitiendo que su aplicación se vincule a los tiempos donde tales derechos fueron discutidos. Dentro de los principales aportes del constitucionalismo del árbol vivo es que, al no recurrir al documento como elemento fijo y estático de interpretación, puede evitar las preguntas que se derivan de tal enfoque. Preguntas tales como ¿cuáles fueron las intenciones de los legisladores? ¿Cuál es el significado "exacto" de las palabras que se usan? Asimismo, permite que el enfoque sea la actualidad en función de superar problemas presentes. Dentro de esta escuela, dos de los autores más representativos son David Strauss y Wil Waluchov. En su desarrollo teórico han buscado desarrollar modelos interpretativos tanto para los Estados Unidos de América como para Canadá, respectivamente.

Sin embargo, la idea de que el juez tiene por función desarrollar una interpretación constitucional amplia, en base tanto a principios como a la realidad del momento, podría abrir la caja de Pandora. Estamos ante un modelo que fácilmente podría derivar en la construcción constitucional y no quedarse en la interpretación.

En ese sentido, si el juez empieza a construir la Constitución mientras la interpreta, una nueva pregunta aparece: ¿para qué sirve la

Constitución si el juez constitucional es "todopoderoso"? Asimismo, una cuestión de legitimidad aparece. Uno de los principios más importantes que hemos recibido de la Ilustración es la separación de poderes. La propuesta de controles y balances de autores como John Locke y, en una forma más similar a la actual, Montesquieu, tiene valor como elemento de estabilidad del poder político. Si un solo poder, el tribunal constitucional, tiene en sus manos la posibilidad de "creación" del derecho en base a su interpretación, podríamos romper con esta separación. Al final, podría argumentarse, estaríamos frente a poderes no electos democráticamente decidiendo en materia política.

A pesar de todos estos problemas, tiene gran mérito en lo postulado por el constitucionalismo del árbol vivo. El esfuerzo por tratar de actualizar principios de orden constitucional en función de responder a las necesidades modernas, no es un trabajo fácil. La dificultad teórica que busca superar es la de alcanzar una comprensión de la filosofía política y moral detrás de los procesos jurídicos, que alcanzan el clímax del debate en el ámbito constitucional.

Una de las formulaciones más interesantes de esta forma de interpretación se presentó en el caso "Marsh v. Chambers" de 1983, donde en una decisión disidente los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América Brennan y Marshall indicaron que:

"...los miembros del primer Congreso deben ser tratados, no como figuras sagradas cuyas acciones deben ser emuladas, sino como los autores de un documento que tenía por meta sobrevivir al paso del tiempo. En efecto, el debido respeto por los legisladores originales nos prohíbe asumir una concepción tan estática e inerte de su trabajo. En mi mente, el enfoque que ha tenido la Corte (Suprema), en un solo y obtuso elemento de la historia, es, en un sentido fundamental, una traición a las lecciones de la historia..."

## IDEAS FINALES

Para Marmor (2008), la división es importante en términos del lenguaje usado. El debate puede ser planteado en términos de las diferencias

entre aquellos que defienden una visión dinámica del texto constitucional y de aquellos que la ven como una unidad estática. Esta incorporación de la filosofía del lenguaje es un paso relativamente nuevo para la interpretación constitucional y se encuentra en proceso de profundización por la academia.

Finalmente, es relevante notar que mucho del constitucionalismo anglosajón deriva de una tradición constitucional que no existe en muchos países de Latinoamérica, y menos en Perú. En nuestro medio la idea de que la Constitución es un documento que puede ser cambiado ante los designios de un presidente u ordenamiento legislativo particular, debe ser rechazada. Las Constituciones tienen valor como entidades que brindan estabilidad a diversas sociedades. Modificarlas, más allá de las propias formas que la Constitución brinda, no provee un mejor marco de trabajo, sólo destruye la búsqueda de institucionalidad a la que cualquier sociedad que quiera paz social debe apuntar.

## Referencias

Alexander, L.

2011 Simple-minded Originalism. In Grant Huscroft & Bradley W. Miller (eds.), *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*.

Alexander, L. and Sherwin, E.

2008 *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press .

Berman, M. N.

2011 Constitutional Interpretation: Non-originalism En *Philosophy Compass*, 6: (6), pp. 408–420

Brink, David O.,

2014 Originalism and Constructive Interpretation (September 3, 2014). San Diego *Legal Studies Paper* No. 14-167.

Fabra, J y Núñez, A. (Eds.)

2015 *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Goldsworthy, J.

2009 Constitutional Interpretation: Originalism. En *Philosophy Compass*, 4 (4), pp. 682–702.

Hurd, Heidi M., *Interpretation Without Intentions*

2015 University of Illinois, College of Law Legal Studies, Research Paper No. 15-31.

Marmor, A.

2008 The Pragmatics of Legal Language. En *Ratio Juris* 21 (4), pp. 423-452

Perry, J.

2011 Textualism and the Discovery of Rights. En A. Marmor & S. Soames (Eds.) *Language in the Law*, (pp.105-129), Oxford: Oxford University Press.

Waluchov, W.J.

2007 *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. New York: University Press. Cambridge.

Weber, G.

2012 *The negotiable constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.



# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ESTADO AUTORITARIO A PROPÓSITO DEL CASO “DIARIOS CHICHA”

*Gilmer Alarcón Requejo*

## **Sumario**

Introducción; decisión judicial y premisas del proceso; acuerdos y desacuerdos teóricos sobre el Estado autoritario; el estado de excepción y los gastos reservados. Más señas del Estado autoritario; razón de estado y perpetuación en el poder; la argumentación jurídica y su compromiso con la idea de un Estado democrático de derecho.

**Palabras clave:** decisión judicial, estado autoritario, Estado democrático de derecho.

## **Abstract**

Introduction; judicial decision and assumptions of the process; agreements and theoretical disagreements over the authoritarian state; the state of emergency and reserved costs. More signs of the authoritarian state; national interest and perpetuation in power; legal argumentation and commitment to the idea of a democratic rule of law.

**Keywords:** judicial decision, authoritarian state, Estado democrático de derecho, democratic rule of law.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo se centra en la sentencia del caso “Diarios Chicha”. Se hace una exploración de los argumentos jurídicos que permitieron a los jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima condenar a Alberto Fujimori a 8 años de pena

privativa de la libertad, por el delito contra la administración pública-peculado doloso, en agravio del Estado.

Se afirma, pese a la justicia de la decisión, que están ausentes algunas precisiones conceptuales sobre el Estado autoritario, las que hubieran permitido alcanzar un mayor grado de coherencia de la decisión con las exigencias del Estado democrático de Derecho, entre ellas, el proceso democrático y las libertades comunicativas. La sentencia fue dictada el 8 de enero del 2015 y fue apelada por el condenado ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, cuyo fallo está pendiente<sup>1</sup>.

## DECISIÓN JUDICIAL Y PREMISAS DEL PROCESO

Iniciado el proceso, la Fiscalía formuló denuncia penal contra Alberto Fujimori Fujimori por el delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en agravio del Estado, solicitando se le imponga ocho años de pena privativa de la libertad. La acusación fiscal atribuye a Fujimori, en su condición de Presidente de la República, haber ordenado entre los años 1998 a 2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) por un monto aproximado de ciento veintidós millones de nuevos soles, bajo la denominación de “Gastos Reservados”, fondos que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados “Diarios Chicha”, para favorecer su campaña de reelección presidencial correspondiente al periodo 2000-

---

1 Cabe mencionar que en el año 2005, sobre los Diarios Chicha, en el conocido “caso madre”, se dictó una sentencia por la que se condenó a varios civiles y militares, quienes actuaron de manera concertada y sistemática con Alberto Fujimori. Desviaron cerca de ciento veintidós millones de soles para el pago de las líneas editoriales de los periódicos que habían caído bajo la red de corrupción gubernamental, a través del Servicio de Inteligencia Nacional. Estaba pendiente el juzgamiento de Fujimori. Se tuvo que esperar hasta el 2012. Fue cuando la sentencia extraditoria de la Corte Suprema de Chile resolvió acceder a la ampliación de extradición solicitada por el Gobierno de Perú, permitiendo su jurisdicción y competencia sobre este caso.

2005. Diarios con los que se manipuló a la opinión pública, denostando de los adversarios políticos.

En su defensa el acusado Alberto Fujimori alegó que no tenía ninguna relación con los denominados Diarios Chicha. No los necesitaba para ganar las elecciones, dado que su campaña se caracterizó por ser espontánea y desarrollada en el marco de una total libertad de expresión. Negó haber autorizado transferencias de fondos públicos para alentar su campaña. Que no supo de la existencia del “aula gris” o “puesto de campaña” para su reelección en las instalaciones del SIN. Sobre Montesinos Torres, afirmó que a veces era su intermediario con los comandantes generales del ejército, pero al final de su mandato, llegó a descubrir irregularidades en el desempeño funcional en su calidad de asesor del SIN, lo que motivó su fuga. Que él no dispuso que Vladimiro Montesinos manejara gastos reservados para el pago a los denominados “Diarios Chicha”. Negó, también, haber ordenado que las fuerzas armadas y la policía nacional participaran en su campaña de reelección presidencial.

La Sala Penal, luego de actuar diversas pruebas tomó la decisión de condenar a Fujimori como autor del delito Contra la Administración Pública-peculado doloso, en agravio del Estado, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva, a la pena de inhabilitación por el término de tres años y fijó en tres millones de soles la reparación civil que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 2001-1SPE/CSJL a favor del Estado.

Las premisas que sustentan la decisión son las siguientes:

a) La acción ilícita realizada por el acusado denota un *modus operandi* premeditado y planificado, orientado a lesionar el deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio del Estado para alcanzar su tercera elección consecutiva como Presidente de la República. Con tal propósito, implicó a los comandantes generales del ejército, facilitando el ilegal desvío de fondos públicos al Servicio de Inteligencia Nacional, dinero con el que se financió las publicaciones diarias en los denominados “Diarios Chicha”.

b) Fujimori infringió sus deberes en tanto Presidente de la República, incumplió el deber especial de protección del erario público, por lo que el reproche a su actuación es mayor.

c) Se ha probado los móviles y fines de apropiación de fondos públicos para asegurar su continuidad en el poder, vía el financiamiento de los denominados “Diarios Chicha”, aprovechando de su *status* de Presidente de la República.

d) Hubo la intervención de una pluralidad de personas en el hecho delictivo, varios de ellos ya sentenciados en la causa N° 30-2001; actuaron de acuerdo al plan reeleccionista del acusado Fujimori.

De estas cuatro premisas, de manera implícita se puede derivar la descripción de la actuación de Fujimori en el contexto de un Estado autoritario. Sin embargo, llama la atención que la expresión no se hiciera explícita en el marco de la argumentación. ¿Es irrelevante dejar explícito en la narrativa del texto de la sentencia la descripción de un Estado autoritario? ¿Es importante usar este concepto, ya que cierto grado de uso es el que define el concepto, su uso en un determinado contexto? ¿Es importante que la argumentación jurídica sea coherente con los principios del Estado democrático de Derecho en la deliberación de los jueces, a fin de encontrar la mejor versión de su decisión?

### **Acuerdos y desacuerdos teóricos sobre el Estado autoritario**

El significado de peculado doloso, en este caso, se verá afectado por las características del contexto de un Estado autoritario. La fiscalía, en todos los casos de corrupción del régimen de Fujimori ha tenido en cuenta este contexto. El concepto de peculado cumple los requisitos comunicativos de un determinado contexto. Vamos a intentar encontrar las señas de identidad en el plano conceptual y su aplicación a una experiencia concreta, el régimen de Fujimori, en el que se alteró normas para la votación, representación y deliberación pública, y en el que no se valoró el autogobierno.

El régimen de Fujimori surge en un momento de grave crisis en el país, colapso económico y violencia política interna. A nivel internacional, el mundo se movía con expectativa ante el derrumbe del Muro de Berlín y la construcción de los bloques regionales post-Guerra Fría. Los Estados constitucionales sólidos, orientados bajo los pilares de los derechos humanos y el proceso democrático toman un segundo aire, después de un período de construcción pos-Segunda Guerra Mundial. A la par, proliferan Estados autoritarios, que amenazan con radicalizar el autoritarismo o avanzar en una dirección contraria, la vía democrática. Después de Fujimori persiste la debilidad del Estado y la sociedad civil. Fragilidad e inestabilidad institucional persisten en el Estado peruano.

Levitsky, en sus estudios sobre los regímenes autoritarios contemporáneos, viene acuñando analíticamente el concepto de Estado autoritario competitivo, el mismo que debe diferenciarse, por un lado, de la democracia y por otro, del autoritarismo absoluto. Las características del régimen de Fujimori encajarían en el concepto de Estado autoritario competitivo: un régimen que transitó entre las reglas formales básicas de las instituciones democráticas y las acciones estratégicas abiertas y veladas del autoritarismo absoluto. En los regímenes autoritarios competitivos se violan derechos y el proceso democrático con frecuencia y muchas veces están tentados al fraude. Agrega: “los funcionarios abusan constantemente de los recursos del Estado, no ofrecen a la oposición un cubrimiento adecuado de los medios, persiguen a los candidatos de la oposición y a sus seguidores y, en algunos casos, manipulan los resultados de las elecciones. De igual modo, periodistas, políticos de la oposición y otros críticos del gobierno pueden ser espiados, amenazados, perseguidos o arrestados. También miembros de la oposición pueden ser enviados a prisión, exilados o -con menor frecuencia- incluso asaltados, acosados o asesinados”. (Levitsky, 2004: 162).

Levitsky, cuando se centra en la arena de competencia por el control de los medios de prensa, señala lo siguiente: “Los medios independientes no sólo son legales, sino que también tienen gran

influencia y los periodistas -aunque frecuentemente amenazados y periódicamente atacados- a menudo surgen como figuras de oposición importantes. En Perú, por ejemplo, periódicos independientes como *La República* y *El Comercio*, y revistas de publicación semanal *Sí* y *Caretas*, operaron libremente durante toda la década del noventa”. (Levitsky, 2004: 168). Para ser más precisos habría que decir que hubo medios de prensa que resistieron legal y éticamente el acoso gubernamental<sup>2</sup>.

Mientras Levitsky, en la actualidad y como novedad académica, para ocuparse de regímenes como el de Fujimori, procura operar con el concepto “autoritarismo competitivo”, diferenciándolo, por un lado, de la democracia y por otro, del autoritarismo absoluto o no competitivo, Linz logró identificar en los años de 1960, a propósito del régimen franquista, el modelo Estado autoritario, registrando características

---

2 Levitsky señala que, en los regímenes autoritarios competitivos, la rama ejecutiva busca con frecuencia reprimir la prensa independiente valiéndose de mecanismos de represión más sutiles que los de su contraparte, los regímenes autoritarios no competitivos. Métodos que incluyen el soborno, la ubicación selectiva de la publicidad del Estado, la instrumentalización de deudas e impuestos de la prensa independiente, y los conflictos entre los accionistas. A la manipulación solapada se suman leyes de restricción de la prensa que facilitan la persecución de periodistas independientes y de oposición. Agrega: “En Perú el gobierno de Fujimori ganó control de hecho sobre todas las cadenas de televisión privada del país a través de una combinación de soborno y artificios legales, como la invalidación de la ciudadanía del propietario del canal 2, Baruch Ivcher. Los gobiernos también hacen amplio uso de las leyes de difamación para acosar o perseguir “legalmente” la prensa independiente... la persecución y exilio de Ivcher provocó una importante protesta nacional y se convirtió en punto central de crítica a nivel internacional”. (Levitsky, 2004:168). En el artículo consultado firman como autores Levitsky y Way. Sin embargo, consulté personalmente a Levitsky sobre la autoría del concepto Estado autoritario competitivo. Me dijo que él era el autor. Conferencia en el IEP, Lima, 17 de noviembre de 2015. Fowks, analiza la actuación de la prensa “Chicha” en la campaña reeleccionista de Fujimori y la utilización de instancias del Estado para presionar a los medios de comunicación: “las presiones que ejerce el gobierno en el Perú contra los periodistas y los empresarios de los medios de comunicación incómodos y opositores son indirectas y utilizan principalmente el aparato del Estado: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), el SIN y el Poder Judicial”. Fowks, J. (2015:94). Sobre las características del régimen de Fujimori identificadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se puede ver en *Hatun Willakuy*, Lima, Navarrete, 2004, pp. 309-330.

que le permitían diferenciarlo tanto del Estado democrático como del Estado totalitario. Otro tanto hacía Arendt, con el concepto de Estado totalitario, para identificar al nazismo y stalinismo. Levitsky, en tanto siga sin dar mayores luces sobre el concepto de Estado autoritario no competitivo, no habrá avanzado más allá de la herencia epistémica de Linz y Arendt. Por lo tanto, para identificar al régimen de Fujimori se hará uso del concepto de Estado autoritario, sin adjetivos. Aunque la expresión autoritarismo competitivo resulte, desde un punto de vista analítico, interesante.

Después de la segunda guerra mundial, se generalizaba y abusaba del uso del concepto de Estado totalitario para salir de las dificultades que presentaban algunos regímenes como el de Franco, en España, a partir de 1960. El franquismo entre los años 1936 y 1945, coqueteó abiertamente con los modelos totalitarios, instauró medidas de control férreo sobre los medios de comunicación y para que no haya un cabo suelto y con “censura previa” incluida, aprobó la Ley de Prensa en 1938. Implantación, consolidación y crisis, por todas las etapas por las que atravesó el franquismo no estuvo libre de la crítica interna e internacional. La falta de legitimidad en su origen lo llevó a neutralizar la opinión pública crítica. Linz vio el surgimiento, desde sectores católicos, de una suerte de semioposición no organizada al Gobierno, que fue presionando por ciertas reformas, entre ellas, una nueva ley de prensa, la que se aprobó el 15 de marzo de 1966<sup>3</sup>. Esta nueva ley de prensa, “al sustituir los controles preventivos por los represivos, había aumentado la visibilidad de su intervención sobre la prensa y, por tanto, las dificultades para llevarla a cabo sin exponerse a las críticas” (Chuliá: 2010: 218).

Era importante la precisión conceptual, dado que regímenes que no son claramente ni democráticos ni totalitarios deberían ser tratados como desviaciones de estos tipos ideales, en tanto se requiera de un estudio sistemático. Linz justificaba la distinción conceptual del modo

---

3 En otro lugar he tratado sobre el “secuestro administrativo” durante el régimen franquista del libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, de Elías Díaz, docente de la Universidad Autónoma de Madrid. Secuestro llevado a cabo el 31 de octubre de 1966. Véase Alarcón, 2007: 105.

siguiente: los regímenes autoritarios son sistemas políticos con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada y directora; carentes de una movilización política intensa o extensa, y en los que un líder ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles. El Estado democrático sí está vinculado a las garantías de los derechos humanos individuales y el respeto del proceso democrático, del pluralismo y la participación ciudadana, en una dinámica de competencia abierta por el poder. La dictadura totalitaria supone una dominación total, no limitada por las leyes otorgadas o códigos ni aun por los límites de las funciones gubernamentales, ya que está borrada la distinción entre Estado y sociedad; un partido único de masas plenamente entregado a la ideología; un control casi total de los medios de comunicación de masas; un control político total de las fuerzas armadas y un sistema de control policiaco terrorista que no se dirige sólo contra los enemigos comprobados, en otra versión suma el control total y centralizado de la economía (Linz, 1964:211-212).

A diferencia de Linz, quien se centró en el estudio del Estado autoritario, Arendt prestó especial atención al estudio del Estado totalitario. Decía que el totalitarismo no tiene precedentes. En sus dos variantes: el nazismo y el stalinismo. Ambos representaban un nuevo tipo de dominio, que no podía interpretarse ateniéndose a las habituales categorías de la ciencia política: tiranía, autoritarismo o dictadura. El totalitarismo en el poder profundiza la destrucción del terreno público y privado de la vida. Los Estados totalitarios aspiran constantemente a lograr la superfluidad de los hombres y constituyen la entrada en escena de un nuevo tipo de mal, desconocido hasta entonces, al que denominarán “mal radical”. El terror totalitario se caracteriza por ser un terror que está dentro de la ley, no es una violencia ejercida al margen de la ley, sino que la propia ley es el vehículo del terror. Es la privación del derecho a tener derechos, la muerte de la persona moral y la destrucción de la singularidad humana, de la individualidad<sup>4</sup>. Arendt

---

4 “Arendt nos invita a reflexionar sobre el mal en sus formas más extremas, sobre la pluralidad de manifestaciones del mismo, y sobre los “soportes” que hacen posible

cuando hizo su informe sobre el juicio de Eichmann dejó constancia de la afirmación de un mal banal. En definitiva, “La única regla de la que todo el mundo puede estar seguro en un Estado totalitario es que, cuanto más visibles son los organismos del Gobierno, menor es su poder, y que cuanto menos se conoce una institución, más poderosa resultará ser en definitiva”<sup>5</sup>. Lo que da pie para avanzar sobre el Estado de excepción en el régimen de Fujimori.

## **EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y LOS GASTOS RESERVADOS MÁS SEÑAS DEL ESTADO AUTORITARIO**

La Sala Penal, entre los argumentos de la sentencia que condenó a Fujimori por el caso de los “Diarios Chicha”, consideró como agravante el haber dispuesto de dineros públicos vía decretos de urgencia y el haber instrumentalizado la institución jurídica de “gastos reservados” en situaciones de emergencia, al “haberse ejecutado la conducta sobre recursos públicos en un contexto de recesión... como resultado de circunstancias naturales, como fue el fenómeno del Niño y la crisis asiática, razón por la cual corresponde determinar la pena en el límite superior”<sup>6</sup>.

Recordemos que la década del noventa se caracterizó por el uso y abuso de los Estados de emergencia y como afirma Agamben, aquellos Estados sometidos a un Estado de excepción permanente se configuran como Estados autoritarios. En este contexto, si el ejercicio del poder tiende a coincidir en una sola persona, un poder que se liga

---

su aparición, algo que no ha dejado de mostrarse con contundencia en las sociedades contemporáneas”. Sanchez, 2015: 128. Arendt aseguraba que la finalidad de todo juicio es la justicia y no la misericordia. Cuando hizo el informe sobre el juicio de Eichmann, le interesó determinar hasta qué punto el tribunal de Jerusalén consiguió satisfacer las exigencias de la Justicia. Arendt, 1999: 153.

5 Arendt, 1974: 326. Para profundizar en el pensamiento de Arendt y el Estado totalitario se puede ver. McCarthy, M. (1996). *Pensamiento político de Hannah Arendt*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

6 Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Penal Liquidadora, Sentencia Expediente N° 63-09. p. 49.

y se indetermina y se convierte en la regla, para entonces, el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal. (Agamben, 2003: 154-155). Mientras que en la época del franquismo se combinó democracia orgánica con Estado de excepción<sup>7</sup>, con el Fujimorismo, se habló abiertamente de democracia protegida por Estado de excepción, una especie de necesidad natural e histórica que se imponía sobre la libertad y el autogobierno de los ciudadanos.

La teoría del Estado de necesidad no hace sino justificar el Estado de excepción. Parafraseando a Agamben, se puede decir que la sentencia hace visible que nuestra República ya no se regía por un equilibrio de poderes sino por un poder gubernamental. Fue notorio el crecimiento de la legislación a través de decretos-ley. La regla: decretos-ley con “fuerza de ley”. Esta normatividad eclipsó cualquier atisbo de legislación originaria desde el Congreso y de un control del ejercicio del poder. “El *status necessitatis* se presenta así, tanto en la forma del estado de excepción como en la de la revolución, como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos, pasan a ser derecho, y las normas jurídicas se indeterminan en mero facto; un umbral, por lo tanto, en el cual hecho y derecho se vuelven indecibles” (Agamben, 2003: 66).

Los defensores del régimen de Fujimori, para restarle fuelle a la condena, han pretendido justificar la conducta del condenado en las circunstancias de necesidad histórica y en las razones de supervivencia del Estado. Para entonces, estas circunstancias excepcionales sólo habrían permitido el ejercicio del poder bajo el marco de una democracia delegativa o de un autoritarismo a la usanza de la dictadura romana para sofocar la sedición y los flagelos de los desastres naturales. Tratan así de justificar el uso de espacios anómicos<sup>8</sup>. El Estado de excepción

---

7 En el franquismo, para los medios de comunicación, cada Estado de excepción implicaba la censura previa. De tal manera que “En una dictadura, negadora y represora de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano, el estado de excepción es una redundancia”. Gor, 2012: 36.

8 Fujimori, Kenji: “Yo considero que en el gobierno de mi padre hubo una democracia delegativa; cuando un país atraviesa un período de crisis,

con el que operó Fujimori le permitió ocupar un espacio en el que se puso en juego una fuerza-de-ley sin ley.

En las declaraciones de los testigos que acudieron al proceso, se pudo advertir que el Estado de necesidad se colmaba con la orden del Presidente de la República, creando zonas en la administración pública, en las cuales la aplicación de la ley era suspendida: la ley permanece muda pero vigente. Práctica gubernamental, que en la sentencia de los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, llevó a los jueces a hablar de un Estado dual<sup>9</sup>. La palabra de Fujimori se convertía en

---

inestabilidad, incertidumbre, la población está dispuesta a ceder parte de sus derechos a cambio de que el gobierno le restituya el orden y la seguridad. En otras palabras, poner mano firme. Y eso fue lo que ocurrió en los 90”. Diario *El Comercio*, consultado el 14 de febrero de 2016. <<http://elcomercio.pe/politica/congreso/kenji-fujimori-gobierno-mi-padre-hubo-democracia-delegativa-noticia-1840548>>. Luz Salgado, queriendo moverse en aguas profundas, enturbia más el tema. Al final, lo único que deja en claro es que el régimen de Fujimori no fue un Estado de Derecho. Preguntada sobre las conclusiones de la CVR, en las que se indica que el gobierno de Fujimori fue de corte dictatorial, respondió: “Yo nunca voy a decir que he trabajado en una dictadura, porque yo fui elegida democráticamente en todos los períodos en los que estuve con Fujimori, yo me sometí al voto popular y vinieron la OEA y Transparencia y nunca dijeron que esto fue una dictadura. Dictadura fue la de Pinochet [en Chile], dictadura fue la de Hitler [en Alemania], Fujimori no fue una dictadura. Que haya sido un gobierno autoritario lo acepto, pero dictadura no”. Diario *El Comercio*, consultado el 18 de febrero de 2016. <<http://elcomercio.pe/politica/actualidad/acepto-que-gobierno-fujimori-fue-autoritario-dictadura-no-noticia-1871845>>. Por su parte, Keiko Fujimori, reconoce que en el gobierno de su padre se cometieron errores pero no delitos. Diario *El Comercio*, consultado el 18 de febrero de 2016. <<http://elcomercio.pe/politica/elecciones/gobierno-mi-padre-se-cometieron-errores-y-delitos-noticia-1875695>>. El propio Alberto Fujimori defiende la legalidad de su régimen, en su libro *El peso de la verdad* (2012).

9 En las cuestiones de hechos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 7 de abril de 2009, que condenó a Fujimori a la pena de 25 años de pena privativa de libertad por los delitos de Asesinato, lesiones y secuestro, concluyó: “244°. ¿Está probado que el acusado Alberto Fujimori estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que pregonaba públicamente, cuyo

norma, en razón de Estado. Cuando esto sucede, no hay diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero, falta el marco de un Estado de Derecho.

## RAZÓN DE ESTADO Y PERPETUACIÓN EN EL PODER

Siguiendo a Arendt, “justa o injustamente, la *raison d’État* se basa en una necesidad, y los delitos estatales cometidos en nombre de aquella... son considerados como medidas de emergencia, como concesiones hechas a los imperativos de la *Realpolitik*, a fin de conservar el poder y, de este modo, asegurar la continuidad del ordenamiento legal existente, globalmente considerado”. (Arendt, 1999: 142).

Fujimori, en el marco de un Estado de excepción permanente, justificando razones de Estado, se planteó la tercera reelección y ganó las elecciones del 2000, luego se vio obligado a renunciar vía fax desde Japón, alentado por su doble nacionalidad, en medio de escándalos de corrupción sistemática y clientelar de congresistas, fiscales y jueces; crímenes de lesa humanidad, acuerdos con el narcotráfico y la compra de líneas editoriales de la prensa<sup>10</sup>. Ante esta grave situación, el Congreso de la República respondió con la inhabilitación por

---

objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó? Sí lo está”. Exp. N° A.V. 19-2001. Un análisis pormenorizado de esta sentencia se puede ver en Pérez (2009).

10 Mientras Degregori (2000) identificó en la estrategia de control de medios de comunicación un “sicariato mediático”, vía la política de la antipolítica, Pease (2003) destacó la práctica de un Estado intervencionista y mafioso. Por su parte, Cotler y Grompone (2000) dejaron constancia de la naturaleza castrense y autoritaria del régimen de Fujimori. Desde el ámbito de los juristas, Ferrero (2001) analiza al fujimorismo como un régimen sin equilibrio de poderes; Ugaz (2014) describe la respuesta desde las instituciones del Estado de Derecho contra la maraña delictiva organizada por Fujimori y Montesinos. Entretanto, llama la atención la escasa autocrítica y la mirada romántica de Fernando de Trazegnies (2013: 724). Se encarga de resaltar los méritos de Fujimori: la paz con nuestros vecinos, la erradicación del terrorismo y la renovación económica. Resume, se le debe a Fujimori “la renovación económica y la puesta en marcha de una sociedad que se desarrolla por sí sola”. Creo que de Trazegnies transita cerca de las ideas de Schmitt, en su balance del autoritarismo. Al respecto, véase Schmitt (2013).

incapacidad moral para ocupar cargos públicos y nombró Presidente Transitorio a Valentín Paniagua.

Para perpetuarse en el poder, es recurrente que los gobiernos autoritarios aludan a la razón de Estado, cuando la oposición les acusa de apartarse de los intereses públicos. Dice Levitsky que “algunas formas de autoritarismo, como el totalitarismo y el autoritarismo burocrático han sido más difíciles de mantener. Al mismo tiempo, algunos tipos nuevos (o parcialmente nuevos) de regímenes no democráticos tomaron mayor importancia en los noventa, incluyendo el autoritarismo competitivo”. (Levitsky, 2004: 175). Aquí, Levitsky vuelve a ser confuso con el concepto de Estado autoritario. Linz resulta más claro, cuando señala que los regímenes autoritarios pueden acabar convirtiéndose en totalitarios o en democráticos. Los regímenes autoritarios, efectivamente son híbridos hasta su final, o toman la dirección democrática o la vía totalitaria.

## **LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU COMPROMISO CON LA IDEA DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

En un Estado democrático de Derecho moderno, el control político es pluralista y cambiante, es imposible que alguna persona o grupo tenga, por más que lo intente, un control absoluto del poder. En este sentido, los principios del Estado democrático de Derecho se articulan a la argumentación jurídica basada en razones. Pero una “fundamentación o justificación suficiente habrá de tener en cuenta un aspecto más, a saber, el de la justicia” (Habermas, 1998: 229). Esto requiere del incremento de la tarea justificativa de los órganos públicos frente a los ciudadanos.

En la actualidad, uno de los factores que explican el auge de la argumentación jurídica viene a ser las transformaciones fácticas y conceptuales sobre el Estado de Derecho. A partir de las piedras angulares del Estado moderno, hay un ajuste de piezas orientado a robustecer la idea de Constitución, basada en: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diferentes órganos estatales; b) ciertos derechos fundamentales que

limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho; c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, de tal modo que el poder del legislador es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente; d) la reconstrucción del pluralismo jurídico en los diferentes sistemas jurídicos. A partir de aquí, deviene un aumento del elemento argumentativo o retórico del Derecho frente al elemento burocrático y coactivo del Estado (Atienza, 2006: 17). La argumentación jurídica, junto a la democracia deliberativa, está en el camino en el que las preferencias y los intereses de las personas pueden ser transformados a través del diálogo racional y la deliberación colectiva, en el marco de una sociedad pluralista.

Instalados los principios del Estado democrático de Derecho, viene la reflexión sobre decisiones de los operadores jurídicos, reflexión articulada entre la razón pública y los tipos de argumentos que son admisibles en un régimen constitucional democrático para resolver un caso. En la metodología jurídica, se “trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ordena. En este sentido, estas o parecidas categorías son comunes a todos los ordenamientos jurídicos evolucionado, puesto que resultan necesarios para evitar el formalismo extremo en la aplicación del derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas” (Ródenas, A., 2012: 115). El principio coherentista fue un acierto de Dworkin, introducido en el debate sobre la interpretación constructiva de las reglas, los principios y las directrices en el marco de un Estado de Derecho que aspira una justicia liberal-igualitaria, al modo rawlseano<sup>11</sup>.

---

11 Al respecto, Dworkin señala: “Algunos habréis notado una cierta congruencia entre las posiciones en teoría jurídica que he observado que los argumentos de Rawls apoyan y aquellas que yo mismo he tratado de defender, y podéis pensar que esto nos es un accidente. Así que os ofrezco una confesión, pero sin una disculpa. El trabajo de los iconos filosóficos es suficientemente rico como para permitir la apropiación a través de la interpretación. Cada uno de nosotros tiene su propio Inmanuel Kant, y a partir de ahora cada uno de nosotros batallará por la bendición de John Rawls” (Dworkin, 2007: 284).

De tal manera, que una metodología coherentista se propone un ajuste de piezas en el razonamiento jurídico: “la hipótesis respecto del derecho implícito, las reconstrucciones relativas a los criterios tácitos compartidos, y las convenciones expresas ejemplificadas en los *casos paradigmáticos*. De forma semejante a la tesis del equilibrio reflexivo de Rawls, se produciría un constante ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y ejemplificaciones que nos llevan bien a descartar algunas de nuestras convenciones, bien a ofrecer otra reconstrucción o, en fin, a cuestionarnos ejemplificaciones, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos” (Ródenas, 2012: 12).

Es verdad, en el juicio de Fujimori, el proceso se centra en la persona del acusado, con sus propias formas de comportamiento y con sus circunstancias. Determinar las circunstancias del Estado autoritario ayuda a comprender mejor el tipo de delito por el que fue condenado Fujimori, contra la administración pública, en su modalidad de peculado doloso. Y si el Estado fue el agraviado, y si el delito sólo pudo ser cometido a través de una gigantesca organización burocrática que disponía y consumía a sus anchas recursos públicos, con mayor razón, hay que precisar aquellas prácticas contrarias al Estado democrático de Derecho.

La sala penal, probablemente, no hizo explícitas las circunstancias del Estado autoritario, por temor a que su decisión desemboque en inseguridad jurídica. Un modelo coherentista, como precisa Ródenas<sup>12</sup>, no tiene por qué ser contrario a la seguridad jurídica, pero también tiene que ser exigente, a la hora de mostrar la racionalidad de sus decisiones en términos intersubjetivamente aceptables, de cara a generar una cultura de la legalidad, en el marco de los principios del Estado democrático de Derecho.

---

12 Ródenas, 2012: 123. Sobre las pautas del equilibrio reflexivo, se puede ver en Rawls, 1979: 32.

## CONCLUSIÓN

Nuestro objetivo, en el presente trabajo, no sólo ha sido aclarar el concepto de Estado autoritario, sino también definir el sentido y su relación con el derecho, cuando se trata de resolver casos concretos. En el proceso, la Procuraduría Pública introdujo el argumento del dominio del hecho por “dominio de aparato organizativo del poder” para precisar de mejor modo las circunstancias del peculado cometido por Fujimori. La Sala descartó este argumento porque consideró que era más pertinente para un debate sobre autoría mediata y no para una discusión sobre una participación directa de Fujimori en los hechos materia del juzgamiento.

Esperemos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, cuyo fallo sobre la apelación de la sentencia está pendiente, profundice en las circunstancias del Estado autoritario, y nada impide que el enunciado “dominio de aparato organizativo del poder” forme parte también de las razones para confirmar la condena por autoría directa. Y sobre la base de una interpretación constructiva hacer visible el agravio al Estado, pero no al cualquier idea de Estado, sino al Estado democrático de Derecho basado en el autogobierno de los ciudadanos, cuyos pilares reposan en el respecto al principio del proceso democrático y al principios de los derechos humanos, en este caso, los derechos de participación, reunión y libertad de expresión<sup>13</sup>, y como señalaba Arendt, “exigir que los juzgadores en los procesos de esta índole procuren actuar de modo que sienten tal precedente no constituye una petición excesiva, no implica solicitar más de lo que cabe esperar”<sup>14</sup>.

---

13 La interpretación constructiva es el proceso por el que se “impone un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer de ese objeto o práctica el mejor ejemplo de la forma o género a la que se supone que pertenecen”. Dworkin, 1984: 146. Así, un propósito hace que un objeto sea lo mejor que éste puede llegar a ser cuando, simultáneamente, “se ajusta” al objeto y lo “justifica” mejor que ningún otro propósito alternativo. Es decir, el razonamiento jurídico transita entre facticidad y validez.

14 Arendt, *Eichmann y el Holocausto* p. 118.

## Referencia bibliográfica

Alarcón, G.

2007 *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia*. Madrid: Dykinson.

Agamben, G.

2003 *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Trad. Elvia Costa e Ivana Costa. Argentina: AH.

Arendt, H.

1999 *Eichmann y el Holocausto*. Trad. Carlos Ribalta. España: Prisa Ediciones.

Arendt, H.

1974 *Los orígenes del totalitarismo*. Trad. Guillermo Solana. España: Taurus.

Atienza, M.

2006 *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

Chuliá, E.

2010 “Límites a la libertad de prensa durante el régimen franquista”. Texto del conversatorio organizado por el Centro de Investigación de la Universidad Jaime Bausate y Meza. Lima, agosto, 2010.

Chuliá, E.

s/f *La evolución silenciosa de las dictaduras. El régimen de Franco ante la prensa y el periodismo*. Tesis doctoral, Madrid, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones.

Comisión de la Verdad y Reconciliación

2004 *Hatun Willakuy*. Lima: Navarrete.

Corte de justicia de Lima, cuarta sala penal liquidadora,  
2015 Exp. 63-09. Sentencia condenatoria contra Alberto Fujimori.  
Lima, 8 de enero de 2015, caso “Diarios Chicha”.

Cotler, J. y Grompone, R.  
2000 *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima: IEP.

De Trazegnies, F.  
2013 *Testigo presencial. Los trabajos y los días en la búsqueda de la paz verdadera*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente.

Degregori, C.  
2000 *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: IEP.

Dworkin, R.  
2007 *La justicia con toga*. Trad. Mariza Iglesias e Íñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, R.  
1984 *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.

Ferrero, R.  
2001 *Perú: secuestro y rescate de la democracia. 1992-2000*. Lima: FCE.

Fujimori, A.  
2012 *El peso de la verdad*. Lima: Editora Argentina.

Gor, F.  
2012 *Entre Supremo y Supremo. Historias de los últimos tribunales del franquismo*. España: Hoja del Monte.

Habermas, J.  
1998 *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez. Madrid: Trotta.

Linz, J.  
1978 “Una teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en Payne, S. (Editor, 1978). *Política y sociedad en la España del siglo XX*. Madrid: Akal.

Levitsky, S. y Way, L.

2004 “Elecciones sin democracia. El surgimiento del autoritarismo competitivo. *Revista de Estudios Políticos* No. 24. Medellín, enero-junio, 2004.

Pease, H.

2003 *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso*. México: FCE.

Pérez, M.

2009 *El caso de “Alberto Fujimori Fujimori. La sentencia*. Lima: Jurista Editores.

Ródenas, A.

2012 *Los intersticios del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Rawls, J.

1979 *Teoría de la justicia*. Trad. María González. México: FCE.

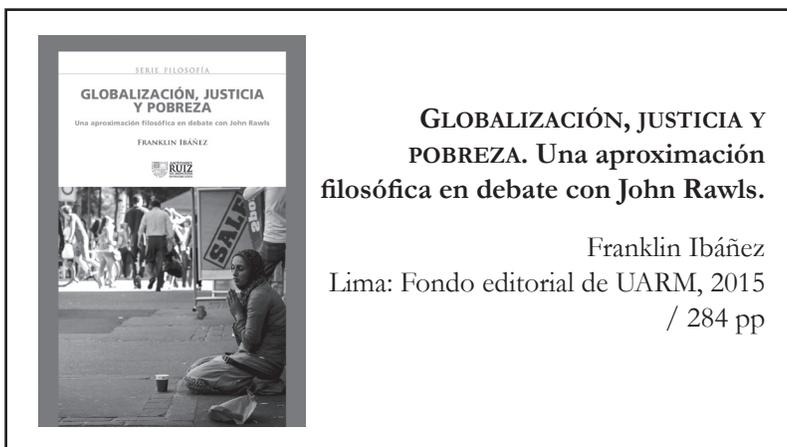
Schmitt, C.

2013 *Ensayos sobre la dictadura. 1916-1932*. Trad. José Díaz y Pedro Madrigal. Madrid: Tecnos.

Ugaz, J.

2014 *Caiga quien caiga. La historia íntima de cómo se desmontó la mafia fujimontesinista*. Lima: Planeta.





**GLOBALIZACIÓN, JUSTICIA Y  
POBREZA. Una aproximación  
filosófica en debate con John Rawls.**

Franklin Ibáñez

Lima: Fondo editorial de UARM, 2015

/ 284 pp

La obra de John Rawls empezó a adquirir relevancia internacional, sobre todo a partir de la publicación en 1971 de *Teoría de la justicia*, obra en la que el célebre pensador norteamericano trataba de conciliar los conceptos morales de igualdad y libertad, conceptos que desde una perspectiva libertaria estarían en franca confrontación. Y, a partir de ello, construir una opción nueva para la tradición liberal, enriqueciendo el debate ético social y ético político (con sus respectivas variaciones disciplinarias) de las últimas décadas.

Bajo estas premisas generales del pensamiento de Rawls, sobre todo de su libro *Derecho de Gentes*, e imbuido de convicciones morales forjadas desde diversas perspectivas, Franklin Ibañez, filósofo peruano y Doctor en Filosofía por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, nos entrega un importante texto de reflexión: *Globalización, justicia y pobreza. Una aproximación filosófica en debate con John Rawls*.

Desde el inicio del libro reseñado, el autor nos muestra el cuadro crítico, ampliamente divulgado, de los abismos de desigualdades a nivel global; la injusticia estructural de nuestro mundo y las consecuencias sociales y culturales de dichas asimetrías a escala internacional. Así, en la presentación de su extensa reflexión ética social, Ibáñez nos muestra

el objetivo central del texto: “Defender la necesidad de la justicia distributiva planetaria tras evaluar la actuación de la sociedad internacional en torno a la pobreza del mundo” (p. 18). Es decir, poner en el centro de reflexión y problematización a la denominada “justicia distributiva”.

Sin embargo, Ibáñez apuesta por distanciarse de la propuesta de Rawls. Para el pensador norteamericano, la justicia distributiva —a escala internacional— es imposible porque no existen las estructuras globales que permitan un tipo de justicia de este tipo. Al no existir una sociedad global, con instituciones que homogeneicen y regulen las prácticas sociales y económicas, no es posible desarrollar un consenso ético que nos resulte imperativo para distribuir lo justo.

Franklin Ibáñez es consciente de que no es posible —desde un primer plano— establecer las respuestas a todas las cuestiones referidas a la justicia distributiva. Más bien opta por algo bastante interesante en términos metodológicos: pensar el tema de la distribución desde la razón de ser de la misma. El *porqué* de la distribución dentro de un orden global de hondas desigualdades.

Franklin Ibáñez divide su indagación ético-social en ocho capítulos. En el primer y segundo capítulo desarrolla de manera exhaustiva las ideas que Rawls plantea en su obra *Derecho de Gentes*, donde el filósofo norteamericano muestra su propia teoría sobre este tipo de derecho y sus consecuencias en otros planos morales. Además, en estos capítulos, el autor de *Teoría de la justicia* traza la imposibilidad de la justicia distributiva a escala global, esgrimiendo razones de carácter contractualista.

En los capítulos tercero y cuarto, el filósofo peruano bosqueja su propio marco conceptual, a partir una idea interesante: concebir a la democracia como una comunidad distributiva. En los capítulos siguientes, el quinto, sexto y séptimo, Ibáñez elabora un importante cuadro de ideas que avalan la postura que él propone, a saber, establecer la razón de ser de la justicia distributiva a escala global, repensando varios de los conceptos que son utilizados al momento de analizar y estudiar la estructura social a una escala mayor. Muchos de estos conceptos poseen una múltiple interpretación debido a la

pluralidad del vocabulario moral, lo que plantea la necesidad de una nueva pragmática. Por ello, resulta interesante el esfuerzo de Ibáñez por aclarar de modo contundente los conceptos que le sirven para elaborar su propuesta moral.

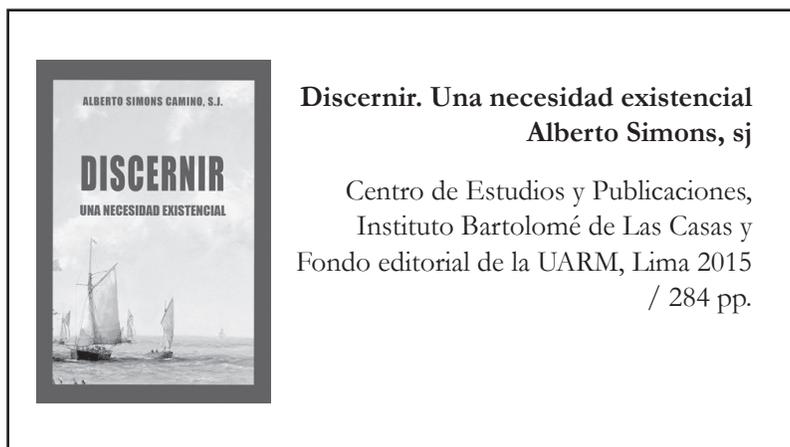
El último capítulo –a modo de síntesis reflexiva– representa, a nuestro modo de ver, el más interesante de todos. En él, Ibáñez contrapone el principio del deber de asistencia planteado por Rawls por el de “justicia cosmopolita”. A este respecto, Ibáñez es enfático en preguntarnos quién es el objeto de la justicia distributiva: “¿los pueblos o las personas?”. En ese sentido, el autor del libro considera lo siguiente: “En el enfoque cosmopolita, propulsor de la justicia distributiva global que vengo defendiendo, las personas son moralmente más valiosas que los pueblos” (p. 248). Y he aquí un punto central. Pues es obvio que el ser humano se forja comunitariamente. Pero finalmente, son los sujetos individuales los que pueden ser considerados como realmente morales. Y en ellos recae la dimensión moral (y los atributos que de éstos se desprende). En este punto Ibáñez nos recuerda en algo a los teóricos del individualismo metodológico. Para estos autores, los colectivos concebidos conceptualmente carecen de una realidad ontológica, por lo tanto no se puede predicar algo lógico o verdadero de éstos. En ese sentido, el autor toma partido por las personas, aun cuando muchas veces las relaciones entre derechos personales y derechos colectivos sean conflictivas.

La lectura del libro de Ibáñez nos lleva a una serie de reflexiones personales. Esta apuesta por las personas concretas, más allá de las abstracciones, se constituye en uno de los mayores aportes al liberal. Pues una de las limitaciones del liberalismo del siglo XX fue considerar a la persona, sólo como individuo. Y, a éste, una unidad desarraigada de cualquier situación formativa. El individuo es una abstracción, tan abstracción como podría ser el pueblo o la gran sociedad. La comunidad internacional debería comprender que el mundo de desigualdades parte, necesariamente, por considerar a la sociedad humana como una comunidad de grupos, descarnados, al margen y ajenos a cualquier historicidad. Si abstraemos al ser humano concreto y lo convertimos en individuo teórico, no comprenderemos la naturaleza trágica de la

pobreza. El pobre se convierte en “pobre” (concepto) y no en persona que sufre una situación de exclusión.

Por ello, es necesario pensar la globalización desde la perspectiva, no sólo de los pueblos, sino ante todo, desde la postura de la persona. Sólo si somos capaces de mirar a las personas en su finitud y concreción, podemos hacer que lo justo –en términos distributivos– pueda darse. Si nos quedamos solamente en el plano de la abstracción intelectual de conceptos como exclusión, pobreza, desigualdades, no llegaremos a sentir y entender al pobre, al excluido. Pues la justicia sólo puede ser ejercitada si ubicamos, cara a cara, al destinatario de la misma.

Ricardo Falla



Como mujer cristiana, laica y comprometida a acompañar personas que buscan mejorar y encontrar un sentido a sus proyectos de vida a través del discernimiento, este libro me ha seguido dando luces para profundizar y comprender mejor el misterio que es el ser humano. Me voy a centrar en cuatro momentos que para mí han sido significativos:

**1.- La generalidad del concepto de discernimiento.** Sócrates nos dice: “Una vida no examinada, es una vida no vivida” es decir,

sin discernimiento no hay vida para el ser humano. Sócrates también se sirvió de una frase inscrita en algún lugar del templo de Delfos: “conócete a ti mismo”, que se refiere a la posibilidad de comprender la conducta humana, desde la moral y el pensamiento, porque comprenderse a uno mismo es también comprender a los demás, como sujetos de una misma naturaleza. Por lo tanto conocerse a uno mismo requiere vernos ante la verdad de lo que somos, en reciprocidad con los demás, con nuestras potencialidades y límites, nuestras riquezas y nuestras miserias, la persona humana como enigma. La necesidad de conocernos para aprender a discernir.

La diferencia entre los seres humanos y los animales es que los animales dicen siempre que SÍ. Entre nosotros los humanos no es así, como dice Alberto, estamos capacitados para desafiar a la realidad, y pienso que posiblemente esta es la razón por la que ha querido escribir este libro! Somos seres inacabados, si la naturaleza no nos hace, tenemos que hacernos a nosotros mismos, usando nuestra inteligencia, nuestra libertad y voluntad, nuestro ser profundo para irnos realizando a lo largo de nuestra vida. La persona humana empieza a ser ella misma cuando empieza a pensar y a actuar por sí misma. En este sentido, vamos construyendo nuestra historia a partir de las decisiones que tomamos, buenas y menos buenas, cometiendo errores y acertando en un camino de aprendizaje y auto-realización, compartiendo la vida con los demás y por supuesto, atreviéndonos a amar; tratando de ser lo que debemos ser, en autenticidad y coherencia, en el sentido ético. En su libro, Alberto nos invita a mirar el discernimiento de manera general, desde cuatro perspectivas: la verdad, la justicia, la liberación y la motivación interna.

a) La búsqueda de la verdad de la realidad: La capacidad de discernimiento se manifiesta como una cualidad del entendimiento práctico y concreto que se ocupa no de distinciones teóricas, sino más bien de la cuestión específica: ¿qué tengo que hacer aquí y ahora? Alberto menciona: *“Equivocarse es parte de nuestra naturaleza, pero la falsedad, la mentira y el engaño destruyen la esencia del ser humano. Sin embargo, tengamos confianza, el bien y la verdad son de tal calidad y tan superiores éticamente*

*al mal y la mentira que éstos, definitivamente, se destruyen a sí mismos, mientras que el bien tiene asegurada su permanencia definitiva”.*

b) Practicar la justicia: Debemos salir de la ceguera, de la sordera que existe respecto a la justicia. Sin duda ella, o su ausencia, requiere un proceso de discernimiento permanente, pues cada día aparece como algo normal que ya se instaló en nuestra sociedad y hemos adquirido el hábito de aceptarlo como parte del diario vivir. En buena cuenta, ¡nos hemos hecho cómplices de la injusticia! Como dice Alberto: “la justicia, en un sentido amplio, es la expresión efectiva del amor en cuanto a la obligación de humanizar las estructuras sociales para permitir una relación justa entre las personas, y es esto lo que nos debe motivar.” Nos encontramos con una realidad plagada de violencia, y lo que sucede es que se trata de combatirla con un estilo de justicia punitiva, que a final de cuentas ocasiona mayor violencia, la ley del talión. Un ejemplo es el sistema carcelario, por lo menos en el Perú, donde las personas privadas de su libertad son tratadas por el sistema penitenciario de manera opresiva e injusta, generando mayor violencia de la que las personas tenían al entrar. Afortunadamente, ya se comienza a tomar conciencia de que otro tipo de justicia es posible: la justicia que restaura, que repara, donde se reanudan las relaciones rotas, a partir de la comunicación; se rechaza el mal y el pecado, pero se rescata a la persona débil y frágil a seguirse sanando y transformando en agente del bien, dejando de lado la opresión y el castigo. Esta es la justicia que trabajamos en las ESPERE! Como nos dice Alberto en el texto: *“Dado que el tema de la justicia es muy complejo y que practicar la justicia no es nada sencillo, resulta evidente que el discernimiento en este campo es indispensable para actuar de manera justa, recta y honesta, pero esto no se improvisa, ya que se requiere tanto el hábito de discernir como el de practicar la justicia, estrechamente vinculados. Ninguna teoría, ideología o religión nos dispensan de discernir y hacernos responsables de las decisiones tomadas. Esto sugiere un dinamismo en el ser humano que indica que tenemos que ir haciendo de nosotros aquello que no somos pero que queremos llegar a ser”.*

c) Liberación: Lo que nos hace más humanos es poder alcanzar la libertad interior, es decir, lo que nos hacer ser autónomos y capaces

de construirnos en la identidad que somos. Haciendo uso de la inteligencia, la libertad y la voluntad, en coherencia con nuestro ser profundo, somos capaces de responder a los desafíos que la realidad nos trae, a veces en medio de situaciones límite; tenemos la capacidad de optar por ser creativos y transformar aquello. Muchas veces nuestra libertad está condicionada por el entorno, lo que dicen los demás, el famoso “qué dirán”... Pero en la medida en que crecemos en fidelidad a nosotros mismos, a la libertad interior que nos habita, seguiremos construyéndonos como personas autónomas, de otra forma nos podemos destruir y así destruir también nuestro entorno. Como lo dice Alberto en diferentes momentos: *“tenemos un elemento de identidad permanente y otro de transformación continua. Si todo es nuevo, no hay cambio, sino dos identidades diferentes. Sólo hay cambio si hay identidad, que es la conciencia de una continuidad de significado y propósito con raíz en el pasado y proyección hacia el futuro. Dejaría de vivir el hombre si dejara de proyectarse”*.

d) Motivación interna: Junto con lo anterior, sabemos que la afectividad es el mundo de nuestras emociones, sentimientos y comportamientos, también sabemos que es parte de un proceso de madurez, y que generalmente se mueve a un nivel inconsciente. Por lo mismo, es indispensable saber conocernos a ese nivel y tratar de concientizar lo que nos habita a nivel afectivo, pues así como tenemos la aspiración a amar y ser amados de manera natural, ese es también el lugar de nuestras carencias afectivas, es decir de nuestras heridas del pasado, que si no las hemos integrado y sanado, se convertirán en amenazas permanentes en nuestro modo de relacionarnos y seguirnos realizando constructivamente. El camino del autoconocimiento es indispensable en este aspecto, la verdadera felicidad es un camino interior que se va logrando en la medida que nos descubrimos cargados de potencialidades, riquezas y límites. La libertad interior seguirá emergiendo y construyéndonos como personas autónomas, libres de dependencias que muchas veces nos frenan a tomar decisiones constructivas para nosotros y para los demás. Crece el amor gratuito que nos lleva a construir HUMANIDAD, en todo el sentido de la palabra.

**2.- La búsqueda del sentido de la vida como horizonte del discernimiento.** Como dijo Víctor Frankl: *“El hecho antropológico fundamental es que el ser humano remite siempre más allá de sí mismo, hacia algo que no es él, hacia algo o hacia alguien, hacia un sentido. El ser humano se realiza a sí mismo en la medida en que se trasciende”*.

Por eso Alberto menciona: *“Algo tiene sentido cuando puede ser comprendido por el ser humano y contiene un amplio alcance que puede desplegarse en tres aspectos principales. El primero se refiere a la coherencia que contienen los múltiples acontecimientos que configuran la vida. El segundo alude a la imagen de la dirección o el sentido de una corriente, como la del curso de un río. Tal imagen representa la vida como una sucesión de momentos orientados en un antes y un después, una espera y un cumplimiento, una posibilidad y una realización. Es la cualidad que hace de los meros hechos una historia, formada por acontecimientos que se iluminan los unos a los otros y se orientan de acuerdo con un principio y un fin. El tercero hace que sea sinónimo de “valor”, aplicado a la vida y lleve en ella algo que la hace digna de ser vivida”*.

Ya lo decía Fromm: hay dos maneras de enfocar el sentido de vida: el **ser** o el **tener**. Muchas veces el **tener** se convierte en prioridad, a tener cosas que no son absolutamente necesarias, pero el problema no es tanto eso, sino el engaño de convertir el **tener** en un fin y no en un medio. Sabemos que el fin es el **ser**, es lo que va dando el sentido a la vida, **ser** más humano, valer más por lo que se **es** que por lo que se **tiene**, el poderse realizar en solidaridad con los demás, mientras que el **tener** son los medios, que sí, nos pueden llevar al fin, en la medida en que sabemos discernir y optar lo que construye el **SER**.

No es un camino fácil, pues aparece el autoengaño y el ser humano quiere “tener más” para “ser más”. Todo esto requiere de discernimiento en libertad. ¿Qué pasa en el mundo de hoy? ¿Prima el tener? ¿Qué nos pasa?

**3.- Discernimiento y signos de los tiempos.** En esta parte de su libro, Alberto se refiere a las cartas del Papa Francisco. En *Evangelii gaudium* y *Laudato sí*, encontramos una realidad global, nos señala cuestiones muy concretas y reales del mundo de hoy: consumismo,

búsqueda enfermiza de satisfacciones superficiales, quizás es síntoma de algo más. Claro que hay otras cosas, como dice el Papa Francisco: cultura del descarte, exclusión, idolatría del dinero, violencia, relativismo, cultura de la apariencia, espiritualidad sin Dios, deterioro de la casa común. Todo esto merece pensarse para actuar, requiere discernimiento, tanto a modo personal como a leer los signos de los tiempos como sociedad, país, mundo... Salir del individualismo, de nuestra propia burbuja como simples espectadores, a romper nuestra burbuja y salir “al ruedo”. Salir con novedad y creatividad. ¿Quién sale? Nosotros, los creyentes, la Iglesia abre sus puertas.

ESO ES EVANGELIO. La propuesta cristiana ¡NUNCA ENVEJECE! Dios es siempre nuevo, nunca se repite, Dios es la vida misma. Sin embargo, la fuerza del mal aparece bajo forma de excusas y reclamos, como si se necesitaran condiciones para que sea posible la alegría. Pienso que es por falta de reflexión, de discernimiento en profundidad, de alcanzar nuestra fuente, nuestro ser y recuperar el sentido de la vida, de la solidaridad, de una plenitud evangélica que es capaz de restaurar nuestras sombras y desánimos, desde donde brota la verdadera alegría esperanzadora y original del Evangelio que señala nuevos caminos, métodos creativos y nuevos para salir al encuentro.

**4.- El discernimiento ignaciano.** Hablar de discernimiento es hablar de Ignacio de Loyola. La experiencia de Ignacio, su camino de conversión es un itinerario múltiple de discernimiento. En su historia lo vemos: de su ideal de caballero andante, militante de la corte del Rey de España, a ser discípulo de Jesús. Dios no le pidió que cambie su personalidad, sino que le pidió que cambie el objetivo: el servicio a Cristo. Pasó de una experiencia exterior a la profundización interior. Del amor impulsivo y ciego a una finura del discernimiento. De una espiritualidad alejado del mundo, al seguimiento de Jesús en el mundo. Ser contemplativo en el mundo y ahí encontrar a Dios. Este es un camino que él descubre poco a poco.

El discernimiento ignaciano se encuentra principalmente en el libro de los *Ejercicios espirituales*, como una escuela de discernimiento. La

condición básica e indispensable para entrar en el proceso de discernimiento es la “indiferencia” o libertad de espíritu.

El discernimiento constituye un proceso de confrontación con la vida, la muerte y la resurrección de la persona de Jesús en nuestras propias vidas: nuestros procesos de vida, de muertes, pequeñas o grandes y nuestras propias resurrecciones, como un llamado a la Vida plena, en abundancia, a la que Jesús nos invita. Estos son nuestros propios procesos pascuales que siempre irán sostenidos por una experiencia de discernimiento.

A lo largo de los *Ejercicios*, desde el *Principio y Fundamento* hasta la *Contemplación para alcanzar amor*, el discernimiento es un eje transversal en la experiencia. Que el discernimiento sea entonces para nosotros un estilo de vida, como ciudadanos cristianos comprometidos en el diario vivir, a la tarea de tener el Reinado de Dios como horizonte permanente para su Mayor Gloria. Que así sea.

Luisa Broggi

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES DE SÍLEX

La revista *Sílex* es una publicación semestral, académica interdisciplinaria que tiene por objetivo divulgar artículos de enfoque teórico o empírico relacionados a los campos de investigación a los que se avoca la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, y tiene como principios académicos fundamentales e inapelables la originalidad, la calidad, la tolerancia, la rigurosidad, la pulcritud, pluralidad de ideas.

La revista contiene dos tipos de textos de investigación: **Los artículos**, que vienen a ser investigaciones originales, con una presentación detallada de sus resultados, estos textos son evaluados por dos pares. La evaluación puede dar como resultado la publicación sin modificaciones, con modificaciones o la no publicación. **Los ensayos**, son investigaciones ya terminadas o en proceso que son evaluadas por el coordinadora o coordinador del número de revista para su respectiva publicación. Además la revista cuenta con una sección de reseñas críticas sobre libros, artículos u otras investigaciones.

Cabe recalcar que el autor se compromete a no publicar simultáneamente el artículo en otro medio, ya sea virtual o impreso. El fondo editorial se reserva el derecho de adaptar el estilo gramatical del texto.

### Presentación de los artículos

Los interesados en publicar en la revista podrán enviar sus trabajos al correo electrónico [fondo.editorial@uarm.pe](mailto:fondo.editorial@uarm.pe) con copia a [leonardo.dolores@uarm.pe](mailto:leonardo.dolores@uarm.pe). La recepción del artículo no garantiza su

publicación. Una vez que se verifique el cumplimiento los procesos señalados en este manual, los trabajos serán enviados al comité evaluador. Su aceptación dependerá de ellos.

Formato de presentación: Los artículos deberán presentarse en soporte digital Microsoft Word, en tamaño A4 (21,2 x 29,7cm). Los márgenes serán de 2,5 cm., superior, inferior, izquierda, derecha. La fuente será Times New Roman, tamaño 11, el interlineado debe ser 1,5. La separación entre párrafos será de un espacio. En caso de que el texto lleve fotografías, estas deberán adjuntarse en una carpeta distinta, en formato digital. El tamaño de las fotografías serán de 300 dpi o 2500 píxeles de ancho. No se aceptarán fotografías alteradas por software de edición. La extensión de los artículos (incluyendo bibliografía) no debe exceder las 5000 palabras.

*Información requerida en portadilla:*

Título del artículo  
Subtítulo, si se tuviese  
Nombres completos del autor o los autores  
Institución a la que pertenecen los autores o el autor.

*Información requerida en la primera página*

En caso de que el artículo haya sido presentado en alguna conferencia o seminario, debe consignarse el año, la ciudad, el país y el nombre del evento en el que se presentó. Esta puede ir como nota al pie de página.

Breve biografía del autor que incluya: año de nacimiento, profesión o grado académico, casa de estudios, y como máximo el título de cuatro principales publicaciones (libros o artículos). Esta puede ir como nota al pie de página.

Resumen/Abstract: en español e inglés. Resumen breve del cuerpo. No incluye referencia bibliográfica. Máximo 200 palabras

Palabras claves /key words: de cuatro a siete palabras. Deben ser puntuales y concretas.

**Redacción:** Las ideas deben ser legibles, claras y se aconseja el uso mínimo de adjetivos y palabras técnicas. La gramática y ortografía debe respetar el manual *Nueva gramática de la lengua española*, del 2010 de la Real Academia Española. El texto se redactará en tercera persona.

**Cuerpo:** La estructura del artículo debe tener necesariamente una Introducción que explique los objetivos del trabajo, el contexto y la justificación. De tratarse un trabajo de investigación, se incluirá un acápite de Metodología. Si el artículo fuese un balance, un ensayo o un informe de investigación, la redacción de la discusión dependerá el autor, pero en cualquier de los casos es necesario reseñar en la parte final las ideas principales en un acápite de Conclusiones.

## A modo de manual de estilo

### *Tablas y gráficos*

Los gráficos, fotografías, mapas, tablas, cuadros, deben estar enumerados e incluir la fuente y una frase no mayor de 15 palabras que explique su pertinencia. En el caso de las tablas no es necesaria la frase, pues los títulos de las tablas deben estar dentro de la primera celda. La numeración debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza del gráfico. Es decir: *cuadro 1; mapa 1; tabla 1* Todos los gráficos deben ser editables en Word.

### *Notas a pie de página*

Las notas al pie de página incluirán información adicional que el autor considere de vital importancia para ilustrar una idea, pero que se aleje en sentido y pertinencia del cuerpo. Se aconseja el uso medido a fin de procurar una lectura fluida y legible.

Las notas se escribirán al final de las páginas y nunca al término del documento. La numeración debe ser continua y empezar del número uno. La llamada deberá ir en superíndice y, en caso cierre una oración, luego del punto; es decir: *llamada<sup>1</sup>*.

No se incluirá referencias bibliográficas a menos que llamen la atención sobre textos puntuales. En ese caso, escribirán solamente el apellido del autor y el año de publicación: *Clastres (1974)*. Es preferible este uso en el cuerpo y no en las notas.

Si se usase en el documento referencias de publicaciones periódicas (diarios, boletines, semanarios, anuarios, periódicos, magazine, periódicos, etc.), éstas deberán incluirse en las notas al pie de página, señalando el nombre del artículo o nota (si tuviese) seguida del nombre de la publicación, fecha y ciudad de circulación. Deberá consignarse también la información de eventos académicos, si se mencionasen seminarios, conferencias, congresos, etc. En caso el documento señalase la ubicación de legajos históricos en archivos, estos también se consignaran en las notas al pie de páginas. Ninguna de las informaciones aquí señaladas irán en el listado bibliográfico.

### *Referencias en el texto*

Suele haber muchas maneras de referirse a un texto y su autor en el cuerpo del documento que escribimos. Podemos señalar dos formas precisas: citas literales y referencias dentro del texto.

Cuando las citas literales exceden las 45 palabras, deberán formar un nuevo párrafo, con sangría izquierda y a un punto menos que el texto del cuerpo. El autor deberá elegir entre uno de los casos presentado a fin de mantener la uniformización.

#### **Caso 1**

Considérese la siguiente descripción deslumbrante de Kublai Khan, hecha por el buen cristiano veneciano Marco Polo (1946: 158-159), a fines del siglo XII:

El gran kan, habiendo obtenido esta victoria memorable volvió con gran pompa y festejo a la ciudad capital de Kanbalu. Esto ocurrió en el mes de febrero y marzo, en los que se celebraba *nuestra* festividad de la pascua. Consciente de que esta era una se nuestras festividad de pascua.

**Caso 2:**

Considérese la siguiente descripción deslumbrante de Kublai Khan, hecha por el buen cristiano veneciano Marco Polo, a fines del siglo XII:

El gran kan, habiendo obtenido esta victoria memorable volvió con gran pompa y festejo a la ciudad capital de Kanbalu. Esto ocurrió en el mes de febrero y marzo, en los que se celebraba *nuestra* festividad de la pascua. Consciente de que esta era una se nuestras festividad de pascua (1946: 158-159).

En ninguno de los caso se incluirá el título del libro ni ningún otro dato. De tratarse de una reedición histórica, el año de la primera publicación irá en el listado bibliográfico. Si se cortasen frases, debe ponerse tres puntos suspensivos entre corchetes: [...]

Si la cita literal no excede las 45 palabras irá dentro del texto y entre comillas. El autor deberá elegir entre uno de los casos presentado a fin de mantener la uniformización.

**Caso 1:**

En el Perú, es David Collier (1978) quien va a desarrollar con mayor profundidad esta propuesta. Según él “una de las causas importantes del surgimiento de las barriadas ha sido el amplio y casi siempre encubierto apoyo del propio gobierno y de las élites” (p.16).

**Caso 2:**

En el Perú, es David Collier (1978: 16) quien va a desarrollar con mayor profundidad esta propuesta. Según él “una de las causas importantes del surgimiento de las barriadas ha sido el amplio y casi siempre encubierto apoyo del propio gobierno y de las élites”.

**Caso 3:**

En el Perú, es David Collier quien va a desarrollar con mayor profundidad esta propuesta. Según él “una de las causas importantes del surgimiento de las barriadas ha sido el amplio y casi siempre encubierto apoyo del propio gobierno y de las élites” (1978: 16).

Si se tuviera que insertar palabras para hacer comprensible la cita, éstas deberán ir entre corchetes: [ ].

Para el caso de las citas literales, si el texto citado no comenzase en una oración, deberá incluirse: [...] antes de empezar la cita para indicar que se suprimieron las primeras palabras. De igual modo, si se no se concluyese la oración citada, deberá incluirse: [...], al final de la cita.

Cuando la referencia no sea literal y se parafraseé una idea del autor deberá incluirse el año de publicación del libro entre corchetes y la página de donde se extrajo. Si la referencia parafraseada es la tesis del libro o alguna información no ubicable en páginas concretas, se incluirá únicamente la fecha de publicación del libro.

**Ejemplo:**

Precisamente, Gonzales de Olarte (1984) advierte la importancia de “descifrar la armonía” entre la dimensión económica y social de las comunidades campesinas. Para ello, nos dice que, si la antropología ha explicado a la comunidad como la organización que está en función de los intereses de la familia comunera, lo que no explica es la relación inversa.

Para las citas literales y las referencias, cuando un texto tenga más de un autor se incluirán únicamente los primeros apellidos separados por una coma, y al último apellido le antecederá la conjunción coordinada “y”. El orden de los apellidos dependerá de la asignación en el libro de referencia. Si los apellidos fuesen más de tres, como: “Fuenzalida, Valiente, Villarán, Golte, Degregori y Casaverde”, desde el primer momento se citarán: Fuenzalida *et al.* (1982), seguido del año de publicación. El vocablo latino *et ál.* deberá escribirse en cursiva y con punto.

### Referencia bibliográfica

Las referencias bibliográficas citadas en el texto se agregarán en un listado al final de las conclusiones del texto, bajo el rótulo *Bibliografía*, y nunca en las nota al pie de página. Estas incluyen: libros impresos o virtuales, capítulos de libros, artículos en revistas académicas impresas o virtuales. Si se tratase de un texto histórico, donde la investigación de archivo ha sido fundamental, éstas deberán agregarse en un acápite antes de *Bibliografía*, bajo el rótulo de *Archivos históricos* y se consignarán los legajos.

Se presentará en orden alfabético, siguiendo las siguientes pautas: Apellido, nombre, año de publicación título del libro, número de edición (prescindible), ciudad de publicación, editorial. Para los distintos tipos de referencia se presenta los siguientes ejemplos.

#### Libros

Collier, David (1973). *Barriadas y Elites. De Odría a Velasco*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Figueroa, Adolfo; Altamirano, Teófilo y Sulmont, Denis (1996). *Exclusión social y desigualdad en el Perú*. Lima: OIT, ONU, IIEEL.

Flores Galindo, Alberto (1991). *La ciudad sumergida. Aristocracia y Plebe en Lima, 1760-1839*, 1<sup>ra</sup> ed. Lima: Horizonte.

Betanzos, Juan de [1551] (1987). *Suma y narración de los incas*. Edición a cargo de María del Carmen Rubio. Madrid: Atlas.

Degregori, Carlos Iván y Jelin, Elizabeth. *Jamás tan cerca arremetió lo lejos*. Lima y Nueva York: Instituto de Estudios Peruanos y Social Science Research Council.

Sandoval, Pablo (2010) (comp.) *Repensando la subalternidad: miradas críticas desde/ sobre América Latina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

\*Si en un texto son más de cinco autores, deberá ponerse *et al.* detrás del primer apellido asignado de acuerdo al libro citado.

\*Si el apellido del autor posee un artículo o preposición estos irán detrás del nombre.

### Capítulos de libros o artículos de revistas

Barrig, Maruja (1986). “Democracia emergente y movimiento de mujeres”, en: *Movimientos sociales y democracia. La fundación de un nuevo orden*. Lima: Desco.

Lomnitz, Claudio (2010) [2001]. “El nacionalismo como un sistema práctico”, en: Sandoval, Pablo (comp.), *Repensando la subalternidad: miradas críticas desde/ sobre América Latina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Lloréns, José Antonio (1990). “Voces de provincianos en Lima: migrantes andinos y comunicación radial”, en: *Revista Peruana de Ciencias Sociales*, pp. 119-154, vol. 2, n.º 1. Lima.

\*Cuando se trata de un texto compilado, coordinado o editado, y se quiere consignar un artículo de este, se deberá incluir primero el año de la edición del tomo y luego del artículo, si hubiese aparecido antes en otro medio.

### Artículos electrónicos

Walker, Charles (2015). “Túpac Amaru y el bicentenario”, en: *Revista Argumentos*, n.º 3, año 9, julio. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en: <<http://revistaargumentos.iep.org.pe/articulos/tupac-amaru-y-el-bicentenario-2/>> Consultada el 30 de diciembre de 2015.

## Recomendaciones

Es importante guardar la uniformidad en todo el texto. Si en las referencias bibliográficas se coloca el nombre completo de las instituciones y no sus iniciales, todo el texto debería seguir la pauta.

Si los nombres de los traductores son importantes se incluirán luego del título del libro.

Si el documento citado no tiene fecha de publicación, luego del nombre del autor se colocará: (s/f)

Si se cita a un autor con más de un libro, estos deberán ordenarse por antigüedad de publicación.

Si se consigán textos de un mismo autor publicados en un mismo año, deberá ordenarse con las letras consecutivas del abecedario, partiendo de la primera. Estas se harán por orden de aparición en el cuerpo del texto.

El presente texto y sus actualizaciones estarán disponibles en:  
<http://www.uarm.edu.pe/FondoEditorial>

# SILEX

De el el Diuino amor y Rapto actiuo de  
el Anima, en la Memoria, Entendimiento  
y Voluntad.

Que se emprende el Diuino fuego mediante  
vn acto de Fe, que es el fundamento  
de esta obra.

Dedicada ala incomprehensible Magestad  
de Dios trino y vno Criador y Señor  
de el Uniuerso

Por la nescencia de tan incomprehensible misterio  
Colegida, y sacada

De varios Autores por el Padre Antonio  
Ruiz de Montoya de la Compania de

IES

Año de MDCXL viij. en

Lima

## ARTÍCULOS

Una filosofía del derecho desde la justicia como equidad. **Ronald Reyes Loayza**

Reconocimiento del derecho colectivo a la Administración de Justicia Comunal en el Perú: Artículo 149 de la Constitución Política de 1993. **Gustavo Zambrano Chávez**

Sobre la vigencia de la teoría habermasiana del Derecho en un mundo globalizado y plural. **Manuel Zelada**

La teoría del derecho natural. **Alessandro Caviglia**

## ENSAYOS

El sentido de injusticia y las luchas por la memoria. **Gonzalo Gamio Gehri**

De Kant a Rawls: en torno al “derecho de gentes”. **Fidel Tubino**

Algunas aproximaciones al debate constitucional anglosajón contemporáneo. **Jorge H. Sánchez Pérez**

Argumentación jurídica y estado autoritario a propósito del caso “diarios chicha”. **Gilmer Alarcón Requejo**