

CONGRESO i-LATINA. Rio de Janeiro. Julio 2018

DERECHO, RAZONES Y RACIONALIDADES

*Relatoría presentada por Prof. Diego Luna
(Universidad de Buenos Aires)*

Dada la cantidad de ponencias recibidas en esta sección (44 en total), se decidió desdoblirla de modo que aquí se presentan 23 trabajos que reúnen aportes de autores y autoras de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México. Los temas generales abordados aluden al paradigma de la argumentación jurídica, el razonamiento mediante reglas y principios, la creación judicial del derecho, con preponderante referencia a la racionalidad judicial y las razones de fundamentación del derecho, con especial referencia a casos de tribunales superiores o constitucionales (Argentina, Brasil, Ecuador); como así también temas vinculados al denominado giro decolonial, neoconstitucionalismo, multiculturalismo e interculturalidad; y alusiones a discusiones político-jurídicas de patente actualidad en la región, como la relativa al *impeachment* en Brasil, la convivencia intercultural en Ecuador, o la despenalización/legalización del aborto en Argentina. Seguidamente se presenta una síntesis de esas ponencias agrupadas en 6 ejes temáticos más o menos homogéneos, a fin de señalar los problemas específicos abordados, las principales categorías teórica y sus marcos metodológicos, como así también presentar sintéticamente las principales conclusiones y aportes. Por lo tanto, se omite en gran medida y por obvias razones de tiempo y espacio, los desarrollos troncales de los autores que les permiten arribar a sus respectivas conclusiones e interrogantes. Por último, y solo a los fines de alentar o provocar la discusión posterior, dejaré planteadas algunas preguntas, nudos problemáticos, desafíos, etc. mayormente tomados de los propios textos de las ponencias.

A. Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Grupo acá los trabajos de Elías Canal Freitas, Pedro Parini, Maria Lucia de Paula Olivera, Guilherme Gomes Vieira y João Paulo Rodrigues de Castro.

1. Canal Freitas, en base a las ideas de João Maurício Adeodato, propone caracterizar al “escepticismo retórico” en su tripartición material (método), estratégico (metodología) y analítico (metódica). La retórica material, siguiendo a Adeodato, “significa considerar que todo aquello que se llama 'realidad' consistiría en un *relato vencedor*, un fenómeno lingüístico cuya aprehensión es retórica”. La realidad es así muy cambiante y contingente. Basta convencer a la mayoría de nosotros acerca de algo, para cambiar la propia cosa. El criterio ya no está sólo en la cosa ni en el individuo, sino en la colectividad. El criterio de la existencia de todo sale del ser-en-sí (ontologismo) y del ser-para-mí (solipsismo), pasando al ser-para-nosotros (autismo colectivo). Según el autor, la literatura constituye un excelente campo de ilustración sobre nuestras vivencias culturales, como por ejemplo el clásico andante caballero Don Quijote de la Mancha en diálogo con su escudero, Sancho Panza. Recurriendo a la obra de Cervantes, se cuestiona al final quién es el sabio que es capaz de sacar el encantamiento de las cosas hecho por la caterva de encantadores ¿Estamos ante un cuenco de peluquería (“bacia de barbeiro”) o del yelmo de Mambrino? Propone el autor que el límite al caos está en el control público del lenguaje, que no es una sola instancia, sino que está presente de manera difusa (iglesia, poder judicial, teatro, etc...), aunque se institucionaliza de manera coercitiva por medio de la dogmática jurídica estatal. De ahí la importancia atribuida al Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) en la construcción de una sociedad, a pesar del alto nivel de complejidad social frente a las demás formas de ver el mundo.

2. Parini sugiere que la retórica de Aristóteles sigue siendo actual para comprender los procesos de toma de decisión en el derecho y las formas de su representación. El *entimema* y el *paradigma*, como nociones retóricas, juegan un papel fundamental tanto en la producción del derecho, como en la presentación de esa producción. Los argumentos de los juristas son entimemáticos desde un punto de vista formal, porque no explicitan todas las premisas de su razonamiento, y desde un punto de vista material, porque se basan en presupuestos verosímiles y no en evidencias verdaderas. No verbalizar todas las premisas es una forma estratégica de evitar contradicciones e inconsistencias del sistema jurídico. Por medio del discurso entimemático se puede tanto modificar el sentido de la norma de acuerdo con cada situación concreta, como también propiciar el entrelazamiento de regularidades emotivas no verbalizadas y racionalizaciones explícitamente formuladas. De hecho, no mencionar la norma es el estándar cuando se trata de decisiones judiciales. Así como las premisas implícitas del entimema, las normas parecen tan auto-evidentes en el contexto de una

cultura jurídica determinada que no necesitarían siquiera ser verbalizadas. Por un lado, la deducción de decisiones a partir de las normas generales que supuestamente se encuentran en códigos, leyes y constituciones es hecha de forma entimemática. Por otro, la analogía y la inducción realizadas a partir de los precedentes judiciales se hacen de forma paradigmática. Desde un punto de vista retórico, el silogismo sería sólo un modo de presentación de la decisión, una forma retórica de expresión y no un método para decidir o de elaboración del pensamiento. Es decir, el silogismo judicial es en realidad un *entimema*.

3. De Paula Olivera presenta algunas ideas y autores especialmente relevantes a fin de concebir una teoría de la argumentación jurídica que dé cuenta de la dimensión retórica del proceso argumentativo y de la necesidad de establecer estrategias que nos permitan identificar en la actividad argumentativa los movimientos que reiteran prácticas discriminatorias y excluyentes. Partir del disenso se vuelve especialmente crucial para la preservación de la propia pluralidad democrática. Se pregunta la autora: ¿Qué teoría del derecho, y en particular de su aplicación, sería la más adecuada a una perspectiva crítica y emancipatoria? El gran triunfo de la teoría sería el mantenimiento de una perspectiva universalista, identificada con el parámetro puesto por los derechos humanos, indispensable para una crítica de las propias prácticas sociales y políticas, sin dejar de considerar los contextos en que los derechos -y las personas- existen. Una retórica jurídica más inclusiva requeriría de repensar la retórica y la argumentación jurídicas frente al disenso, y también la consideración de que la injusticia estructural está a menudo camuflada en la elección del auditorio para nuestros argumentos (Perelman) ¿Por qué determinados grupos no son oídos o sub-representados cuando se expresan en la esfera pública? ¿Por qué ciertas cuestiones ganan relevancia en el proceso argumentativo y otras no? Una retórica jurídica inclusiva debe asumir el papel de develar los procesos de exclusión y de dominación implícitos en la propia actividad de la argumentación jurídica. Un discurso inclusivo supone la discusión previa sobre esas razones públicas (esos códigos), que deben ser puestas libremente en debate. Es posible imaginar que un discurso jurídico inclusivo debe también detenerse sobre la constitución “phronética” de las razones públicas, ya que es en ese nivel que muchas veces se puede tener una aplicación del derecho que no realice lo máximo posible el principio democrático.

4. Rodrigues de Castro analiza el potencial del silogismo como método del razonamiento jurídico, con la sustitución del término medio aristotélico por el concepto

de razón suficiente de Leibniz. La deficiencia del silogismo para dar cuenta de la dinámica del fenómeno jurídico generó el avance de múltiples teorías particulares del razonamiento jurídico, sin que sea señalado razón justificada para preferir un método a otro. Como la ponente Canal Freitas, el autor también recurre a un episodio del Quijote en el que Sancho Panza es falsamente investido gobernador de una supuesta ínsula, para ejemplificar sobre el fenómeno de la decisión judicial y sus modos de razonamiento. La posibilidad de deducir la mejor razón, con el juicio objetivo de la probabilidad y derivación, determina, para el derecho, la posibilidad de unificar la inconmensurabilidad entre derecho y hecho imprevisto. Con el principio de la razón suficiente, Leibniz desplaza el silogismo a la situación probable, derivada de hechos probados, en el momento de la decisión judicial. Silogiza la verdad de las razones, no de los hechos, destacando así el potencial del silogismo como método de raciocinio jurídico. El rigor del silogismo necesario de Aristóteles, por el concepto de sustancia, implicó el avance de teorías escépticas y relativistas de interpretación, en la forma de métodos jurídicos diversos. El apego exclusivo a la metodología propia del raciocinio jurídico –dada la incompletitud del sistema jurídico– implicó el avance de teorías particulares: pragmáticas, valorativas y subjetivismos. Rodrigues Castro afirma que la razón suficiente tiene potencial para reanudar el razonamiento deductivo, lo cual vendría también a salvaguardar la posibilidad de una filosofía en el derecho. La interpretación que restablece la norma por los hechos imprevistos suele presentarse como una ficción acerca de la voluntad del legislador. En cambio, la razón suficiente se aparta de la metafísica del legislador omnipotente y admite la contingencia como un "INPUT" del sistema jurídico. Permite cerrar así las aporías derivadas del hecho imprevisto, ampliando el espectro del supuesto normativo de la decisión judicial.

5. Gomes Vieira nos informa que la prescripción “inter corriente” es la que opera en el derecho brasileiro durante el curso de la acción procesal tendiente a la ejecución de un título ejecutivo, por inacción prolongada de la parte. Al verificar la incidencia de la prescripción inter corriente en el derecho del trabajo, el Supremo Tribunal Federal (STF) estableció en 1963 mediante la “súmula” N° 327 (especie de norma general creada por un procedimiento de jurisdicción vinculante), que el derecho laboral admite ese tipo de prescripción. A su vez, el Tribunal Superior del Trabajo (TST) estableció en 1980, mediante la “súmula” N° 114, que dicho instituto no se aplica al derecho laboral. Ante las nítidas incompatibilidades entre ambas “súmulas”, el autor aborda algunas concepciones de la Teoría de la Argumentación Judicial, a partir de la

obra de Atienza. Destaca el modelo de flechas que posibilita la identificación y la validación de los argumentos, la universalidad, la coherencia y la adecuación a las consecuencias. Siguiendo a Atienza, la universalidad consistiría en la aplicación de la misma directriz a situaciones jurídicas equivalentes; la coherencia correspondería a la compatibilidad en relación a valores, principios y teorías; y por último, la adecuación a las consecuencias remitiría a los efectos resultantes de la decisión. Con estos criterios de validación, destaca cierta fragilidad en ambos pronunciamientos en lo relativo a la universalidad, como consecuencia de la divergencia de entendimiento del TST y del STF. Respecto de la coherencia, la sùmula del TST guarda vínculos con el principio de la protección del empleado. En relación a la adecuación a las consecuencias, en la solución del TST destaca la efectividad de la ejecución laboral. A su vez, la sùmula del STF en cuanto a la coherencia, resultar armónica con la seguridad jurídica, pero por otro lado, ignora uno de los principios fundamentales del derecho del trabajo: la protección del empleado. Por último, la solución del STF, en lo que concierne a la adecuación a las consecuencias, establece cierta previsibilidad relativa a la duración de la ejecución laboral. El autor identifica así déficits en el ámbito de la construcción de las decisiones judiciales apreciadas, especialmente en lo que concierne a la universalidad, ya que hay una clara violación de la igualdad entre situaciones jurídicas similares, dependiendo de qué Tribunal Superior analice el reclamo laboral.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Cómo conciliar el denominado control público del lenguaje, con la evidencia de que existen determinados grupos que no son oídos o son sub-representados cuando se expresan en la esfera pública? ¿Alcanza con una teoría de la argumentación y sus reglas de validación para suprimir las contradicciones y arbitrariedades de las decisiones judiciales? Lo mismo podría cuestionarse respecto del paradigma de la razón suficiente.

B. Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y

Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gaviao Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta.

6. Roesler y Reis asumen que todos concuerdan en que hay creación del Derecho por el Poder Judicial, sea en el sentido de la integración de las normas hechas por el Legislativo, sea en el sentido de que la interpretación constituye una actividad creativa, aunque existen divergencias teóricas sobre los significados y los límites de tal actividad. Una cierta forma de argumentar nace y es alimentada por las prácticas institucionales, exigiendo para su comprensión una mirada histórica y sociológica que permita comprender los meandros de su formación y reproducción. Consideran como “forma de argumentar” el patrón utilizado en la formulación y presentación de las decisiones, abarcando su presentación en votos, la existencia o no de discusiones y divergencias consignadas en las sentencias, el uso o no de referencias doctrinales y jurisprudenciales, la presencia de estrategias argumentativas institucionales, materiales y formales. Así, identifican en el modo argumentativo de los tribunales superiores en Brasil: 1) un bajo grado de control racional de la justificación de las decisiones del STF y del STJ; 2) una concepción de la función judicial que se concentra en los aspectos autoritarios del cargo. La legitimación no viene del seguimiento de las reglas del juego, de la referencia, del modo más claro y accesible, al modo en que el juez llegó a su conclusión, permitiendo el control público de la decisión. Detrás de esta práctica argumentativa, subyace la concepción que piensa las normas como disponibles al juez; que ve el Derecho como nacido de la autoridad personal, que se superpone a los procedimientos de legitimación democrática previstos en las constituciones. El Derecho es considerado sólo una forma autoritativa. El contenido del Derecho y, consecuentemente, de los derechos, son cotidianamente reinterpretados sin control social. Lo que realmente importa para definir los límites del Derecho termina siendo la autoridad, no la racionalidad del sistema. Los autores proponen, entonces, un adecuado diálogo entre la Historia del Derecho y la Teoría de la Argumentación Jurídica. Ello sería de utilidad a ambos campos del saber: al primero, porque no siempre los historiadores del Derecho parecen percibir que los discursos que realizamos acerca de las instituciones son tan constitutivos de ellas como sus estructuras operativas y los dispositivos normativos que las instituyen y organizan; al segundo, porque no siempre los estudiosos de la argumentación jurídica tienen presente que una argumentación siempre se realiza inmersa en una tradición retórica que le condiciona y le permite desarrollar ciertos patrones,

condicionados, al menos en parte, por la materialidad de las instituciones en las cuales es concretamente realizada.

7. Pires Gaviao y Prevedello se proponen determinar la importancia para el debate actual, de la contribución de Hart como el responsable de introducir la noción de *derrotabilidad* en el ámbito del Derecho, o aunque tal vez no sea posible afirmar tanto, aseguran que fue al menos quien con sus estudios, especialmente *The Ascription of Responsibility and Rights*, despertó el interés de la doctrina que posteriormente desarrolló el tema. La doctrina de la imprecisión y de la textura abierta del derecho de Hart y su problemática en cuanto a la acomodación de las hipótesis generales a los casos concretos no se limita a problemas de lenguaje e interpretación, pues hay referencias a casos en que tales dificultades no ocurren, pero aun así no debe aplicarse la norma jurídica. Incumbe a los tribunales reconocer en tales casos considerados difíciles, excepciones derivadas de la utilización de la cláusula "a menos que", aunque la norma jurídica excepcionada seguirá siendo una regla válida para los demás casos. Tal formulación coincide con una de las acepciones más conocidas y discutidas actualmente con el concepto de *derrotabilidad* y por lo tanto, según los autores, la que mejor se corresponde con el origen de esa expresión. Aunque su contribución fue describir el fenómeno como propio del derecho legislado o consuetudinario, Hart formuló el punto inicial de una teoría que ha recibido extraordinario desarrollo en los últimos años. Concluyen afirmando que, contrariamente a lo expuesto por algunos críticos, el concepto de derecho de Hart como un sistema jurídico basado en reglas no es cerrado y estático, sino abierto y dinámico, o sea, se amolda a los acontecimientos sociales y se desarrolla continuamente a partir de las decisiones judiciales.

8. López Sterup sostiene que la introducción de la *legitimidad* como elemento a considerar en la identificación del derecho, permite ampliar la comprensión de la praxis jurídica. Particularmente, respecto de la manera en que los valores individuales y sociales integran el proceso de identificación o construcción de la norma jurídica. Los movimientos críticos (CLS) han mostrado que existen diversos factores que alteran la eficacia del derecho, en el sentido de que la aplicación concreta de la ley no se determina exclusivamente por el marco normativo, sino a partir de diversos factores como las relaciones de poder, que se traducen en narraciones, construcciones de identidad y otras formas de opresión. La denominada "interpretación discutida de derecho" permite, según el autor, abordar análisis más complejos sobre la tesis de las fuentes sociales del derecho,

el ejercicio justificatorio que le subyace y el concepto mismo de autoridad. Una “construcción discutida” del derecho o “aplicación discutible” de una norma, siguiendo a Alviar & Jaramillo, se expresa cuando según cierta interpretación, si se dan las condiciones *a*, *b* y *c* se sigue la obligación *z*, frente a la cual los jueces y los ciudadanos incluyen una condición adicional (condición *d*), no prevista por el legislador y que es expresión de tales relaciones de poder en la sociedad. Es decir, construyen la norma *Si a, b, c y d → Oz*. La idea de “construcción discutida de derecho” permite distinguir entre los casos en los cuales existe un consenso explícito sobre ciertos valores y cómo deben afectar la interpretación jurídica, por ejemplo, la raza como criterio sospechoso de trato desigual injustificado, de aquellos en que tal consenso no se da en tales condiciones. Supone que existe un consenso tácito que no se explicita y es probable que no exista consciencia de dicho consenso. Es una construcción “de derecho”, en la medida que pone de relieve que la identificación del derecho está determinada por ese elemento proveniente del “ambiente” valorativo, que se discute y es ajeno a la actividad productora del derecho.

9. Martins Reis y Prevedello parten del presupuesto de la tradición positivista que atribuye a la actividad judicial el fin de aplicar reglas generales surgidas de la actividad predominantemente legislativa, a los casos concretos del modo más coherente e igualitario posible. Esta función se ha mostrado cada vez más compleja, notablemente por la utilización de principios jurídicos y de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas. A partir de ahí analizan el fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas con ocasión de las técnicas de decisión en el control de constitucionalidad. El fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas se inserta en el contexto de la tensión entre la función contramayoritaria de los tribunales constitucionales ante una eventual mayoría parlamentaria, en la medida en que se remite a la idea de excepciones en el derecho aplicado. Martins Reis y Prevedello advierten que ello constituye un riesgo significativo para la seguridad jurídica, como así también genera un protagonismo excesivo del poder judicial, lo que podría traducirse en un riesgo para el sistema democrático en la medida del desequilibrio entre los poderes del Estado. Los autores examinan un caso del STF sobre la no punibilidad del aborto por anencefalia del feto, el cual ilustra perfectamente, en su opinión, una hipótesis del fenómeno de la *derrotabilidad* de las reglas jurídicas. Ello así por cuanto se reconoce judicialmente una excepción implícita a la regla jurídica general de ser prohibido (y criminalizado) el aborto, que se une a las otras dos excepciones expresas de la ley penal brasilera. Así, en el sistema jurídico brasileño

prohíbe la interrupción del embarazo, a menos que fuera (1) para salvar la vida de la gestante, (2) en caso de violación y (3) en la hipótesis de que el feto padezca, comprobadamente, anencefalia. La decisión demuestra que, en el marco de la jurisdicción constitucional, la restricción teleológica de una regla, con la creación de una excepción, encuentra amparo en la técnica de la inconstitucionalidad parcial entendida como el producto final de un juzgamiento abstracto de constitucionalidad.

10. Fernandez Peralta recupera el debate en los años setenta entre John Finnis y Judith Jarvis Thomson en torno de las razones morales y filosóficas que podrían o no justificar el aborto, en razón de la patente actualidad que el tema tiene, al menos, para el caso argentino. El autor asume explícitamente su punto de vista iusnaturalista de corte aristotélico tomista, desde el cual formulará finalmente sus conclusiones. Revisa los argumentos de Thomson vinculados al consentimiento y la responsabilidad, y algunas de las respuestas formuladas por Finnis. Entre algunos de ellos, dice Thomson: "la madre no ha concedido a la persona no nacida el derecho al uso de su cuerpo". A lo cual Fernandez Peralta replica que si de simple consentimiento se tratara tampoco tendría derecho la madre a disponer del cuerpo del hijo, quien nunca se lo prestaría para dañarlo. Explica Finnis que todo el argumento de Thomson está basado en que no tenemos ninguna responsabilidad especial por la vida o el bienestar de los otros "si no la hemos asumido explícita o implícitamente", a lo cual replica: "el deber de la madre de no abortar no es que parte de ninguna responsabilidad especial que ella tenga hacia el niño, sino parte clarísima de un deber común que todos tenemos hacia el prójimo". La crítica de Finnis asume que el aborto no puede ser justificado jurídicamente porque va en contra de uno de los bienes básicos que en su opinión no pueden dejar de ser reconocidos y protegidos por cualquier orden jurídico que se precie de tal. El autor concluye en que el aborto es un hecho indefendible, por tratarse de un simple acto criminal. No se trata, en su opinión, de un derecho de la madre en virtud de atentar contra uno de los bienes humanos básicos. No se trata del ejercicio de una porción de libertad, de un acto de disposición sobre el propio cuerpo porque en dicho acto se involucra el cuerpo de otro ser. No se trata de rechazar invasiones de espacios para las cuales no se ha dado permiso dado que el *nasciturus* no ha invadido voluntariamente espacio alguno. No se trata de suprimir un derecho de inferior jerarquía por otro de una superior dado que ambos seres poseen igual dignidad y por lo tanto igual derecho sobre su integridad física.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Aluden al mismo fenómeno las categorías teóricas de la *derrotabilidad* y la de *derecho discutido*, en cuanto construcción de una norma excepcional a la regla por la incidencia de una circunstancia no mentada por la norma general? ¿Si es así, no es este un viejo problema de la teoría del derecho, que al recibir diversas denominaciones para su delimitación conceptual sigue siendo un problema abierto? En Argentina también la CSJN resolvió un caso de aborto de feto anencefálico en el mismo sentido del STF de Brasil. Respecto de la legalización del aborto: ¿todo punto de partida iusnaturalista es irremediabilmente inconciliable con la legalización?

C. Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos.

11. Bacha e Silva postula que uno de los temas centrales de la actual Teoría y Filosofía del Derecho es la interpretación y argumentación jurídica. El conjunto de las ponencias de esta relatoría, parece confirmar esa intuición al menos para este Congreso. Su objetivo apunta a formular una crítica de la hermenéutica jurídica como práctica cultural hegemónica que oculta las prácticas contra hegemónicas y se presenta como única alternativa posible para el proceso de mundialización. Propone una hermenéutica jurídica “decolonizadora” a partir de las nociones de deconstrucción y de que el lenguaje es siempre *differánce* (Derrida). Por *decolonialidad*, propone el autor, debe entenderse el proceso que tiene inicio en estudios sociales del s. XX realizados por autores periféricos. La hermenéutica jurídica decolonizadora supone una interpretación jurídica de cada término que se mantiene abierto para cada cultura, una interpretación intercultural donde por más que se pueda decir que compartimos algunos preceptos políticos comunes, cada interpretación en la norma jurídica que siempre es rígida, deberá tener en cuenta la diferencia y al otro, incluyendo su concepción de vida. Sostiene que el eurocentrismo fue posibilitado por la colonialidad como forma hegemónica de conocimiento que excluye los demás saberes y consolidó el sistema capitalista que permaneció incluso después de la colonización. Además del giro lingüístico-pragmático de la filosofía, hay un giro

decolonial como oposición al giro colonizador del pensamiento occidental, que se expresa en el capitalismo, el racismo, el patriarcalismo y la naturalización de la muerte en la guerra étnica. El autor propone que la decolonialidad en la hermenéutica jurídica, como expresión escéptica y epistemológicamente crítica del giro decolonial, es realizable solo si tomamos en cuenta la *differánce* interpretativa derridiana. No se puede pretender, entonces, aplicar la noción de propiedad como conexión del individuo con una cosa a los pueblos originarios y algunas minorías que carecen de esa noción. Bacha e Silva cita las lecciones de Wamam Poma sobre el pensamiento del Tawantinsuyo en el que redefine el término “democracia” para proponer la noción del “buen gobierno”, en términos interculturales como coexistencia de Castilla y naciones del Tawantinsuyo.

12. Vasques Mota y Thomas sostienen que en el contexto jurídico brasileño actual, la filosofía del lenguaje originada en la antigua obra griega platónico-socrática “Crátilo”, guarda estrecha vinculación con la fase “Pos-Positivista Neoconstitucional” en que se busca la construcción de una justicia pautada en valores constitucionales. El lenguaje como medio de construcción de verdad y conocimiento, fue objeto de estudio filosófico platónico en la Grecia antigua y plantea dilemas y cuestiones filosóficas que se presentan desde entonces. En opinión de Vasques Mota y Thomas, en la fase contemporánea al menos en Brasil, se percibe que el Post-Positivismo adjetivado como Neoconstitucional, se caracteriza por la idea de la búsqueda de una interpretación de la norma puesta, es decir, del texto legal vigente, que se pueda aproximar a lo que se entienda por Justicia, a partir de la construcción pautada en valores constitucionalmente consagrados. Se espera encontrar en la aplicación del Derecho una justicia reconfortante, a veces olvidada en las palabras de la letra fría de la ley. Ello exige al intérprete legal, además del uso de los métodos tradicionales de interpretación jurídica (histórico, literal o gramatical –filológico-, sistemático, sociológico, teleológico) también aquellos que correspondan a la contemporánea fase "Neoconstitucional" de interpretación: interpretación conforme a la Constitución, unidad de la Constitución, máxima efectividad y concordancia práctica.

13. Camacho Ortiz se propone analizar, partiendo de Atienza, los vínculos entre posturas aparentemente antitéticas como el formalismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Postula la siguiente hipótesis: es probable que la concepción formalista del Derecho de los prácticos se mantenga, con un nuevo ropaje y un nuevo discurso, en sistemas constitucionalizados y que esto se vea favorecido por la debilidad

metodológica y teórica de algunas tesis o propuestas neoconstitucionalistas. Cree que el neoconstitucionalismo podría provocar la pervivencia de prácticas susceptibles de ser calificadas como formalistas, en primer término, porque “identificar todo Derecho con la Constitución” podría estar vinculado con el hábito de asumir que en una disposición normativa (así sea constitucional) está “todo” lo que el Derecho tiene por decir en relación con un caso. Además, considera que negar el valor de las reglas podría ser interpretado como producto de una confianza absoluta —análoga a la del “Noble sueño” al que se refería Hart— en la capacidad normativa de los principios. Esta actitud dogmática podría además, oscurecer o debilitar la obligación de justificación de las decisiones judiciales. Así como el empleo de términos técnicos en un lenguaje oscuro y evasivo, era un rasgo a tener en cuenta para desenmascarar a un formalista en el anterior paradigma, el uso emotivo del lenguaje de los derechos, las apelaciones estridentes a la justicia y otros valores bien podría auxiliarnos a distinguir a quien practica un “neoconstitucionalismo formalista”. También destaca la importancia de la transformación de la educación jurídica y la selección de los jueces en relación con la auténtica superación del formalismo jurídico, sea cuál sea el sentido que se otorgue a esa superación. Distintos autores —críticos del neoconstitucionalismo, defensores del pospositivismo o positivistas metodológicos a ultranza— insisten, quizá como nunca antes (y seguramente motivados por la renuncia, casi generalizada, a ver el Derecho como mera forma) en la necesidad de un cambio en la forma en la que el Derecho es enseñado. En opinión de la autora, es el modelo de juez (jurista, operador) argumentativo el que podría servirnos de contraste para la crítica de la práctica jurídica en un sistema constitucionalizado; para la “batalla” contra el “neoconstitucionalismo formalista”.

14. Pazos aborda el tema de la interpretación intercultural en la jurisdicción ordinaria ecuatoriana a través de una sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (2014), referida al caso penal iniciado entre los pueblos Taromenani y Waorani. El Estado plurinacional de Ecuador se conforma de 12 pueblos y nacionalidades, entre ellos están los Waoranis, Tagaeri y Taromenani, los primeros considerados en situación de contacto reciente y los dos últimos en aislamiento voluntario o no contactados. En 2013 ocurrieron enfrentamientos entre Waoranis y Taromenanis en los que dos ancianos Waoranis murieron, presuntamente por mano de algunos Taromenanis, y luego varios Taromenanis murieron, supuestamente por acción de los Waoranis, y dos niñas Taromenanis fueron llevadas para su asimilación en las comunidades Waoranis. Inicialmente la Fiscalía abrió una instrucción fiscal y se concedió prisión preventiva, por

el delito de genocidio, tipificado en el Código Penal derogado en el 2014. El juez de garantías penales consideró que existía una duda sobre la constitucionalidad de esa norma penal para el caso concreto y realizó una consulta a la Corte Constitucional, para que efectúe un control de constitucionalidad de la norma penal. Pazos destaca que la Corte aborda el tema de la igualdad argumentando que en el caso concreto el trato igualitario de los supuestos infractores frente a la ley implicaría una desigualdad material porque implicaría el desconocimiento de las diferencias culturales de los pueblos, imponiéndose el modelo hegemónico blanco mestizo de civilización. A pesar de la extensa fundamentación y esfuerzo interpretativo, la decisión de la Corte no es concluyente en cuanto a la constitucionalidad de la norma que tipifica el genocidio en razón de que no se pronuncia sobre el caso en concreto. La Corte sabe que debe hacer una interpretación intercultural, pero esa interpretación implica acercarse a un diálogo con la otra cultura de la cual parece no tener mayor conocimiento, pues en la fundamentación no se considera o analiza este aspecto más que en términos normativos y abstractos. Ese diálogo no se efectúa, pues no podría considerarse al reconocimiento de las normas que obligan a la interpretación intercultural o a la emisión de nuevas reglas de interpretación intercultural (marco) como la interpretación intercultural en sí misma (contenido). La interpretación intercultural no se concreta ya que la Corte no interpreta las normas bajo el prisma de los sucesos, ni de las culturas de los involucrados. En los puntos en los que es ineludible confrontar los hechos conocidos con esas normas, reconoce que podría existir una cosmovisión y cultura distinta de los pueblos involucrados en el caso, pero argumenta que aquello rebasa su competencia sobre la consulta que se le plantea. Con todo, los esfuerzos de la Corte Constitucional por dar orientaciones y directrices tampoco son despreciables; paulatinamente, se esperaría que estas vayan llenándose de contenido a través de los ejercicios interpretativos que realicen los jueces y de los diálogos que puedan surgir con la propia jurisdicción indígena.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: Así como es concebible un neoconstitucionalismo formalista ¿Es posible pensar en un giro decolonial colonialista? Es decir, puede esta pretensión caer en una contradicción similar a la sugerida por Camacho Ortiz para el neoconstitucionalismo, en el sentido de que el mero recurso a expresiones decoloniales podrían terminar legitimando el mantenimiento del *estatus quo* colonialista. Al menos en el plano cultural, el supuesto giro decolonial como cuerpo teórico periférico, pero asentado sobre un cuerpo de ideas producido por los pensadores de los países centrales, resulta llamativo ¿Guarda relación esta posibilidad con la

limitación epistemológica que identifica Pazos en la Corte Constitucional ecuatoriana ante el problema intercultural?

D. En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry, Renato Rabbi-BaldiCabanillas; y Renato do Espirito Santo Rodrigues y Claudia Toledo.

15. Etcheverry se propone caracterizar a los principios y distinguirlos en base a diferencias funcionales. Afirma que distintos tipos de preceptos que son denominados como principios tienen en común su utilización como particular función de fundamentación del razonamiento jurídico. Recupera esta caracterización a partir de una definición que Roscoe Pound (1959) ofreció a los principios jurídicos como “puntos de partida del razonamiento jurídico”. Destaca la existencia de una cierta falta de acuerdo, ejemplificando con las divergencias entre Atienza y Ruiz Manero frente a Peczenik y Alexy, no solo acerca de qué es lo característico de un principio, sino también sobre cuáles son sus ejemplos paradigmáticos (a partir de los cuales deberían buscarse sus características fundamentales), en razón de que existe más de un significado o sentido de la expresión “principio jurídico”. Apartándose de la cuestión relativa a la caracterización estructural de principios y reglas, señala lo funcional de aquellos ante el problema de la fundamentación de las decisiones. Los principios jurídicos parecen especialmente útiles para justificar las decisiones jurídicas, ya porque logran abarcar más situaciones o casos para justificar su solución, ya porque al transparentar las razones o motivos que están detrás de los distintos preceptos facilitan que las decisiones que los siguen logren más acabadamente cumplir con los fines que se propone el derecho, o porque su fuerza obligatoria descansa sobre su propia razonabilidad. Entender los principios jurídicos como puntos de partida del razonamiento jurídico a partir de los que el derecho se hace, conoce y aplica, permite diferenciarlos según el lugar o nivel que ocupan en la fundamentación del derecho. Así, distingue el autor entre los principios que cumplen una función de fundamentación por medio de la condensación de los motivos de una determinada regulación, de aquellos que valen en sí mismos o cuya fundamentación se

encuentra en su razonabilidad intrínseca. Además, Etcheverry explica la relación entre los principios y las reglas como un proceso de determinación continuo en el que la regla es una concreción de un principio y, por tanto, cuando se aplica una regla, en realidad, también se está aplicando el principio que la fundamenta.

16. Rabbi-Baldi aborda algunos planteamientos que tienen que ver con la teoría de la argumentación jurídica, señalando que en ciertas circunstancias se han presentado verdaderos “dilemas” en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos, en el marco de actuación de la Corte IDH. Siguiendo a Alexy y Atienza, subraya que la idea de “ponderación” tiene en cuenta el sentido y alcance de los derechos en tensión, los que son siempre modulados (medidos) en razón de las circunstancias particulares de cada caso. La “modulación” que plantea todo conflicto entre derechos constitucionales/convencionales conduce a diversos niveles en cuanto a su protección. Si ésta incluye los aspectos esenciales de cada derecho y, todavía más, aquellos elementos “no esenciales” o “periféricos” de ellos, se está ante un “equilibrio óptimo”. Si, por el contrario, la modulación impide tener por satisfechos los aspectos “no esenciales”, el equilibrio que el caso puede ofrecer es “mínimo”. Pero puede suceder que ni siquiera sea posible arribar a un punto de “equilibrio mínimo”, que es cuando la situación no permite esa armonización. En esas circunstancias se está ante un “dilema” por cuanto no es posible garantizar, ni siquiera mínimamente, alguno de los derechos constitucionales/convencionales comprometidos en el caso, en tanto la elección de uno de ellos entraña, irremediablemente, la obturación del otro. El caso no es “fácil”, pero tampoco es “difícil”, sino ya un “caso trágico”. La presencia de casos “trágicos” habla de un retroceso en el campo de la protección de los derechos fundamentales. Entroncan con el recurso al “elemento sistemático” planteado ya por Savigny y con el modelo de razonamiento retórico-tópico inaugurado por Aristóteles y que buscó dar cuenta de criterios “indisponibles” en la determinación de lo justo concreto. Rabbi-Baldi recurre como ejemplo a dos “casos trágicos” vinculados a Argentina: “Bulacio” y “Derecho”, casos en los que se presentan “dilemas” entre el cumplimiento de obligaciones derivadas de la responsabilidad internacional por condenas de la Corte IDH y la observancia de ciertas garantías constitucionales del proceso penal como las vinculadas a la prescripción de la acción penal, el debido proceso y la cosa juzgada. El autor concluye alertando que no siempre el solo recurso al sistema interamericano de protección de los DDHH garantiza una respuesta plausible en la materia, aunque también sirva de estímulo para redoblar los esfuerzos teóricos para superar las situaciones dilemáticas que puedan

presentarse. Todo esto no debería simplificarse en una mera disputa de “poder” acerca de qué ordenamiento o cuál tribunal tiene la última palabra, sino que la cuestión sería cómo esas normas y esos tribunales sirven al objetivo para el que han sido constituidos: garantizar de manera efectiva y permanente los derechos esenciales de las personas.

17. Rodrigues y Toledo, de modo análogo al trabajo de Rabbi-Baldi, parten del marco teórico de los denominados "casos difíciles" y someten a análisis esas categorías, a partir de dos decisiones del STF de Brasil: el *habeas corpus* que originara la "sumula" N° 25 (2009), relativa a la ilicitud de la prisión civil del depositario infiel, cualquiera sea la modalidad del depósito; y un recurso extraordinario sobre la constitucionalidad de una reglamentación de la agencia reguladora de patrones mínimos de influencia de campos electromagnéticos en instalaciones de líneas eléctricas (2016). En el primer caso, se encontraban en juego el status de los tratados internacionales, y la dignidad humana frente al principio de libre contratación; mientras que en el segundo, estaban en juego el principio precautorio en materia ambiental y el tradicional principio de legalidad. Los autores identifican dificultades analíticas, empíricas y normativas que caracterizan a los casos difíciles: empíricas, porque se carece de criterios seguros para su descripción, tales como aparecen en el día a día forense; analíticas, porque les falta una solidez conceptual y sistemática; y normativa, porque no está claro qué se debe hacer para enfrentarlos. Frente a ello, los autores proponen un concepto unificador, considerando como esencial al concepto de caso difícil, la incertidumbre acerca de las premisas normativas y empíricas. En estos casos, será necesario desarrollar un esfuerzo argumentativo mayor en la justificación de las premisas, que a menudo traerá consigo la ponderación de principios, de argumentos empíricos y de argumentos de práctica general, dada la frecuente insuficiencia del discurso jurídico, tales como leyes, precedentes y dogmática. Por contraste, casos fáciles son aquellos en que las premisas se recogen en el derecho positivo vigente (legislación, en los países de la civil law; precedentes, en aquellos que adoptan el common law); además, no hay duda en la justificación de tales premisas. En opinión de los autores, Rodrigues y Toledo, el concepto propuesto para casos difíciles presenta las siguientes ventajas: sintetiza el origen de la ambigüedad, contradicción, laguna o desfasaje legislativo (incertidumbre sobre las premisas normativas); resalta otra causa de casos difíciles, fácilmente observable en la práctica (incertidumbre sobre las premisas empíricas); y sustituye la vaga noción de razonabilidad por el recurso al concepto más preciso de argumentación práctica general, sin perder de vista la importancia del silogismo jurídico para las decisiones judiciales.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: La tesis de la función de fundamentación de los principios es muy sugestiva y pareciera remontar a la discusión sobre la función de fundamentación de las fuentes del derecho ¿El asunto de los casos fáciles, difíciles y trágicos se reconduciría así solo a un problema de fundamentación de las decisiones judiciales? ¿Por qué la noción de argumentación práctica, en definitiva, no acusaría la misma supuesta vaguedad de la noción de razonabilidad? ¿La definición de principios como "mandatos" de optimización, no reconduce el asunto al viejo problema del imperativismo (norma=orden)?

E. En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs. iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo.

18. Cubas Júnior y Gaziero Cella revisan de modo comparativo las teorías desarrolladas por Ehrlich y Kelsen, el "Derecho Vivo" y el normativismo jurídico, para identificar los principales conceptos divergentes a partir, principalmente, de sus respectivas obras "Fundamentos de Sociología del Derecho" y "Teoría Pura del Derecho", sin desconocer sus artículos en polémica publicados entre 1915 y 1916. Ehrlich innovó en la comprensión del derecho como ciencia y fenómeno social. Kelsen intentó elevar al Derecho a la condición de verdadera ciencia jurídica depurada de toda externalidad sociológica, antropológica o política. Sus teorías se confundieron con sus proyectos de vida al punto de que puede afirmarse que no se trata de meras teorías, sino de proyectos que los autores fueron desarrollando a lo largo de sus vidas. Para Kelsen el objeto de la ciencia del derecho es la norma jurídica, siendo que la realidad social y económica sólo podrá interesar a la ciencia del derecho cuando esté prescrita. Es decir, no debe preocuparse por el análisis de la realidad, de los hechos tal como suceden. En cambio, para Ehrlich la ciencia del derecho debe valerse de la observación de las

experiencias empíricas, de la forma en que el ser humano se comporta en la vida en sociedad, incluso porque esos hechos importaron en la validez de las prescripciones jurídicas. Los autores afirman, siguiendo a Castro y recordando a Larenz, que la ciencia del derecho para Ehrlich es descriptiva e inductiva: una ciencia de hechos; mientras que para Kelsen es normativa y deductiva: un complejo de normas. Ehrlich niega el origen exclusivamente estatal del derecho, admitiendo fuentes heterónomas. De ahí su pluralismo jurídico opuesto al monismo de Kelsen. Esta concepción impone al jurista la necesidad de observar la realidad social, describir los hechos y no atenerse meramente a las palabras. El derecho no debe ser buscado en la jurisprudencia o en el producto final del proceso legislativo, sino en la observación de la conducta humana, en lo que el ser humano admite, acepta y cumple como regla que le impone la sociedad, que se encuentra en constante mutación. Kelsen, concluyen los autores, buscó desmitificar la conclusión de que la ciencia jurídica sólo sería posible como sociología jurídica, en la medida en que niega el concepto de *deber* y se centra en el análisis del *ser*, de la conexión causal. La ciencia jurídica debe responder si una conducta concreta es conforme o contraria al derecho, limitándose a constatar si está permitida o prohibida, independientemente de que la conducta sea considerada buena o mala, merecedora de aprobación o reprobación.

19. Jourdan Markiewicz reflexiona sobre el fenómeno de producción normativa y su interpretación judicial, durante el régimen de la Alemania nazi. Normas con apariencia de injustas, resultaban formalmente válidas por emanar del parlamento y eran aplicadas por jueces competentes. Destaca los principios sobre los cuales se asentó aquel sistema normativo que no requirió, para su eficacia, de la derogación de la Constitución de Weimar. El principio del líder resultaba la piedra angular sobre la cual el sistema jurídico nazi funcionaba. En palabras Rudolf Hess: “Hitler es Alemania y Alemania es Hitler. Todo lo que él hace es necesario. Todo lo que él hace es un éxito. Sin atisbo de duda, el Führer es una bendición divina” (1934). El autor se detiene en algunas reformas legales en materia de derecho procesal y administrativo, resultantes de la aplicación del principio de supremacía de la comunidad por sobre el individuo. Así, por ejemplo, señala Markiewicz que en materia de derecho procesal se atacó la lentitud del proceso, considerado el peor vicio que podía aquejar a la administración de justicia alemana. Entre otras medidas, se acortaron los plazos y se limitaron los recursos, lo que venía a significar la renuncia a la seguridad jurídica. Pedagógicamente, fue exigido que se hiciese comprensible el derecho procesal para los legos, acentuándose los principios de oralidad e inmediación y se obligó a las partes a defender por encima de cualquier otra

consideración, los intereses de la comunidad. En materia de derecho administrativo, frente al antiguo abstencionismo liberal, el principio aplicable en el régimen fue el intervencionismo, siendo el pueblo el verdadero sujeto de derecho. Si antes se podía hacer todo lo que no estaba prohibido, ahora sólo podría llevarse a cabo aquello que estuviera permitido: la libertad no es un concepto abstracto del que pueda disfrutar el individuo, sino un medio que el pueblo utiliza a efectos de mejorar a la comunidad. Finalmente, el autor dedica la última parte de su ponencia a trazar los ejes centrales del debate entre las concepciones iusnaturalistas y iuspositivistas, expresadas en las ideas de Gustav Radbruch y Hans Kelsen, en torno del problema suscitado con la caída del régimen y el juzgamiento de los crímenes cometidos, también, por los abogados, juristas y jueces nazis. Destaca así la modificación del pensamiento de Radbruch al virar de una concepción de corte normativista a otra iusnaturalista, con su conocida fórmula del “derecho injusto no es Derecho”, cuando “la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia”.

20. Medrado y Mello Ferreira reflexionan en torno del desarrollo de la jurisprudencia del STF brasileiro respecto del discurso de odio. Para ello comparan el caso “Abib” de 2017 con el precedente “Ellwanger” de 2003. La decisión de la Corte en el caso “Abib” representa una relativización del STF en lo que se refiere a la prohibición del discurso de odio, tal como había sido entendido en el caso “Ellwanger”, considerado el principal precedente brasileño sobre el discurso de odio. Allí el STF consideró que las palabras de Ellwanger –quien publicó libros revisionistas sobre la Segunda Guerra Mundial y el holocausto– representaban un discurso de odio de tenor racista contra el pueblo judío, por lo que no merecía protección de la libertad de expresión del ordenamiento jurídico brasileño. Ellwanger fue condenado a dos años de reclusión y el STF entendió en su caso que la práctica de antisemitismo debía ser considerada como racismo. Así como Ellwanger lo hizo en relación a los judíos, también Abib claramente incitó el odio y la violencia contra los espiritistas y las religiones de origen africano en su libro “Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação”. Sin embargo el STF consideró que Abib no había cometido racismo y que su discurso no podía ser asimilado al de Ellwanger. Según los jueces del STF, Abib sólo estaba profesando su religión cristiana, lo que implica cierta dosis de proselitismo. Sin embargo, Medrado y Mello Ferreira señalan que el discurso de Abib es claramente de contenido odioso, lo que puede ser evidenciado por el uso de expresiones que incitan el odio y la violencia contra otros

grupos religiosos. Además, si el criterio utilizado para la configuración del discurso de odio y del racismo en el caso Ellwanger fue la peligrosidad del discurso, en el sentido de su capacidad de generar violencia contra ciertos grupos vulnerables, el STF debería haber rechazado el *habeas corpus* de Abib. Ello por cuanto son varios los casos en Brasil de violencia contra las religiones de matriz africana y el espiritismo. La decisión de la STF, concluyen los autores, lejos de representar una anomalía en la comprensión de la Corte sobre la libertad de expresión, parece indicar una tendencia a ampliar la garantía de la libertad de expresión, minimizando el temor en relación al discurso de odio establecido en la década pasada, en el caso Ellwanger.

21. Campos Galuppo aborda la cuestión de los discursos de odio desde una perspectiva que vincula el derecho y el psicoanálisis. La complejidad y la dimensión de las democracias modernas no permiten la participación de todos los ciudadanos en la formulación de las leyes ¿En qué medida, por lo tanto, alguien puede sentirse obligado por las decisiones de un parlamento? Tradicionalmente, la teoría democrática brindó estas respuestas: que la mayoría de nosotros o nuestros representantes, quisieron una determinada ley (regla de la mayoría); que la ley se aplica de modo neutral e imparcial a todos, incluso a aquellos que elaboraron la ley (isonomía); y que todos pueden contribuir con sus argumentos para que se elaboren las leyes, transforma de algún modo la voluntad individual en voluntad colectiva y la convierte en la vinculante (isegoría). El autor se centra en este último nivel en torno del problema de la libertad de expresión y del discurso de odio ¿Por qué deberíamos tolerar que el discurso odioso no sea siquiera pronunciado en una democracia? Campos Galuppo recurre a categorías de la metapsicología freudiana, como el de sujeto narcisista y se pregunta ¿por qué determinados grupos, como los *skinheads*, se dedican de manera tan sistemática al discurso de odio? Responde: se debe a la identificación y la sugerencia que están en el origen de las masas sociales, como proceso de sugerencia por un líder o por una idea conductora, sumado a la identificación entre los individuos que la comparten. Pero también "el odio a una persona o institución determinada podría tener efecto unificador y provocar vínculos afectivos semejantes a la dependencia positiva" (Freud, 1921). El odio al diferente es lo que constituiría una masa como, por ejemplo, los *skinheads*. Un argumento común para limitar el discurso de odio, no es sólo porque ofende, sino también porque genera la violencia. Sin embargo, hay fuertes indicios de que las leyes que pretendían contener el discurso de odio en Alemania antes del nazismo, o en Ruanda antes de la masacre de los Tutsi, tuvieron poco efecto. La ineficiencia de tales leyes

deriva del hecho de que, en etapas iniciales de violencia verbal, la prohibición legal o no será efectiva contra los casos más graves, siendo incapaz de detectarlos, o no cubrirá todos los casos de violencia. En las etapas más avanzadas de violencia, la aplicación de la ley será imposible o bien, contraproducente, produciendo mártires. Todo indica que prohibir el discurso de odio puede generar lo opuesto de lo que se pretende, porque las prohibiciones pueden aumentar o crear el sentido de opresión de grupos racistas, porque al no poder reconocer a los portadores de ese discurso, no puede identificarse el origen del riesgo latente de una nueva agresión ubicua. El autor concluye en que permitir el discurso de odio es permitir que el sujeto que manifiesta sus opiniones como odio combata su propia incapacidad para el duelo. El debate franco implica un riesgo inherente a la propia Democracia. Pero si no podemos confiar en los ciudadanos asignándoles total autonomía para presentar en la arena pública del debate todas sus opiniones, entonces haríamos mejor en sustituir la democracia por la aristocracia platónica, o por el despotismo esclarecido, o incluso por el estado "hitlerista". Sin una fe incondicional en el ser humano, no tiene sentido la Democracia.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: Retomo la pregunta de Campos Galuppo ¿Por qué deberíamos tolerar que en una democracia el discurso odioso ni siquiera pueda ser pronunciado? ¿Podría identificarse en la tendencia que traza el caso "Abib" del STF e identifican Medrado y Mello Ferreira, esa mayor confianza de la que habla Campos Galuppo? Y de nuevo el asunto del debate público de los ciudadanos, suponiendo aun que se confía en ellos/ellas con total autonomía ¿qué hay de aquellos/as que no tienen acceso, ni voz, ni representación en el debate público?

F. Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasilero, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo y Bernard dos Reis Alo.

22. Lacombe Camargo propone pensar en torno de proceso de *impeachment* por el cual se apartó del cargo en 2016 a la ex Presidenta Dilma Rousseff, según la autora, de manera inconstitucional por incoherencia e inconsistencia. El *Impeachment* fue

introducido en Brasil con la Constitución de 1891, que instituyó la República y la Federación tras el golpe que destituyó a la monarquía, sin mayores discusiones en la constituyente y más bien como algo inherente al presidencialismo. Pero el presidencialismo no cuenta con la dinámica de poder compartido entre jefe de gobierno y parlamento, sino que fue diseñado en contraposición al parlamentarismo. Previó el *impeachment* como salida para situaciones extremas, en que las instituciones y la propia Constitución se encuentren amenazadas. No basta, como en el caso brasileño, aplicar uno u otro dispositivo aislado de la ley que prevé las hipótesis de *impeachment*, sino que estas hipótesis deben estar conectadas al estándar que orienta su aplicación: la amenaza extrema de poner en riesgo la Constitución y todo lo que representa para un Estado Democrático de Derecho. Brasil sufrió un golpe parlamentario en 2016 bajo el ropaje del *impeachment*. Para ello, el Partido de la Social Democracia Brasileña, derrotado en las elecciones de 2014, se aprovechó del índice de impopularidad de la Presidenta electa, resultante de la crisis económica internacional y de la propaganda de los medios de comunicación, aliada a grupos neoliberales descontentos con el cuarto mandato consecutivo del Partido de los Trabajadores. Nada más fácil que buscar algún posible desliz en uno de los varios dispositivos de la Ley 1079/50, que reglamenta el *impeachment* con riqueza de detalles. Así, Rousseff fue acusada de incumplir la Ley de Responsabilidad Fiscal, con las llamadas "pedaladas fiscais", que consisten en el retraso del pago de beneficios, subsidios y subvenciones concedidos por el gobierno, a los bancos públicos; y no respetar la Ley Presupuestaria, al expedir decretos para la apertura de crédito suplementario sin la autorización del Congreso. Una gama de posibilidades de *impeachment*, al alcance del poder legislativo como ocurren en Brasil, fácilmente se transforma en un arma poderosa contra el presidente indeseado y en algo semejante al parlamentarismo. El presidencialismo no presupone un gobierno dependiente del poder legislativo, sino que fue creado para ser un gobierno fuerte y eficaz, pero resistente a la tiranía, si se verificaron sus orígenes históricos. Se prevé la figura del *impeachment*, ya conocida de los ingleses, como válvula de escape para el pueblo, cuando éste se sienta traicionado o subyugado. No se trata de un arma al servicio de la política, sino de un arma jurídica en defensa de la soberanía popular. La incoherencia está en la falta de respeto al principio democrático, base de la Constitución de 1988; y la inconsistencia, en la contradicción entre el uso indebido del *impeachment* y el sistema de gobierno presidencialista.

23. Reis Alo traza una breve historia de la asistencia jurídica pública y gratuita en Brasil, indagando sobre sus raíces en las Ordenanzas Filipinas, que garantizaban la gratuidad de ciertos recursos judiciales a los pobres, y que rigieron hasta 1916. La legislación portuguesa solo replicó lo que se conocía en Europa: el pago de las costas judiciales a los que resulten necesitados y proporcionarle abogados que, por simple generosidad, prestaran gratis sus servicios a esas personas. Se trataba de asistencia judicial gratuita, pero dependiente de la caridad de los profesionales. El autor hace una síntesis de los hitos históricos y legislativos del instituto, hasta llegar a su reconocimiento en la Constitución Federal de 1988 como atribución de la Defensoría Pública de la Unión. Paralelamente, expone la concepción moral y filosófica, que en su opinión, subyace como fundamento en cada etapa histórica. Concluye así en que el proceso de constitucionalización de la asistencia jurídica y la Defensoría Pública, se desarrolló en el plano teórico de la evolución moral del concepto de igualdad, desde la desigualdad inspiradora de la obra de Aristóteles, pasando por la igualdad formal kantiana, llegando finalmente a la igualdad material infundida por Rawls. La igualdad de Rawls busca equalizar desigualdades y oportunidades, destacando la idea de maximizar el favorecimiento del que está en peor posición social, así como el principio de igualdad de oportunidades, haciendo las más diversas posiciones sociales accesibles a todos. El autor vislumbra en esa teorización la base de la asistencia jurídica estatal gratuita y la noción de equilibrar a las partes, a través de un servicio estatal gratuito de asistencia jurídica.

PREGUNTAS Y PROBLEMAS: ¿Guarda alguna relación la ilegitimidad o inconstitucionalidad de la aplicación de las reglas del *impeachment* por no adecuarse al principio constitucional que regula el instituto, como sugiere Lacombe Camargo, con la tesis de la función de fundamentación sostenida por Etcheverry? ¿Podría pensarse este caso como el de la aplicación de una regla que no realiza el principio que la fundamenta? Respecto de la Defensa Pública en Brasil, si se la piensa en función del alcance concreto y real que ella logra en la práctica cotidiana, considerando los factores de infraestructura, presupuesto, dotación de personal, etc., ¿se puede sostener aún que ella cumpla la función de "maximizar el favorecimiento del que está en peor posición social"? ¿Realmente alcanza con ello para equilibrar a las partes en los procesos judiciales? ¿Qué hay de los factores estructurales de la desigualdad?