
¿Justicia discursiva o el retorno de la Torre de Babel?

Eduardo Hernando Nieto

Abogado. Profesor de teoría legal y teoría política en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia Diplomática del Perú.

1 Introducción.

El modo como los hombres modernos entienden el sentido del Derecho y el de la democracia ha venido sufriendo una transformación radical en los últimos años. La crítica inicial a la justicia formal⁽¹⁾ (léase positivismo) como también a la democracia representativa plasmada en la práctica de procedimientos que servirían para elegir a quien o quienes nos deberían de gobernar gracias al artilugio de las elecciones generales⁽²⁾, es tan poderosa en estos instantes que el hecho de seguir manteniendo el viejo esquema parece ya una tozudez digna de un calvinista o una temeridad más propia de un inconsciente. Y si bien es verdad que el espíritu calvinista y el temerario nos rodean por todos lados, es también cierto que hay una importante cantidad de académicos y de políticos

y juristas que han tomado debida nota de las debilidades de estas propuestas y que han planteado una alternativa capaz de superar los inconvenientes y las debilidades del formalismo -tanto en el orden jurídico como en el político-, a fin pues de poder seguir manteniendo a pie firme los postulados del Estado moderno y del Derecho moderno, a saber, la unidad entre la autonomía individual y la vida social o en común.

Este que fue el objetivo esencial de la modernidad y que tomó, es cierto, diversas rutas, podía sin embargo, presumir que todas las vías planteadas coincidían en el hecho de que intentaban alcanzar la seguridad y la paz social a efectos de que los individuos utilizando su razón instrumental⁽³⁾ pudiesen realizar sus planes de vida de manera libre y sin obstáculos y que la realización de tal libertad o derecho individual no

(1) Las críticas al formalismo jurídico partieron de la sociología y se introdujeron en el espacio de la teoría del derecho a través del llamado realismo jurídico que daría nacimiento posteriormente a las corrientes del análisis económico del derecho y de los estudios de crítica legal. Para conocer los inicios de la crítica al positivismo en norteamérica se recomienda el texto de WHITE, Morton. *Social Thought in America, the revolt against formalism*. Boston: Beacon Press, 1970. En relación a los estudios de crítica legal se puede ver adicionalmente de MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986; KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990; KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1997.

(2) En realidad aquí estamos mezclando dos formas de democracia la representativa y la llamada electoral o elitista. La primera está más bien vinculada al mundo del derecho constitucional y abreva de las tesis de John Locke como la de los padres fundadores de los Estados Unidos y los enemigos del *ancien régime* en Francia. La otra propuesta está más bien cercana a la "nueva" democracia planteada por el economista y teórico político austriaco Joseph Schumpeter, quien en su *Capitalismo, Socialismo y Democracia* (Madrid: Orbis, 1983) establece que la democracia no es sino el método que sirve para escoger a nuestros gobernantes en una suerte de competencia en la cual todos tenemos la posibilidad de postular. De esta definición se podrá extraer esa conocida analogía entre la política y el mercado y así podremos decir que los electores no son sino consumidores que buscan el producto (candidato) más adecuado para sus fines dentro de un espacio abierto (mercado).

(3) La razón instrumental es lo que caracteriza a la voluntad de poder que nace con el sujeto moderno (autónomo), y justamente este sujeto es autónomo en la medida en que él es su propia ley y establece su propio camino, entonces, como consecuencia de esta libertad de elección que posee el individuo buscará así los medios más adecuados para conseguir sus fines. Esto se puede ver en la naturaleza calculadora que portará este sujeto moderno y a esta naturaleza calculadora se le conocerá como racionalidad instrumental. Cfr. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Parte I. Cap. V. Harmondsworth-Middlesex: Penguin, 1985.

produjese conflictos. Al contrario, se pensaba que la aparición del concepto de autonomía reduciría los conflictos en tanto que, hasta antes de su irrupción, existían sistemas políticos y jurídicos arbitrarios y abusivos que por estar basados en la coerción (léase poder) incrementaban la violencia y las contradicciones⁽⁴⁾.

Las ideas que acabamos de describir corresponden al arquetipo burgués caracterizado por su pavor ante la muerte y el dolor -dejando de lado el arcaico temor a Dios⁽⁵⁾-, y cuyo combustible no puede ser otro que el hambre por consumir⁽⁶⁾ buscando así la felicidad y el placer⁽⁷⁾. Sin duda, para lograr todos estos objetivos, dicho sujeto requería de la máxima libertad posible y de la neutralidad frente a los fines que permitirían entonces escoger sus valores -para que éstos no fueran impuestos ora por la sociedad ora por el Estado- pudiendo así vivir plenamente su esencia humana⁽⁸⁾ y ser dignos.

Sin embargo, si estos propósitos eran alabados

desde el siglo XVIII en adelante y también el medio para conseguirlos, esto es, la razón instrumental, los escasos logros conseguidos por este tipo de racionalidad a lo largo de estos años y las instituciones que ella constituyó han obligado a los herederos de la modernidad a replantear sus estrategias, vale decir, que manteniendo los objetivos antes expresados, empezaron ya a diseñar nuevos mecanismos que pudiesen ser capaces de salvar el proyecto moderno⁽⁹⁾. En este sentido, es que hacen su aparición dos filósofos que empezarán a trabajar dentro de una suerte de nueva racionalidad⁽¹⁰⁾ que supuestamente estaría emparentada con la racionalidad práctica de los antiguos, teniendo como base también a la dialéctica. Así, gracias a la obra de Chaim Perelman y Jürgen Habermas⁽¹¹⁾, se estaría proponiendo el antídoto pertinente para poder superar el problema del poder y la arbitrariedad que necesariamente se generaría con los postulados formalistas tradicionales -que

(4) Pensamos en los argumentos de los filósofos modernos que rechazaban tanto la noción de naturaleza como la de revelación, pues consideraban que estas verdades objetivas encubrían en realidad cosmovisiones subjetivas que, constituyendo una suerte de "falsa conciencia", servían para legitimar formas de dominación y de arbitrariedades, las mismas que generaban conflictos como, por ejemplo, las guerras religiosas emprendidas por los cruzados o las guerras entre católicos y protestantes durante los siglos XVI y XVII.
Ver: MANENT, Pierre. *An Intellectual History of Liberalism. Cap. 1. Europe and the Theologico-Political Problem*. Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1995. pp.3-9.

(5) HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Parte 1. Caps. XII, XIII, XVII. *The passions that encline men to Peace, are Feare of Death*. p.188

(6) Como sería el caso de John Locke en su Segundo Tratado sobre el gobierno Civil (Madrid: Alianza, 1990) Cap.V. pp.55-75. En cuanto a la descripción del hombre lockeano como un hombre impulsado por el hambre ver MANENT, Pierre. Op.cit.; p.45.

(7) BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. New York, 1948. Hoy quizá por la devaluación de la moral utilitarista hablaríamos más bien de confort a secas.

(8) Extrañamente son pocos los textos modernos que se han preguntado por lo que significa el hombre, pues de alguna manera esta pregunta lleva consigo la inquietud por el sentido que se puede hallar inclusive en el propio término naturaleza. Como los modernos entienden que la "naturaleza es impersonal" mal podría preguntarse por la naturaleza del hombre o el sentido objetivo del hombre. Si existen realmente sentidos, éstos sólo pueden ser subjetivos.

Para una respuesta a esta interrogante sobre el sentido objetivo del hombre se recomienda de MANENT, Pierre. *The City of Man*. Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1998. y de GAUCHET, Marcel. *The Disenchantment of the World: A political history of religion*. Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1998.

(9) La mejor definición del propósito de este proyecto y lo que implica aun sigue siendo el ensayo de KANT, Immanuel. *¿Qué cosa es la ilustración?* En: *Filosofía de la Historia*. México: FCE, 1979.

(10) Se denominará a esta nueva racionalidad la racionalidad comunicativa o discursiva.

(11) De Chaim Perelman se puede ver la obra que escribió en conjunto PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétoric. Traité de l'argumentation*. 2a.ed. Paris, 1958. Bruselas: Editions de l'Institut de Sociologie, 1970. En español, *Tratado de la argumentación, la Nueva Retórica*. Madrid: Gredos, 1989; también PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*. Madrid: Civitas, 1980; PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico, retórica y argumentación*. Santa Fe de Bogotá: Norma, 1997. Se puede consultar, HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Buenos Aires: Taurus, 1989; HABERMAS, Jürgen. *Teoría y Praxis*. Tecnos: Madrid:1987; HABERMAS, Jürgen. *The Philosophical Discourse of Modernity*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1989; HABERMAS, Jürgen. *Conciencia Moral y acción comunicativa*. Barcelona: Planeta, 1994; HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1998.

Es menester indicar que en realidad quien está más cerca de la razón práctica aristotélica es Perelman pues Habermas, si bien apela a un razón comunicativa, se enmarca empero, dentro de un marco universal que se sostiene en una razón teórica al estilo kantiano. Así pues: "Habermas y sus seguidores acusaban al neo-aristotelismo, con sus nociones de ethos y phronesis, de hacer dependiente a la moral de las contingencias de la vida social y, por ende, de renunciar a la tarea de la moral que es la de implementar principios morales como los kantianos". BEINER, Ronald. *Philosophy in a Time of Lost Spirit*. Toronto: Toronto University Press, 1997. p.83.

implicarían por ejemplo en el campo del Derecho, soslayar a las personas del poder de solucionar sus desacuerdos sometiéndose al mandato de la ley y acatar un fallo que en la mayoría de casos sería contraria a sus intereses precisamente por ser actores pasivos- y en el caso político, los problemas surgirían también por las limitaciones propias del sistema representativo, que aislaba al ciudadano común y corriente de la decisión política y, más específicamente, de la creación de la ley.

Si queremos entonces reivindicar la legitimidad práctica de los modernos sistemas de justicia y los sistemas políticos, necesitamos dotar al abstracto formalismo -que como vimos estaba asociado a las viejas prácticas modernas- de elementos concretos y particulares que reconecten al hombre con la ley y al hombre con el gobierno. La mejor manera que se halló fue la de esta fórmula de eficacia legal y política del discurso directo que, por ejemplo, nos conduciría hacia la superación de la dictadura de la ley positiva y propondría un espacio nuevo para la argumentación y la racionalidad de las decisiones de Derecho, al tiempo de borrar también la figura del poder político creador de un sistema de mando y obediencia que separaba a los seres humanos y que, de esta manera, se alejaba de ese famoso Reino de los Fines propuesto por uno de los forjadores del liberalismo y la modernidad como lo fue Kant.

Así pues, en este ensayo trataremos de presentar las bases de la racionalidad discursiva a través del pensamiento de Perelman y Habermas, el modo como aparecen enlazadas al Derecho y la política en un intento por corregir los defectos del positivismo y también la manera como estas corrientes se vienen expandiendo desde distintas perspectivas. Pondremos también especial énfasis en las ventajas de este modelo con respecto al formalismo, aunque a nuestro modo de ver no logrará tampoco salvar el proyecto del Derecho y la

política moderna que quedará ahora sí condenada por su propia incapacidad para resolver los problemas que supuestamente debía de superar.

2 La nueva retórica de Chaim Perelman.

Nacido en Varsovia pero educado en Bélgica y profesor por muchos años en la Universidad de Bruselas, Chaim Perelman ha sido uno de los principales académicos abocados en recuperar los aspectos argumentativos perdidos por el positivismo jurídico. Haciendo inicialmente una investigación sobre análisis lógico de los juicios de valor, concluyó que éstos no pueden basarse en observaciones empíricas (naturalismo) ni tampoco en cualquier tipo de intuición y, por ende, todos los principios elementales de cualquier sistema normativo serán arbitrarios⁽¹²⁾. Empero, tratando también de superar las comprobaciones empíricas y la deducción lógica empezará desde los años cincuenta a elaborar una teoría de la argumentación y de la fundamentación racional⁽¹³⁾ que pueda sustentar afirmaciones o negaciones valorativas. Dicha teoría escrita con L. Olbrechts-Tyteca en 1958, titulada *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'argumentation* (La nueva retórica. Tratado de la argumentación), buscará entonces recuperar la antigua retórica utilizada por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano para darle empero un sentido lógico-sistémico.

Pero no sólo se trataba el suyo de un intento por revivir a Aristóteles, sino de ir más allá de acuerdo también a los nuevos conflictos y desafíos. Su filosofía se dirigía así, en principio, contra:

a) la creencia en verdades absolutas o dogmas que eran usadas tanto por ideólogos de izquierda como de derecha.

b) el relativismo moderno en teorías de política, valores, Derecho y moralidad, descartando varios tipos de positivismo y pragmatismo (por ejemplo cuando los juicios de valor deben ser arbitrarios, porque escapan a la evaluación científica)⁽¹⁴⁾.

(12) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.156.

(13) *Ibid.*; p.157.

(14) MANELI, Mieczyslaw. *Perelman's new rhetoric and philosophy and methodology for the next century*. En: *Perelman's new rhetoric and philosophy and methodology for the next century*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1994. p.111.

Así pues, desde un inicio Perelman se oponía a la crítica que nos conducía al relativismo, pero también no aceptaba que la lógica formal se usase para fines dogmáticos y por eso dejaba en claro que una cosa era lo racional y otra muy distinta lo razonable. Aquí comenzaba a diferenciarse de Descartes, que consideraba que en un conflicto entre dos personas había siempre una parte que estaba correcta mientras que la otra equivocada, Perelman sugería más bien la posibilidad de que en realidad ambas partes podían tener la razón y que esto podía demostrarse a través de un proceso de deliberación y argumentación⁽¹⁵⁾.

Evidentemente la idea del diálogo podía convertirse en la gran herramienta que pudiese superar las conclusiones naturales que sucedían a un conflicto y que arrojaban resultados llamados de sumatoria cero (término prestado de la economía), esto es, un ganador y un perdedor. La inclusión de la categoría de razonabilidad completaba las limitaciones de la lógica formal que era puramente racional⁽¹⁶⁾ y esto abría nuevas oportunidades para trascender las evidentes limitaciones de las sumatorias ceros en el campo del Derecho. Se podría decir entonces que lo que buscaba Perelman era la posibilidad de complementar la lógica formal, mas no sustituirla⁽¹⁷⁾. En ese sentido, “la diferencia entre el razonamiento Perelmaniano y el de sus predecesores, especialmente los positivistas y los pragmatistas, descansa en una extensiva noción de pluralismo y diálogo. El diálogo, en su filosofía, deviene no solamente un mero intercambio de ideas, sino una categoría social que faculta a una inacabable competición de argumentos que servirán para

establecer la mejor solución en una situación y en un punto de tiempo determinado⁽¹⁸⁾”.

Perelman consideraba entonces que las controversias referentes a los valores no podían ser resueltas de modo apremiante por las disciplinas formales y requería de una racionalidad que pudiese ser adaptada a los razonamientos prácticos⁽¹⁹⁾. Ahora bien, una discusión basada en argumentaciones razonables por parte de cada una de las partes -pues las buenas razones pueden darse en un sentido y en otro- podía tornar a estas discusiones en inconmensurables. “Por eso se trataba de establecer un modelo reglamentado de discusión, en el cual los argumentos pudiesen ser intercambiados de modo no apremiante (no se trata de demostraciones formales) y que debía de acabar en un lapso de tiempo determinado⁽²⁰⁾”.

La discusión que le interesaba a Perelman, no era exactamente la discusión entre litigantes o entre el abogado y su cliente, sino que, siguiendo los postulados planteados por Aristóteles en la Retórica, el diálogo que perseguía era la discusión entre un auditorio y un orador⁽²¹⁾. Por eso, uno de los conceptos básicos en su tesis era el concepto del auditorio⁽²²⁾, el lugar por excelencia de la argumentación en la medida que ésta no pretendía deducir las consecuencias de ciertas premisas “sino producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que presentan a su asentimiento⁽²³⁾”. Ahora bien, para conseguir la adhesión del auditorio todo orador debería ser capaz de asimilar su discurso al pensamiento del auditorio⁽²⁴⁾ ya que una misma afirmación podía ser entendida de

(15) Ibid.

(16) Así pues, Perelman planteaba una clara distinción entre una argumentación de una demostración formal:

“En primer lugar, el hecho de que en una demostración los signos utilizados deben estar desprovistos de toda ambigüedad, contrario a lo que sucede en la argumentación que se desarrolla en una lengua natural, en la que la ambigüedad no está excluida por anticipado. En segundo lugar, porque la demostración correcta es una demostración conforme a reglas que son explicitadas en los sistemas formalizados. También -y es en este punto en el que insistiremos- porque el status de los axiomas, de los principios de los que se parte, es diferente en la demostración y en la argumentación.

En una demostración matemática, los axiomas no están en discusión; sea que los consideremos como evidentes, como verdaderos, o como simples hipótesis, casi no nos preocupamos de saber si son o no aceptados por el auditorio”. PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico*. Op.cit.; p.29.

(17) ALEXY, Robert. Op.cit.; p.158.

(18) MANELI, Mieczyslaw. Op.cit.; p.112.

(19) HAARSCHER, Guy. *La Justice Perelmanienne, le droits de l'homme et le dialogue, Perelman's New Rhetoric*. Op.cit.; p.21.

(20) Ibid.

(21) PERELMAN, Chaim y OLBRECHT-TYTECA, L. Op.cit; 1970. pp.40-46.

(22) De hecho, el auditorio universal sirve para diferenciar la argumentación de la demostración, esto es, de la demostración lógica.

(23) PERELMAN, Chaim. *El Imperio...* Op.cit.; p.29.

(24) Ibid.; p.43; ALEXY, Robert. Op.cit.; p.158.

una manera por un auditorio y de otra manera opuesta por un auditorio diferente. Como la argumentación pretendía una influencia directa en el auditorio, el que podría modificar sus opiniones si es que era convencido por el orador, era entonces requisito importante que éste -el orador- tuviese cierto prestigio frente a los oyentes y pudiese expresarse en el momento adecuado⁽²⁵⁾.

El mundo contingente está
estructurado por un conjunto de
auditorios, cada uno de los cuales
defiende a una tradición particular.
En este sentido, ya sería una tarea
ociosa el pretender dirigirnos a un
auditorio universal

Al respecto, Perelman mismo se preguntaba: “¿en qué consiste esta adaptación, que es una exigencia específica de la argumentación? Esencialmente en que el orador no puede escoger como punto de partida de su razonamiento sino tesis admitidas por aquéllos a quienes se dirige.

En efecto, el fin de la argumentación no es como el de la demostración, probar la verdad de la conclusión partiendo de la verdad de la premisa, sino transferir a las conclusiones la adhesión concedida a las premisas. Si no quiere correr el riesgo de fracasar en su misión, el orador no deberá partir nunca sino de premisas que gocen del beneficio de una adhesión suficiente⁽²⁶⁾”.

Pero para hacer esto había que distinguir, como él mismo decía, los argumentos referidos a lo real como los hechos, las verdades y las presunciones, de los argumentos que se refieren a lo preferible, esto es, los valores, las jerarquías y los lugares comunes⁽²⁷⁾. Dichos hechos y verdades aparecen así como elementos objetivos reconocidos por todos y, en ese sentido, no

habría obligación de reforzar la adhesión del público⁽²⁸⁾.

En cuanto a las presunciones, si bien éstas no se presentaban como fijas, eran sí capaces de brindar información suficiente para un juicio razonable ya que en una presunción hay una sensación de continuidad y de normalidad. Por ejemplo, como citaba Perelman, podíamos tener como presunciones “la presunción de que la calidad de un acto manifiesta la calidad de la persona que lo realiza; la presunción de la credulidad que hace que nuestro primer movimiento sea el de acoger como verdadero lo que se nos dice; la presunción de interés, según la cual concluimos que todo enunciado que se nos comunica presumiblemente nos interesa; la presunción referente al carácter sensato de toda acción humana⁽²⁹⁾”. Empero, no había que soslayar el hecho de que una presunción o, lo que es lo mismo, una noción de normalidad podía cambiar de acuerdo al contexto y finalmente a lo que se entendiera por normalidad y aquí las partes podían sacar distintos provechos según su conveniencia.

Antes de ver cual era el significado de los valores, la jerarquía y los lugares comunes, había que hacer una mención a las cualidades del auditorio. El auditorio que manejaba Perelman era fundamentalmente un auditorio universal que sólo podría ser persuadido por argumentos racionales⁽³⁰⁾. Pero, si bien él tomaba como fundamental la universalidad del auditorio, en realidad el auditorio era universal sólo para quien lo reconociera como tal, ya que si alguien no le reconocía tal característica entonces el auditorio aparecía como un auditorio particular y, como decía un crítico de Perelman, esto reducía el papel normativo de su tesis, pues dicho papel era solo una norma para quien lo aceptaba como norma⁽³¹⁾.

Ahora bien, junto con este mismo concepto de la universalidad del auditorio aparecían también dos distinciones importantes que se planteaban entre el

(25) PERELMAN, Chaim. *El Imperio...* Op.cit.; p.31.

(26) Ibid.; p.43.

(27) Este concepto de lugar (Topoi) pertenece a la *Retórica* de Aristóteles, los lugares comunes vendrían a ser afirmaciones generales que se refieren a lo que se presume es de más valor en un lugar, mientras que los lugares específicos se refieren a lo que se prefiere en dominios particulares. Ibid.; p.53.

(28) Ibid.; pp.45-46.

(29) Ibid.; p.47.

(30) PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L. Op.cit.; p.87.

(31) ALEXY, Robert. Op.cit.; p.162.

persuadir (*persuader*) y el convencer (*convaincre*), o lo que es lo mismo entre la eficacia y la validez⁽³²⁾. Así pues, “los argumentos que encuentran el acuerdo en el auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por el auditorio particular son eficaces⁽³³⁾”, ya que quien sólo pretende el auditorio particular buscará tan sólo persuadir, en tanto que el que se dirige al auditorio universal perseguirá siempre convencer⁽³⁴⁾. Sin embargo, es pertinente mencionar que muchas veces resultaba difícil el trazar una separación tajante entre la eficacia y la validez.

Normalmente, aquellas premisas que se referían a lo real podían pretender una validez de orden universal, en cambio los valores, las jerarquías y los lugares (topos) sólo podían hallar un consenso en un auditorio particular⁽³⁵⁾. Esto sin embargo, sería de alguna manera cambiado en sus trabajos posteriores donde reconocía que algunos juicios de valor podían llegar a conformar a un auditorio universal:

“Los juicios de valor en la medida que son controvertidos, han sido considerados por los filósofos positivistas como desprovistos de toda objetividad, contrariamente a los juicios de la realidad sobre los cuales, gracias a la experiencia y a la verificación, el acuerdo de todos sería posible. Al contrario, los juicios de valor no servirán de centro de unificación sino de grupos particulares; por esta razón difícilmente se podrá argüir, sin petición de principio, sobre la objetividad de los valores. Pero, ¿existen valores universales admitidos por todos, tales como: lo verdadero, el bien, lo bello, lo justo? ¿En este caso no habría una contradicción con lo anteriormente dicho, puesto que estos valores son objeto de un acuerdo del auditorio universal? De hecho, estos valores son objeto de un acuerdo universal en la medida en que permanecen indeterminados desde el momento en que uno trata de precisarlos, aplicándolos a una situación, o a una acción concreta, los desacuerdos y las oposiciones de grupos particulares no tardan en

manifestarse⁽³⁶⁾”.

En este sentido, la fuerza de los valores universales radica en que juegan un papel importante en la argumentación al ser útil para la presentación de los valores particulares y, de hecho, todo acuerdo particular buscará siempre universalizar sus conclusiones⁽³⁷⁾. En cuanto a los valores en sí, habría que mencionar que éstos podían ser valores abstractos y también valores concretos. Empero, siempre latía la posibilidad de un enfrentamiento entre ellos y aquí se podría mencionar que esta relación podía variar, pues mientras que para los filósofos clásicos los valores concretos (como la amistad) debían subordinarse a los valores abstractos (la verdad por ejemplo) para los filósofos modernos como Montaigne o Erasmo, los valores concretos estaban por encima de los abstractos.

Pero, como el mismo Perelman agregaba, la argumentación tenía que contar con jerarquías tanto concretas como abstractas y homogéneas como heterogéneas⁽³⁸⁾, esto significaba que lo que él buscaba no era optar por una u otra sino conseguir una suerte de síntesis. Aquí quizá gravitaba uno de los grandes aportes de Perelman, pues normalmente se descartaban a los valores en función de que no podían ser objetos de certezas precisamente por la pluralidad de los mismos y también por lo inútil e inconmensurable del debate entre quienes planeaban su jerarquía absoluta de una u otra manera como, por ejemplo, aquéllos que pensaban que la justicia debía ser superior a lo útil o viceversa, lo útil superior a lo justo. Teniendo en cuenta este escenario, el Derecho moderno y, más específicamente, la lógica jurídica había dejado de lado cualquier discusión axiológica que nos llevaría siempre a un fin subjetivo que haría del Derecho un acto de arbitrariedad.

Así pues, los valores decían los lógicos jurídicos no respondían a la verdad o a lo real y éstos eran sólo apariencia, ilusión u error. Aun más, además llevaban siempre el estigma del conflicto que surgiría entre ellos.

(32) Ibid.; p.164.

(33) PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L. Op.cit.; p.613 y 614.

(34) Ibid.

(35) ALEXY, Robert. Op.cit.; p.165.

(36) PERELMAN, Chaim. *El Imperio...* Op.cit; p.49.

(37) Ibid.; p.50.

(38) Ibid.; p.52.

Mas ¿era cierto el hecho que en un conflicto de valores la parte derrotada perdería su valor?, evidentemente no, pues el valor seguiría valiendo lo mismo (inclusive podría reforzar su estima) y por ende no sería adecuado a ojos de Perelman el colocar como perdedor a aquella parte que no logró persuadir al auditorio.

Continuando con la presentación de la tesis de Perelman, aún nada hemos dicho con respecto a la manera como el auditorio -sea universal o particular- generaba criterios de validez. Al respecto, habría que indicar que quien se convertía en el orador debería dejar de lado las afirmaciones que él mismo no creía o no aceptaba, pues él formaba parte también del auditorio. Aquí debía imperar siempre la seriedad y la franqueza⁽³⁹⁾. “Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquéllos entre los cuales él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presenta también los respectivos contraargumentos. La regla que rige es: *Auditor et altera pars*. A este principio de imparcialidad referido al orador le corresponde la exigencia, referida a las discusiones, de que todo hablante tenga derecho a introducir cualquier argumento⁽⁴⁰⁾”. Asimismo, el concepto de auditorio universal nos llevaba también a la idea de que quien deseaba convencer tendría que generalizar sus opiniones para que pudiesen ser aceptadas por cualquiera.

Toda argumentación estará dada desde un principio en función a lo que el propio auditorio posea -sea un auditorio particular o universal-, esto significa que el auditorio no estará -digamos así- “flotando en el aire”, sino que deberá de tener un contexto histórico y social⁽⁴¹⁾. Pero este punto puede ser hartamente preocupante si es que deseamos construir un consenso o un acuerdo. ¿Podremos hallar así una respuesta correcta que sea universal? Se preguntan con razón algunos de sus críticos⁽⁴²⁾. Sin embargo, la argumentación racional de

Perelman puede recuperar su fuerza si es que pensamos en el concepto de inercia (*inertia*). Tal principio se sustenta en el hecho de que si una idea es aceptada una vez, ésta no podrá ser rechazada a menos que exista un motivo claro para ello⁽⁴³⁾. Esto se convierte así en un soporte a la jurisprudencia y la ética moderna, pero esto no significa que todo aquello que ya es, deba de seguir siendo⁽⁴⁴⁾, sino que sólo aquél que, duda o critica debe de dar las razones por las cuales hace esto. Así pues, “con ello queda notablemente limitado el campo de la exigencia justificación. No es necesario justificarlo todo, sino sólo aquello en lo que, con razones se duda⁽⁴⁵⁾”.

Sin dudas, esta tesis que Perelman llamó retórica o argumentativa, ha sido vista como un importante intento para elaborar una razonable teoría de la interpretación del Derecho, y que permita así superar las contradicciones dogmáticas de las tesis subjetivistas (o relativistas) y de los objetivistas en las teorías de la interpretación jurídica. Por eso se puede extraer de todo lo dicho, que la apuesta de Perelman es por la elaboración de una teoría racional y razonable de los derechos humanos y la interpretación del Derecho sin tener que referirse al “derecho natural”, “los dictados de la razón” o los “derechos divinos”. Por ende, “la propuesta perelmaniana presenta argumentos razonables en favor de distintos valores sociales basados en la experiencia histórica de la humanidad sin dejar estas reflexiones al dominio de lo arbitrario y casi juicios a priori de los teólogos, de los dogmáticos *et tutti quanti*⁽⁴⁶⁾”.

Hasta aquí entonces con la presentación de la naturaleza del pensamiento perelmaniano, y una vez que terminemos con la segunda tesis discursiva -la de Jürgen Habermas y sus seguidores- analizaremos desde nuestro punto de vista cuales son los principales problemas y limitaciones que se presenta en las tesis discursivas tanto en el plano jurídico como en el

(39) ALEXY, Robert. Op.cit.; p.168.

(40) Ibid.; p.169.

(41) Ibid. Después veremos como este elemento de lo histórico y social desnaturalizará la vocación de universalidad que pretende la tesis perelmaniana.

(42) Ibid.; p.171.

(43) PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L. Op.cit.; p.144.

(44) Lo cual le da al Derecho un tinte de conservadurismo.

(45) ALEXY, Robert. Op.cit.; p.171.

(46) MANELI, Mieczyslaw. Op.cit.; p.113.

político.

3 El diálogo en el terreno político: la democracia discursiva.

Dentro de la misma línea planteada por Perelman y su intento de convertir en razonable al Derecho moderno (mejor dicho hacer razonables sus resultados) tratando así de superar gracias a la argumentación los dogmatismos de la lógica jurídica (racional) y el positivismo, en el terreno político también se ha producido un interesante desarrollo teórico que, como mencionamos en la introducción, muy bien podría originarse en la obra de Jürgen Habermas, pero que ha tenido una importante secuela en el ámbito académico anglosajón haciendo ya muy visible el tema de la democracia discursiva o dialogante⁽⁴⁷⁾ y sus explícitas ventajas en relación a los otros modelos de democracia⁽⁴⁸⁾.

En este sentido, es de destacar que este proyecto de democracia discursiva apelaría aun a los valores del mundo moderno que, en el plano de la moral, deberían leerse como una propuesta de principios universales dirigidos a configurar un sistema de valores homogéneos en tanto que nos referimos a sujetos racionales y libres y por ende a sujetos iguales⁽⁴⁹⁾. Sin embargo, sabemos también que el desarrollo de las teorías basadas en principios de racionalidad formal o instrumental no han llegado a producir sociedades igualitarias y que cumplan con satisfacer el principio de la dignidad, por la sencilla razón de que esta racionalidad instrumental está ligada por un lado al cálculo individual y al poder, lo cual no resultó en lo más indicado para construir un sistema moral; y por el otro, también va asociada a la razón teórica y no a la razón práctica. Más bien, es la llamada razonabilidad la que puede ir mejor con la razón práctica y esto,

además, implicará despojar a la razón de ese matiz egoísta que la hace difícil para moverse en el terreno público y moral, y también le da un talante menos absolutista o dogmático.

Así pues, Jürgen Habermas y sus seguidores desearon de alguna manera mantener hasta donde sea posible la fórmula de la razón práctica (que en el terreno moral nos preguntaría, por ejemplo, ¿cómo debemos comportarnos si queremos ser buenos ciudadanos?) pero despojándola de su contenido comunitario o teleológico⁽⁵⁰⁾ pudiendo así unirla al concepto de autonomía individual y llamando a este ejercicio teórico como razón comunicativa⁽⁵¹⁾, es decir, la razón moderna que evitará rozarse con el poder y con la fuerza y que resolverá las contradicciones entre la libertad y la igualdad. A este respecto Habermas menciona lo siguiente:

“La razón comunicativa difiere de la razón práctica primero y ante todo que ya no se adscribe al actor individual o a un macrosujeto a nivel del Estado o de toda la sociedad. En vez de esto, lo que hace posible la razón comunicativa es el medio lingüístico a través del cual las interacciones son hiladas juntas y se estructuran las formas de vida. Esta racionalidad se inscribe en el *telos* lingüístico del entendimiento mutuo y forma un ensamblaje de condiciones que faculta y limita al mismo tiempo. Quienquiera que haga uso de un lenguaje natural para comprenderse con un destinatario en el mundo es requerido para tomar una aptitud y obligarse ella misma hacia ciertas presuposiciones. Al buscarse alcanzar un entendimiento, los usuarios del lenguaje natural deben asumir, entre otras cosas, que los participantes persigan sus metas discursivas sin reservaciones, que ellos atañan sus acuerdos al reconocimiento intersubjetivo de demandas criticables de validez, y que están listos para emprender las obligaciones resultantes del consenso y

(47) Pensamos en trabajos como los de FISHKIN, James. *Democracy and Deliberation*. New Haven: Yale University Press, 1991; BENHABIB, Seyla (editora). *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1996; GUTMAN, Amy y THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996; NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

(48) Sobre los modelos de democracia, ver de HELD, David. *Models of Democracy*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1987. Estos modelos serían el de la democracia representativa, el modelo de la democracia elitista, el modelo de la democracia sustantiva y ahora último el modelo de democracia deliberativa.

(49) Al respecto ver de RAWLS, John. *La Teoría de la Justicia*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

(50) HABERMAS, Jürgen. *Between Facts ...* Op.cit.; p.3.

(51) Ibid.

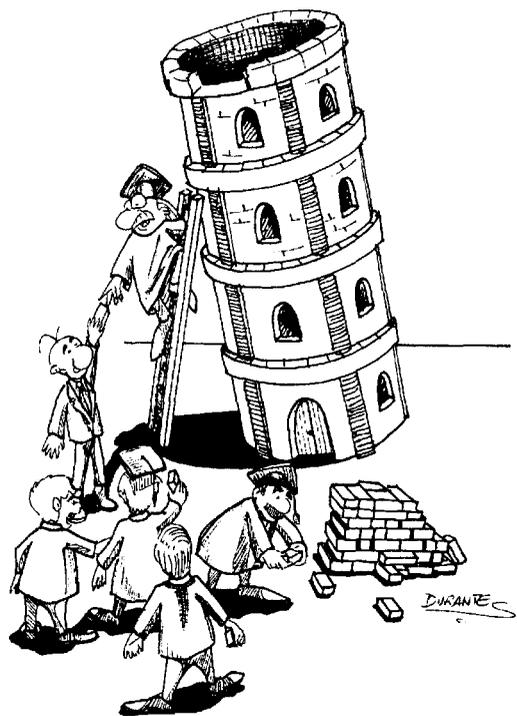
relevantes para las siguientes interacciones⁽⁵²⁾”.

Así pues, estaba claro que para Habermas la razón comunicativa no era una fuente inmediata de prescripciones. Ya que ésta tenía un contenido normativo solamente en tanto los individuos comunicantes debían obligarse a presuposiciones pragmáticas de una clase crítica⁽⁵³⁾, la razón comunicativa entonces buscará una validez sin tener en cuenta elementos sustantivos que orienten directamente conductas prácticas y, en todo caso, las obligaciones que nazcan dependerán y valdrán en función a que hayan sido originados mediante este proceso abierto (público) de deliberación.

Yendo ya a un terreno práctico y hablando sobre el sistema democrático, la ética discursiva pondría sus cimientos en el proceso de gestación de la opinión pública y la formación de la voluntad pero sin menospreciar el papel de la constitución que se constituye en una respuesta consistente con las demandas de configuración de la opinión pública y la voluntad individual, es decir, sirve para institucionalizar tales demandas⁽⁵⁴⁾. Se podría decir, inclusive, que la democracia deliberativa descansaría, según Habermas, más que en una ciudadanía muy activa, en la institucionalización de los procedimientos y las condiciones de la comunicación⁽⁵⁵⁾ como lo veremos luego.

Por eso, esta teoría del discurso fluye dentro de las relaciones intersubjetivas y tiene como escenario el cuerpo parlamentario y las redes sociales informales que se dan dentro de la sociedad civil. Entonces, “la formación informal de la opinión pública genera “influencias”, y esta influencia es transformada en “poder comunicativo” a través de los canales de las elecciones políticas; y el poder comunicativo es transformado nuevamente en “poder administrativo” por medio de la legislación⁽⁵⁶⁾”. Finalmente, también la democracia discursiva -basada como vimos en la razón dialogante- puede actuar como medio de

racionalización de las decisiones administrativas⁽⁵⁷⁾. Como sabemos, la administración por su propia naturaleza tiende a la burocratización y también al decisionismo, en este sentido, el discurso impone condiciones que pueden servir para evitar el anquilosamiento y las decisiones arbitrarias, fruto justamente de las características inherentes a su función. La opinión pública no puede gobernar directamente, pero si podría orientar las direcciones que tomaría el poder de la administración pública⁽⁵⁸⁾.



Así pues, “Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de diferentes reclamos de validez con la finalidad de obtener un cierto consenso acerca de ellos. El principio que opera como puente no es un mero requerimiento gramatical o una demanda de consistencia, sino que involucra una demanda de

(52) Ibid.: p.4.

(53) Ibid.

(54) HABERMAS, Jürgen. *Three Normative Models of Democracy*. En: BENHABIB, Seyla (editora). Op.cit.: p.27.

(55) Ibid.

(56) Ibid.: p.28.

(57) Ibid.

(58) Ibid.: p.29.

imparcialidad. Este estipula que una norma moral es válida siempre que gane la aceptación de las personas. Habermas sostiene que cuando argumentamos para convencer a otros, necesariamente presuponemos el principio de universalización entendida como imparcialidad⁽⁵⁹⁾”.

El diálogo deviene así en un antídoto contra el poder y canaliza mediante la negociación y la discusión un sin fin de exigencias y de discursos morales, políticos, etcétera, que se llevan adelante mediante reglas imparciales. No se trata entonces de cumplir acuerdos o principios prefijados o preestablecidos, sino de producir una nueva voluntad que tendría que poseer ciertamente los mejores argumentos⁽⁶⁰⁾.

Por ende, si quisiéramos brindar una definición más precisa de esta nueva forma democrática habría que decir que ésta “es una condición necesaria para conseguir legitimidad y racionalidad con respecto al proceso de elaboración de una decisión colectiva dentro de una política, de tal manera que las instituciones de esta política estén totalmente de acuerdo que lo que se entiende por el interés de todos resulte de procesos de deliberación colectiva conducida racionalmente y con imparcialidad entre individuos libres e iguales⁽⁶¹⁾”. La idea básica de esta perspectiva se constituye entonces en relación a que las normas (de conductas o de acuerdos institucionales) puedan ser válidas, significando esto que tales normas emanan de un proceso de deliberación público que obligará a todos los participantes en la discusión.

Como menciona Seyla Benhabib, aquí habría que citar algunas reglas específicas con respecto al funcionamiento de la democracia deliberativa como, por ejemplo, que la participación en tal deliberación

se rige por reglas de equidad y de simetría, y esto hace que cualquiera tenga el derecho a expresarse, ser escuchado, preguntar, etc.; también cualquiera tendría el derecho a refutar la agenda propuesta para la deliberación y, finalmente, todo participante podría argumentar en relación a los procedimientos pactados para el diálogo⁽⁶²⁾. Tales procesos de deliberación deben de basarse entonces en el juego limpio y la imparcialidad, y son ciertamente beneficiosos para la racionalidad del proceso de decisión colectiva, ya que se entiende que se trata de una nueva información que se va a impartir en tanto que ninguna persona puede conocerlo todo y saber cómo es que el resto de personas perciben a la moral y a la política. En este sentido, se puede llegar a la conclusión que “la deliberación es un proceso para estar informado⁽⁶³⁾”.

Una perspectiva deliberativa es capaz entonces de proveer una estructura para sustentar argumentaciones morales y políticas que se encuentran en desacuerdo, y este desacuerdo podrá ser superado gracias a la libertad y la oportunidad que se unen con la reciprocidad, la publicidad y la responsabilidad, elementos éstos imprescindibles para la sustentación de la democracia deliberativa⁽⁶⁴⁾. Todas estas ideas no hacen sino destacar el aspecto político⁽⁶⁵⁾ que estaría detrás de esta formulación, y no es por azar que un teórico político como C.B Macpherson haya dicho que el diálogo contribuye enormemente a la consolidación de los lazos comunales y también al reforzamiento de las virtudes ciudadanas que pueden generarse justamente a través del discurso⁽⁶⁶⁾ y del modo como éste aproxima a las partes. Sobre este punto, ya filósofos como Jean Jacques Rousseau y más contemporáneamente Hannah Arendt habían

(59) NINO, Carlos Santiago. Op.cit.; p.158.

(60) HABERMAS, Jürgen. *Three Normative...* Op.cit.; p.24.

(61) BENHABIB, Seyla. *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*. En: BENHABIB, Seyla (editora). Op.cit.; p.69.

Por su parte NINO, Carlos Santiago en el ya citado *La Constitución de la Democracia Deliberativa* señala que “el diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales”. Ibid.; p.202.

También, COHEN, Joshua en el artículo *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, menciona que “el concepto de democracia deliberativa se organiza alrededor de un ideal de justificación política. De acuerdo a este ideal, la justificación del ejercicio colectivo del poder político debe proceder sobre la base de un razonamiento público entre iguales”. En: BENHABIB, Seyla (editora). Op.cit.; p.99.

(62) Ibid.; p.70.

(63) Ibid.; p.71.

(64) GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis. *Democracy...* Op.cit.; p.199.

(65) Pensamos evidentemente en la definición de política entendida como comunidad o *polis*.

(66) NINO, Carlos Santiago. Op.cit.; p.142.

destacado el rol esencial que tiene el lenguaje para poder acercar a los individuos y de este modo reducir, no solo el conflicto, sino la violencia y la agresividad⁽⁶⁷⁾.

Ahora bien, esta teoría deliberativa normalmente va a ser confrontada con la llamada concepción democrática basada en intereses⁽⁶⁸⁾, que considera que la democracia no es sino un mecanismo que sirve para expresar nuestras preferencias y después quedan éstas plasmadas en un voto⁽⁶⁹⁾. La crítica que se plantea a este procedimiento es que es totalmente individualista -léase privada- en tanto que descansa en demandas “parroquiales” y entiende también que las demandas de los otros siempre serán distintas que las de uno. Utilizando entonces la razón instrumental cada individuo calculará qué cosa es lo mejor para la realización de sus fines y no necesitará tratar de objetivizar su verdad particular sobre los hechos políticos⁽⁷⁰⁾.

Contrario sensu, el modelo de la democracia deliberativa crea un público de ciudadanos dispuestos a hablar públicamente sobre problemas colectivos, fines y por cierto también ideales. “En un discurso abierto y libre los otros evalúan y desafían estas afirmaciones y estas razones. Los participantes se cuidan de dar buenas razones en vez de malas razones, argumentos válidos antes de los inválidos. Propiamente hablando los interlocutores desaprueban las malas razones y los discursos que no son coherentemente articulados, e ignoran los devaneos retóricos y emocionales. Discerniendo las demandas y los

argumentos de los participantes en la deliberación ésta no termina sino hasta que la fuerza del mejor argumento los obliga a aceptar una conclusión⁽⁷¹⁾”.

Manteniendo entonces los parámetros de los procedimientos neutrales, se entiende que la democracia deliberativa funcionará de manera adecuada cuando se tenga una robusta sociedad civil⁽⁷²⁾ que busque, no el poder en sí mismo sino, adquirir influencia, que es ciertamente distinto⁽⁷³⁾, enfatizando siempre el hecho de que toda la influencia de la opinión pública debe ser tamizada por canales y filtros de procedimientos institucionalizados. Solo así podría ahora transformarse la influencia de la opinión pública en poder comunicativo⁽⁷⁴⁾, y tal acto deberá de tener lugar en espacios como el parlamento o la propia administración de justicia⁽⁷⁵⁾.

Se colige de todo lo dicho que el carácter de publicidad es esencial en la consolidación de este tipo de democracia. Y de hecho, esto fuerza a las autoridades y a oficiales a justificar sus decisiones y políticas frente a los ciudadanos⁽⁷⁶⁾. Ése es el sentido que adopta también la palabra “*accountability*” -tan ligada a la democracia discursiva- que podría ser traducida como “responsabilidad”, esto es, como un derecho de los ciudadanos frente al Estado y evidentemente frente a otros ciudadanos, ya que en un *forum* deliberativo, cada uno es responsable (*accountable*) antes todos. Sin embargo, es importante dejar constancia que la responsabilidad universal⁽⁷⁷⁾ es en la práctica muy

(67) Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Ensayo sobre el origen de las Lenguas*. Bogotá: Norma, 1993 y ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós, 1993.

(68) YOUNG, Iris Marion. *Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy*. En: BENHABIB, Seyla (editora). Op.cit.; p.120.

(69) Ibid.

(70) Ibid.; p.121.

(71) Ibid.

(72) Tal sociedad civil solo podría darse según los defensores de la democracia deliberativa dentro de una cultura política liberal y dentro de una vida racionalizado.

Ver HABERMAS, Jürgen. *Between Facts...* Op.cit.; p.371.

(73) Ibid.

(74) Ibid.

(75) Nótese en este caso como la democracia deliberativa supera el normativismo del positivismo jurídico y llega a tener influencia en las decisiones judiciales.

(76) GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis. Op.cit.; p.114. Aunque es cierto que también se dice que la democracia deliberativa podía ser alentada por el secreto como lo citaba el padre fundador de los Estados Unidos, James Madison, al mencionar que “Ninguna constitución jamás se hubiera adoptado por la Constitución si los debates se hubiesen hecho públicos”, pero esto era refutado por Jefferson.

(77) Nótese también este problema en el caso del auditorio de Perelman que inicialmente tiene pretensiones de universalidad.

difícil de realizar y hasta en el plano práctico también sería complicada su vigencia por las limitaciones de la representación política⁽⁷⁸⁾. Por ejemplo, en nuestro sistema político, al tratarse de congresistas que representan a la nación, sería complejo precisar cuáles serían las obligaciones frente a un universo abstracto e indefinido que los ha elegido⁽⁷⁹⁾. Quizá desde este punto de vista comiencen a aparecer ya los problemas prácticos que no solamente hagan dura la tarea por llevar a la *praxis* el concepto de la “responsabilidad” y que tendrá que derivar finalmente al problema de la propia democracia deliberativa en el plano político y el de la nueva retórica en el caso del Derecho. En la última sección de este artículo aclararemos a que nos referimos.

3.1 ¿Discusión en medio de la Torre de Babel?

Luego de esta *tour de force* alrededor de la razón comunicativa presente en las obras de Perelman y Habermas y en sus seguidores, vamos a auscultar desde nuestra propia óptica las principales debilidades de estas propuestas a fin de determinar si son o no capaces de superar las críticas que se han realizado al Derecho y a la política moderna y, de esta manera, salvar los logros de la modernidad.

Dicen los autores liberales que la realidad política contemporánea muestra a las sociedades como plurales y tolerantes pero que, sin embargo, van a tener que enfrentar una serie de respuestas hostiles desde los sectores fundamentalistas quienes, defendiendo distintas religiones, ideologías y hasta géneros, van a hacer difícil la existencia de una sociedad plural. En este sentido, se invoca a la imaginación pluralista para exorcizar los demonios

del fundamentalismo, aunque a veces no se percibe el hecho de que esta sociedad plural y tolerante también presenta vicios y puede lucir como fundamentalista⁽⁸⁰⁾.

Lo concreto en estos momentos es que, tanto las sociedades post-industrializadas como las sociedades en vías de industrialización, se caracterizan por ser sociedades multiculturales (o multiideológicas si existiese el término) y que mantienen al interior de su seno diversas creencias y valores, todo esto como resultado de la implantación de una ideología como el liberalismo que se caracteriza por su talante agnóstico y que sostiene como una única verdad la carencia de verdad, esto es, que reivindicando la autonomía individual considera que cada ser humano por el hecho de ser un ser humano racional y libre está capacitado para decidir por sí mismo sin que nada ni nadie obstaculice sus decisiones⁽⁸¹⁾, a menos, claro está, que su acción pueda poner en peligro la libertad del otro⁽⁸²⁾.

Con estas premisas en la mano entonces tenemos que pensar a primera vista que existiría un gran problema en la constitución del auditorio universal que reivindicaba Perelman, por ejemplo, ya que no se trataría de un auditorio que abarcase a una única tradición⁽⁸³⁾ sino que sería un auditorio gigantesco en el que fluirían tradiciones liberales, musulmanas, puritanas, católicas, pragmáticas, escépticas, comunitarias, metafísicas, etc., etc., etc., esto es, un gran mosaico cargado de contrastes y donde toda esta diversidad no plasmarían el armónico y bello símbolo de un radiante arco iris, sino todo lo contrario, nos remitiría a los oscuros momentos de la construcción de la torre de babel, es decir, al caos y al desorden.

Si Perelman declaraba que el orador debía adaptarse al auditorio, y si nuestro orador de turno

(78) GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis. Op.cit.; p.127.

(79) De hecho, el término nación no nos dice nada ni puede permitirnos identificar cualidades, deseos, valores o necesidades.

(80) Esto es lo que refiere el teórico político postmoderno CONNOLLY, William en *The Ethos of Pluralization*. Minneapolis: Minnesota University Press, 1995, y que intenta en este trabajo reformular la llamada imaginación plural a través de la pluralización del pluralismo. Cfr. Introducción.

(81) De nuevo, recordamos al gran *maître à penser* del liberalismo Immanuel Kant

(82) Aquí es cuando John Stuart Mill se junta con Kant para sentar las bases del liberalismo político.

(83) Estamos usando el término tradición en el sentido que lo utiliza Alasdair MacIntyre, esto es, no solo como un movimiento coherente de pensamiento que tiene sus premisas fundantes y que gracias a ésta es capaz de resolver los conflictos que se dan al interior de la propia tradición, sino también como un pensamiento que identifica a un grupo de personas y que ellos mismos son conscientes de ella teniendo también en claro hacia donde se dirige”. Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?*. London: Duckworth, 1988.

tuviese que ser un ferviente seguidor del análisis económico del Derecho, creyente en la eficacia económica del óptimo de Pareto, lector empedernido de Richard Posner y además abogado de una entidad dedicada a la protección al consumidor, dirigiéndose digamos a un auditorio conformado por jubilados de un ministerio público y que en su juventud pertenecieron a sindicatos marxistas, ¿cómo podría darse esa adaptación del orador al auditorio teniendo también presente que la tesis perelmaniana recomienda adicionalmente honestidad e imparcialidad al defender el orador sus puntos de vista ante el auditorio? ¿Cómo puede sustentar el orador sus argumentaciones si su premisa de partida no es sino la libertad negativa, esto es, el mercado como espacio libre de cualquier coerción y, en este caso, libre de cualquier política paternalista distributiva? ¿Cuál sería entonces el punto de partida para iniciar una discusión o un debate teniendo a este orador frente al mencionado auditorio? ¿Cómo va a convencer el orador a su público que parte de una premisa opuesta a la del orador que sería la premisa de la distribución justa? En este supuesto, ¿bastaría que el orador esgrimiese cifras hablando de crecimiento económico, de incremento de las inversiones, de la confianza que debemos tener hacia nuestros técnicos, o de lo bonito que se ve nuestra ciudad con sus nuevos centros comerciales y su telefonía celular? Finalmente, ¿deberíamos suponer, como diría Perelman, que tanto el orador como el auditorio podrían tener la razón?

Es evidente que el problema de fondo descansa en que el auditorio no podrá adherirse a la premisa fundante del orador porque el auditorio ha palpado en carne viva la falsedad de la premisa del orador. Los miserables sueldos que deben de recoger tras largas colas en los bancos una vez al mes no alcanzan para ningún tipo de vida digna, más aun cuando ese ingreso podría inclusive ser el único sustento para una familia cuyos miembros más jóvenes están completamente desempleados. La realidad vivida día a día demuestra al auditorio que el mercado no ha mejorado su situación económica y que al contrario podría decirse que la ha empeorado. Entonces, cabe preguntarse, ¿sólo el auditorio tiene la razón?. El auditorio entiende que dentro de su tradición que apela a una justa distribución el mercado no les sirve y, en este sentido, podría decirse

que está en lo cierto. Por su parte, el orador del ejemplo vive una realidad completamente distinta, es exitoso, muy bien remunerado y todo esto se lo debe al mercado y la libertad de comercio y seguramente en ese momento la tradición del auditorio sería una tradición equivocada que deberá ser cambiada. Quizás aquí, Perelman tendría razón al indicar que las dos partes tienen “razones razonables” para defender sus puntos de vista, pero lamentablemente este hecho no resuelve ninguna controversia y, al contrario, solo demuestra la no viabilidad del proyecto de la nueva retórica y la argumentación. Por último, la pregunta impostergable, ¿cómo podría construirse un consenso entre este auditorio y el orador luego de entablar un debate abierto entre ambos?

Lo que podemos deducir de todo esto es que el mundo contingente está estructurado por un conjunto de auditorios, cada uno de los cuales defiende a una tradición particular. En este sentido, ya sería una tarea ociosa el pretender dirigirnos a un auditorio universal (y no olvidemos que el mismo Perelman decía que dependía del auditorio el considerarse particular o universal). Tal pluralidad de tradiciones tiene además la peculiaridad de proponer cada una de ellas premisas fundantes que son opuestas o antitéticas, en otras palabras, se trataría así de una sociedad de Babel en la medida en que no existe un lenguaje clave que permita la conversación racional y razonable entre las partes. Evidentemente todos podemos aspirar a la realización de la justicia, pero en las circunstancias en que vivimos la justicia ya no es ese concepto concreto y material que era para Aristóteles y los griegos. La justicia es en estos momentos un concepto demasiado abstracto y genérico como para poder definirlo en el mundo práctico o real. Así pues, al tratarse de un concepto general e indefinido podrá ser individualizado “al gusto del cliente” y por eso no será lo mismo la justicia para una feminista, que para un moderno iusnaturalista o *a fortiori* para un iraquí que vive en Bagdad y que es bombardeado diariamente por los aviones norteamericanos, o para el caso de nuestro ejemplo, tampoco será igual la noción de justicia que baraja nuestro abogado versado en el análisis económico del Derecho en relación a los términos de justicia que proponen los jubilados.

La gran debilidad del enfoque de Perelman -y esto también vale para la democracia deliberativa de Habermas y compañía- está ciertamente en el punto neurálgico de su tesis, esto es en el lenguaje. Un lenguaje se define como un conjunto de señales que dan a entender una cosa, es entonces un medio de comunicación y para tal efecto utiliza signos que son reconocidos como válidos por todos los que comparten tal lenguaje, por eso cuando escribimos el signo: perro, una persona que conoce las claves del lenguaje español sabrá que me estoy refiriendo a un mamífero de cuatro patas, que ladra y que puede morder, pero para alguien que ignora nuestro lenguaje será una mera palabra o quizá un simple sonido y no más. Por cierto, las personas pueden aprender muchos lenguajes pero siempre uno pensará en un solo idioma que lo definirá a sí mismo; también es cierto que pueden usarse distintos signos o sonidos para definir un mismo objeto (perro en español, *dog* en inglés o *hund* en alemán) y esto no será un gran problema pues nosotros podemos contar en cualquier momento con la realidad del objeto, permitiendo así el entendimiento y la comprensión y haciendo posible el diálogo y el consenso entre lenguajes distintos. ¿Pero qué pasa cuando no tenemos el correlato físico u objetivo como acontece cuando manejamos conceptos como la libertad, la justicia, la distribución o la igualdad? En estos casos, las diferencias de lenguaje jamás podrán ser superadas como el ejemplo del perro, y esto hará imposible la realización de un acuerdo. Definitivamente, mientras no se acepte que estos términos (la justicia, la libertad etc.) sean verdades objetivas, entonces cada quién lo definirá de acuerdo a su lenguaje particular y esto significará simplemente el plantear un diálogo inconmensurable e ilimitado⁽⁸⁴⁾ en medio de una inmensa e imponente Torre de Babel. En un escenario así cualquier intento retórico o argumentativo estará condenado a fracasar.

En lo que se refiere a la democracia discursiva dijimos ya que adolece de los mismos problemas que demuestra Perelman, agudizados quizá por las

expectativas de universalidad que persigue la democracia deliberativa como directa herencia de la tradición moral generada en el siglo XVIII. Pero si en este caso se da también el problema insuperable del lenguaje, podríamos agregar otros elementos que la descartarían con mayor contundencia. Por tratarse de una perspectiva que está más bien cercana a la política, esto significa que tiende hacia las decisiones colectivas y que parte por eso de problemas colectivos relevantes para todos. Como seguidora de la racionalidad política del humanismo y el igualitarismo, se supone que la democracia dialogante sería capaz de conseguir la auténtica identidad entre gobernantes y gobernados pero sin mancillar la libertad individual, esto es, sin tener que pasar por los supuestos totalitarios de un Jean Jacques Rousseau que inclusive obligaba a las personas a ser libres e iguales siguiendo los dictados de la voluntad general⁽⁸⁵⁾.

Empero, en este caso, también se generarán situaciones de hecho que desvanecerán el mito habermasiano de las “condiciones ideales de la comunicación”, pues lo que no ha tomado en cuenta la democracia deliberativa es que no basta con saber el lenguaje para entrar a las discusiones públicas, sino que es preciso saber expresarse correctamente, lo cual significa que no cualquier persona podrá ser un orador o un interlocutor a menos que esté lo suficientemente educado y capacitado para articular un lenguaje coherente y claro que pueda ser comprendido por todo el público. Esto evidentemente, pone en dificultades a las grandes mayorías de personas que, por carecer de educación y de lecturas suficientes, no podrán dirigirse de manera apropiada en cualquier espacio público. En este sentido, ésta es una realidad que deberá tenerse muy en cuenta al momento de intentar plasmarse una democracia deliberativa y que es realmente un grave problema en sociedades poco desarrolladas o con limitaciones educativas como la nuestra. Pero supongamos que se logra franquear esta barrera y se consigue así constituir una sociedad de personas muy educadas que podrán ser capaces de generar discursos

(84) Este concepto de inconmensurabilidad de los debates contemporáneos lo tomamos también de Alasdair MacIntyre, quien es quizá el filósofo moral que mejor describe el status de los conflictos morales en el mundo moderno. Ver MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987. pp.21-23.

(85) ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Cap.VI. Madrid: Sarpe, 1985.

ordenados y de utilizar las palabras pertinentes. ¿Podría ahora llevarse adelante la discusión? Para lamentos de los defensores de la democracia deliberativa la respuesta sería no, y esto porque a pesar de que quienes antes no podían expresarse adecuadamente, superasen ahora ese problema nada aseguraría que el auditorio les pusiese atención o les hicieran caso. Los prejuicios contra determinados grupos o contra distintas minorías harían que éstos no tuviesen la atención que sí podrían suscitar por ejemplo representantes de las mayorías o del *establishment*. Así pues, en medio de la sociedad norteamericana un palestino por más educado que sea no tendría la misma recepción que pudiese obtener un anglosajón educado inclusive en la misma universidad que estudió el palestino. En síntesis, las diferencias

que se plasman en la política contingente y los prejuicios que existen hacen que la condiciones del debate descansen en una quimera, esto es, en un diálogo entre hombres iguales y libres⁽⁸⁶⁾.

Pensamos que luego de haber expuesto de modo general los argumentos que avalan a la justicia deliberativa según sus artífices y sus continuadores, y de haber presentado también de manera práctica y gráfica los problemas concretos que genera dicha apuesta teórica, quedan entonces demostradas y justificadas las enormes dudas que produce en nosotros este sucedáneo de la racionalidad instrumental y, en este sentido, es justo decir que siguen sosteniéndose en pies de barro los fundamentos teóricos de la justicia moderna. ^{AB}

(86) Esta argumentación con más profundidad la hemos desarrollado en HERNANDO NIETO, Eduardo. *De la política de la decisión a la política del diálogo: El pensamiento reaccionario y los dilemas de las democracias contemporáneas*. Tesis de Doctorado en Filosofía. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Febrero 1999. No publicada. También resulta muy útil el artículo de SANDERS, Lynn M. *Against Deliberation*. En: *Political Theory*. Vol 25, No.3, Junio 1997.