
Valeria Giordano. Titular por el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Salerno. Enseña Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho y de la Argumentación. Sus intereses científicos versan sobre los temas del constitucionalismo contemporáneo, de la argumentación jurídica, de la autoridad del derecho y de las transformaciones de la democracia. Es autora de *Il positivismo e la sfida dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004 y de *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

Contacto: vgiordano@unisa.it

PLURALISMO DE LOS VALORES Y NEUTRALIZACIÓN JURÍDICA

Valeria Giordano

Università degli Studi di Salerno

Fecha de recepción 18 de junio 2014; fecha de aceptación 27 de julio 2014. El artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Salerno.

Resumen

¿Es posible pensar en un léxico de los derechos a través de un imaginario jurídico que quiere alejarse de la herencia moderna?

Este artículo se ocupa del tema de los conflictos jurídicos que proceden del pluralismo moral, en el ámbito del debate entre secularismo y postsecularismo. Partiendo de la revalorización del espacio de la política, la autora vuelve a interpretar algunas perspectivas elaboradas por la teoría general del derecho, que captan la raíz pluralista de las prácticas sociales.

Palabras clave

Derechos, pluralismo moral, neutralización, efectividad.

Abstract

It is possible talk about rights in a legal imagination, that wants to separate itself from modern heritage? This paper discusses the legal conflicts that arise from moral pluralism in the debate on secularism and post-secularism. Moving from the reevaluation of the space of politics, the author rethinks some perspectives of general theory of law, that capture the pluralistic root of social practices.

Keywords

Rights, moral pluralism, neutralization, effectiveness.

“With God on our side”

“With God on our side” no solo es el título de una poética y conmovedora canción de Bob Dylan que revela los resultados dramáticos de los fundamentalismos religiosos, sino también una actitud cognitiva, cultural, de progresiva asimilación entre política, derecho y religión. Una fusión que hoy podríamos definir postsecularista¹ y que resulta derivar de una serie de creencias y prácticas que individualizan en el elemento trascendente el *ethos* compartido de cohesión sistémica, en un proceso de incesante violación de límites entre lógicas económicas, ideologías religiosas, núcleo simbólico de la política.

Un itinerario con un sentido postsecular que, aunque en algunos recorridos identifique un elemento aglutinante para todas las religiones que prescindan de una referencia teística,² parece confirmar aquel déficit de legitimación del Estado secularizado contemporáneo que se alimenta de presuposiciones que, de por sí, no puede garantizar,³ tocando los puntos neurálgicos de aquel proceso weberiano de desilusión en el que está basada la artificial racionalidad moderna.

Una racionalidad que, hoy día, parece vacilar ante la crisis de la mediación política y aquel proceso de violación de los confines del derecho y de los derechos generado por los inéditos desplazamientos de los poderes globales que brotan de las tradicionales geometrías político-jurídicas y que tienden a rayar aquella imagen monolítica y autorreferencial proyectada por la modernidad político-jurídica.

En efecto, la sobrevenida imposibilidad de “agarrar al soberano”⁴ nos coloca ante un horizonte más lleno de interrogantes que de soluciones, más de ambivalencias y dilemas que de anclajes y metas, que registran una discontinuidad de las formas y una porosidad de los confines jurídicos, convirtiendo en insidiosa la tentativa de una delimitación

1. Para aclarar conceptualmente el postsecularismo, véase J. A. Beckford, *SSSR Presidential Address: Public Religions and the Postsecular: Critical Reflections*, en “Journal for the Scientific Study of Religion”, 51, 2012, pp. 3-13.

2. En esta óptica se coloca la última obra de R. Dworkin, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2013.

3. Se trata del famoso teorema de E. W. Böckenförde, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, p. 60.

4. La expresión es de G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari, p. 137.

unitaria del dispositivo del derecho. El corte con respecto al pasado parece caracterizado por la pérdida de solidez de las instituciones jurídicas, por las nuevas trayectorias de los vectores plurales que, en las formas del *Soft Law*⁵ y de la *lex mercatoria* tienden a des-teñir el proyecto jurídico kelseniano, declinando con modos absolutamente inéditos la dialéctica normatividad/efectividad.

Parece estar en crisis la autoridad del derecho, aquel fruto de la secularización que emerge del modelo hobbesiano de neutralización de los conflictos perfectamente subsumido en la construcción piramidal kelseniana, presuposición indefectible para la construcción de un modelo de ciencia jurídica evaluativa y neutral, para aquella exigencia, determinada por la doctrina pura, de revelación antiideológica de un derecho exento de dogmas y de hipotecas substancialistas.

Se trata de una interpretación, pues aquella kelseniana, que descompone la neutralización jurídica en la estructuración autoritativa del derecho, solo en el reconocimiento de la racionalidad formal de la construcción artificial pero que, en la aproximación metodológica, revela el carácter polemógeno de los valores y la parcialidad de la síntesis jurídica.

Una mirada teórica que, hoy día, anda trabajosamente hacia lo postsecular, tanto en las formas de un ateísmo religioso, que construye la normatividad sobre el carácter independiente y objetivo de los valores, dentro de un modelo integrado de derecho como parte de la moralidad política, como en la recuperación de la trascendencia religiosa en la esfera pública,⁶ en nombre de una interacción combinada entre razón y fe.

A pesar de que se trate de aproximaciones extremadamente deshomogéneas para la lectura de las conflictualidades presentes en las sociedades multiculturalistas contemporáneas, en estas trayectorias emerge una fuerte propensión hacia una juridificación integral de la política, refugiada en la imagen de una integridad blindada⁷ –que entrega la razón humana a la belleza inmanente de una naturaleza omnicomprensiva– o, pues, empecinada en la fórmula de un consenso ideal, en un proceso de incesante redifinición contenutística entregada solo a la racionalidad formal deliberativa.

En efecto, en las aproximaciones jurídicas basadas en una ética “comprensiva” ante el eclipse de Dios, de todas formas se sobreentiende una elección de tipo monoteísta, basada en una autocomprensión de la normatividad jurídica en la racionalidad inma-

5. Por lo que al tema del *soft law* se refiere, cfr. por lo menos B. Pastore, *Soft law y la teoría de las fuentes del derecho*, en “Soft power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política”, n°1, pp. 75-89; A. Somma (ed.), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

6. J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2005.

7. R. Dworkin, *Religion without God*, p. 87.

nente en la construcción, interpretada como superación del artificio jurídico. De hecho, la superposición de la esfera ética respecto de aquella auténticamente jurídica diluye la carga polemógena de los derechos, volviéndola a asociar a un modelo normativo filosófico-político que garantice la mejor justificación de la praxis jurídica aunque, en esta absorción del conflicto en el horizonte ético-justificativo de los intérpretes, casi olvida la politicidad de la constitución, apareciendo oscurecida como imagen de una ética compartida.

Este camino hacia una *jurisprudence* normativamente comprometida, que tome en serio la imposible neutralidad de todas las teorías interpretativas del derecho⁸, trizando la disyunción analítica entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo y desconociendo la autonomía del método jurídico respecto de la reflexión filosófico-política, esconde las trampas de una interpretación excesivamente conciliatoria de las prácticas jurídicas, que corta la dialéctica reconocimiento/consenso en clave ético-justificativa, reduciendo de manera arriesgada aquella distancia entre identificación del derecho valedero y su aceptación ético-política.

En cambio, en el recorrido habermasiano de emancipación cosmopolita, que se enraíza sobre una forma de cognitivismo procedural, se registra una dirección teórica que tiende a “desgravar” el derecho del problema de su fundación, concentrándose sobre el de su aplicación, pero que no parece devolvernos toda su carga de complejidad de los procesos de globalización, pensados en esta óptica más como un enraizamiento de la vocación universal de los derechos que como un factor de erosión de su implementación y que parece superar la misma confianza concedida a la forma jurídica, elevada a *medium* de integración social y, pues, con una racionalidad inmanente.⁹

Por lo tanto, la traducción teórica de esta perspectiva es una desmesurada entrega a la política deliberativa de los Estados constitucionales, en los que la disparidad y la asimetría de las relaciones de poder no parecen lograr garantizar la satisfacción de la presuposición pragmática kantiana, presentada en esta versión como requisito procedural de formación discursiva de la voluntad política expresada por el procedimiento democrático que, de tal forma, parece pagar su incesante redefinición contenutística con una subvaloración de la carga conflictual existente en la misma mediación jurídica, en la *forma* democrática. Si la crisis de los derechos es – sobre todo – crisis de su justiciabilidad, el registro temático del que se sirve esta teoría acaba, pues, subvalorando la

8. La idea según la cual la definición de los conceptos políticos y jurídicos no puede prescindir nunca de la formulación de una tesis moral la proporciona Dworkin en *Justice in Robis*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 2006.

9. Este parece ser el resultado teórico de J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

esfera de lo decidible, para luego encerrarla en un espacio deontológico exento de una densidad conflictual y cerrado respecto de las variaciones de tipo teleológico con las que el lenguaje de los derechos tiene necesariamente que ajustar cuentas y el camino cosmopolítico de sus justificaciones discursivas corre el peligro de pagar la neutralidad implícita en el proceduralismo a un precio demasiado elevado respecto de su estatismo global, peligrosamente escondido en la instancia normativa de un derecho deslocalizado, adquirido como universal pero, pues, que anuncia la identidad cultural occidental, entendido como estrategia de superación del pluralismo moral.

Por lo tanto, el resultado de esta teoría es la adopción de un modelo jusracionalista que acaba probando demasiado, es decir, desvalorizando la dimensión real del derecho y de los derechos, pacificada en la enfatización de aquella normativa-deontológica.

Y la ambivalencia de su fundación universalística vuelve a aparecer con toda su carga de conflicto en el ensanchamiento entre normatividad y justiciabilidad de los derechos.

Trascendencia, artificialismo, neutralidad

La complejidad del mundo jurídico, cada vez más lejano de la imagen irénica de un diálogo racionalmente fundamentado, exento de cualquier forma de constricción y abierto al reconocimiento recíproco de verdad y autonomía como carácter justificatorio de las pretensiones de normatividad adelantadas por el derecho, no parece absorber el conflicto político-jurídico a través de la instancia igualitaria y simétrica de la razón comunicativa, arrinconando el universalismo habermasiano dentro de los confines políticos de una redefinición de los mecanismos de producción y aplicación del derecho; lo cual, inevitablemente, por lo que al nivel práctico se refiere, remite a los procedimientos de contratación y a los compromisos ejercidos por grupos de interés a los que se encomienda el entente colectivo.

De hecho, si la traducción jurídica del universal kantiano en las teorías argumentativas es la configuración del consenso racionalmente fundado según un ideal aproximado, nunca realizable totalmente, el resultado subyacente a esta declinación “débil” es la tendencia a un deslucimiento de la racionalidad fundacionista, desubstancializada y diluida en la categoría de la obligatoriedad jurídica, que corre el riesgo de reflejar, dentro de la práctica jurídica, la ambivalencia de una fundación discursiva del derecho, apretada entre exigencias trascendentales y obligación de tipo jurídico. De hecho, en este caso, entendida como instrumento de adecuación y control de los juicios evaluativos

expresados en el derecho, la categoría kantiana parece conllevar una transformación de ella misma en sentido heurístico, puesto que, considerada como meta-regla discursiva, resulta estar funcionalmente predispuesta hacia el control procedural de la racionalidad del discurso jurídico.

De tal forma que emerge un modelo normativo de *jurisprudence* que, a la hora de superar el método evaluativo, tiende a reducir la distancia entre el ejercicio de una discrecionalidad total a la Kelsen y la comprensión en clave ético-comprensiva del espacio jurídico, que representa el elemento fundamental del polo dworkiniano del constitucionalismo contemporáneo. Esto desemboca en una perspectiva que, en la equivalencia entre aceptabilidad racional del derecho y su construcción efectiva en términos de discernimiento por parte de los operadores jurídicos, capta el viraje fundamental de una teoría jurídica normativamente orientada.

Bajo esta óptica, en la que se exporta el núcleo conceptual de la argumentación moral dentro la justificación jurídica, la racionalidad de la construcción artificial se conjuga con un ideal trascendental: es verdad que esta tensión entre trascendencia y artificialismo conlleva la superación de la evaluatividad de la ciencia pero, al mismo tiempo, renunciando a un modelo ético-sustantivo, también la reproducción de aquellas razones subjetivas, puestas en evidencia por Kelsen, que se escapan de criterios generales y últimos y que no logran quedarse ahogadas en una composición del dilema que se entregue a una u otra estrategia procedural.

Tal como se intentará evidenciar en las páginas que se presentan a continuación, el rumbo tomado por los modelos argumentativos del derecho manifiesta la imprescindibilidad de una mirada a lo jurídico que supere la pretensión kelseniana de una neutralización del carácter antinómico del derecho en la mera estructuración autoritativa del dispositivo jurídico. Se invierte aquella visión interna a la autorrepresentación del Stufenbau, para la cual el razonamiento jurídico es la pantalla detrás de la cual esconder la voluntad ético-política del intérprete; por otra parte, esto parece exponer la *jurisprudence* al riesgo de una reconstrucción racional del derecho que tiende a ofuscar los vectores de poder que cruzan el escenario jurídico, oscureciéndolos en la neutralidad del proceduralismo.

Por lo tanto, la duda a la cual se intentará poner remedio atañe a la posibilidad de contener el conflicto que brota del pluralismo moral dentro de procedimientos de composición formal, en los que la categoría trascendental kantiana, diluida en el vínculo de justicia formal, muestra una naturaleza ambivalente entre la exigencia universalística de abstracción y su concreta traducción en el interior de la práctica jurídica. Pues bien, el

interrogante que se intentará solucionar exige saber si la declinación en sentido “débil” llevada a cabo dentro del discurso jurídico es realmente un instrumento deflactivo de los elementos decisionales, o si la exigencia de diferenciación reclamada por el vínculo de la justicia formal reivindica, para su concreta determinación, la formulación de postulados normativos de cierre del juicio mismo.

La dificultad de solucionar este dilema parece evidenciar los límites de una posible demarcación entre actividad interpretativa y actividad de tipo evaluativo, límites convertidos en aún más lábiles por la constitucionalización del ordenamiento jurídico que, transponiendo en clave artificialística la ética laica, constituye un punto fundamental del proceso de secularización.

Un avance del que hoy probablemente no sea oportuno liberarse en nombre de una religión sin Dios, de una *tendencial* asimilación entre razón y fe.

Por lo tanto, en las páginas que se dan a continuación se intentará reconstruir, desde el punto de vista teórico, las varias estrategias de resolución del desacuerdo que brota del pluralismo ético, elaboradas por el viraje argumentativo del derecho o, en cambio, por formas inéditas del positivismo jurídico, con la finalidad de verificar en un contexto enigmático como el actual la relación que se da entre autoridad, derechos, neutralización jurídica.

Proceduralismo y conflicto. Un camino tortuoso

La crisis de las concepciones formalísticas del derecho en las últimas décadas del siglo XX se radicaliza, a partir del proceso de constitucionalización de los derechos, una problematización de las categorías tradicionalmente basadas en la autoridad.

Se trata de una reconsideración de todos los asuntos enlazados con la relación derecho/política/religión a partir de la revalorización, desde un punto de visto práctico-argumentativo, de la racionalidad implícita en la Constitución. Una racionalidad inmanente en las instituciones democráticas en las que la herencia del proceso de secularización convierte en las formas de un jusnaturalismo laico y armonizado la esfera religiosa,¹⁰ en nombre de una práctica de los derechos que tiende cada vez más hacia la universalización.

10. F. Viola, “Religione civile: uso e abuso di un concetto”, en *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2014, p. 109.

Un itinerario jurídico que soluciona el desafío lanzado en las sociedades pluralistas por medio de la exhortación a un alcance ético-racionalista de los ordenamientos constitucionales que capte, en el entrelazamiento entre valores y procesos comunicativos, el núcleo dialógico y discursivo del derecho, para luego encomendarlo al equilibrio reflexivo de los intérpretes.

Es el camino paralelo en el derecho hacia las metaéticas analíticas¹¹ que quebranta aquella representación autoevidente de las propiedades morales confutada también por la ética de Dworkin, diluyendo la carga conflictual del razonamiento moral en la individuación de razones justificativas encomendadas a formas de racionalidad procedural. Pues bien, es el camino embocado por una ética deontológica, cognitivista respecto de la racionalidad procedural, pero consciente del “hecho” del pluralismo moral; una ética que se excede del esfuerzo solipsístico del juez individual y convierte la concepción monológica del proceso decisonal judicial de Dworkin en las pretensiones de un razonamiento jurídico capaz de considerar tanto el ideal regulativo de la única decisión justa, como el falibilismo de la praxis decisonal real. Es la orientación habermasiana de la institucionalización en el procedimiento discursivo de un sistema de derechos que –por un lado– genera una tensión entre un momento ético de una moralidad pública que se halla en el derecho gracias a su matriz consensualística y al alcance trascendental del derecho que empuja el derecho mismo hacia una dimensión deontológica y que –por otro lado– en la tracción dialéctica entre normatividad y efectividad, “desgrava” el derecho del problema de su fundación y que, en la base de esta confianza depositada en el proceso de deliberación, reivindica la posibilidad de duras luchas para el reconocimiento de los derechos.¹²

Un itinerario jurídico que soluciona el conflicto que brota del pluralismo moral de las sociedades secularizadas por medio de la individuación de un “código de la razón práctica”, que reinterprete la presuposición pragmático-trascendental de Kant como estrategia de contención del desacuerdo moral.

Esta es una interpretación del principio de universalización que, por un lado, hereda la exigencia de decontextualización metaética respecto de un sistema de valores definido, involucrada en la inversión dialógico-argumentativa, tal como la semántica regu-

11. R. M. Hare, *Essays on Political Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1989; *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952; *Freedom and Reason*, Clarendon Press, Oxford, 1963; K. Baier, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca, (New York), 1958; *The Rational and the Moral Order: The Social Roots of Reason and Morality*, Open Court, Chicago (IL), 1995; S. Toulmin, *An Examination of The Place of Reason in Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1948; *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1958. 12. Cfr. J. Habermas, *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.

lativa de los juegos lingüísticos característica de cierto tipo de prescriptivismo moral.¹³

La estrategia de vaciado de la fundación racionalista de Habermas, derivada de la consideración del mero carácter contrafactual de la situación lingüística ideal, permite superar el carácter utópico de este proyecto, trayendo a colación –con la recuperación de la fundación lógica de una ética universal– elementos particularistas y subjetivos.¹⁴

En efecto, si en el pensamiento analítico-procedural el principio de universalizabilidad se manifiesta ahora como principio-puente de la ética discursiva procedural habermasiana¹⁵ –a veces como postulado de publicidad y sinceridad del discurso (en el cual la superación del individualismo kantiano se abre al reconocimiento de los principios de la ética liberal de origen contractualístico),¹⁶ a veces, en cambio, como instrumento de neutralización del particularismo moral hacia una ética objetiva y neutral¹⁷–, las metamorfosis de este principio en el interior del discurso jurídico corroboran su naturaleza ambivalente, entre instancias formalistas y procedurales y el carácter imprescindible de alguna tesis normativa presupuesta.

De ahí que, bajo esta perspectiva, el requisito de universalizabilidad –hasta en su acepción formal– no parece lograr evitar la presuposición de valores éticos sustanciales que determinen cuáles semejanzas se deben considerar relevantes para la formulación del juicio práctico;¹⁸ esto muestra, por un lado, que la elección generalizante puede ser de alguna manera compatible con una significación suya “débil” dentro del discurso jurídico, por otro lado, que la misma exigencia de excluir distinciones arbitrarias exige inevitablemente la adhesión a un punto de vista moral.

Entonces, con relación a este punto, el principio de universalización –aunque presentado como “cuantificador universal”¹⁹ del vínculo de justicia formal– parece remitir,

13. R. M. Hare, *The Language of Morals*.

14. En efecto, el itinerario recorrido por Hare de una metaética procedural, que reconozca en el principio de universalizabilidad de los juicios morales una tesis lógica parece, pues, encontrarse inexorablemente en una encrucijada: la dirección de la lógica formal indica un camino universal que contiene los desacuerdos morales dentro de los límites de la racionalidad lingüística pero, al mismo tiempo, renuncia a considerarse como instrumento de neutralización del conflicto ético que se excede del perímetro de la mera contradicción lógica; aquella utilitarística de las preferencias parece inevitablemente traer a colación elementos particularísticos y subjetivos que dejan ver la supuesta neutralidad de su lenguaje.

15. Cfr. J. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983.

16. K. BAIER, *The Moral Point of View*, p. 281.

17. R. M. Hare, *Sorting Out Ethics*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1997.

18. Considerándolo de tal manera, el principio de universalizabilidad no lleva a ninguna conclusión prescriptiva determinada, exigiendo para su concretización un “criterio de las semejanzas relevantes” como normas de cerrazón del mismo juicio. Sobre este argumento, cfr. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 544.

19. La definición del principio de igualdad formal como cuantificador universal se remonta a N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1991, pp. 245-257.

por su determinación práctica, a postulados normativos de cerrazón del juicio mismo reproduciendo, inevitablemente, formas de particularismo.²⁰

De esta manera, a pesar de meterse transversalmente respecto de la ética “compreensiva” de Dworkin y de la imagen del *open texture* del derecho, típica del positivismo jurídico de fuente hartiana, la teoría procedural del derecho no parece lograr poner totalmente atajo a las razones subjetivas pendientes que se escapan de criterios universales y últimos, y que no logran quedar reprimidas en una composición del dilema práctico que se encomiende a la neutralidad reivindicada por el proceduralismo.

Entonces, si por un lado parece alejarse mucho de estas aproximaciones el paradigma del pensamiento jurídico-político moderno por la liquidez de los confines entre derecho y ética y por la contaminación de lo jurídico con los procedimientos del discurso práctico-general, en cambio, la distancia teórica con aquel proyecto parece acortarse en la reivindicación de una instancia formalística subyacente a la adopción de un modelo procedural.

De ahí que la cientificidad, entendida como control de los juicios evaluativos expresados en el derecho, supera el método evaluativo que caracteriza al modelo juspositivista, expresando aquella aspiración de previsibilidad y certeza del derecho, totalmente descifrable en clave moderna.

Una perspectiva de la cual resulta difícil individuar un camino no accidentado entre la exigencia de disolver el dilema moral por medio del empleo de un procedimiento discursivo –que de por sí reproduce el conflicto moral– y aquella expectativa de previsibilidad y certeza del derecho, que representa la cifra de la tradición moderna.

El cortocircuito entre *ethos* de la sociedad y normatividad ordinativa

La exigencia de previsibilidad y certeza, tradicionalmente autofundamentada sobre la pretensión de autorreferencialidad del sistema jurídico, se transpone hoy hacia la conexión discursiva entre derecho y moral en una tendencia ordinativa de la normatividad jurídica. En ella, la declinación del universal kantiano muestra una inclinación ambivalente entre la suposición de valores éticos sustanciales y la copresencia de elementos formalístico-morales, metidos en el interior de un procedimiento considerado como neutral y, por lo tanto, objetivado.

20. Por lo que al particularismo se refiere, cfr. J. Dancy, “Defending Particularism”, en *Methaphilosophy*, 30, 1999, p. 25; R. Crisp, “Particularizing Particularism”, en B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 23 ss.; W. Sinnott-Armstrong, “Some Varieties of Particularism”, en *Metaphilosophy*, 30, 1999, 1-12; R. Shafer-Landau, “Moral Rules”, en *Ethics*, 107, pp. 584-611.

Esta estrategia de inclusión/exclusión de criterios morales sustantivos evidencia la dificultad de una definición unitaria, entre la solicitud de un contenido deontológicamente fundamentado y el límite de la razón empírica, que constituye indudablemente un terraplén respecto de una significación suya fuerte, relegándolo a una acepción formal.

Esta dirección teórica que crea un vínculo indisoluble entre el concepto de justificación discursiva y aquel de *coherence*, parece presentar algunas tensiones teóricas procedentes del carácter controvertido e inevitablemente conflictual del razonamiento moral: este no excluye la posibilidad concreta de que principios que compiten entre ellos puedan justificar el mismo grupo de normas, convirtiendo en igualmente coherentes las divergencias producidas por la jurisprudencia y, de tal manera, abriendo camino al elemento particularista y subjetivo.

Además, se evidencia —en algunas versiones de las teorías argumentativas— sobre todo en la derivación de la categoría de la aceptabilidad racional del concepto de eficacia social,²¹ una básica complejidad teórica debida a la circularidad en la que está envuelto el concepto de *coherence*; un concepto que genera inevitablemente un indisoluble enlace con la moral positiva que parece reproducir el horizonte moral compartido dentro de una sociedad democrática.

Esta meta, derivante de la circularidad en la que está envuelta la justificación coherente, en la equivalencia extensional entre la aceptabilidad racional del derecho y su construcción en términos de sensatez por parte de los operadores jurídicos, vuelve a proponer la objeción teórica de falacia etnocéntrica, que tiende a confundir las adquisiciones éticas de algunas sociedades liberales²² por condiciones de pensabilidad de la misma estructura del razonamiento jurídico.

En efecto si, por un lado, la fundación discursiva del derecho expresa la tendencia de una justificación mínima de las reglas jurídicas, tomada de la pragmática de Habermas, que permita discriminar entre interpretaciones correctas e interpretaciones arbitrarias, precisamente a través de la experiencia kantiana de su universalizabilidad, renunciando a liberarse del dilema moral en sentido unívoco, por otro lado, la herencia de este camino jurídico es una fuerte revalorización de aquella racionalidad implícita en las instituciones democráticas, desubstancializada y disuelta en una serie de procedimientos,

21. Véase A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster, Reidel, 1987, p. 46.

22. Por lo que a los riesgos de la falacia etnocéntrica se refiere, es necesario remitir a la crítica de S. Benhabib, *Critique, Norms and Utopia*, Columbia University Press, New York, 1986, p. 303, cuya confutación del modelo habermasiano evoca la objeción hegeliana a Kant.

reglas, prácticas que, de manera no subjetivística, sino como una red de reglas jurídico-morales, estructuran nuestra forma de vida pública. Estamos, pues, dentro del proyecto ilustrado, en el cual la influencia kantiana se encuentra despojada del trecho *a priori* y puesta en la realidad específica de nuestros ordenamientos constitucionales.

En definitiva, esta interpretación de la normatividad jurídica, en la que el universalismo moral se encomienda a formas de racionalidad procedural, tiende a generar la sensación de una violación de frontera –en el interior del derecho– de aquellos rasgos políticos de marca occidental que resultan ser conjugados según la estructura lógica de sus justificaciones.

Por lo tanto, si el camino proceduralista parece querer compaginar –por un lado– el escepticismo alrededor de la posibilidad de una fundación objetiva de los valores y –por otro lado– el consenso acerca de algunos valores éticos que estructuran nuestra forma de vida, por lo que a algunas aproximaciones se refiere la mediación parece ser pagada –según algunos puntos de vista– al precio de una transformación en clave científica de un tema “político” en sentido amplio, que expresa la ambivalencia que subyace a los modelos argumentativos de un vínculo indisoluble entre adopción de un procedimiento y suposición de una metaética neutral, que parecen remitir la una a la otra en una unión indisoluble. Esta clave de acceso para la instancia formal y ordinativa moderna precisamente en la síntesis discursiva entre trascendencia y artificialismo corre el peligro de reiterar los riesgos de un ensanchamiento neto entre instancias universales y normativas y la efectividad de las prácticas jurídicas.

Distorsiones y deconstrucciones del modelo kelseniano

El resultado subyacente a la tentativa de conjugar el elemento artificialístico del derecho con el ideal trascendental kantiano, a través de la invocación de una pragmática mínima, disuelta en una serie de reglas formales, en la unidad de una razón totalmente proceduralizada, es la tendencia a reproducir aquellos nichos discrecionales kelsenianamente nunca neutralizables, aunque reduciendo la cuestión a una oposición entre instancias formalísticas y pretensiones sustantivas de objetivización de la moral.

En efecto, desde este punto de vista, el viraje kelseniano que no intenta encubrir sino revelar la discrecionalidad del derecho contra el riesgo implícito en el jusnaturalismo de cristalizarlo en un orden armónico y trascendente, transponiendo el tradicional substancialismo de los conceptos jurídicos en la racionalidad artificialista del *Stufenbau*,

pone al descubierto el elemento decisonal del derecho y, al mismo tiempo, la indisponibilidad de una ética compartida.

Ante la imposibilidad de una jusnaturalista fundación objetiva de los valores –que acabaría fragmentando la idea regulativa en una serie de concepciones múltiples y desacordes, reproductivas de una tendencia conservadora del derecho– la neutralidad kelseniana conlleva la renuncia a expresar una opción ético-política y la imprescindibilidad de la mirada evaluativa que revele la dialéctica entre valores opuestos.

Este nudo conceptual, que la aproximación kelseniana disuelve en la instrumentalidad jurídica, enfrenta la dialéctica entre trascendencia y artificialismo a través de una interpretación exenta de hipotecas substancialísticas y de dogmas con una orientación jusnaturalística, aunque científicamente abierta hacia la desmitificación de los procesos dinámico-voluntarísticos de producción normativa.

En efecto, reforzada por elementos de neokantismo en la construcción formal de las categorías jurídicas, la lección kelseniana disuelve en el dualismo ser/deber ser – por medio del cual Kant había edificado la autonomía de la razón práctica respecto de la razón teórica – la exigencia de pureza metodológica de la ciencia jurídica, con tal de ahondar sus raíces en una diferencia nunca neutralizable entre conocimiento y voluntad. Esta antítesis, traducida en la bifurcación entre interpretación científica e interpretación auténtica, hunde la neutralidad weberiana en el modelo normativo de ciencia jurídica, acabando inevitablemente con exportar de los confines del derecho la irreductibilidad de cada elección ético-política.

Se trata de una exigencia del modelo kelseniano de conocimiento normativo que no admite ninguna contradicción lógica que anule la unidad del sistema normativo, imposibilitando el hecho de seguir persiguiendo aquel ideal de pureza metodológica y que vuelve a interpretar los mismos vicios materiales del derecho, como vicios de procedimiento, disolviéndolos en la autorreferencialidad de la racionalidad formal.

El de Kelsen, claro está, es un modelo que, a la hora de aceptar la politicidad intrínseca en la nomodinámica, disuelve la neutralización jurídica en la estructuración autoritativa del dispositivo jurídico. De esto deriva la negación de cualquier contradicción lógica en el interior del sistema jurídico, en el que la nulidad resulta representable solo como el máximo grado de la anulabilidad y la disolución de la unidad formal del derecho de cualquier conflicto normativo.²³

23. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Verlag, 1934, p. 89.

Es una distorsión que, reconociendo una discrecionalidad total a los jueces, es decir, aquella *auctoritatis interpositio* reconocida en cualquier nivel del *Stufenbau*, acabaría convirtiendo en estéril el alcance de cualquier control sobre el razonamiento jurídico y transformando en una especie de *non sense* la mayoría de las discusiones que ocupan la doctrina y jurisprudencia.

De hecho, desde este punto de vista, la negación de cualquier conflicto normativo, producida por la doctrina pura del derecho y determinada por la consideración del carácter auténticamente político de todo grado de producción normativa, realmente aparece como una manera demasiado limitada de enfocar la cuestión que corre el peligro de paralizar antes de que se dé cualquier tentativa de discriminar entre soluciones correctas y decisiones arbitrarias.

De tal manera que se acaba –inevitablemente– por relegar al ámbito de las opciones ético-políticas cualquier forma de desacuerdo jurídico. Un desacuerdo jurídico, pues, representable como conflicto solo aparente, que se neutraliza en el justo acatamiento del principio de delegación, acogido como criterio exclusivo, definitivo de justificación jurídica, como fundamento de la racionalidad del orden artificialístico. Por lo tanto, bajo esta óptica, la relación entre trascendencia y artificialismo se resuelve en la irreducibilidad del conflicto que se origina del pluralismo ético a una síntesis de los valores de alguna manera “definitiva” y en su reconducción dinámica a una matriz formal-autoritativa: la categoría de la neutralización jurídica se convierte, pues, en el elemento que fundamenta aquella instancia lógico-cognoscitiva que la ciencia jurídica kelseniana, aunque dentro de una evaluatividad difícilmente desentrañable, logra perseguir.

Por lo tanto, las construcciones teóricas de la ciencia jurídica, que se ocupa de la simple descripción de todos los posibles significados atribuibles a los enunciados normativos, preservan el ideal de un conocimiento no contradictorio de la racionalidad artificial y, al mismo tiempo, intentando pues seleccionar el ámbito semántico del lenguaje jurídico, parecen inevitablemente cancelar la pretensión de neutralidad, aquella neutralidad que hoy –muy insidiosamente– ha sido puesta en crisis por haber sido empujada hacia el postsecularismo, y pagada por Kelsen con la renuncia a cualquier control sobre la síntesis jurídica.

Claro está, ante las profundas transformaciones de las sociedades contemporáneas, parece estar declinando la imagen irénica de lo jurídico como lugar de neutralización de los conflictos, pero tal vez quede cupo para aquella pretensión típica del pensamiento kelseniano de una desmitización del derecho que lo aleje de connotaciones sacras fuera de la realidad.

Por otra parte, queda indudable la afirmación contemporánea de prácticas jurídicas que evidencian la rigidez y la abstracción excesiva del método kelseniano, manifestando su dificultad a la hora de confrontarse con la liquidez de los confines del derecho y que fundamentan el juego normativizante sobre formas de racionalidad argumentativa.

Sin embargo, esto no quita que la dirección emprendida por las actuales teorías del constitucionalismo, que reinterpretan el resultado de la secularización como garantía y límites de lo político, acabe subestimando la conflictualidad inmanente al discurso moral, es decir, aquella diferencia que nunca puede ser totalmente neutralizada por procedimientos argumentativos o por éticas comprensivas, que esconden la matriz esencialmente política del mismo derecho.

¿Qué imagen para la efectividad de los derechos hoy?

“Podría decirse que todo el sentido de la modernidad encuentra su epítome –y Kelsen lo pone de manifiesto muy bien– exactamente en la potencia normativa del derecho: derecho que llega a ser, en la actualidad, instrumento y técnica de un proyecto político, que aspira a modificar, a plasmar lo social, lo fáctico de los comportamientos”²⁴ Una efectividad no dada, no presupuesta como coherente u ordenada, sino desequilibrada por lo que a la idea de ejecución se refiere, es decir, de un proyecto que construye el orden y que oscurece las relaciones con las praxis y los valores de la comunidad que a aquel derecho responde.

Una efectividad que aunque hipotéticamente elevada a *medium* de transformación categorial del poder en derecho, manifiesta aquella idea de cumplimiento del proyecto de control y de orden, y que revalúa la exigencia formalista de neutralización de los conflictos, fuertemente anclada al paradigma filosófico-jurídico de influencia de Hobbes.

Incluso ante el debilitamiento de aquel proyecto de orden y control, no es oportuno renunciar a las exigencias de descubrimiento de los dispositivos de poder que emergen en nuestras sociedades globales y que exigen cada vez formas y estabilizaciones, imposibles sin la adhesión a una perspectiva cognoscitiva que no esconda la matriz dinámica y voluntarística del derecho.

Aparece, entonces, como irrenunciable aquella mirada desencantada de Kelsen, que no puede olvidar la conflictualidad creciente indecible de los derechos, con respecto

24. A. Catania, *Diritto positivo ed effettività*, en V. Giordano, A. Tucci (eds.), *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giapichelli, Torino, 2013, p. 3.

a la cual cada derecho se afirma luchando contra otros derechos: aquel “politeísmo” de Weber, que ha caracterizado a su metodología jurídica, que lo lleva realísticamente a desconfiar de una síntesis de los derechos de alguna manera “definitiva”.

Y tal vez una sugerencia preciosa para el método la proporcione precisamente Kelsen, puesto que indica el espacio indiscutible de la política.

En efecto, si los contrastes reales sobre los valores constitucionales no emergen de la relevancia del principio de universalización sino de los niveles concretos de conflictualidad, la emersión del conflicto no siempre se puede contener dentro de una racionalidad argumentativa, exigiendo formas de renegociación política, procesos de subjetivización,²⁵ que renueven en su interior la politicidad del derecho, la naturaleza “estratégica” de la mediación jurídica sin pretender que la racionalidad argumentativa sea capaz siempre de absorber el conflicto ético-político que se origina del pluralismo moral.

Sin lugar a dudas, se trata de un contexto enigmático, en el cual se cruzan múltiples perspectivas que, en las nuevas formas del jusnaturalismo, parecen devolver interpretaciones homogéneas y aconflictuales, difundidas por un *ethos* compartido. Un *ethos* presupuesto y adoptado de manera ideal como filtro de los procesos interpretativos, capaz de infringir las construcciones teóricas de la ciencia jurídica tradicional y volverlas a asociar a un modelo normativo que diluya la tensión dialéctica entre trascendencia y artificialismo, descomponiéndola del horizonte ético-justificativo de los intérpretes.

Sin embargo, se trata de una perspectiva visual de la cual no se vislumbra la tensión entre los poderes difundidos en lo social, entre visiones del modo antitéticas, entre *moral points of view* incompatibles. Entonces, podría hipotizarse una desgravación del proyecto de Kelsen que decline aquella representación autorreferencial del derecho que encierra perfectamente la imagen formalista de la modernidad, y que facilite la compleja pluralidad del derecho, rompiendo aquel cortocircuito entre *ethos* de la sociedad y normatividad ordinativa, sin ninguna pretensión de representar los derechos a través de una imagen tranquilizadora sino, de lo contrario, con la reivindicación de la raíz humana, cultural y pluralista de su efectividad.

Esto configuraría una efectividad del derecho que, por mucho que hoy sea maleable y porosa y no siempre completamente mediada por la *forma* jurídica, restituye precisamente aquella diferencia irreducible entre trascendencia y artificialismo en un entrelazamiento dinámico y nunca neutral entre prácticas actuadas y juego normativizante.

25. Cfr. L. Bazzicalupo, “Editorial”, en *Soft Power*, 1, pp. 11-16.

¿Realmente es posible ser neutrales?

La consideración alrededor de la imposible neutralidad de toda representación teórica constituye, indudablemente, la clave de un cuadro enigmático que tiende cada vez más a alejar el terreno de la afectividad de la autorrepresentación formal y autorreferencial del pensamiento filosófico-jurídico moderno.

Por otra parte, el principio de efectividad por largo rato ha sido sondeado en el aspecto neutralmente científico –que habría recibido en el positivismo jurídico– por una importantísima directriz adquirida por la filosofía del derecho de impostación analítica, según la cual su transformación categorial en términos normativos tendría la culpa de esconder la elección política, simulando, pues, una simple constatación sociológica: una elección política subordinada a la integración constitucionalista basada en los valores de la democracia y del liberalismo y que conllevaría una labor de racionalización del material jurídico por parte del jurista, guardián de la organización política del Estado.

Pues bien, se trata de una interpretación relacionada con aquella matriz territorial y política trazada por el artificialismo de la soberanía estatal y por la proyectualidad moderna que hoy día ha sido tan fuertemente puesta en tela de juicio por la proliferación de los poderes globales que, en las formas del *Soft Law* y de la *lex mercatoria*, tienden a comprometer la geometría del derecho en una *governance* de matriz global, diferenciando la plantilla decisoria más allá del plan normativo determinado de manera abstracta. Una fragmentación de lo social que desestructura el derecho y que pone de manifiesto nuevos desplazamientos y espacialidades que comprometen el mismo lenguaje de los derechos, cuya respuesta en términos de efectividad parece proyectar –inevitablemente– toda la carga de contradicciones y asimetrías dentro de una espacialidad ficticia, radicalizando en la tensión entre núcleo simbólico originario y universal y su raíz cultural e identitaria la irreducibilidad de la diferencia entre trascendencia y artificialismo.

Un trayecto caracterizado por llenos y vacíos jurídicos, por luchas, reivindicaciones, derrotas, por medio de las cuales se debería construir el lenguaje de los derechos con toda su carga de ambivalencias y contradicciones que marcan el alma dinámica del constitucionalismo contemporáneo y que instituye un espacio de conflictualidad cuyos contornos y espacios de acción son huidizos, facilitando el hecho de que el mismo conflicto sea manejado por poderes escondidos y decisiones opacas.

Por lo tanto, la construcción del derecho y de los derechos en esta divergencia entre normatividad y justiciabilidad parece necesariamente ajustar cuentas con la raíz política y, pues, inevitablemente, *identitaria* de su lenguaje, con la politicidad de la Constitución

y de los procesos de su concreta realización, que reconfiguran de manera incesante las formas de su concretización jurídica en un espacio de conflictualidad del cual se rediseñan los perfiles y que restituye el peso de aquel encuentro/choque producido por el pluralismo moral.

Un terreno insidioso que, a la hora de confrontarse con las grandes transformaciones del constitucionalismo contemporáneo, serpentea a lo largo de la línea directriz del positivismo jurídico en interpretaciones asimétricas que muestran una fecundidad teórica en la reinterpretación de la dicotomía orden/conflicto, que representa el alma de aquella instancia formalística y recompositiva de la tradición moderna.

Una tendencia lozana en los estudios de teoría general del derecho que ablande la divergencia que se da entre concepción convencional y modelo cooperativo, que vuelve a leer la interpretación constitucional como el resultado de una ética compartida por una parte de los jueces implicados en la hazaña común, obligándonos a volver a pensar críticamente en algunas categorías elaboradas por el pensamiento filosófico moderno. En este caso, el modelo artificialístico del derecho supera aquel proceso de diferenciación sistémica con el que está representado el carácter autopoyético del derecho, en nombre de una relación no ontológica sino contingente entre derecho y moral.

Bajo esta óptica, se podría afirmar que la misma aceptación del derecho y de sus criterios de identificación en las sociedades secularizadas esté sometida a unas opciones ideológico-políticas, y que la selección se realice jugando con un filtro valorial que, proporcionándole una nueva savia ético-justificativa, desquicia la raíz constitutiva de la efectividad.²⁶

Una efectividad no controlada, no planeada sino, pues, ella misma generadora de tal superávit de conflicto que, realmente, corre el peligro de convertir la práctica social del derecho en una convención meramente aparente,²⁷ con el riesgo de haberse la transfiguración de la normatividad jurídica en clave ético-fundativa y la renuncia a aquella dicotomía descripción/prescripción que estructura la metodología juspositivística.

En efecto, aquella dicotomía entre racionalidad lógico-cognoscitiva y racionalidad práctico-hermenéutica se enlaza con un debilitamiento de la categoría de la neutralización jurídica y, por ende, con una disminuida capacidad práctica del derecho de poner

26. La clave de bóveda para la transformación de la convención social de Hart en una actividad cooperativa compartida la proporcionan J. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001; S. Shapiro, "Law, Plans, and Practical Reasons", en *Legal Theory*, 8, 2002, pp. 387 ss., Se trata de una imagen importada de una intuición filosófico-moral de M. Bratman, "Shared cooperative Activity", en *Philosophical Review*, 101, 1992.

27. Por lo que a estos aspectos se refiere, cfr. V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Napoli, 2004.

atajo al conflicto, garantizando de manera atenuada aquellas expectativas de previsibilidad y certeza modernamente autocentradas.

Una posición problemática –claro está– en la reinterpretación de la regla de reconocimiento, que no logra eliminar totalmente el impasse teórico derivante de su alcance empírico-normativo. La reinterpretación de los desacuerdos morales como disensos sobre la mera *eficacia* de la norma de reconocimiento (pero no sobre la *existencia*) corre el peligro de extender el conflicto por toda la geometría juspositivista, a partir de aquel *effective acceptance* que caracteriza a la normatividad jurídica.

Claro está, la naturaleza ambigua de la aceptación hartiana parece prestarse a interpretaciones no unívocas de la normatividad; la exigencia formalística y la circularidad en la que está envuelta la aproximación convencionalística parecen reflejar la imprescindibilidad de una práctica social de alguna manera homogénea en la que la incertidumbre del derecho empuja desde los bordes, pero no está completamente dentro del conflicto generado por el pluralismo moral.

Sin embargo, el problema es que admitir la opacidad de la norma de reconocimiento suprema y definitiva significa –inevitablemente– debilitar su capacidad de servir como prueba de selección del derecho, es decir, condicionar la identificación de las normas jurídicas precisamente con respecto a aquellas razones dependientes que ella debería excluir: imposibilitando, pues, también una concepción mínima de la autoridad práctica del derecho en el peso y en el conflicto, cada vez originado por el pluralismo ético.

Por otra parte, enfatizar las razones que mantienen la exigencia de neutralización del derecho, en su identificación ontológica como razón “excluyente” todas las demás razones que los asociados tendrían para actuar,²⁸ significaría volver a considerar la esfera de la normatividad con respecto a un plan factual flexible y precario. Sin postergar, autoborrándose, por medio de la inclusión de un núcleo valorial en la norma de reconocimiento, las varias concepciones morales, individuales y controvertidas; más bien, garantizando el reconocimiento de aquella auténtica autoridad práctica del derecho que estructura las prerrogativas del pensamiento moderno.

Se trata, pues, de lecturas asimétricas que si, por un lado, diluyen el convencionalismo en las prácticas cooperativas definidas en sentido moral, por otro lado, radicalizan la instancia formalística de neutralización de los conflictos que sigue correspondiendo a la representación por medio de la cual Hobbes había echado los cimientos de la racionalidad jurídica moderna.

28. J. Raz, *The Authority of Law. Essay on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 40; *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 73-84.

Particularismos y diferencias. Llenos y vacíos jurídicos

Ante la inédita multiplicidad de formas que parece caracterizar al derecho global, la constelación histórica que había garantizado el lenguaje de los derechos y del derecho parece vacilar. Su desterritorialización y la pérdida de rigidez estatal registran conflictos y contradicciones que rompen la imagen irénica de una absorción concreta del particularismo moral, volviendo opaca la misma distinción conceptual entre lenguaje deontológico y teleológico.

La posibilidad de quebrar aquel cortocircuito generado por una normatividad imponente y rígidamente ordinativa y por una efectividad estática, incapaz de vehicular en su interior nuevas modalidades de reglamentación del juego normativo, exige un camino de redefinición garantista de los derechos, que reduzca el residuo entre su vocación universal y las aperturas empíricas que emergen en las prácticas sociales y que corren el riesgo de disolver la marcha igualitaria en una racionalidad cada vez más relacionada con una composición de los conflictos de tipo prudencial.

Por lo tanto, la constitucionalización de los derechos no constituye un momento de integral juridificación de la política, que permita el paso a la posibilidad de una “religión sin Dios”: el diálogo constitucional entre las cortes no resulta estar exento de disonancias y asimetrías, que reflejan las grietas y las fracturas de las diferencias culturales, identitarias y económicas de las sociedades secularizadas, poniendo en marcha —precisamente en la tendencia a la asimilación, típica del constitucionalismo global— formas de mercantización de los derechos,²⁹ que amenazan, dentro de una racionalidad estratégica, conquistas tradicionalmente adquiridas en el panorama jurídico.

Y el camino de una proceduralización de los derechos en clave discursiva, entendida como estrategia de reducción del conflicto respecto de la complejificación de lo jurídico, parece desarrollar la relación derecho-política en sentido estático-horizontal reproduciendo, con la pretensión de una fundación universalística, aquella carga de ambivalencia generada por la bifurcación entre normatividad y justiciabilidad de los derechos.

Por lo tanto, la crisis de la mediación política no implica un aniquilamiento de lo «político» dentro de lo judicial, que es aquello a lo cual la dirección del constitucionalismo contemporáneo parece llevar inevitablemente, sino que interroga una *cultura de los derechos*, que elimine la ambivalencia de su radicación universalística en la raíz

29. Subraya este aspecto M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi in un mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 136.

pluralista de las prácticas sociales, sobre un terreno que incluya particularismos y diferencias y que restituya su matriz cultural e identitaria.

Entonces, se necesitaría de un nuevo imaginario jurídico a través del cual volver a colocar el carácter incondicional de los derechos en aquel tejido social de coreglamentación jurídica, de prácticas efectivas y procedimientos de implementación, vitalizando la matriz de participación activa de los asociados, en una visión dinámica de mediación desde lo bajo.

Un desafío cotidiano que vuelva a interpretar en clave constitutiva la raíz de la efectividad en un proceso de incesante redifinición de su léxico y de renegociación política que restituyan –cada vez– ámbitos de inclusión/exclusión normativa, equilibrios y formas precarias de representación jurídica.

De ahí que sería necesario dirigir la mirada no solo hacia la especificidad de la interpretación constitucional y la dialéctica entre racionalidad susuntiva y racionalidad argumentativa, sino también hacia el papel de la mediación política que parece ser imprescindible para la misma definición del *derecho como razonamiento*, rehabilitando, pues, aquella tensión tan típica de la metodología de Kelsen que no olvida el cargante peso de la efectividad y el espacio indiscutible de la política.

Ante la imposible neutralidad de cualquier teoría interpretativa del derecho, reclamada por Dworkin, privilegiar la instancia metodológica cognoscitiva significa abrir paso a la compleja pluralidad del derecho, descubrir sus trayectorias de poder, revelar el tema de la elección y de la responsabilidad que envuelve la decisión jurídica, leer en clave dialéctica la misma pretensión de normatividad, una normatividad que no está atada a una matriz ético-justificativa utopísticamente perseguible.

Sin embargo, “rasgar los velos” puede significar también renunciar a la fuerte pretensión de científicidad del método de Kelsen, es decir, reconocer hoy, ante la fragmentación de lo jurídico y la proliferación de los centros de poder global, la problematicidad de una neta y clara delimitación de su objeto por parte de la *Jurisprudence*. Un objeto, aquel construido por la *Jurisprudence*, de difícil representación en un cuadro fragmentado como el actual, que restituye todo el peso de la disolución de la dicotomía público/privado y del debilitamiento del proyecto moderno de regulación y control, convirtiéndose en una incesante proliferación de formas deshomogéneas de producción normativa, que vuelven más compleja la calificación del derecho.

Sin embargo, estabilizar a través de una mediación jurídica un contexto enigmático, en el que contra la pretensión de Dworkin de la irreducibilidad entre derechos y políticas el lenguaje de los derechos parece no siempre poderse diferenciar del lenguaje de los

intereses, significa inevitablemente reflejar las luchas entre niveles de vida conflictuales, intereses económicos, objetivos políticos y visiones éticas a menudo antitéticas, en un juego normativizante, que resulta ser imposible sin la adhesión a aquella perspectiva cognoscitiva capaz, según Kelsen, de *desgarrar los velos*.³⁰

Y entonces, la opción anti-ideológica de Kelsen queda como imprescindible contra los riesgos de una mistificación del derecho que ofusque su naturaleza política.

De hecho –tal como ya se ha dicho³¹– un excedente de formalización del resultado axiológico y substancial del derecho, derivante de una *jurisprudence* evaluativamente comprometida, tiende a desarrollar la relación derecho-política en sentido estático-horizonta, con tal de otorgar al discurso jurídico el carácter de deber ser lógica y atemporalmente cogente. Asimismo, el llamamiento a una forma cualquiera de racionalidad ilustrada parece generar el riesgo de volver opaca la actividad interpretativa de los actores jurídicos que, diariamente, politicizan su propia acción-decisión fijando –cada vez y de manera provisional– su apoyo político escondiendo, pues, la matriz dinámica de la argumentación/justificación del dispositivo jurídico.

El desafío cotidiano a emprender con Kelsen es, pues, la reivindicación de aquel alma humana, cultural, pluralista de los derechos, que rechaza la pretensión de inmovilizarlos en un orden armónico y trascendente, desnudando, de lo contrario, las elecciones subyacentes en los lugares de producción de lo jurídico, las dinámicas de poder que se encuentran en las construcciones normativas, que a menudo representan intereses divergentes, perspectivas ético-políticas conflictuales, a regular y modelar.

Un desafío repleto de llenos y vacíos jurídicos pero que promueva –precisamente reconociendo el carácter *ad excludendum* de los derechos– el tema de la elección, de la responsabilidad de todos los que emplean el instrumento jurídico, calando el conflicto en las luchas y en las reivindicaciones entre las partes, en un camino trazado por equilibrios precarios y decisiones parciales.

Traducción del italiano de M. Colucciello

30. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 17.

31. A. Catania, *Formalizzazione del diritto e disordine della politica*, en L. Baccelli (ed.), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 21-22.