

Notas para una reconstrucción epistemológica del Principio dialógico discursivo como fundamento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia¹

Notes for an epistemological reconstruction of the dialogic-discursive principle as the foundation of the Special Jurisdiction for Peace (JEP) in Colombia

Óscar Mejía Quintana
Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Colombia
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5048-2169>
Contacto: omejiaq@unal.edu.co

RESUMEN

El Principio Dialógico requiere una reconstrucción que dé cuenta de sus fundamentos epistemológicos, retomando la diferenciación planteada por H.L.A. Hart, tanto desde el punto de vista externo del sistema jurídico que predica su legitimidad y eficacia como desde el punto de vista interno que predica la validez del mismo, y que, abordando sus dos caras, muestre la co-originalidad entre el Principio Dialógico de origen político-moral y el Principio Discursivo de proyección jurídico-

¹ Este texto es producto de la participación del autor como conferencista invitado al «Encuentro Misional: Del enfoque dialógico a su puesta en práctica: potencia y desafíos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)», llevado a cabo los días 24 y 25 de octubre de 2022 en Bogotá D.C., Colombia.

política que opere al interior del derecho y la decisión judicial aplicada a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia.

Palabras Claves: Principio dialógico, principio discursivo, Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

ABSTRACT

The Dialogical Principle requires a reconstruction that realizes for its epistemological foundations, taking up the differentiation, proposed by H.L.A. Hart, both from the external point of view of the legal system that predicates its legitimacy and effectiveness also from the internal point of view that predicates its validity, therefore, addressing its two sides, it shows the co-originality between the Dialogical Principle of political-moral origin and the Discursive Principle of legal-political projection that operates within the law and the judicial decision applied to the Special Jurisdiction for Peace (JEP) in Colombia.

Keywords: Dialogic principle; discursive principle; Especial Jurisdiction for Peace (JEP).

Introducción

Este escrito busca reconstruir el Principio Dialógico-Discursivo por una invitación que la JEP le hiciera al suscrito en un encuentro de sus diferentes salas, que permitiera evidenciar el profundo sustento dialogal que su dinámica supone. El ejercicio teórico, por supuesto, conduce a una fundamentación epistemológica que quisiera presentar, recurriendo a la distinción de H.L.A. Hart en su Concepto de Derecho (1961) desde las dos perspectivas que introduce frente a un sistema jurídico «el punto de vista externo del observador que define la legitimidad y eficacia del mismo y el punto de vista interno que define la validez de las normas del ordenamiento» (p. 293).

Como principio requiere, reitero, una fundamentación epistemológica que dé cuenta de los supuestos que lo constituyen y para lo cual asumiré como guía metódica su reconstrucción genético-estructural en la medida en que el espacio lo permita. Intentaré, en ese orden, dar cuenta de su posible sustentación, orientándome para el efecto en la siguiente hipótesis de trabajo:

La reconstrucción del Principio Dialógico-Discursivo requiere un abordaje que dé cuenta de sus fundamentos epistemológicos retomando la diferenciación, planteada por H.L.A Hart, tanto del punto de vista externo del sistema jurídico que predica su legitimidad y eficacia como del punto de vista interno que predica la validez del mismo, y que, abordando sus dos caras, muestre la co-originalidad entre el Principio Dialógico de origen político-moral y el Principio Discursivo de proyección jurídico-político que opere al interior del derecho y la decisión judicial como instancia de corrección integral de la legalidad.

El itinerario que seguiré es el siguiente: en la primera parte, desde el punto de vista externo (1), abordaré la lectura deliberativa del Imperativo Categórico kantiano, la crítica de Hegel y las inferencias en el joven Marx; enseguida, las consecuencias del absolutismo legocéntrico de la primera mitad del siglo XX (2) que da paso a una

primera fundamentación del PD en Rawls, su Teoría de La Justicia y La Crítica Comunitarista (3). Inmediatamente, retomaré la teoría de Habermas y sus sustanciales implicaciones para la fundamentación epistemológica del PD (4), para terminar la primera parte con los aportes de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt al PD en las versiones de Wellmer y Honneth (5).

En la segunda parte, ahora desde el punto de vista interno del derecho, proseguiré con la concepción política de la justicia del segundo Rawls (6), para pasar enseguida a la fundamentación más fuerte del Principio Discursivo Jurídico que harán Dworkin y particularmente Alexy (7), la concepción del Derecho como integrador social de Habermas y la inferencia que desde Günther puede hacerse del PDJ como coherencia (político-) moral (8), para culminar con el aporte del (pos) lusnaturalismo (crítico) a la definición epistemológica de este principio dialogal en el derecho (9).

I. PRINCIPIO DIALÓGICO (POLÍTICO-MORAL) DESDE PUNTO DE VISTA EXTERNO.

El antecedente, al menos en la cultura occidental, del *Principio Dialógico Moral* de ascendencia político-moral, al cual se referirá desde el punto de vista externo como PDM, se encuentra en la Grecia antigua. La *mayéutica* fue el método socrático para indagar las perspectivas subyacentes al diálogo. La *dialéctica platónica* es así una derivación de la mayéutica socrática, la cual, en esencia, se basa en el preguntar.

Sócrates, enfrentado con un problema, preguntaba su definición. A esta oponía un cuestionamiento, logrando una segunda enunciación más profunda que, a su vez, confrontaba con otra pregunta y así, paulatinamente, ir depurando y afinando la cuestión. De esta forma, por medio de preguntas, la mayéutica o dialéctica permite cualificar la problemática con sus sucesivos esclarecimientos hasta lograr perfilar una verdad integral y comprehensiva.

1. Kant, el Imperativo Categórico y el PDM en Hegel y Marx

1.1. Imperativo Categórico en clave dialógica.

Una de las mayores distorsiones sobre Kant ha sido reducir el Imperativo Categórico (de aquí en adelante IC a lo largo del texto) a una interpretación monológica, propia de la filosofía de la conciencia y de la teoría del contrato social de la modernidad temprana. Ya en Hobbes, pese a su individualismo posesivo, hay un ascendiente deliberativo de origen republicano (en oposición al liberalismo monológico) y esa tensión del liberalismo y el republicanismo se proyecta también a la filosofía práctica kantiana, liberal en su antropología filosófica, pero republicana en su filosofía política y jurídica, para recaer en el liberalismo cuando cierra la puerta de la “desobediencia civil” (Kant, 1964).

El IC es la concreción de los tres principios de la moral kantiana, universalidad, autonomía y libertad (subjética) que también está mediado por la categoría de *Contractus Originarius* que es la que sustenta la prioridad del derecho público sobre el derecho privado en la medida que es el consenso político el que permite respaldar y desde el cual se superan los conflictos del estado de naturaleza. Durante casi dos siglos, la enunciación del IC, «que la máxima que oriente tu acción, como legislador universal, sea hacer del otro un fin y nunca un medio» (Kant, 1995, pp. 45-46) se le dio una interpretación monológica y no dialógica, que se distorsiona precisamente en la fórmula «como legislador universal» que en general no fue leída como producto de una deliberación universal, libre y autónoma, de la que el sujeto ha hecho parte.

Esta genuina interpretación dialógica será evidenciada dos siglos después en las inferencias que se desprenderán de Rawls, Habermas y Tugendath entre otros (Kant, 1964, pp. 167-168) y sus lecturas intersubjetivas del IC, lo que daba cuenta, además, de que en Kant la razón filosófica funge como razón jurídico-política deliberativa. El IC y su expresión deliberativa permite así fisurar las murallas del

sujeto monológico, aislado y encerrado en una racionalidad abstracta. (Kant, 1986).

1.2. Hegel y la dialéctica.

El PDM tiene un replanteamiento en Hegel que lo relacionará con su dialéctica como fundamento metódico de su sistema filosófico. En el Prólogo a La Fenomenología del Espíritu, Hegel sostendrá, al respecto: «lo verdadero es el todo» y «el método, no es en efecto, más que la estructura del todo elevada a su esencialidad pura» (Hegel, 1966, pp. 16-20). La expresión de la dialéctica está así directamente enlazada al sistema en su totalidad, lo que a su vez lo enlaza con la categoría central de su filosofía, la de alienación.

La historia de la idea, desde su origen cosmológico, así como la del género humano (el espíritu, en Hegel) es, para este, la historia de su alienación, de su divorcio, de su desgarramiento frente al mundo. Su ideal, su aspiración permanente, es alcanzar la libertad auténtica, teniendo como punto de partida la superación de esta alienación, en otras palabras, la reconciliación y la recuperación del dominio sobre el mundo.

La dialéctica deriva su estructura triádica del desarrollo de la idea a través de los tiempos: inicialmente la Idea (en sí), posteriormente el Mundo (idea fuera-de-sí, en primer momento de su alienación) y tercer momento el Espíritu (género humano en la historia, segundo momento de su alienación, Idea para-sí) que, a su vez, discurrirá en tres momentos: espíritu subjetivo, espíritu objetivo y finalmente, espíritu absoluto donde finalmente, después de sus consecutivas alienaciones y desgarramientos, se produce la reconciliación final, Idea-Género Humano-Libertad, superándose la alienación y logrando la identidad sujeto-objeto total en la historia.

De allí la afirmación de Hegel de que la «dialéctica refleja la dinámica del todo» (Hegel, 1966, p. 69), que a su vez es el desarrollo

desde su alienación inicial hasta la reconciliación final, pues sus tres momentos, momento afirmativo, momento negativo, momento de la reconciliación, son la expresión del movimiento de la idea desde su origen hasta su identificación definitiva con el hombre y la historia. El PDM queda con esto amarrado a la dialéctica histórica de una parte (negación de la negación) y a la alienación de otra.

En todo ese contexto se concreta, además, la crítica de Hegel a la moral kantiana, que en última instancia expresa la impotencia de la burguesía revolucionaria de la Revolución Francesa por conciliar la idea de Dios-libertad con la sociedad y cuya consecuencia es una salida ficticia, la moral kantiana y su extensión jurídica. La revolución no reconcilió libertad y sociedad, no superó la alienación idea-sociedad, y optó por una libertad e igualdad formales, moral y jurídica en el código civil, como fundamento abstracto de esa reconciliación fallida, pero que no solucionó el desgarramiento social y los conflictos reales. De ahí las objeciones de Hegel a la moral kantiana: formalista, universalista, mera intención subjetiva, en últimas, la impotencia del deber ser. Impotencia que lo es también de la conciencia jurídica que funge como un «alma bella», meramente voluntarista, formal, impotente ante una realidad que pretende solucionar con fórmulas legales vacías.

1.3. Principio dialógico y enajenación en el joven Marx.

En el joven Marx, el problema de la alienación se transforma, en el marco del capitalismo, en enajenación, como ya lo plantea en los Manuscritos Económico-filosóficos del 44, y que más tarde se ampliará, en El Capital, a la categoría del fetichismo de la mercancía. El PDM se articula aquí de manera expresa, no solo a la dialéctica materialista, sino a la enajenación económica en unos términos que trataré de explicitar inmediatamente.

El concepto central de la reflexión del joven Marx es de qué manera la autoactividad constituye el sustrato de la objetivación del

ser humano en el mundo. Marx desliga alienación y objetivación que Hegel identificaba -como lo señalará casi un siglo después Georgy Lukács- y muestra que la segunda no es una expresión alienante, sino, al contrario, una manifestación que humaniza el entorno. Pero cuando el producto de la autoactividad humana se lo apropia un poder extraño, el burgués en el capitalismo, el Estado después en el socialismo estalinista (de ahí la censura de Stalin al joven Marx), ahí tenemos una situación enajenante que hay que superar.

Esto también se complementa con la Introducción a la Crítica de la Filosofía del Derecho (Hegel, 1843), donde el joven Marx plantea su famosa fórmula «la religión es el opio del pueblo» (Marx, 1969, p. 3) que enseguida profundiza afirmando que «la crítica del cielo se cambia así en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política» (Marx, 1969, p. 1). Lo cual dará más tarde pie a Pashukanis, el teórico marxista del derecho en la Rusia estalinista, de que en el capitalismo -y por extensión en el socialismo estalinista- es el derecho el opio del pueblo y, por tanto, frente al fetichismo jurídico que representa, el derecho tiene que extinguirse junto al estado.

De ahí el porqué de que, en este periodo de juventud, el medio que el joven Marx concibe para superar esa condición económica, social y política enajenante sea una «democracia real o plena», una democracia revolucionaria (todavía no se ha concretado la figura posterior de la dictadura del proletariado) que permita lograr un hombre desenajenado; un hombre total, que se reapropie de su autoactividad enajenada, y que es, por tanto, la condición sine qua non de la verdadera emancipación. El PDM queda con esto relacionado, indirectamente, con la dialéctica materialista como un principio de negación de toda situación enajenante.

2. Crisis del Absolutismo Legal y Ambientación del Principio Dialógico Moral

No puedo dejar de mencionar lo que para el derecho significó el nazismo, el Holocausto y, en especial, los Juicios de Núremberg y Tokio, donde los criminales de guerra quisieron defenderse con el argumento de que eran inocentes porque habían cumplido la ley. Esto genera básicamente la reacción de Radbruch y del iusnaturalismo kantiano de que el derecho no podía seguir amarrado a la ley y tenía que concebirse una instancia superior, la justicia, desde donde juzgar las leyes extremadamente injustas para no obedecerlas.

Ello origina el giro de Kelsen que culminaría con su aceptación de que el juez no es más «la boca de la ley», dándole a este una discrecionalidad que le permitiera ser un dique contra las leyes injustas, lo cual desarrollaría en la segunda edición de su Teoría Pura del Derecho: que confronta a la primera del 34, y, dos años más tarde «la Norma Fundamental no podía ser concebida como una condición lógico-epistemológica del sistema jurídico y tenía, por tanto, que tener un contenido material desde donde definir los términos de corrección de las leyes injustas» (Kelsen, 1960).

Propuesta que además H.L.A. Hart (1961) ya estaba concretando en su Concepto de Derecho cuando critica la concepción imperativista del derecho reducido a «órdenes respaldadas por amenazas», es decir, leyes coactivas sin posibilidad de ser cuestionadas, y concibe frente a ello, primero unas reglas secundarias, en particular, la regla de reconocimiento; segundo, desliga de la validez jurídica, que puede predicar el abogado y el funcionario, la legitimidad y eficacia de un sistema jurídico que solo puede predicar el ciudadano, y, tercero, un derecho mínimo natural, en última instancia sustentado en el giro lingüístico del segundo Wittgenstein, que ambienta de nuevo la posibilidad de desobediencia justificada al derecho cuando este no cumple unos mínimos de convivencia social.

El PDM se va configurando en este giro de ascendencia kantiana por el flanco del iusnaturalismo laico de Radbruch (1993) y por el lado del segundo Wittgenstein deliberativo de Hart, poniendo la primacía de la justicia sobre las leyes injustas, el primero, y una regla de reconocimiento y, particularmente, un derecho mínimo natural, sustentado dialógicamente desde los juegos de lenguajes privados de la sociedad, el segundo.

3. Rawls: Teoría Consensual de la Justicia y Principio Dialógico

3.1. El principio dialógico en la teoría de la justicia rawlsiana.

Pero donde el PDM tendrá su primer fundamento estructural, por supuesto resultado de todo lo anterior también, será en Teoría de la Justicia (1979) de John Rawls. Este recupera varios insumos previos: la primacía de la justicia sobre la legalidad, la distinción entre validez como expresión del punto de vista interno del derecho y la legitimidad y eficacia como perspectiva exclusiva del observador del sistema jurídico y el derecho mínimo natural y la posibilidad de desobediencia justificada a la ley. Pero igualmente recupera los planteamientos de Lawrence Kohlberg y de ahí que toda la teoría de la justicia suponga no solo un fundamento deliberativo sino consensual, en la línea del tercer estadio de desarrollo moral kohlbergiano.

Principio dialógico y Posición Original.

Con la Teoría de la Justicia (1979) Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar unos principios de justicia social que sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad y legitimidad prescriptiva de los mismos.

El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la Posición Original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior. El PDM queda aquí anclado a la deliberación consensual no solo para la definición de los principios de justicia, sino para todo proceso de concertación institucional.

El velo de ignorancia, el cual llamaremos Vdel; tendrá el propósito de garantizar la potencial discusión simétrica a su interior, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los participantes, con el objeto de que la concepción pública de justicia que se concierte no esté contaminada por intereses particulares. El Vdel funge así como una construcción argumentativa que garantice la máxima universalidad del PDM.

Desobediencia civil y principio dialógico.

Rawls concibe la desobediencia civil como un «acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno» (Rawls, 1979). La desobediencia civil es un mecanismo de excepción con el que cuentan las minorías para defenderse de una mayoría que promulga leyes que están perjudicándolas y no quiere hacer caso a sus reclamos y exigencias.

A través de la desobediencia civil se está apelando a la defensa del acuerdo consensual original representado en los principios de justicia y es «un acto político, no sólo en el sentido que va dirigido a la mayoría que ejerce el poder político, sino también porque es un acto guiado y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de justicia que regulan la constitución...» (Rawls, 1979). Se concibe, además, como el último recurso en ser utilizado, una vez han sido agotadas todas las vías legales debido a la falta de atención e indiferencia de las mayorías. Rawls reconoce la posibilidad de una radicalización de la

desobediencia civil, llegando a adquirir formas violentas, en caso de no ser debidamente atendidas las demandas de los desobedientes, y esta situación no deslegitima el acto de desobediencia.

La desobediencia civil garantiza y fortalece la estabilidad del sistema político, pues por medio de ella se refuerzan las instituciones justas, permite rechazar las injusticias y corregir las divergencias y disputas. No solo supone un profundo reconocimiento intersubjetivo de los desobedientes civiles entre sí, en el logro de su defensa de los principios de justicia y de la constitución vulnerada por las mayorías, sino que implica la conexión estructural entre el PDM y la contestación ciudadana.

Reflective Equilibrium, disidencia y principio dialógico.

Sin embargo, en la teoría rawlsiana existe un constructo aún más radical que la misma desobediencia civil, el equilibrio reflexivo: si los principios de justicia se defienden a través de la objeción de conciencia y la desobediencia civil, en lo que es una defensa en últimas de la constitución, el equilibrio reflexivo permite incluso cambiar el consenso sobre los principios, es decir, cambiar la constitución (Kern, Muller, 1992, p. 82-115).

Esta figura admite dos lecturas, la primera es metodológica, y consiste en buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos, al interior de la Posición Original, los principios concertados. Su relación con el PDM se puede plantear como el reconocimiento y diálogo con la disidencia al interior del proceso mismo de deliberación. Este equilibrio no se concibe como algo estable o permanente, sino que se encuentra sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados

por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Sólo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso.

En conjunto, esto significa, primero, que más que el consenso es la inclusión del disenso radical, el criterio normativo, moral, político y jurídico, que debe orientar a una sociedad determinada y a un proceso de deliberación colegiada o colectiva. Y, segundo, que el PDM supone la aceptación moral, política y jurídica del disenso frente al mismo consenso.

3.2. El giro comunitarista y la razonabilidad como marco del PDM.

Iniciando la década de los 80 se origina la reacción comunitarista que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX (Mulhall, Swift, 1992). Entre ellos, MacIntyre, el más radical, caracteriza la discusión moral contemporánea como un conflicto de tradiciones con formas de vida social y racionalidades prácticas no solo diferentes, sino, en muchos casos, diametralmente opuestas (MacIntyre, 1981). Cada cultura es parte de una historia y una tradición con una concepción de justicia y racionalidad que ha entrado en conflicto con otras tradiciones, con diferentes patrones de desarrollo y en diferentes momentos de la historia. De aquí se desprende un concepto clave: la razonabilidad como marco del PDM, en la medida en que ese marco de racionalidad práctica, es decir, de razonabilidad, define los parámetros de deliberación y reconocimiento intersubjetivo que las sociedades requieren para dialogar y cohesionarse.

Frente a esto, Rawls reconfigura sustancialmente su posición original y comienza a evidenciarse la toma de distancia frente a Kant, así como la asunción de muchas de las críticas del comunitarismo, en especial de su concepto de razonabilidad. La Posición Original, en adelante PO, no está ya constituida por agentes libres e iguales, sino por personas morales, es decir, comunidades o formas de vida.

Esa persona moral posee dos facultades morales: la capacidad de un sentido de justicia efectivo y la capacidad para formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien (Bonete, 1990, pp. 93-102) De ello se desprende un tercer interés de orden superior: proteger y promover su concepción del bien; en otras palabras, su concepción de vida buena. Con lo cual Rawls responde a la crítica comunitarista, marcando su acercamiento a la misma.

La autonomía plena no solo se garantiza por el procedimiento de decisión consensual al interior de la posición original, sino que se realiza en el marco de razonabilidad de la vida diaria de los ciudadanos. Aquí se produce otro sustancial cambio en el planteamiento rawlsiano de TJ: lo razonable subordina y presupone lo racional. Lo cual quiere decir, simplemente, que la deliberación sustancial tiene, en última instancia, prioridad sobre los elementos formales del procedimiento. Rawls defiende el procedimiento de consensualización, pero reconoce que la deliberación tiene prelación sobre aquel: es la prioridad de lo razonable sobre lo racional, del diálogo y la deliberación político-moral sobre el procedimiento formal o jurídico.

4. Cosificación, Ética Discursiva e Imperativo Categórico Deliberativo

La fundamentación del PDM desde la teoría habermasiana tiene necesariamente varios presupuestos. El primero consiste en la primera generación de la Escuela de Frankfurt y, a su interior, la visión cabalística-filosófica de Walter Benjamin, en particular sobre el derecho. Como lo plantea en Crítica de la violencia, «el derecho, no solo como legalidad sino como tal, nada tiene que ver con la justicia» (1996). Está signado por la lucha demoniaca entre Yahvé y Lucifer y por eso lleva en su entraña no la condena al castigo, sino la estigmatización de la falta, herencia de aquella lucha demoniaca.

El derecho no es opción ante la violencia, es violencia misma y nos condena a todos como culpables. Por eso, el giro de la primera

Escuela hacia la problemática de la enajenación después del suicidio de Benjamín huyendo de los nazis en Francia y su visión crítica sobre el derecho: Benjamín, un derecho demoníaco y alienador; Horkheimer, un derecho instrumental y autoritario; Adorno, un derecho masificador y deshumanizante, y Marcuse un derecho hegemónico y unidimensional. De ahí porque la afirmación de Manuel Reyes Mate en algún momento: «Hay que sacar del infierno al derecho» (Hoyos, 2001).

El segundo presupuesto lo dan los planteamientos de los abogados de esa primera Escuela de Frankfurt, Franz Neumann y Otto Kirchheimer quienes confrontan, al interior de la concepción legocéntrica del derecho predominante en la primera mitad del siglo XX, la distinción amigo-enemigo schmitttoniana que se apodera del derecho e incluso del constitucionalismo liberal a través del formalismo procedimental y el burocratismo jurídico. Frente a esto, reivindican, y esto es lo relevante para nuestra temática, la potenciación del PDM en la sociedad a través de las instancias de la libertad política (Neumann) frente a la libertad jurídica y de la justicia política frente a la justicia procedimental y constitucional.

4.1. Cosificación, ética discursiva y principio dialógico

Derecho como cosificación.

El tercer presupuesto, columna vertebral de la fundamentación epistemológica del PDM, es la teoría comunicacional habermasiana. Habermas, representante de la segunda Escuela de Frankfurt, intenta responder a dos preguntas de investigación con su Teoría de la Acción Comunicativa que llamaremos TAC «¿pueden las sociedades complejas cohesionarse y legitimarse intersubjetivamente a través del derecho? y ¿qué papel emancipatorio puede tener la comunicación en esos contextos?» (Habermas, 1981). La conclusión de Habermas es que no sirve la propuesta de legitimidad legal-racional de Max Weber (Habermas, 1981, Tomo I) y que tampoco sirve la apuesta de

legitimidad funcional de Talcott Parsons (Habermas, 1981, tomo II): en gran síntesis, el derecho sirve para regular pero NO para cohesionar y legitimar intersubjetivamente a la sociedad.

Habermas (1981) parte de una reconstrucción histórica del proceso de racionalización occidental que permite precisar tres momentos diferentes: un primer momento donde el mundo de vida administra directamente los sistemas sociales, dependiendo la integración sistémica de la integración social (Tomo I) En un segundo momento, como resultado del proceso de racionalización capitalista, se produce la separación entre los componentes sistémicos y mundo-vitales, discurrendo de manera paralela la integración sistémica y la integración social (tomo I) Por último, en un tercer momento, surge una sociedad diferenciada en la cual sistema y mundo de vida se desacoplan y la integración sistémica toma a su cargo la integración social, quedando el mundo de la vida sometido a los medios impersonalizados dinero-poder y desechando la solidaridad y los medios lingüístico-intersubjetivos para garantizar la cohesión social (tomo II).

En ese marco, la tesis central de Habermas sobre el derecho como cosificación se resume en que este se constituye en el colonizador interno del mundo de la vida a través de los procedimientos jurídicos. Una vez que la sociedad tradicional se está horadando y comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad moderno-tardía, el derecho se convierte en el instrumento de los diferentes subsistemas para penetrar al mundo de la vida y someterlo a los imperativos sistémicos del que aquel es medio organizador. La integración social es reemplazada de esa manera por la integración sistémica.

Estructuralmente, esto responde a los fenómenos de extensión y adensamiento del derecho positivo e históricamente a lo que Habermas denomina hornadas de juridización, es decir, las macroestructuras legal-institucionales que a lo largo de la edad moderna han penetrado

y racionalizado a la sociedad occidental y, en general, al mundo entero, a saber: Estado burgués (derecho privado), Estado burgués de derecho (derecho público), Estado democrático de derecho (participación ciudadana) y finalmente, Estado social de derecho (Habermas, 1981, p. 502-527).

4.2. Ética del discurso, hermenéutica y principio dialógico moral

La ética discursiva se concibe, entonces, como el instrumento de descosificación del mundo de la vida ejercido por el derecho. Habermas le apuesta a que el consenso moral puede echar para atrás la cosificación jurídica. Solo un principio dialógico moral puede fungir como cohesionador social.

Esta ética del discurso establecerá dos principios, el Principio U o principio de universalidad y el Principio D o principio de argumentación moral, cuya satisfacción permite fundamentar el consenso racional normativo que caracteriza a la acción orientada al entendimiento, propia del mundo de la vida, diferenciándola de la acción orientada al éxito, propia de los subsistemas económico y político-administrativo y sus objetivos estratégico-instrumentales.

El Principio U reza que «... toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se derivan, previsiblemente, de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada particular, pueda ser aceptada libremente por cada afectado» (Habermas, 1985). La justificación de este principio de universalidad sólo puede llevarse a efecto dialógicamente a través de un principio de argumentación, el Principio D: «(...) únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o pueden conseguir) la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico» (Habermas, 1985, p. 57-134). Es la ética del discurso, expresada en tales principios, la que determina las condiciones de posibilidad de una racionalidad comunicativa democrática que de

nuevo supone el diálogo argumentativo de los participantes como libres e iguales.

Por supuesto, todo esto se ha fundamentado en una reconstrucción racional del lenguaje que, a partir de la pragmática universal, va a definir las condiciones ideales de entendimiento a través de una acción comunicativa no orientada estratégicamente, sino dirigida al diálogo y a la reconciliación social.

Apel en *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso* (1991) ha insistido, precisamente, en que el contenido dialógico de la ética discursiva implica varios aspectos, a saber: autorrenuncia a los propios intereses; reconocimiento de los otros como alter egos, compromiso de búsqueda de la verdad y, finalmente, esperanza de una teleología moral en reemplazo de las filosofías de la historia (p. 160).

De ahí se desprendería una ética del discurso que se manifieste como razón moral, dialógica, comunicativa y solidaria. Apuesta que será en cierta manera convalidada por las reflexiones de Tugendhat en *Lecciones de Ética* (1997) cuando plantea, desde el IC kantiano, que este supone tres momentos: primero, una moral de la seriedad consigo mismo que permite fundamentar, segundo, una moral del respeto para sí y que desemboca, a partir de ello, tercero, en una moral del respeto recíproco (p. 105).

Todo esto pone de presente la relación del PDM con el marco hermenéutico en que se desarrollan los términos de razonabilidad intersubjetiva en cualquier contexto. Habermas ha problematizado la relación ética del discurso-hermenéutica, mostrando que esta última aborda siempre una triple relación: la intervención del hablante, la relación hablante-oyente y la relación mutua al mundo de vida correspondiente. Y de ahí las tres alternativas que teóricamente se plantean de la perspectiva hermenéutica: objetivismo hermenéutico (solo hay una sola interpretación válida), subjetivismo hermenéutico (todas las interpretaciones son válidas) y, finalmente, la única que

Habermas considera defendible, el reconstructivismo hermenéutico (toda interpretación tiene una pretensión vinculante, es falsable y, por tanto, solo puede tener status de hipótesis).

De esto se deduce que el PD no puede ser sino intersubjetivo, reconstructivo y necesariamente interpretativo en orden de lograr verdades dialógicas consensuales, no absolutas, sino falibles, susceptibles de corrección en orden a lograr una cohesión social consistente y estable.

En *El Discurso Filosófico de la Modernidad* (1985) Habermas plantea que la salida efectiva de una modernidad crítica no puede darse sino desde una teoría de la acción comunicativa que supere el paradigma monológico de la conciencia por un paradigma dialógico de la comunicación. Reconstruyendo las diferentes propuestas filosóficas más proyectivas de la modernidad, desde Hegel hasta Foucault, pasando por Marx, Nietzsche, Horkheimer, Adorno, Heidegger, Derrida, Bataille y Luhmann, entre otros, concluye que solo un paradigma dialógico que asuma el giro lingüístico de Wittgenstein, puede superar los límites de la filosofía de la conciencia cartesiana, deflacionar la extracotidianidad y asumir una dinámica dialógica que necesariamente suponga el reconocimiento del otro como igual (p. 208).

Habermas pretende además superar, con su apuesta ética de la moral, las objeciones de Hegel a Kant, a saber: formalismo de la moral kantiana, universalismo abstracto de sus juicios morales, impotencia del deber ser y extremismo de la pura intención, acudiendo, no a razones cognitivas sino a sentimientos morales, la indignación y el resentimiento, como sustento de la pretensión de consenso contextualizado, para transitar de una moral desarraigada a una ética de la comprensión, del deber y del bien común (Habermas, 1985)

5. Imperativo Categórico en Clave Dialógica y Heridas Morales.

El aporte de la Tercera Escuela de Frankfurt al PDM se dará en dos direcciones que quiero rescatar, sincrónica no diacrónicamente. La primera es de Albrecht Wellmer en *Finales de Partida* (1993) donde recupera el Imperativo Categórico kantiano en clave deliberativa. Frente al estado de naturaleza que el derecho privado refleja se impone, para Kant – en su ascendiente republicano, no liberal- el *Contractus Originarius*, el consenso político -que más tarde retomarían Rawls- desde el cual se fundamenta el derecho público que entra a regular los conflictos del primero.

Pero lo que ha olvidado la conciencia jurídica que siempre predica falazmente la supuesta separación entre derecho y moral es que para que el contrato originario sea legítimo y válido, política y jurídicamente, tiene que sustentarse en un principio de igualdad jurídica que a su vez se fundamenta en uno de igualdad moral que lo precede. Un contrato deliberativo que al ser asumido como sujeto libre y autónomo posibilita a su vez la lectura dialógica del imperativo categórico, con lo cual queda estabilizada la ecuación imperativo categórico deliberativo y principio dialógico moral y jurídico.

La segunda dirección es el abordaje que hace Axel Honneth, desde una relectura hegeliana, del divorcio que se va produciendo en las relaciones sociales a través de situaciones como las que denomina «heridas morales» de negación y desconocimiento cotidiano del otro que una vez más ponen el acento en las expresiones de enajenación social contemporáneas, como las sufridas durante el nazismo. La enajenación se apodera de la dinámica mundo-vital de las comunidades entre sí, de no querer ver al otro, de desconocerlo, de estigmatizarlo, hasta llegar después a demostraciones de violencia moral como la segregación, la exclusión, el aislamiento individual y social, y finalmente la violencia física, la desaparición, el asesinato y genocidio. Frente a ello, la solidaridad, el amor y el derecho, como catalizador de las anteriores, es –desde una lectura hegeliana- los únicos medios para enfrentar este tipo de situaciones (Honneth, 1997, pp. 114-159).

Dos textos adicionales de Honneth ponen de presente su interés renovado en la problemática de la reificación, como él la denomina. En el primero, analiza las nuevas manifestaciones que esta viene adoptando en lo que llama la sociedad del desprecio, donde los sustratos de reconocimiento se empobrecen aceleradamente y, junto al anonimato de las personas, se evidencian patologías severas de aislamiento e indiferencia entre los sujetos sociales (Honneth, 2006).

En el segundo, la enajenación –retomando a Bourdieu- se manifiesta como un habitus donde el individuo adopta una perspectiva petrificada sobre su entorno que denota el extravío de la relación participativa original: la reificación se convierte no solo en la comunicación distorsionada habermasiana sino en el olvido del reconocimiento como opción vital. El otro no es reconocido, pero tampoco el yo se reconoce como alter ego: la percepción del mundo entero queda reconstruida en la existencia anónima de ese individuo aislado, solitario y desgarrado de la sociedad global (Honneth, 2007, pp. 83-127).

El PDM queda así epistemológicamente relacionado con el imperativo categórico en clave dialógica, pero también, retomando la crítica hegeliana al formalismo de la moral kantiana y la problemática del joven Marx sobre la enajenación, al diálogo y el reconocimiento presente en la reflexión honnethiana sobre la reificación.

II. PRINCIPIO DISCURSIVO (JURÍDICO-POLÍTICO) DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO.

El argumento de los criminales de guerra en Nüremberg y Tokio, de que eran inocentes porque habían seguido la ley, sacude la conciencia jurídica y rompe la ecuación derecho = legalidad que había primado durante más de un siglo. En 1947 será Gustav Radbruch quien expresamente lo expondría al decir, en *Die Wandlung*: «La ciencia del derecho tiene que meditar de nuevo sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho Natural, un Derecho Divino, un Derecho

Racional, medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia, aunque revista la forma de la ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es derecho, sino lo contrario del Derecho» (Radbruch, 1993, pp. 31-52).

Este hecho no sólo origina el giro de Kelsen en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho en 1960, sino particularmente el planteamiento de H.L.A. Hart en Concepto de Derecho en 1961 que concibe varios diques contra esa legalidad extremadamente injusta (p. 293): en primer lugar, la distinción del punto de vista interno que predica la validez del sistema jurídico (el abogado, el funcionario) y el punto de vista externo (el observador, el ciudadano) que predica la legitimidad y eficacia del mismo, quitándole al derecho la potestad de identificar per se la validez jurídica con legitimidad político-moral y eficacia; la regla de reconocimiento que no solo supone la perspectiva interna de la legalidad, sino también la externa del observador como fundamento último del ordenamiento jurídico-político y el Derecho Mínimo Natural que reedita la posibilidad de desobediencia justificada a la ley.

Si para la sustentación del PDM quise enfatizar el Derecho Mínimo Natural de Hart como puente para la sustentación desde el punto de vista externo, para la perspectiva del punto de vista interno quiero hacerlo es con la Regla de Reconocimiento. Esta supone ambos puntos de vista, por supuesto, pero quiero destacarla aquí más desde el interno, en cuanto es una plataforma giratoria que posibilita un puente desde el punto de vista externo político-moral al punto de vista interno de la legalidad como tal y, sin duda, a partir de Hart comienzan con ella a afinarse los mecanismos y resortes de corrección al interior del derecho, con lo que el Principio Dialógico Político-Moral (PDM) transita igualmente a un Principio Discursivo Jurídico-Político (PDJ). En conjunto, el Derecho Mínimo Natural es una instancia de corrección externa al derecho que, en un momento dado, tiene que ser considerado por este en la decisión judicial sobre las leyes y la Regla de Reconocimiento que oficia como instancia de corrección interna del

derecho, también supone el reconocimiento político-social de ello. Lo que evidencia la co-originalidad y doble vía de ambos en su aplicación recíproca (Hart, 1995, pp. 125-137).

6. La Concepción Política de Justicia y el Principio Discursivo.

En Rawls ya vimos la fundamentación del Principio Dialógico Moral (PDM) pero ahora veamos cómo este transita a un Principio Discursivo Jurídico (PDJ). La metamorfosis se empieza a dar primero en sus conferencias sobre el «Constructivismo kantiano en teoría moral» (1980) cuando establece la prioridad de lo razonable sobre lo racional. La justicia procedimental empieza a quedar sujeta a la deliberación al interior de los procedimientos institucionales: la prioridad de la deliberación dialógica sobre las conclusiones silogísticas e instrumentales de la justicia institucional o constitucional, por lo menos. Y, segundo, en la figura del Overlapping Consensus en su libro *Liberalismo Político* (1993) que culmina una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de su Teoría de la Justicia, concibiendo una visión más integral de la justicia que define como justicia política, la cual se sustenta teóricamente en la asunción estructural del republicanismo y la filosofía práctica de Marx y Hegel (Mesure, Renault, 2000).

El Overlapping Consensus (OC en adelante) conlleva diferentes momentos. Un primer momento, el *modus vivendi*, que es un estilo de vida dominado por las mayorías y donde las minorías poseen un *status quo* de sobrevivencia: pero el conflicto está latente. Se impone por ello un segundo momento, el consenso constitucional, que define los procedimientos políticos, constitucionales y legales para moderar el conflicto social, abriendo la institucionalidad a las visiones en conflicto. Esto propicia un tercer momento, de ambientación ciudadana, que Rawls denomina virtudes cívicas por influencia del republicanismo y que, al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones

mínimas de reconocimiento ciudadano y deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente (Rawls, 1993).

El cuarto momento es el OC, consenso entrecruzado, el consenso de consensos, que fijará el proyecto societal colectivo que determinará el carácter de la estructura básica de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su proyección la consideración de las diferentes visiones onmicomprensivas que con ello concretan una concepción política de justicia en procura de una sociedad mejor, más democrática, pluralista e incluyente y que constituye el tránsito del principio dialógico moral al principio discursivo jurídico.

Ello se refrenda en el último momento de la razón pública (Rawls, 2000) que, aunque está encarnada sustancialmente por la ciudadanía en general como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad, es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, también se manifiesta en los términos de razonabilidad que el tribunal supremo y los tribunales en general tienen que adoptar a partir de la concepción política de justicia consensuada por la sociedad en su conjunto. El PDJ queda así articulado internamente a las decisiones constitucionales y judiciales de esa razón pública ciudadana, como actor e interprete constitucional, e igualmente institucional (Mejía, 1996).

7. Paradigma Argumentativo y Principio Discursivo.

7.1. Dworkin: derecho como integridad y principio discursivo.

Aunque el paradigma interpretativo de Dworkin y Alexy concreta, desde el punto de vista interno, el mecanismo de corrección a la legalidad dentro del derecho de manera más sustancial a partir de los principios de un sistema jurídico, y con Robert Alexy verá la fundamentación más prospectiva del PDJ para el derecho, también podemos observar aportes significativos en la concepción dworkiniana del derecho como integridad, pese a la crítica habermasiana de su desviación monológica.

En efecto, tanto Dworkin y Alexy conciben los principios como instancia de corrección político-moral de la legalidad, desde el punto de vista interno. Para Dworkin, en su discusión con Hart, existen pautas con pretensión de corrección que no pueden ser identificadas por la regla de reconocimiento, en tanto el derecho, como praxis interpretativa, revela una dimensión más amplia y adicional, los principios, que debe ser tenida en cuenta para la corrección de normas injustas. Estos se evidencian gracias a una interpretación creativo-constructiva que en últimas depende del contenido de la moralidad política en un proceso constituyente. Esa interpretación desborda la mera exégesis legal y supone un juez (el juez Hércules) como un intérprete, crítico y creador, que revela los principios gracias a una interpretación estética y ética del derecho (Dworkin, 1992, pp. 61-101).

Semejante afirmación, que causa horror metafísico al tinterillo lógocéntrico, la sustenta Dworkin en la creatividad subversiva de Nietzsche, su óptica estético-filosófica y su método genealógico destructivo-reconstructivo, y en la radical interpretación heideggeriana a partir de la cual cuestiona el estatus ontológico de un derecho anclado en el fetichismo legal. Pero sin duda es en la apuesta de H.G. Gadamer en *Verdad y Método* (1992), sobre la universalidad de la hermenéutica, donde el PDJ encuentra unas bases dialógicas firmes al interior del derecho en la medida en que la interpretación se basa metódicamente tanto en el reconocimiento como en el diálogo con el otro. Diálogo que Gadamer hace extensivo al arte, a la tradición y a la historia inclusive.

7.2. Alexy: la fundamentación (moral) del principio discursivo (jurídico).

Una lectura sincrónica de Alexy problematiza la categoría de Norma Fundamental en sus tres versiones anteriores: la normativa de Kant, la analítica de Kelsen y la empírica (regla de reconocimiento) de Hart para proponer una variante discursiva en línea kantiana de racionalidad práctica en clave de corrección (Alexy, 1994, pp. 95-130). Aquí el concepto

de derecho se define básicamente desde la posibilidad de corrección que un sistema jurídico garantice:

Derecho es un sistema que

1. Formula una pretensión de corrección
2. Que consiste en la totalidad de normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, así como también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas,
3. Y al que pertenecen los principios y OTRAS ARGUMENTACIONES NORMATIVAS en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección. (Alexy, 2008, pp. 73-98).

La validez que de aquí se desprende la definirá Alexy como una validez triádica, a saber: jurídica, en cuanto la norma es promulgada por órgano competente; social, en cuanto de ser desobedecida conlleva una sanción, y, la más importante, ética, en cuanto la norma es justificada moralmente y tiene posibilidad de corrección (Alexy, 1994, pp. 87-130).

Esta corrección se había inspirado ya en los principios de la Ética del Discurso habermasiana Principio D: «Solo son válidas las normas que tengan el consentimiento de todos los participantes en un discurso práctico» y Principio U: «Solo son válidas las normas cuyo cumplimiento pueda ser libremente aceptado por todos los afectados» (Habermas, 1985), y le van a permitir a Alexy estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos y proponer su Teoría de la Argumentación Jurídica en 1978 que permite transitar del Principio Dialógico Moral al Principio Discursivo Jurídico propiamente dicho, del punto de vista externo de la legitimidad y la eficacia al punto de vista interno de la validez jurídica.

Las reglas de la argumentación jurídica que propondrá Alexy, además por supuesto de sus condiciones pragmáticas, están sustentadas en la Ética del Discurso, a saber:

Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

2.1. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.

2.2. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.

2.3. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.

3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza. (Alexy, 1978).

Esta pretensión de corrección implica una pretensión básicamente de fundamentación moral, más que jurídica, lo que significa que, al derecho, en términos de corrección, no pertenecen sólo reglas de fundamentación jurídica, sino de fundamentación moral y que la corrección va más allá que justicia procedimental y la argumentación jurídica y es esencialmente (político-) moral.

8. Derecho como Integrador Social, Principio Discursivo y Corrección.

8.1. Habermas: teoría del derecho y PDJ.

Doble Cara de Jano, crítica de la decisión judicial y PDJ.

La crítica de Alexy de que no era posible descosificar el mundo de la vida sin acudir al derecho y que la teoría de la acción comunicativa tenía que resolverse en una teoría del derecho, origina el giro jurídico de Habermas en Facticidad y Validez (1992). En una autocrítica, sutil, pero de hondo calado, a su propia teoría de la acción comunicativa, plantea que el derecho válido, acudiendo a la figura mítica de la Doble Cara de Jano, funge tanto como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, y como médium de la integración social a nivel ontológico-social.

Y en un tour de force muy original, eleva su principio D de argumentación moral, a un principio discursivo y político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite morigerar la absolutización del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública. La apuesta estratégica es que el derecho no es solo legalidad, sino que supone también una dimensión discursiva de reconocimiento social, que oficia como corrección de la legalidad, y que el consenso, no la regla de mayoría es el sustrato legitimador del estado social y democrático de derecho (Habermas, 1988, pp. 63-104).

No es el caso ni el espacio para reconstruir toda la teoría del derecho habermasiana. Pero lo cierto es que al convertir el principio D moral en principio discursivo jurídico-político, Habermas, respondiendo a la tradición republicana no liberal, establece el diálogo consensual como fundamento moral, político y jurídico del ordenamiento social y estatal. Esto tiene implicaciones en diversos frentes: el primero, el de la teoría del derecho, que le permite hacer una crítica de los paradigmas clásicos (iusnaturalista, realista y positivista) mostrando la indeterminación que suponen y la irracionalidad en que caen en la administración de justicia.

Esto le posibilita reivindicar la teoría del derecho como integridad de Dworkin que, pese al sesgo monológico del juez Hércules, garantiza, en sus tres etapas pre-interpretativa, interpretativa y pos-interpretativa, decisiones justas para todos, de corte deontológico, al garantizar la explicitación plena del procedimiento de decisión judicial sin vacíos. Sesgo monológico que corrige Alexy con sus reglas de la argumentación jurídica, pero cuya teoría de la ponderación lo lleva a propiciar decisiones buenas para algunos, de corte axiológico, que Habermas rechaza por la identificación ética y la inseguridad jurídica que genera.

Principio Discursivo y justicia constitucional.

Esto lo conduce a rechazar la metodología de trabajo del Tribunal Constitucional alemán por su reivindicación de la ponderación y el caso concreto y a buscar en la Corte Suprema de Justicia de USA paradigmas de adjudicación constitucional alternativos. Allí, en la línea de los CLS, reconoce que en los casos difíciles la Corte ha tomado durante dos siglos decisiones político-ideológicas, acudiendo ya sea a un paradigma de democracia formal que prioriza al ciudadano privado y la no intervención del Estado en la economía de mercado y un paradigma republicano que prioriza la deliberación ciudadana. Aunque simpatiza con el segundo, aclara que este etitiza la vida pública y propone como tercer modelo alternativo de adjudicación constitucional el que sustenta desde lo que denomina democracia discursiva radical.

Para ilustrarlo, Habermas acude a un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que le permita redondear su apuesta de un modelo de sistema político discursivo empíricamente sustentado. La sociedad se concibe sobre un piloto de esferas concéntricas, comunicadas a través de un sistema de esclusas, que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia por esos canales institucionales. El PDM se convierte en PDJ y viceversa a través de esas esclusas.

El sistema político y democrático se concibe como un espacio político público, entendido como una estructura de comunicación que, a través de las instancias de la sociedad civil, tanto kantiana (periferia interna sistémica) como hegeliana (periferia externa no formal, enraizada en el mundo de la vida) procesan discursivamente las necesidades y satisfacciones que la sociedad reclama para su dinámica. En la sociedad civil hegeliana recaen los resortes necesarios para una cohesión social sólida y prospectiva (Habermas, 1988, pp. 407-468).

8.2 Klaus Günther: principio discursivo, coherencia y corrección.

Günther, asistente de investigación de Habermas, penalista, permite complementar el abordaje del PDJ en unos términos muy sugestivos. Contra el concepto de coherencia de la teoría analítica de la argumentación, reconstruye el Principio de Coherencia desde la perspectiva del participante, es decir, desde el punto de vista interno, que es el objetivo último de la argumentación jurídica, concibiéndola como un caso especial del discurso moral de aplicación. Su reflexión apunta a poner en evidencia la necesidad de revisión de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, en cuanto la coherencia no supone sólo una dimensión meramente lógico-argumentativa de corrección cosmética interna, sino que supone igualmente una dimensión de corrección moral-política (Günther, 1995, pp. 271-302).

En ese orden, el principio de coherencia que concreta la aplicación de la corrección involucra necesariamente una dimensión de corrección moral, que por extensión podemos definir también como política. De tal suerte que puede afirmarse que toda pretensión de corrección, que fundamenta el principio de coherencia (más allá de la lectura analítico-argumentativa) va más allá que la justicia procedimental, meramente legal y jurídica, y se presenta en clave político-moral, involucrando por consecuencia, para una coherencia y corrección integrales, los constructos de la ética del discurso de Habermas, el derecho como integridad de Dworkin y el Reflective Equilibrium de Rawls.

9. El Aporte del (pos)iusnaturalismo (Crítico).

9.1. Finnis: PD y razonabilidad práctica.

John Finnis desde el iusnaturalismo tomista moderado (el radical está representado por Alasdair MacIntyre) en su libro *Natural Law and Natural Rights* (1980) plantea cómo el ámbito del derecho natural

es la regulación de los bienes básicos de la sociedad, concepto sin duda retomado de los bienes sociales primarios de Rawls, a saber: Vida, Amistad, Religión, Juego, Experiencia Estética, Conocimiento y Razonabilidad Práctica y que los principios del derecho natural -en última instancia su contenido como tal- remiten a las nueve exigencias de razonabilidad práctica con que esos bienes naturales tienen que ser regulados.

Esa razonabilidad práctica fija la jurisdicción del derecho natural, a la que es ajeno absolutamente el derecho positivo, y que es la expresión de los términos de intersubjetividad dialógica con que las sociedades se regulan espontáneamente, sin necesidad del ámbito jurídico. (Rodríguez-Toubes, 1993). Pero lo traigo a colación precisamente porque es el terreno donde al final y sobre el cual vuela y observa el derecho positivo sin posarse, pero cuyos dominios, como la Lechuza de Minerva hegeliana, tiene que conocer para poder reconocer sus límites y posibilidades legales y que Finnis incorpora a su concepto de derecho en términos de bien común.

9.2 Kaufmann: derecho posmoderno y razón dialógica.

Arthur Kaufmann (La Filosofía del Derecho Posmoderna, 1992), por último, critica el ultrarracionalismo en que cayó la modernidad, pero advierte sobre el irracionalismo al que puede deslizarse la posmodernidad. Rescata así una concepción crítica de racionalidad como punto de partida, la razón como principio regulativo, pero, en la línea de Rawls y Habermas -confrontando a Luhmann- en su aplicación dialogal no sustantiva.

En esa dirección, reivindica una razón dialógica para el derecho cuyos principios básicos son los principios de argumentación, de consenso y de falibilidad, este último para reconocer, estructural y epistémicamente, la posibilidad de corrección internamente del derecho. Pero insiste, desde el imperativo categórico kantiano, en

la necesidad de definir un presupuesto básico de esa razón dialógica: la persona como relación ontológica básica del derecho (Kaufmann, 1992, pp. 49-84).

Conclusión

Quisiera terminar señalando los puntos de fuga de este Principio Dialógico-Discursivo más allá del punto de vista interno y externo de un ordenamiento jurídico-político. Retomando como presupuesto a Marcuse, «Sólo gracias a aquellos sin esperanza nos es dada la esperanza» (1954) y a Adorno, quien afirmó que «Hitler ha impuesto un nuevo imperativo categórico: el de que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante...» (1966) quiero recoger el planteamiento de Agamben en Lo que queda de Auschwitz (1998), retomando a Primo Levy y las memorias del Holocausto, así como a Reyes Mate (Tratado de la Injusticia, 2011), para reivindicar la voz de las víctimas, nunca de los victimarios, y la justicia anamnética como su destino. La voz legítima, aunque ya no tengan voz, es la que le podemos dar a las víctimas que ya no están porque fueron asesinadas. Es la voz de la historia y de la justicia histórica y es en el diálogo con ellas, en la recuperación y reconstrucción de su testimonio, que podemos reivindicarlas plenamente. El diálogo es con ellas para que haya justicia plena.

Tres condiciones epistémicas adicionales tienen que considerar la fundamentación epistemológica proyectiva del Principio Dialógico-Discursivo para una justicia plena, integral y prospectiva. La primera, el papel de las emociones como Martha Nussbaum lo ha planteado, en cuanto es un factor estructural del diálogo en El Ocultamiento de lo Humano (2006). Los argumentos no son sólo racionales, las emociones también son manifestaciones argumentativas. La segunda, la exigencia decolonial, el diálogo de saberes efectivo y real, como lo ha sugerido entre muchos otros Boaventura de Sousa Santos en Epistemología del Sur (2010), que lleva a que no se imponga la racionalidad occidental y del Norte global-estratégica, instrumental, «racional, lógica y silogística»

-sobre el pensar y el sentir diverso y diferente de los sujetos y las comunidades involucrados en los procesos de justicia alternativa, que permita realizar un diálogo y hermenéutica diatópica de epistemes ancestrales y pluriversales (Boaventura de Sousa, 2019, p. 161).

La tercera, permítanme, por último, trifurcarla en tres destellos relampagueantes que iluminen el horizonte oscuro de una justicia anquilosada, ilegítima e ineficaz: el destello post-ontológico que admita descubrir el más allá de la concepción de ser occidental y recuperar una ontología sintiente y relacional; el destello post-político que acceda a superar la política instrumental y la distinción amigo-enemigo que caracteriza nuestra(s) sociedad(es), y finalmente, el destello post-jurídico que desborde la cosificación legal en pos del reconocimiento y la potenciación mundo-vital de la libertad y justicia políticas no reguladas jurídicamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (1998). *Lo que queda de Auschwitz*. Valencia: Pretextos.
- Alexy, R. (1978). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.
- (1994). *El concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- (2008). *El Concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Apel, K.O. (1991). *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós
- Bonete, E. (1990). *Éticas Contemporáneas*. Madrid: Tecnos.
- De Sousa Santos, B. (2019). *El fin del Imperio Cognitivo*. Madrid: Trotta.
- Dworkin, D. (1992). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Gedisa.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*, UK: Oxford University Press.
- Gadamer, H.G. (1992). *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Günther, K., & Velasco Arroyo, J. C. (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (17-18), pp. 271-302.
- H.L.A. Hart. (1995). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Habermas, J. (1981). *Teoría de la Acción Comunicativa*. Buenos Aires: Taurus.

-----(1985). *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Barcelona: Península.

-----(1985). *El discurso Filosófico de la Modernidad*. Madrid: Kat

-----(1988). *El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

-----(1988). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

-----(1989). *Discurso Filosófico de la Modernidad*. Madrid: Taurus.

Hegel, F. (1966) *Fenomenología del Espíritu*. México: FCE.

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica.

-----(2006). *La Sociedad del Desprecio*. París: La Découverte.

-----(2007). *Reificación*. Buenos Aires: Katz.

-----(2011). *El Derecho de la Libertad*. Buenos Aires: Katz.

Hoyos, G. (2001). *La Filosofía Política de Habermas*. Bogotá: Ideas y Valores UNC.

Kant, I. (1964). *Filosofía de la Historia*. Buenos Aires: Editorial Nova.

-----(1967). *La Paz Perpetua*. Madrid: Editorial Aguilar

-----(1986). *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

- (1995). *Crítica de la razón práctica*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kaufmann, A. (1992). *La Filosofía del Derecho Posmoderna*. Bogotá: Temis.
- Kelsen, H. (1960) *Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kohlberg, L. (1992) *Psicología del Desarrollo Moral*. Madrid: Psicología.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad*. Ciudad de México: Iberoamericana.
- MacIntyre, A. (1981). *After Virtue*. London: Duckworth.
- Marcuse, H. (1954). *El Hombre Unidimensional*. Boston: Bacon Press.
- Marx, K. (1844). *Towards the Critique of Hegel's Philosophy of Right*. En Lewis S.
- (ed.) Marx and Engels: *Basic Writings on Politics and Philosophy*. London: Fontana.
- (1968). *Manuscritos Económico-filosóficos del 44*, Ciudad de México: Grijalbo.
- Mate, R. (2011). *Tratado de La Injusticia*. Barcelona: Anthropos.
- Mejía, O. (1996). *John Rawls, El Derecho de los Pueblos*. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes.
- Mesure, S & Renaut, A. (2000). *Histoire de la philosophie politique*. Paris: Calman-Levy.
- Mulhall, S. & Swift, A. (1992). *Liberals&Communitarians*. Oxford: Blackwell.

Nussbaum, M. (2006). *El Ocultamiento de lo Humano*. Madrid: Katz.

Radbruch, G. (1993). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

-----(1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

-----(2000). *Justicia como Equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.

-----(2001). *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*. Barcelona: Paidós.

-----(2009). *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Política*. Barcelona: Paidós.

Rodríguez-Toubes, J. (1993). *El iusnaturalismo de John Finnis*. Anuario de Filosofía del Derecho volumen (X).

Schmidt, J. (1992). *La posición original y el Equilibrio Reflexivo*. En L. Kern & L.

Muller (Ed.) *La Justicia: ¿Discurso o Mercado?* (pp. 82-115), Barcelona: Gedisa.

Tugendath, E. (1997) *Lecciones de Ética*. Barcelona: Crítica.

Wellmer, A. (1996) *Finales de Partida*. Madrid: Frónesis.