

Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial

*Reasonable Pluralism within the Constitutional State:
From Toleration to Judicial Discretion*

Gabriel Alejandro Encinas Duarte¹

Fecha recibido: 23/09/2019. Fecha aprobado: 2/12/2019. Publicado: 13/12/2019

Cómo citar este artículo: Encinas, G. A. (2019). Pluralismo razonable en el Estado constitucional: de la tolerancia a la discrecionalidad judicial. *Revista Nuevo Derecho* 15(25):88-109.

Resumen

En este artículo presento la tesis del desplazamiento funcional de la tolerancia (como respuesta institucional ante el pluralismo) por el ejercicio de la discrecionalidad en sede judicial. El eje central para ello yace en la relevancia y límites de la argumentación sustantiva y con pretensiones de corrección. Primero, tras exponer un concepto de tolerancia, recabo argumentos que indican que esta deviene insuficiente ante los logros del constitucionalismo. Esto es así porque la tolerancia implica un contexto social comprensivo, o bien, presupone un sesgo antiuniversalista en las razones públicas y en la fundamentación de los derechos humanos. Después, indico que esta incompatibilidad, por sí misma, no implica un obstáculo para la estabilidad social, o bien, la operación del constitucionalismo. La razón de ello es que en los Estados constitucionales encontramos como equivalente funcional a la garantía de los derechos. Ahora bien, es la abstracción de los derechos humanos, así como los desacuerdos en la justificación pública, los que nos obligan a reconocer un necesario margen de discrecionalidad, especialmente en sede judicial mediante el control de constitucionalidad. Así, por último, planteo la pregunta sobre la adecuación de que sea el juzgador constitucional quien trace límites en forma puntual al pluralismo razonable. Se postula que una clave para ello radica en los compromisos que implica la pretensión de corrección en la fundamentación judicial, ya sea en un sentido bivalente o de razonabilidad gradual.

Palabras clave: pluralismo razonable, tolerancia, discrecionalidad, única respuesta correcta, razonabilidad.

¹ Maestro en teoría del derecho (*LLM in Legal Theory*) por la Universidad Johann Wolfgang Goethe, Fráncfort del Meno, Alemania y Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California campus Ensenada. Doctorando en el programa "Human Rights and Global Politics" de Scuola Superiore Sant'Anna en Pisa, Italia. Correo electrónico: g.encinasduarte@santannapisa.it. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4338-9146>.

Abstract

In this article, I submit that toleration (as an institutional response to pluralism) is functionally displaced by the exercise of judicial discretion. The linchpin for this is the relevance and limits of substantive reasoning involving a claim to correctness. First, after presenting a concept of toleration, I recall arguments which point toward its insufficiency regarding the achievements of constitutionalism. This follows from toleration implying either a comprehensive social context or an antiuniversalist bias in the justification of human rights and public reasons. Then, I claim that this incompatibility in itself is no obstacle for social stability or the operation of constitutionalism. This is so, since we find a functional equivalence in the safeguard of rights in constitutional states. However, it is on account of the abstract character of human rights, as well as disagreements in public justifications, that we are compelled to recognize the necessity of a margin of discretion, which becomes especially salient in constitutional adjudication. Finally, I pose the question whether it is adequate for the constitutional judge to draw limits in a piecemeal fashion to reasonable pluralism. I pose that a key element for this emerges from the commitments entailed by the claim to correctness in judicial reasoning, either in a bivalent fashion or as a matter of degree through reasonableness.

Keywords: Reasonable pluralism, toleration, discretion, one right answer, reasonableness.

1. Introducción

El hecho del pluralismo social es tanto catalizador como condición necesaria del ideal liberal del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, esta condición es insuficiente para determinar sus propias consecuencias normativas e institucionales. En este tenor, algunos planteamientos insisten en la necesidad de la tolerancia para la estabilidad de las sociedades plurales. En este artículo apoyo la tesis del desplazo funcional de la tolerancia (en tanto mecanismo para el manejo del pluralismo) por la argumentación e inevitable discrecionalidad que toma lugar principalmente, como lo enfatiza la teoría jurídica contemporánea, en sede judicial. Para ello, los siguientes pasos son necesarios.

Primero, tras exponer una breve relación entre el pluralismo y tolerancia, recabo argumentos que indican que esta no es compatible con los postulados contemporáneos del constitucionalismo. Esto es así porque la tolerancia, en la mayoría de sus casos, se encuentra necesariamente atada a un contexto social de tintes más bien comprensivos, o bien, presupone un sesgo antiuniversalista en las razones públicas y en la fundamentación de los derechos humanos.

Segundo, indico que esta incompatibilidad, por sí misma, no implica un obstáculo para la operación del constitucionalismo ya que en él encontraremos como equivalente funcional a la jurisdicción en tanto garantía de los derechos. Ahora bien, por una parte, la abstracción y justificación pública de los derechos fundamentales nos obliga a reconocer la discrecionalidad, especialmente en sede judicial. Por otra parte, la funda-

mentación judicial a menudo sostiene una pretensión de corrección bivalente y con ello susceptible de ser interpretada en tensión con el pluralismo, lo que debe ser puesto en cuestión.

Así, por último, planteo la pregunta sobre la adecuación de que sea el juzgador constitucional quien trace (siempre en forma puntual) límites a lo que Rawls llamaba *pluralismo razonable*. Al margen de su aparente tensión con el pluralismo democrático, mi respuesta preliminar se adhiere a quienes aducen que las razones para ello se deben a la pragmática institucional lo que apunta hacia una pretensión de corrección con un sentido de validez bivalente y no solo de razonabilidad (en sentido gradual) en sus decisiones.

2. Tolerancia: función y límites

Es común encontrar referencias sobre que tomar conciencia del pluralismo llevó a John Rawls a dar un giro político en el sentido de crear un modelo de liberalismo político basado en la tolerancia (Müller, 2018, p. 172). Para demostrar que esto no es así, los siguientes pasos son necesarios.

En primer lugar, busco llamar la atención sobre la relación entre dos conceptos: pluralismo social y tolerancia. Con ello emergen indicios de que la tolerancia se enmarca en una racionalidad de tipo instrumental. En segundo lugar, recojo algunos argumentos que establecen que Rawls no tenía a la tolerancia como objetivo de la fundamentación de su liberalismo político. Las razones que sustentan esto son relevantes para las teorías de la tolerancia en general. En tercer lugar, apunto que, también en el modelo actual del Estado constitucional, el hecho de que el pluralismo *razonable* requiera que las decisiones institucionales deban tomarle en cuenta para ser legítimas.

2.1 Relación del pluralismo social y tolerancia

Se suele reconocer al surgimiento del pluralismo como producto de la reforma protestante y de las guerras de religión en Europa. Esta afirmación constituye un punto de partida común en la literatura que amerita ser tomado en cuenta (Rawls, 1996 citado en Sartori, 1997, p. 59). Con ello, nos acercáramos más al pluralismo entre religiones (esto es, aquellas toleradas por una organización política central, aun con una religión oficial) que al pluralismo de los valores.² No obstante, existen dudas también a nivel histórico, y es que, citando a José Casanova (2008), en esta narrativa cabría sospechar alguna especie de “mito fundacional de la identidad europea contemporánea” (p. 64), toda vez que, sobre la base de ejemplos históricos se señala que

² Aunque podrían trazarse paralelos entre ambos tipos de pluralismo, como lo hiciera con grandes frutos John Rawls a través del concepto más abarcador del pluralismo entre *doctrinas comprensivas* que incluyen filosofías, religiones, y concepciones morales, etcétera.

Las así llamadas ‘guerras de religión’ podrían llamarse de forma mas apropiada las guerras de la temprana formación del estado europeo. A las minorías religiosas enmascaradas en el territorio confesional indebido no se les ofrecía tolerancia secular, y mucho menos libertad de religión, sino la ‘libertad’ de emigrar (Casanova, 2008, p. 65).

Así, aunque se suele afirmar que la tolerancia como virtud pública emerge entonces, vale la pena recordar que en tal punto cuenta con una institucionalización pública aun embrionaria. En las palabras de Sartori (1997, p. 59), esta idea o ideales pluralistas aun seguían por formar y permear una realidad pluralista.

Incluso, por lo que hace a la idea en historia, la emergencia del pluralismo podría ser trazado hasta lo que Karl Jaspers (1949) llamaba época axial (alrededor del año 500 a. C.). Con ello identificaríamos la primera emergencia histórica de una serie de distinciones. Entre ellas, la principal distinción tendría lugar entre la inmanencia de los agentes de autoridad y la trascendencia del fundamento de su autoridad. Entre mayor fuera el caso que tales autoridades se reconocieran más dependientes en cuanto a tales fundamentos trascendentales, resultaría abierto, más espacio, para la interacción de interpretaciones en cuanto a las normas contenidas en tales fundamentos, así como el desacuerdo y su disputa.³ En una ambiciosa tesis, David Rasmussen (2017) recoge tales ideas sobre la época axial, de la mano de la teoría de las modernidades múltiples de Shmuel Eisenstadt, para dar cuenta de una teoría de la modernidad que implique un menor grado de eurocentrismo (en comparación con las dominantes teorías de Weber o su recepción en Rawls): tales sucesos propiciarían el desarrollo de núcleos del constitucionalismo (*kernels of constitutionalism*) (Eisenstadt, 2007, p. 2; citado en Rasmussen, 2017). Si se quiere, nosotros podríamos agregar que esta noción de espacio de juego o interacción para interpretar (y estar en desacuerdo sobre los fundamentos de las normas) también nos orientaría, en forma muy incipiente, hacia el concepto de la discrecionalidad (*Spielraum* en alemán) sobre la que llamaré la atención en la siguiente sección. Por ahora, el siguiente punto es clave. El pluralismo, entendido como condición del conflicto entre interpretaciones, emerge con la separación de las esferas de la legitimidad, y de la autoridad que pretenda tal legitimidad.

En todo caso, es seguro que la tolerancia en cuanto directriz de las organizaciones políticas tiene instancias históricas más allá del norte de Europa. Se le puede encontrar a lo largo del desarrollo de los imperios. Un ejemplo de esto sería el sistema de *millet* en la burocracia del Imperio otomano (Barkey, 2018, p. 94). Así también, podríamos trazar una comparación con la manera en que los poderes coloniales reconocían un grado de autonomía para los ordenamientos normativos autóctonos.⁴

³ Sobre el rol de la interpretación en el judaísmo, con la trascendencia como otredad invisible que excluye alguna única respuesta correcta véase Ladeur y Augsburg (2009), especialmente la página 442 y siguientes.

⁴ Un argumento clásico en este sentido se encuentra en Griffiths (1986) a páginas 6 y siguientes. El concepto de pluralismo jurídico emerge para explicar la interacción del derecho (oficial o hegemónico) respecto al derecho no oficial (o, simplemente, otros ordenamientos normativos en general) por ejemplo en el espacio del imperio británico. Resalta su apropiación y posterior desarrollo para describir y explicar la interacción del derecho respecto al espacio normativo indígena en las Américas. Una postura crítica, ya clásica a su vez, sobre la perspectiva científico-social o antropológica en el pluralismo jurídico se encuentra en Tamanaha (1993). Podría ser que, en la actualidad, el potencial descriptivo para este tipo de situaciones, así como una perspectiva histórica de la interacción del derecho con la pluralidad de ordenamientos normativos, se recoja mejor con el concepto de multinormatividad (Duve, 2017).

En este sentido, la política de la tolerancia aparece como necesidad organizativa y quizás como segunda mejor opción a la realización de la integración. Podríamos pensar en ella como parte de un conjunto general de técnicas para manejar la pluralidad, como también lo serían la subsidiariedad o la delegación de competencias. En este tenor, cabría sostenerse que tales políticas de tolerancia tienen razones de tipo instrumental o prudencial. Es decir, se les enmarcaría dentro de aquella racionalidad que se caracteriza por elegir los medios que resulten conducentes a fines dados. El cómo lleguen estos fines a ser elegidos o justificados en su caso, es una pregunta que permanece ajena a esta concepción (o tipo) de la racionalidad.⁵ Así, no seríamos los primeros en sostener que la racionalidad de tipo instrumental es elemento esencial de cierta concepción de la tolerancia.⁶

La pregunta, entonces, sería si alguno de los otros posibles conceptos de tolerancia nos llevaría más allá de los razonamientos instrumentales o prudenciales. Antes de recordar los tipos de racionalidad que están más allá de los de tipo prudencial, es momento de precisar un mínimo de puntos relevantes de las conceptualizaciones contemporáneas de la tolerancia. En la literatura angloparlante casi es un lugar común distinguir entre *tolerance* y *toleration*. Aun así, debemos advertir que el sentido, a menudo estipulativo, de esta distinción está lejos de ser uniforme. Andrew Jason Cohen (2004, pp 76-77) distingue entre tolerancia (*tolerance*) como una actitud o virtud y tolerancia (*toleration*) como una actividad. Como lo define Cohen (2004), la tolerancia (*toleration*) es “la abstención de un agente, intencional y por principios, de interferencia en ante un otro [o su conducta, etc.] en situaciones de diversidad donde aquel considere que tenga el poder de interferir” (p. 68).⁷ Así, cabría advertir que este concepto se extiende, a través del elemento de un agente, desde individuos en el ámbito personal, los representantes de grupos sociales, y hasta los oficiales de la actividad institucional del Estado. Así, la tolerancia bien sería susceptible de ulteriores distinciones. Por una parte, tendríamos a la tolerancia como actividad general. Por otra parte, a la tolerancia como directriz política, e incluso como virtud pública. Así, entre los autores que enfatizan la dimensión de la tolerancia como virtud pública, además de John Rawls (en la siguiente sección), cabe destacar la postura de Garzón Valdés (2011).

Ahora bien, retomando la cuestión de la racionalidad de tipo instrumental, se sabe que los fines que esta persigue, o las razones que le subyacen, se podrían calificar como razonamientos de tipo ético-político. Además de notas como la expresión de tradiciones e identidades que son propias a esta dimensión del razonamiento, su estructura se caracteriza por ir más allá de buscar eficiencia o adecuación en los medios. Los razonamientos ético-políticos se dirigen hacia el establecimiento de los fines mismos a través de un proceso de tipo hermenéutico donde la comunidad política decide sobre

⁵ Una discusión crítica sobre los enfoques reductivos a tal concepción instrumental de la racionalidad y de la acción se encuentra en Habermas (1981).

⁶ Véase en Ferrari (1998); Garzón Valdés (2011); Lizárraga (2015); González de la Vega (2015b).

⁷ En forma similar, haciendo una síntesis de diversos conceptos, González de la Vega (2015a) condensa los siguientes elementos sobre los que hay un consenso en que integran un concepto de tolerancia: “1) la existencia de un acto que lesione una convicción relevante, 2) tener el ‘poder’ o la ‘competencia adecuada’ para detener, frenar u obstaculizar el acto que lesionó nuestra convicción y, 3) ponderar el valor de la convicción lesionada con razones que nos invitan a no intervenir en contra del acto en cuestión” (p. 25).

sus propias narrativas. Esto sería llamado por Habermas (1996, pp. 96-97) discurso dirigido al auto-entendimiento. Cabría añadir que, al hacer esto, necesariamente se presupone un punto de anclaje o de ventaja desde el cual tomar distancia del pluralismo que implican las distintas narrativas para elegir (con distintos grados de racionalidad) aquella que resulta más conforme con la identidad del grupo. Este es el punto problemático donde cabría hablar de decisiones existenciales (del tipo: ¿quiénes somos? ¿Hacia dónde vamos?). Además, si se buscara suprimir por completo a esta nota decisionista, hay buenos indicios de que esto dejaría a las fundamentaciones normativas desvinculadas de la cuestión de la motivación para ser puestas en acción.⁸

Con ello, el etno y egocentrismo resultan premisas necesarias de los razonamientos ético-políticos, especialmente refiriéndonos a sus necesarias delimitaciones empíricas. Es así que la tolerancia podría referir a formas, más o menos aceptables, de dirigir al otro.⁹ Cabe repetir que el contenido de tales principios (justificativos en su caso de determinadas políticas de tolerancia) restaría contingente al contenido de aquellas narrativas que broten del interior de dado grupo, aun con sus propias exclusiones y diferenciaciones internas.

Ahora bien, es cierto que las razones de tipo ético-políticas pueden ser cuestionadas. Desde mi perspectiva, esto requeriría una transición desde el auto-entendimiento hasta el entendimiento mutuo, aunque este paso podría representar un punto de diferencia entre la teoría de Habermas y de Rawls tras el giro político. Siguiendo el modelo de Habermas (1996, pp. 153-157; pp. 282-283), el resultado serían las razones morales. Estas tendrían prioridad si resultasen justificables ante todos los afectados. En este contexto, la inclusión del otro *en su otredad* implica el reconocimiento de su dignidad y de la aseguración de su autonomía. La dignidad precluye la instrumentalización y exige la protección de los derechos. Con ello, la tolerancia solo permanecería relevante para aquellos aspectos que no toquen a las materias fundamentales de la dignidad y derechos. Más aún, la dignidad solo puede pertenecer, en última instancia, a los individuos. Por supuesto que tales individuos siempre están incorporados en una red de relaciones y vínculos sociales, además de que voluntariamente pueden suscribir a distintos grupos sociales y sistemas de valores e incluso formar su identidad a través de estas relaciones.

2.2 Tolerancia y liberalismo político

En párrafos anteriores, hemos hecho alusión a la idea habermasiana de la comunicación orientada al entendimiento mutuo que se opone a una reducción de la racionalidad y de la acción a un ámbito instrumental. La postura habermasiana¹⁰ involucraría una versión discursiva del principio kantiano de la universalizabilidad. Si buscamos

⁸ También la propia teoría del discurso implica, en última instancia, tomar una decisión (a la que se le podrían imputar tintes identitarios, aunque no sin cierta tensión) al elegir participar sinceramente en justificaciones de tipo moral. Véase Alexy (2012, pp. 12-13). Uwe Steinhoff (2009, pp.247-248) acusa al argumento habermasiano de ser decisionista, pero esta postura generaliza hasta introducir el riesgo de difuminar los elementos esenciales que separan a la sinceridad (exigida por la ética del discurso) del decisionismo (e.g. Weberiano).

⁹ Sobre este punto, Ferrari (1998) y Zambrano Tiznado (2012, pp. 224-225).

¹⁰ En un punto planteado con especial claridad a partir de Habermas (1996, pp. 109-110; p. 459).

poner este interés discursivo en práctica, es decir, pasar del mero interés en la corrección discursiva al ámbito de las acciones, es dable decir que nos encontramos ante el carácter plenamente moral del *principio universal de derecho*. Es interesante que Rawls (1999) se haya separado de un proyecto similar, como lo implicaba su *Teoría de la Justicia*.

Desde cierta perspectiva, se podría sugerir que la tolerancia como tal es el objeto del *Liberalismo Político* de John Rawls (1996). Esto sería inexacto. Por una parte, es cierto que la tolerancia tiene un importante lugar dentro del método del liberalismo político: pensemos en la idea de “aplicar la tolerancia a la filosofía misma” (Rawls, 1996, p. 10). Así también, ya desde su *Teoría de la Justicia*, Rawls (1999, p. 180) hablaba de generalizar la tolerancia religiosa (conseguida como logro tras la reforma protestante) llegando a libertad en igualdad en las instituciones públicas. Aunque queda más allá del objeto del liberalismo político, la tolerancia ciertamente ocupa un lugar fundamental dentro de las virtudes públicas, al hablar de instituciones sociales, así como de las virtudes privadas, de los individuos. Bien podríamos afirmar que, como virtud, es condición con la cual sola no se sostiene la realidad del Estado constitucional, pero sin la cual fracasa. Una condición más cercana sería, para Rawls, la idea de la razonabilidad.

Es cierto que los desafíos que implica el pluralismo dentro del Estado contemporáneo (aunque, por lo que respecta a *El Derecho de Gentes*, también cabría hablar de pluralismo entre los pueblos más allá de un Estado) dieron una nueva dirección al proyecto rawlsiano. Este se transformaría, evolucionando desde una teoría de la justicia fundamentada de manera explícita en la moral constructivista kantiana, y con ello supuestamente en un paradigma más integral (o comprehensivo), hasta llegar a un planteamiento político *freestanding* y encaminado a delimitar la cuestión de la legitimidad y la fundamentación en las razones públicas.

El núcleo del liberalismo político rawlsiano se encuentra en que las razones públicas son restringibles al prospecto de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) que pueda surgir de entre las doctrinas comprehensivas razonables (en párrafos posteriores recogeremos un mínimo de precisión sobre el criterio de lo razonable).

Es así que, por otra parte, la tolerancia es condición insuficiente para este modelo. Como indica Lizárraga (2015), la tolerancia se corresponde mejor con la etapa del *modus vivendi*. Como se sabe, el *modus vivendi* es, en cierto sentido, anterior y menos estable en comparación al liberalismo político pues nos refiere a un “equilibrio que puede quebrarse tan pronto como uno de los actores advierte que puede sacar ventaja” (Lizárraga, 2015, p. 88). Esta contingencia del equilibrio viene dada a nivel fáctico por de la distribución del poder. Por esto, cabría imaginar situaciones donde las más diversas doctrinas (incluso no razonables, o radicales) coexistan. Esta situación resulta inestable, y aun en circunstancias de estabilidad, es probable esta resultase injusta al no sostenerse sobre razones adecuadas. Es por ello que tal situación fáctica entre doctrinas radicales no constituye siquiera un punto de partida del *Liberalismo Político*, pues al incluirlas no habría prospectos de apoyar la idea de lo político apoyado en razones públicas:

a diferencia del *modus vivendi*, en el consenso traslapado cada doctrina apoya la concepción política desde su propio lugar, y esto genera estabilidad, ya que la adhesión no depende de un *equilibrio de fuerzas relativo*. Así, quienes afirman la concepción política por sus propias razones no tienen motivos para retirar su respaldo en caso de que su propia posición se vuelva dominante (Lizárraga, 2015, p. 89).

Así, es relevante que Rawls realiza una restricción significativa por lo que hace a los elementos dados (es decir, al hecho que toma como punto de partida) en las sociedades contemporáneas que son susceptibles de producir un consenso entrecruzado. En un primer momento, Rawls (1989, pp. 235-238) parecería hablar de un hecho del pluralismo como tal derivado de las cargas del juicio o cargas de la razón. Estas cargas consistirían en los constantes riesgos de error en nuestro juicio, que serían identificados como permanentes e inescapables para la mente humana. Como lo relata Landemore (2017, pp. 279-280), es Joshua Cohen quien reformula el concepto, llegando al hecho del pluralismo *razonable* donde se enfatizaría que, para calificar un desacuerdo como legítimo, existirían restricciones en cuanto a la competencia epistémica (igualdad en la capacidad de razonamiento) y motivación (poseer un deseo desinteresado en elaborar principios de justicia). Haciendo suya esta precisión, Rawls (1996, p. 144) sostendría en adelante que el hecho decisivo para el liberalismo político no es el hecho del pluralismo como tal, sino el hecho del pluralismo razonable. Ahora bien, la calificación del pluralismo como razonable precisa que se trata del resultado (y aquí uno podría entreleer: un resultado necesario y no contingente) “del libre ejercicio de la razón humana en condiciones de libertad” (Rawls, 1996, p. 144). Cabe mencionar que es en este terreno donde, al menos desde Kölbel (2004), se suele hablar de desacuerdo sin falta (*faultless disagreement*): ni a nivel epistémico ni cognitivo.

Con ello, y como emerge con mayor precisión en su intercambio con Jürgen Habermas, Rawls postularía que, en los desacuerdos entre las doctrinas comprensivas razonables, la razonabilidad solo impone una carga de que los participantes que suscriben a distintas doctrinas comprensivas asuman una actitud de consideración (*thoughtfulness*) entre sí, y no de sostener una pretensión de validez bivalente, análoga a la verdad, como sería la postura de Habermas.¹¹ Este punto es relevante para la discusión sobre la necesidad de entender la pretensión de corrección (principalmente en contextos de discurso jurídico) como una tesis de única respuesta correcta, o bien, si resta la posibilidad de hablar de razonabilidad en un sentido no exclusivo de otras posibles resoluciones.¹²

Esta sería solo una de las instancias del considerable trabajo filosófico del que se ocupa el concepto de *lo razonable* en Rawls. La razonabilidad y lo razonable son conceptos controvertidos, entre otras cosas, por delimitar las doctrinas comprensivas que pueden ser admitidas en el consenso entrecruzado. Además, reconocer las doctrinas comprensivas que encontramos en la realidad constituye un rasgo esencial para mantener anclado, como se pretende, al proyecto rawlsiano en una postura política y no metafísica. Incluso, hay quienes levantan sospechas sobre si, con ello, el

¹¹ Véase Landemore (2017, p. 282).

¹² Véase las secciones 3.2 en adelante de este escrito.

argumento en *Liberalismo Político* de Rawls incurre en algún tipo de *petición de principio*, pues el contenido (si se quiere, metafísico) del ámbito de lo razonable sería determinante para el resto del proyecto (político) rawlsiano. Ante todo, la intención de Rawls es evitar que lo razonable adopte las características, a su vez, propios de una doctrina comprensiva entre otras.¹³

Sobre lo anterior, y con miras al problema de fondo en esta etapa, es decir, la estabilidad en sociedades plurales, ser razonable implicaría tener la disposición de “proponer principios y estándares como términos equitativos de cooperación y seguirlos voluntariamente bajo la seguridad de que otros harán lo mismo” (Rawls, 1999, p. 49). Más aun, la racionalidad (dada por cada doctrina comprensiva) debe ser subordinada a lo razonable, lo que implica una versión de la tesis de la prioridad de lo justo sobre lo bueno (Rasmussen, 2013, p. 532).

Para ello, es indispensable que el ámbito de lo razonable reclama cierta “autonomía doctrinal” y, este punto es decisivo, esto solo puede lograrse a partir de una reflexión crítica de la razón sobre sí misma. Con ello, como apunta Forst (2017), lo razonable es punto de pasaje y realiza una labor kantiana dentro del *Liberalismo Político*.

Así, esto iría en contra de la narrativa por medio de la cual Rawls logra distanciarse de su propio proyecto que evaluaba lo político como tal desde el constructivismo kantiano. Como lo apunta David Rasmussen (2017), Rawls transitaba progresivamente hacia *lo dado* adoptando, al final, la idea de un consenso constitucional:

desde prescindir la necesidad de consenso alguno puesto que la epistemología proveería con la verdad de la cuestión en la teoría moral de Teoría de la Justicia, a la brillante idea del consenso entrecruzado, hasta la idea del consenso constitucional con la idea del derecho superior (Ackerman) gobernando al derecho ordinario. Sería este último tránsito al consenso constitucional lo que permitiría a Rawls encontrar un consenso que no necesite ser construido por venir dado (p. 431).

Ahora bien, tomar tal afirmación seriamente viene con problemas de sí. Por una parte, esto nos podría llevar a un modelo en tensión con la universalidad de las justificaciones morales, o fuertemente convencionalista, que resulte insuficiente para una explicación completa de la normatividad crítica de los derechos humanos (Jones, 2013).

Por otra parte, parecería que la esfera de lo justificado moralmente, es decir la prioridad de lo justo sobre lo bueno, se perdería en favor de un consenso que ocurra exclusivamente al nivel de las razones ético-políticas.

Con todo ello, un consenso restringido exclusivamente a la esfera de lo ético-político deviene problemático si nos arroja la consecuencia que, al no haber criterios de corrección independientes, no hay posibilidad de corregir o, incluso, criticar las decisiones planteadas en tal nivel (es decir, de lo ético-político). Es así que correríamos el riesgo de conceder demasiado terreno a las posturas escépticas ante la racionalidad práctica, y

¹³ Véase Rasmussen (2013).

con ello cabría hablar de un potencial para el relativismo o contextualismo en la teoría de Rawls (Rorty, 1991, p. 181).¹⁴

En resumen, una interpretación fuerte de este modelo resultaría insuficiente para reconstruir el uso de argumentos y pretensiones de corrección como objetividad como se da en la práctica de las cortes en el Estado constitucional (a lo que miraremos en la siguiente sección). Por lo tanto, una solución más atractiva quizás sería insistir en los elementos sustantivos y no solo procedimentales de la razón pública (Rasmussen, 2013, pp. 534-535). Y en este sentido se lee a Rawls (1996) cuando afirma que su concepción política debe implicar un ideal normativo y moral propio de sí. En mi opinión, esto también nos conduce a una concepción kantiana de la razón práctica.

Con miras a la cuestión de la tolerancia, la tolerancia como directriz política del *modus vivendi* no es objeto del cual se encargue la fundamentación del *Liberalismo Político*, aunque quizás cabría hablar de una tolerancia a nivel epistemológico (y normativo) que marca y reconoce los límites de la razón en un sentido plenamente kantiano (Forst, 2017).

2.3 El pluralismo razonable tras la tolerancia

He apuntado algunas notas que podrían ser catalogadas como *genealógicas* sobre el surgimiento de la relación entre pluralismo y la tolerancia como respuesta institucional para su manejo. Para dar cuenta de la forma en que una reconstrucción genealógica es capaz de ejercer demandas sobre nosotros es necesario evitar tanto la *falacia genética*, es decir, confundir génesis y justificación; así como advertir cualquier *falta de continuidad*, es decir, que las condiciones de emergencia de nuestro objeto de investigación hayan desaparecido (Queloz, 2018). Como lo indica Matthieu Queloz (2018), el elemento que vincula el espacio de las causas con el espacio de las razones es el concepto de función, y con ello “la pregunta entonces es cómo el discernimiento sobre los procesos formativos puede producir razones a través de discernir la funcionalidad” (p. 12).

En lo que nos toca, una condición para la tolerancia como directriz política es el pluralismo que encontramos en plena vigencia (en sentido amplio, como algún tipo de espacio para la interacción y conflictos de interpretación sobre los fundamentos de la autoridad). Con ello, habríamos sorteado el peligro de la *falta de continuidad* en la investigación genealógica. Ahora bien, las cosas resultan más problemáticas ante la *falacia genética*. La tolerancia como directriz política permanece en un paradigma de racionalidad instrumental y da cuenta insuficientemente de la prioridad de las razones públicas (en un sentido cercano a la prioridad que otorga Habermas a las razones morales sobre las razones ético-políticas y prudenciales).

Con ello, hemos llegado al punto de reconocer que, al hablar de derechos en los Estados liberales contemporáneos, la tolerancia se vuelve irrelevante (Lizárraga, 2015 citado en González, 2015b, p. 117). Ahora bien, con ello queda un aire insatisfactorio en el siguiente sentido. No obstante que la idea que enfatiza el *Liberalismo Político*

¹⁴ Para la discusión de tal interpretación, véase Habermas (1996, pp. 62-63).

de Rawls es que las instituciones garantizan los derechos provenientes del consenso cruzado, hay obscuridad al determinar estos derechos. Claro está que una aproximación a la determinación de los derechos fundamentales o de los elementos esenciales de la constitución (*constitutional essentials*) excedería los límites de este artículo. En lo futuro solo pretendo acotar algunas notas al manejo discursivo de tales límites.

Mi tesis dice que, ante la vaguedad e indeterminación inherente a las disposiciones normativas fundamentales, así como la realidad de su operación conciliatoria de conflictos más profundos entre orientaciones de valor, las contradicciones entre directrices públicas y colisiones de derechos fundamentales se vuelven inescapables. A su vez, ante estos casos difíciles donde haya incertidumbre y/o desacuerdos genuinos, nos encontraremos ante casos donde sea necesario ejercitar discrecionalidad en la argumentación basada en razones públicas o principios. Este será el punto de partida para la próxima sección.

Ahora bien, la nota distintiva en lo siguiente es que, aunque una teoría robusta de la discrecionalidad judicial es necesaria, la cuestión normativa planteada radica en otro lugar. Me refiero a un problema que implica el tipo de fundamentación que se da en los Estados constitucionales actuales, con pretensiones de corrección. Ahí, el rol institucional del juez constitucional parecería reclamar una postura de tipo cognoscitivista en términos morales, e incluso hay quienes sostendrían que se realiza una comparación entre orientaciones de valor *incommensurables* (no obstante que se pueda defender que en realidad el criterio de corrección resulta ser la materia constitucional misma). Ahora bien, ¿esto nos arrojaría un tipo de corrección *todo o nada*?

3. Discrecionalidad judicial

La tolerancia no es un concepto suficiente ante las características de la cultura de justificación implícita en el modelo contemporáneo del Estado constitucional. Esto no implica, sin embargo, que las funciones que desempeñaba la tolerancia (como respuesta institucional para manejar el pluralismo) dejen de darse. Lo cierto es que el pluralismo social sigue vigente en la época contemporánea y, de hecho, constituye una premisa esencial para planteamientos tan influyentes como el de Zagrebelsky (2007).

Así, la cuestión es preguntarnos cuál o cuáles son las respuestas institucionales con las que contamos actualmente. Si seguimos la premisa que nuestra época es la de los derechos,¹⁵ al analizar la manera en que se reconozca o no ciertas orientaciones como debidas, nos encontraríamos con su reformulación en términos de derechos.

Al constitucionalismo contemporáneo se podría calificar como consecuencia institucional de la premisa de proteger derechos humanos. Esto se realiza a través de una distinción en el derecho, generando un tipo de dualismo democrático donde los derechos y otros principios fundamentales resulten atrincherados respecto a la polí-

¹⁵ Con ello se pretende evocar la frase titular de Bobbio (1990). Ahora bien, en tal trabajo se avanza una premisa historicista sobre la fundamentación de los derechos humanos que no se comparte. Véase Ferrari (1998, pp. 320-322).

tica ordinaria (Ackerman, 1991, pp. 3-33; Rawls, 1996, pp. 231-232). Como lo apunta el profesor Alessandro Ferrara (2019, p. 7), esto representa uno de los puntos principales que deben ser planteados ante cualquier teoría sobre el Estado contemporáneo. El corolario del modelo dualista de la democracia es que las provisiones fundamentales deben garantizarse ante cuerpos de carácter más directamente político. Así, las cortes constitucionales legitiman su lugar como guardianes de la constitución, con la función de proteger los derechos incluyendo aquellos de las minorías. Ellos deben ser exigibles por cada uno.

Es así que los colectivos y otros grupos sociales resultan protegidos en forma indirecta o incluso horizontal. Esto se sigue de los rasgos estructurales de los derechos humanos. Como lo dice Habermas (2005):

Una cultura no es apta para ser un sujeto de derecho como tal puesto que no tiene condiciones de reproducción con su propio poder; en lugar de ello, depende de la apropiación constructiva por intérpretes autónomos que digan “sí” o “no” [...] las condiciones hermenéuticas para la continuación de las tradiciones sólo se pueden garantizar a través de derechos individuales (p. 22).

Con esto, quedaríamos aún muy lejos de algunos de los reclamos, por ejemplo, del pensamiento comunitarista, pero llegaríamos mucho más allá de lo que tales grupos podrían haber logrado a través de la tolerancia como actividad general y como política. La dignidad implica derechos. Es a través de este lenguaje que incluso los colectivos pueden sostener derechos a través de sus miembros, siempre que tales pretensiones se justifiquen.

La duda entonces, es reconocer cuándo resultan justificadas las pretensiones de protección de derechos. Más aún, debemos tratar con cuidado alguna afirmación en el sentido que los casos difíciles incluso nos llevan a ponderar concepciones concurrentes de la buena vida. Esta función es ajena a las cortes. Pronunciarse sobre consideraciones ético-políticas implica el riesgo de exceder los límites de su legitimidad. Desde la perspectiva judicial, aunque también desde una perspectiva moral basada en la autonomía individual, los objetos de la ponderación siempre serían los principios y la protección de los derechos fundamentales bajo una constitución. Así también, ante la posición política de la corte, es necesario proveer argumentos y razonamientos que descarguen, o al menos mitiguen, el riesgo de estar a favor de determinado grupo social contra otro.¹⁶ De esta forma, es solo mediante el razonamiento en que se puede dar eficacia a las áreas de consenso constitucional y aquellas porciones de la autonomía y de la libertad amparadas bajo el principio liberal del daño.

Como se apuntaba antes, la vaguedad inherente a las disposiciones fundamentales crea un espacio institucional para el conflicto entre normas plausibles. En este sentido se abordará la relación de la discrecionalidad judicial como mecanismo último del

¹⁶ Esta función de los exámenes de proporcionalidad se resalta en Stone Sweet y Matthews (2008, pp. 80-96) y en Perju (2012).

manejo del pluralismo de los valores en los casos difíciles surgidos dentro el Estado constitucional.¹⁷

3.1 Concepto de discrecionalidad

Alexy (2002; 2017) distingue entre dos tipos de discrecionalidad:

a. Discrecionalidad estructural o sustantiva, que consiste en lo que las normas constitucionales ni prohíben ni ordenan. En ella encontraríamos discrecionalidad para selección medios, discrecionalidad para fijar fines y la que surge tras la ponderación.

b. Discrecionalidad epistémica, para ejercer determinaciones ante la incertidumbre de qué es lo que las normas constitucionales prohíben u ordenan y también establecer lo que se deja libre. La discrecionalidad epistémica se divide, a su vez, en dos tipos: empírica y normativa.

La condición del pluralismo razonable (i.e. entre doctrinas comprensivas: filosóficas, religiosas, morales) bien puede tocar a cualquiera de ellas, aunque parece que, si lo que pretendemos es reconstruir los argumentos del *pluralismo de los valores* dentro de la práctica del Estado constitucional, sería más relevante lo que hace a la discrecionalidad epistémica normativa.

Por lo que hace al inciso a. la discrecionalidad estructural. En este punto conocemos precisamente lo que la constitución modaliza deónticamente y lo que queda libre. Lo que resulte prohibido u obligatorio por la constitución marca los límites del pluralismo razonable y de la formación de la voluntad política.

Por lo que hace al inciso b. la discrecionalidad epistémica. En este punto tenemos incertidumbre respecto a lo que la constitución establece. Aunque esto tiene importantes implicaciones empíricas, el pluralismo razonable parecería encontrar lugar más adecuado en la discrecionalidad de tipo normativo.

¹⁷ Con ello se deja como línea de investigación pendiente un tema que, a pesar de ser relevante, excede los propósitos de este trabajo. Me refiero a la relación, a su vez, de la discrecionalidad y el pluralismo a nivel social-institucional: entre autoridades o entre ordenamientos jurídicos cuya resolución no viene dada por una relación jerárquica entre sí. Por ejemplo, a menudo es a través del ejercicio de la discrecionalidad misma que se determina quién es la autoridad competente en casos de concurrencia (Goldmann, 2016); o, en forma más sustantiva, encontramos que la doctrina del *margen de apreciación* es correlato del ejercicio de la discrecionalidad entre los nodos jurisdiccionales del espacio jurídico europeo. En todos estos casos se requiere fundamentar la propia competencia, así como argumentos aceptables para todas las partes (todos los ordenamientos jurídicos) involucradas conforme a la compleja perspectiva del asunto, o acaso, del “perfil moral” de obligaciones, derechos, permisos, libertades, etcétera (Greenberg, 2014, p. 1308) que en nuestras condiciones de interlegalidad (véase Klabbers y Palombella, 2019) resulta irreductible a un solo ordenamiento jurídico. Esta línea de investigación queda pendiente, aunque también cabe hacer la siguiente aclaración. Hablar de “pluralismo a nivel social-institucional” debe evitar reproducir uno de los problemas principales del pensamiento comunitario como lo fuera introducir un concepto de comunidad referente por igual a conjuntos sociales disímiles entre sí (pueblos, el Estado y las instituciones internacionales). Sobre este punto, y con propuestas originales para superar tal problemática a través de la lógica de la convivencia, Pirni (2018) especialmente en su capítulo 5.

En este punto, hablaríamos de incertidumbre en las premisas para una resolución o algún argumento normativo. Así encontraríamos casos donde no sabemos si la valoración envuelta en nuestras premisas es realmente aceptada (conforme a la moral *positiva*) o idealmente correcta (moral *crítica*). Cabe señalar que este punto debe sostenerse en razones públicas, de acuerdo con las cuales se debe evitar contraer compromisos con una sola de las doctrinas que componen al pluralismo razonable, lo que precluye también cualquier compromiso fuerte con premisas de realismo moral (descubrir valores independientes).

Como he apuntado antes, en el Estado constitucional contemporáneo, las cuestiones de justicia vienen fundamentadas siempre por la protección del individuo. Esta premisa individualista hace que el pluralismo razonable se asemeje más a una situación de conflicto entre orientaciones de valor del tipo que puedan ocurrir *dentro de un mismo individuo* al responder preguntas prácticas y formar su identidad que *entre grupos sociales*. Esto es así aunque, especialmente en Europa y Estados Unidos, existen casos importantes por lo que toca al respeto a los derechos que fundamentan pertenecer a alguna comunidad religiosa y el conflicto que esto ha provocado con el derecho a la educación, por ejemplo,¹⁸ o la neutralidad en las escuelas públicas.¹⁹ Estos casos no dejan de ser relevantes en el contexto latinoamericano: como nota social es relevante que también en latinoamérica contamos con un impresionante fenómeno de aumento de denominaciones religiosas y religiosidad (Casanova, 2018).

Tras este breve punto cabe destacar que la discrecionalidad no es exclusiva del poder judicial. Esto es relevante porque podríamos contraargumentar que un enfoque distinto (basado quizás en la tolerancia privada fundamentalmente) se haría cargo de una visión horizontal de la sociedad, y con ello, más conforme con la perspectiva del ciudadano que con la fijación en la función judicial que muchas veces se reclama a la teoría del derecho contemporánea. Podríamos calificar esta objeción como metodológica puesto que, de ser cierta, nos señalaría que nuestro punto de partida es inadecuado.

La razón por la que no compartimos tal objeción metodológica es la siguiente. Como se ha apuntado antes, incluso Rawls (1996) ubicaba firmemente a la tolerancia como una virtud pública²⁰ y su proyecto se enfocaba en las instituciones del Estado.

Sin negar la importancia de la *esfera pública* en su conjunto, el Estado constitucional implica, entre otras cosas, un fuerte énfasis en la función judicial y la omnipresencia de los derechos y principios fundamentales en la vida política. En nuestra perspectiva, esto no implica necesariamente un menoscabo en el alcance de la democracia, sino lo contrario: todo ello coloca a la función judicial bajo importantes cargas justificativas, así como se debe resaltar la necesidad de un mayor acoplamiento estructural entre la esfera pública y el sistema judicial. Este ensayo solo pretende señalar algunos pasos necesarios con una mirada prospectiva.

¹⁸ Véase el caso estadounidense *Wisconsin v Yoder* a través de la influyente discusión contenida en Cover (1983, p. 26 y siguientes). Véase también su discusión en Macedo (1995).

¹⁹ Así ocurriría en el caso *Lautsi contra Italia* (Borowski, 2012).

²⁰ Así también, Garzón Valdés (2011).

Al menos en un primer momento, podríamos sostener que existen diferencias funcionales entre el tipo de argumentación que podemos encontrar en sede legislativa y judicial:

a. En sede parlamentaria: Es dable pensar en la *razonabilidad* o aceptabilidad en la toma de decisiones. Con ello, las argumentaciones con pretensión de corrección no quedan excluidas, pero parecería que no ocupan el lugar paradigmático en esta instancia. Esto se sigue de ver la formación de la voluntad política como operante dentro de un marco institucional (Habermas, 1996, p. 157). Lo contrario implicaría quizás una visión “sobredeterminada” de la política por el derecho y el poder judicial.²¹

b. En sede judicial: En las cortes se esgrime un tipo de argumentación con pretensión de corrección. En último análisis, podríamos sostener que es una pretensión de corrección en sentido fuerte ya que debemos predicar de ella un tipo binario de validez. Esto significa, en pocas palabras, que entre las posibles interpretaciones de las disposiciones normativas se escoje la mejor. Como resultado, la norma que representa la solución al caso y que es defendida en el proyecto de sentencia debe presentarse como la solución correcta y las otras, al menos en comparación, incorrectas.

Por lo que respecta al inciso a. solo me parece necesario incluir una breve nota aclaratoria. No debemos confundir la *razonabilidad* con un relajamiento de las exigencias normativas que podría imponer una visión debidamente deliberativa de la democracia. Aun al operar dentro de una concepción de la constitución como marco y de una pluralidad de perspectivas, sigue siendo importante mantener una orientación hacia el consenso. Esto, al menos en el sentido de presentar argumentos lo más correctos posibles, incluir a tantos como sea posible en la deliberación.

Por lo que respecta al inciso b. es necesario explicar el sentido de tal validez binaria para preguntarnos el papel del juez ante el pluralismo razonable. Como nota preliminar, debemos apuntar que también es cierto que existen arreglos institucionales que mitigan el carácter antimayoritario del control constitucional. Pensemos en los estándares que buscan combinar modelos de control constitucional en sentido sustantivo con parámetros más abocados al procedimiento. Este es el caso del control semiprocedimental,²² así como los modelos para ponderar competencias con base en los principios formales (Klatt 2015a; 2015b). Como puntos en común encontramos criterios de pesaje (que funcionan como cargas argumentativas) como la calidad y exhaustividad de la argumentación, la cercanía material al asunto, la inclusión en el debate, entre otros.

Así, en caso de juzgar deficiencias en el procedimiento deliberativo parlamentario y siempre que esto sea posible, sería dable encontrar mecanismos de reenvío o comunicación entre autoridades para proteger las distintas esferas competenciales.

²¹ Sobre este último punto, véase, entre otros, Böckenförde (1990), así como la discusión de la objeción de la “sobreconstitucionalización” en Alexy (2002).

²² Como se ha discutido en Bar-Siman-Tov (2012) especialmente en la página 274 y siguientes.

3.2 La tesis de la única respuesta correcta

Ahora bien, surge la pregunta si en realidad las decisiones de las cortes constitucionales implican una validez de tipo binario (esto es, correcto o incorrecto). De ser así, y según algunos autores, encontraríamos un profundo punto de contradicción respecto a los prospectos del pluralismo dentro del Estado (Rosenfeld, 2005). Cabe apuntar que, además, sostener la tesis de la única respuesta correcta va lejos de negar el distinto carácter (a nivel estructural o lógico si se quiere) de los principios jurídicos. Al contrario, a menudo se le ha defendido desde la teoría de los principios, aunque no sin matices e incluso con algunas ambivalencias. Veamos brevemente.

Es cierto que media distancia entre la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta y su recepción en Alexy. Como se sabe, Dworkin aducía en forma contrafáctica que un juez ideal (Hércules) llegaría a la (única) solución correcta para cada caso que se le presente. Una interpretación particularmente fuerte adscribiría tintes *ontológicos*, donde el juez solo encontraría los hechos normativos (morales y/o jurídicos) relevantes para resolver el caso.²³

La teoría de la argumentación jurídica expuesta por Robert Alexy recoge esta figura con matices relevantes que vienen dados por su recepción de la ética del discurso Habermasiana. Alexy sostiene que, aun en los *discursos ideales* (es decir, aquellos en los que sus participantes discutieran siguiendo las reglas del discurso bajo condiciones de sinceridad, completitud en la información, inclusión de todos los afectados, tiempo ilimitado, etc), existirían preguntas prácticas que admitirían una variedad de respuestas razonables y un conjunto de respuestas que sí converjan en modalizar determinada conducta necesariamente como obligatoria o prohibida.²⁴ Cabe decir que, para los fines de la justificación de la teoría de Alexy, es necesario que estas últimas preguntas, que encuentran una respuesta necesaria, sean preponderantes, creando una *base para la proporcionalidad* (Alexy, 2017, p. 47). Una cuestión abierta es determinar los estándares para tal predominancia.

Aun tras enfatizar que la teoría del discurso no implica llegar a una única respuesta correcta en un número de preguntas prácticas, Alexy sostiene que tal tesis (de la única respuesta correcta) es un presupuesto necesario del discurso. Pretender que la propia solución (del participante en el discurso) sea la correcta es lo que desde un inicio permite participar en él como una “empresa seria” (Alexy, 2007, p. 348). Según esta postura, sin este punto de orientación (es decir, si los participantes en el discurso no pretendieran demostrar la corrección de sus posturas) perdería sentido el intercambiar razonamientos.

Y, en el discurso de los jueces, que quizás huelgue recordar que son discursos reales con las limitaciones que de ello siguen (una conocida crítica a la aplicabilidad de la teoría del discurso a la práctica jurídica se basa en este punto),²⁵ también es necesario mantener la tesis de la única respuesta correcta como ideal regulativo. Para

²³ Ejemplos de esta interpretación se encuentran en Alexy (1988, p. 58) y Neumann (2004, pp. 37-39).

²⁴ Véase Alexy (1988, pp. 59 y ss.); Alexy (2017).

²⁵ Véase Neumann (1986, pp. 84 y ss.); Alexy (1999, pp. 376-7).

examinar este punto, que es el que más relevancia tiene para nuestra cuestión, veamos lo siguiente.

Es relevante el sentido en que Jan-Reinard Sieckmann ha levantado dudas sobre la necesidad y alcance de la pretensión de corrección. En resumen, Sieckmann (2007, p. 36) sostiene que tal pretensión puede significar distintos ordenes de fuerza, de mayor a menor: (i) verdad o exclusividad, al ser la única respuesta correcta; (ii) plausibilidad o inderrotabilidad, en el sentido de que no se pueda demostrar la falsedad del juicio; o (ii) el soporte por algún argumento, aun si este lo conociéramos como derrotable.

Philipp Siedenburg apunta que, en respuesta, Alexy (2007, p. 349) introduce cierta restricción en su teoría ²⁶ al enunciar lo siguiente: es suficiente que se actualice una pretensión de poseer razones sólidas (*claim to have sound reasons*) y no de poseer razones que garanticen (esto es, en forma absoluta) la corrección pretendida. Como lo señala Siedenburg (2016, p. 59), la pretensión de contar con razones sólidas nos apartaría de la lógica exclusiva o binaria de la tesis de la única respuesta correcta o corrección en el sentido fuerte. La pretensión de corrección en el sentido fuerte (contar con razones que garanticen la corrección de un juicio) implica necesariamente excluir otras respuestas al ser incorrectas. Por el contrario, si la pretensión de corrección se restringe a contar con sólidas razones, de ello no se sigue sin más excluir otras respuestas que bien pueden fundamentarse con razones igualmente sólidas.

3.3 Discrecionalidad judicial: ¿entre corrección y razonabilidad?

En este tenor, podríamos reformular nuestra pregunta en el siguiente sentido: ¿que las resoluciones judiciales presenten sus fundamentaciones *como si* fueran la única respuesta correcta al caso en cuestión es necesario o, por el contrario, contingente? Esta es una línea de investigación pendiente sobre la que solo apuntaría lo siguiente:

Existen buenos elementos para sostener que la función del juez constitucional y especialmente su posición y relaciones *institucionales* requieren una tesis de necesidad como respuesta. Además, el ámbito institucional fundamentaría el rol contrafáctico (i.e. el *como si*) de sostener una actitud que avale la tesis de la única respuesta correcta (Neumann, 2004; Schulz, 2007; Siedenburg, 2016). Esto quizás sea más evidente si tomamos en cuenta al ámbito pragmático-normativo en el que se realiza el control de constitucionalidad. Para revisar los actos de otras autoridades se vuelve necesario sostener que la perspectiva propia del juez constitucional o de control puede distinguir la solución correcta conforme al ordenamiento constitucional pues ello sería el parámetro indispensable para revisar la constitucionalidad (Schulz, 2007, p. 355).

²⁶ Lo cierto es que esto tocaría a introducir tal restricción de forma explícita. Desde trabajos anteriores podemos encontrar que Alexy (1988, p. 63) dejaba abierta la puerta a trazar una equivalencia entre el concepto de corrección discursiva relativa (opuesta a la corrección discursiva absoluta) y la razonabilidad, “afirmabilidad avalada” (*warranted assertibility*), entre otros.

Pero también es cierto que la tesis de la única respuesta correcta sirve como una especie de puente entre el discurso práctico del juez y aquel del público en general, que en virtud de ello le puede criticar por deficiencias en su argumentación:

se trata de la pregunta práctica sobre la controlabilidad de las decisiones oficiales y judiciales a través del poder judicial, pero también a través de la ciencia jurídica. Las pretensiones de verdad y corrección hacen que las decisiones judiciales sean susceptibles de crítica. Esto beneficia sobre todo al crítico sin poder institucional como lo serían los integrantes de la ciencia jurídica académica. Afirmar que se debe sostener el modelo de la única decisión correcta como 'ideal regulativo' no tiene como único objetivo a la situación práctica del administrador del derecho en lo individual, sino que toca a las condiciones prácticas del sistema jurídico en su conjunto (Neumann, 2004, pp. 10-11).

Ahora bien, y volviendo a la cuestión de la fundamentación en sede judicial ante situaciones de una posible pluralidad de respuestas razonables, surge la intuición de que nuestra cuestión empata aquí también con la de modelos de control constitucional que no pretenden ser exclusivamente sustantivos. En principio, es dable que los jueces den cuenta, aun dentro de la misma resolución, de la naturaleza cíclica de las justificaciones dentro del Estado constitucional.²⁷ Así, para el caso concreto se deberá establecer la respuesta correcta conforme al derecho vigente, pero nada impide (y probablemente podríamos hablar de una obligación) que se apunten cargas deliberativas en su caso para las futuras instancias del debate público.

4. Conclusión preliminar

La tolerancia es una virtud (y con ello, quizás más privada que pública) indispensable para la vida de un Estado constitucional. No obstante, su uso deviene insuficiente al nivel de la justificación pública. Ya que los derechos se exigen, no cabe hablar de tolerancia sino garantía y desarrollo al nivel de lo justo o de las razones públicas. Ahora bien, a menudo la protección de los derechos está envuelta en una serie de desacuerdos al nivel de fundamentación y justificación. A ellos abona las condiciones del pluralismo *razonable*. En este aspecto, hemos apuntados algunas formas en que el ejercicio de la discrecionalidad judicial es indispensable y señala pesadas cargas argumentativas, empatando las dimensiones sustantivas, procedimentales, absolutas y relativas de los derechos fundamentales. Aunque en forma prospectiva, podemos decir que es la reflexividad implicada en la pretensión de corrección lo que permitiría la (siempre necesaria) crítica y control democrático.

²⁷ Un modelo para dar cuenta de ello desde la teoría de los principios se encuentra en Azevedo Palu (2017, pp. 368-370; 2019).

5. Referencias

- Ackerman, B. (1991). *We the People 1: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University.
- Alexy, R. (1988). Problems of Discourse Theory. *Crítica: Revista hispanoamericana de filosofía*, 20(58), 43-65.
- Alexy, R. (1999). The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, 12(4), 374-384.
- Alexy, R. (2002). Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. En R. Alexy, Kunig, P, Heun, W, Hermes, G, Erbguth, W, Höfling, W/ Streinz, REpiney, A, (Eds.), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, (pp. 7-33), Berlín: De Gruyter.
- Alexy, R. (2007). Thirteen Replies. En G. Pavlakos (Ed.) *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 333-366). Oxford, Portland: Hart.
- Alexy, R. (2012). Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*, 25(1), 2-14.
- Alexy, R. (2017). The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(1), 31-47.
- Azevedo, G. A. (2017). Grundrechte, Demokratie und Formelle Prinzipien, *Ius Gentium*, 8(2), 362-407.
- Barkey, K. (2018). The Ottomans and Toleration. En V. A. Spencer (Ed.), *Toleration in Comparative Perspective* (pp. 81-98). Lanham: Lexington Books.
- Bar-Siman-Tov, I. (2012). Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, 6(3), 271-300.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turín: Einaudi.
- Böckenförde, E. W. (1990). Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*, 29(1), 1-31.
- Borowski, M. (2012). ¿Qué significa un crucifijo? En: *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*. Zaragoza: Fundación Giménez Abad.
- Casanova, J. (2008). The Problem of Religion and the Anxieties of European Secular Democracy. En T. A. Byrnes y P. J. Katzenstein (Eds.), *Religion and Democracy in Contemporary Europe*, (pp. 63-74), Londres: Alliance Publishing Trust.
- Casanova, J. (2018). Parallel Reformations in Latin America: A Critical Review of David Martin's Interpretation of the Pentecostal Revolution. En H. Joas (Ed.), *David Martin and the Sociology of Religion* (pp. 85-106). Londres: Routledge.
- Cohen, A. J. (2004). What Toleration Is. *Ethics*, 115(1), 68-95.
- Cover, R. M. (1983). Foreword: Nomos and narrative. *Harvard Law Review*, 97, 4-68.
- Duve, T. (2017). Was ist ›Multinormativität‹?: Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25, 88-101.

- Ferrara, A. (2019). Social freedom and reasonable pluralism: Reflections on *Freedom's Right*. *Philosophy & Social Criticism*, 20(10), 1-8.
- Ferrari, M. A. (1998). Le ragioni della tolleranza. Riflessioni sul pensiero di Norberto Bobbio. *Acta Philosophica*, 7(2), 299-322.
- Forst, R. (2017). Political Liberalism: A Kantian View. *Ethics*, 128(1), 123-144.
- Garzón, E. (2011). El sentido actual de la tolerancia. En E. Garzón Valdés, *Propuestas*. Madrid: Trotta.(pp.10 -19)
- Goldmann, M. (2016). Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 119-135.
- González, R. (2015a). Legalismo moral y tolerancia. Crónica de una muerte anunciada. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 15-54.
- González, R. (2015b). Universalismo generalista y particularismo moderado. Réplica a mis críticos. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 115-144.
- Greenberg, M. (2014). The Moral Impact Theory of Law. *Yale Law Journal*, 123, 1288-1342.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Habermas, J. (1981). *The Theory of Communicative Action vol 1: Reason and the Rationalization of Society*. (Trd. T. McCarthy). Boston: Beacon Press.
- Habermas, J. (1996 [1992]). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Trd. W. Rehg). Massachusetts: MIT Press.
- Habermas, J. (2005). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *Journal of Political Philosophy*, 13(1), 1-28.
- Jaspers, Karl (1949). *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte* (1st ed.). München: Piper Verlag.
- Jones, P. (2013). Moral Rights, Human Rights and Social Recognition. *Political Studies*, 61(2), 267-281.
- Klabbers, J. y Palombella, G. (Eds.). (2019). *The Challenge of Inter-legality*. Cambridge University Press.
- Klatt, M. (2015a). Positive rights: Who decides? Judicial review in Balance. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 354-382.
- Klatt, M. (2015b). Balancing competences: How Institutional Cosmopolitanism can Manage Jurisdictional Conflicts. *Global Constitutionalism*, 4(2), 195-226.
- Kölbel, M. (2004). III—Faultless disagreement. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 104(1), 3-73.
- Ladeur, K-H. y Augsberg, I. (2009). Der Buchstaben tötet, aber der Geist machet lebendig“? Zur Bedeutung des Gesetzesverständnisses der jüdischen Tradition für eine postmoderne Rechtstheorie. *Rechtstheorie*, 40, 431-471.

- Landemore, H. (2017). Beyond the fact of disagreement? The epistemic turn in deliberative democracy. *Social Epistemology*, 31(3), 277-295.
- Lizárraga, F. A. (2015). Tolerancia, modus vivendi y consenso en el liberalismo rawlsiano. *Discusiones XVI: Liberalismo y tolerancia*, 16(1), 73-97.
- Macedo, S. (1995). Liberal Civic Education and Religious Fundamentalism: The Case of God v. John Rawls? *Ethics*, 105(3), 468-496.
- Müller, J.-W. (2018). Rawls in Germany. *European Journal of Political Theory*, 1(2), 163-179.
- Neumann, U. (1986). *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Neumann, U. (2004). *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*. Baden-Baden: Nomos.
- Perju, V. (2012). Proportionality and Freedom: An Essay on Method in Constitutional Law. *Global Constitutionalism*, 1(2), 334-367.
- Pirni, A. (2018). *La sfida della convivenza: Per un'etica interculturale*. Pisa: Edizioni ETS.
- Queloz, M. (2018). How Genealogies can affect the Space of Reasons. *Synthese*, 1-23.
- Rasmussen, D.M. (2013). Defending Reasonability. The Centrality of Reasonability in the Later Rawls. *Philosophy & Social Criticism*, 30(5-6), 525-540.
- Rasmussen, D. M. (2017). From the Moral to the Political: The Question of Political Legitimacy in Non-Western Societies. *Philosophy & Social Criticism*, 43(4-5), 430-441.
- Rawls, J. (1989). The Domain of the Political and Overlapping Consensus. *New York University Law Review*, 64(2), 233-255.
- Rawls, J. (1996 [1993]). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999 [1971]). *A Theory of Justice* (edición revisada). Cambridge: Harvard University Press.
- Rorty, R. (1991). The Priority of Democracy to Philosophy. En R. Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers*, (pp. 175-196). Cambridge: Cambridge University Press.
- Rosenfeld, M. (2005). Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue Internationale de philosophie*, 233(3), 363-392.
- Sartori, G. (1997). Understanding Pluralism. *Journal of Democracy*, 8(4), 58-69.
- Schulz, L. (2007). Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 353-361.
- Sieckmann, J.-R. (2007). Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy. En G. Pavlakos (Ed.) *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 189-206). Oxford, Portland: Hart.
- Siedenburg, P. (2016). *Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung: Zur Argumentationsfigur der einzig Entscheidung*. Baden-Baden: Nomos.

Steinbock, U. (2009). *The Philosophy of Jürgen Habermas: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Stone, A. y Matthews, J. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 72-164.

Tamanaha, B. Z. (1993). The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 20(2), 192-217.

Zagrebelsky, G. (2007 [1992]). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trd. M. Gascón, 7ª ed.). Madrid: Trotta.

Zambrano, J. P. (2012). ¿Que moral para un derecho intercultural? La autonomía y el concepto “simpliciter” de tolerancia. *Trans/Form/Ação*, 35(3), 221-230.



Esta obra se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>