

# DISCUSIONES XVII

Autonomía  
y legitimidad



**Director**

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

**Secretarías de redacción**

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

**Comité Editorial**

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección Discusiones: Cortes

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección Discusiones: Libros

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección Discusiones: Balance

Responsable: Diego Dei Vecchi

*Diagramación interior y tapa:* Fabián Luzi

---

ISSN 1515-7326

Junio 2017 © EdiUNS, 2017

---

DISCUSIONES XVII  
“Autonomía y legitimidad”  
Juan Iosa (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: **DISCUSIÓN**

Introducción: Autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann. <i>Introduction: Moral Autonomy and Political Autonomy in Jan Sieckmann</i> .....	7
JUAN IOSA ( <i>UNC – US21 - CONICET</i> )	
Autonomía moral y legitimidad democrática. <i>Moral Autonomy and Democratic Legitimacy</i> .....	21
JAN-R. SIECKMANN ( <i>Universidad de Erlangen-UBA</i> )	
Autonomía, legitimidad y legalidad: en torno de un antiguo conflicto entre las facultades de filosofía y de derecho. <i>Autonomy, Legitimacy and Legality: About an Ancient Conflict Between Philosophy and Law Schools</i> .....	73
MAURÍCIO KEINERT ( <i>Universidad de San Pedro</i> )	
Autonomía, Democracia e Igualdad. <i>Autonomy, Democracy and Equality</i> .....	97
MARTÍN ALDAO ( <i>Instituto A.L.Gioja - UBA</i> )	
Legitimidad democrática, Rousseau y Kant. Respuesta a los comentarios de Aldao y Keinert. <i>Democratic legitimacy, Rousseau and Kant. Reply to the comments by Aldao and Keinert</i> .....	119
JAN-R. SIECKMANN ( <i>Universidad de Erlangen-UBA</i> )	

## SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

<i>A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa. A, B and C v. Ireland: abortion in Europe</i> .....	133
SILVINA ALVAREZ (Universidad Autónoma de Madrid)	

## SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff. <i>Responsibility, authority and democracy. A critical exploration of Antony Duff's philosophy criminal law</i> .....	167
JUAN PABLO MAÑALICH R. (Universidad de Chile)	

## SECCIÓN IV: BALANCE DE UNA DISCUSIÓN

La autoridad del derecho en contextos de injusticia socio-económica: diez años después. <i>The Authority of Law in Contexts of Socio-Economic Unjustice: Ten Years On</i> .....	223
MARCELO ALEGRE (UBA)	
Instrucciones para los autores .....	255

*Sección I*  
Discusión



## Introducción: autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann

*Introduction: Moral Autonomy and Political Autonomy in Jan Sieckman*

Juan Iosa\*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/10/ 2015.

Aceptación: 13/12/ 2015.

Recepción y aceptación final: 10/02/2016

**Resumen:** La introducción al texto de Jan Sieckmann, *Autonomía Moral y Legitimidad Democrática*, presenta esquemáticamente las principales tesis del texto y las críticas y aportes de sus comentaristas. Además presenta lo que a mi juicio son algunas de los problemas centrales que el texto enfrenta con la idea de facilitar su lectura crítica.

**Palabras clave:** Jan Sieckmann, Autonomía Moral, Legitimidad Democrática, Autonomía Política.

**Abstract:** This introduction to *Moral Autonomy and Democratic Legitimacy* of Jan Sieckmann schematically presents the main theses of the text and the criticisms and contributions of its commentators. In addition it presents what in my opinion are some of the central issues raised by the text, with the aim of making its critical reading easier

**Keywords:** Jan Sieckmann, Moral Autonomy, Democratic Legitimacy, Political Autonomy.

En nuestra común reflexión ética muchos sostenemos, siguiendo a Kant, que las normas morales a las que estamos vinculados surgen de nuestra razón práctica o voluntad racional: de nuestra autonomía moral. De hecho, en *Autonomía Moral y Legitimidad Democrática*, el texto sobre el que gira la discusión aquí propuesta, Jan Sieckmann afirma que esta idea ocupa el centro de la filosofía práctica moderna. Pese a ello es, al menos a mi parecer, un pensamiento bastante oscuro. A modo de clarificación baste aquí apuntar que refiere a una tesis acerca de la fuente de la normatividad moral: pretende dar cuenta tanto del contenido de la moral como de su autoridad, su carácter vinculante. Tenemos las normas morales que tenemos porque son esas las que nos hemos dado a nosotros mismos y tienen autoridad por esa misma razón. No quisiera abundar en la cuestión, ello corresponde al autor del texto principal puesto en debate. Sí quisiera, con el fin de facilitar la comprensión de la discusión que aquí introduzco, distinguirla de otras ideas análogas y también vinculadas al término “autonomía”.

Debe distinguirse en primer lugar de la autonomía personal. Somos autónomos en este segundo sentido cuando elegimos por nosotros mismos entre un conjunto de opciones disponibles. En última instancia cuando elegimos nuestro modo de vida. Aquí la idea central es que podemos elegir y que en ello hay un valor, algo digno de respeto. Pero podemos elegir mal o bien. Si nuestras elecciones son o no valiosas dependerá de cómo la moral las califica; quien sostiene la idea de autonomía moral considera que de aquí emana esa calificación. La autonomía personal entonces apunta a nuestras elecciones, la autonomía moral, en cambio, a la fuente de la calificación moral de esas elecciones.

También es importante distinguir una tercera idea de autonomía: no interferencia en la tradición liberal, no dominación en la republicana. Ingresar al análisis de su mutua relación y al debate suscitado al respecto está fuera de lo que pretendo hacer en este texto. Baste señalar que cuando hablamos de autonomía como no interferencia pensamos en un límite, en un espacio libre de las intervenciones ajenas, donde podamos ejercer nuestra propia capacidad de elección. El liberal exige al Estado que asegure que ni el propio estado ni los demás ciudadanos violen ese espacio de autonomía individual. La idea



de no dominación va un poco más lejos: no se contenta con que de hecho no haya interferencia, exige que el Estado nos garantice que aquel que hoy no interfiere no podrá mañana hacerlo aun si quisiera: que tendrá los incentivos necesarios para asegurarnos que no estaremos sometidos a su voluntad.

Estas ideas están relacionadas de un modo directo con el individuo. Pareciera (al menos en la tradición kantiana, de donde nos viene en su forma actual)<sup>1</sup> que el agente racional es la fuente de la autonomía moral, este mismo agente es el que elige en virtud de su autonomía personal y se espera que el Estado le asegure a él el goce de un espacio de no interferencia/no dominación, justamente para que pueda elegir por sí. De aquí que a veces se hable de “autonomía individual” sin aclarar mucho a cuál de estas ideas se hace referencia. Como veremos esta ambigüedad es fuente de uno de los problemas que surgen en la discusión que nos ocupa.

Una cuarta idea de autonomía deja de hacer centro en el individuo para hacerlo en la sociedad, en el colectivo. Me refiero a la autonomía pública, política. La idea es que el derecho es legítimo cuando somos, en algún sentido, sus autores, cuando hemos participado, en alguna medida, en su creación. Obsérvese que mientras las segunda y tercera idea de autonomía se refieren a conceptos un tanto divergentes, la primera (moral) y la cuarta (política) son bastante parecidas: ambas se refieren a la fuente de un sistema de normas (morales y jurídicas respectivamente) y ambas refieren su legitimidad, su capacidad de vincularnos, a la posibilidad de imputárnoslas a nosotros mismos. Son ideas al menos análogas. ¿Pero cuál es, en definitiva, su relación? ¿Hay alguna prioridad, conceptual o normativa, entre autonomía moral y autonomía política? ¿O son acaso, tal como pretende Habermas, ideas cooriginarias, que no dependen una de otra sino de un principio común, como su principio del discurso? Y por cierto, ¿son realmente compatibles? ¿Si estoy vinculado a obedecer las leyes colectivas, me

<sup>1</sup> Aunque, como veremos, Sieckmann introduce en la autonomía moral la idea de reflexión intersubjetiva, ajena al pensamiento Kantiano tal como él lo formulara.

parezcan o no correctas<sup>2</sup>, hay algún sentido genuino en que me obedezco a mí mismo? ¿No será acaso todo este discurso mera ideología legitimadora de la heteronomía, del gobierno de los otros?

En “*Autonomía moral y legitimidad democrática*”<sup>3</sup> Jan Sieckmann nos ofrece una teoría de la autonomía moral, una teoría de la autonomía política (de la legitimidad democrática) y de cómo se vinculan, conceptual y normativamente, ambos sistemas teóricos. Parte del referido isomorfismo entre la autonomía moral del individuo, “la formación de juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos” y la autonomía política, el proceso democrático de formación de normas jurídicas, colectivas. En este último, los agentes también introducen juicios y argumentos. Pero aquí lo hacen a través de un proceso institucionalizado. Cuando en cualquiera de ambos procesos se logra una convergencia razonable, las normas dictadas son, a su juicio, vinculantes, legítimas.

Si las ideas de autonomía moral y política funcionan, entonces han de dar cuenta del surgimiento, mediante el ejercicio de la autonomía, de normas (morales y jurídicas respectivamente) vinculantes para los sujetos que las dictan. Recordemos que en ambos casos la autonomía es entendida como autolegislación. En términos de Sieckmann “establecer la validez de una norma mediante las propias decisiones normativas de sus destinatarios: los agentes autónomos determinan por sí mismos qué norma es válida para ellos.” A su entender, cabe destacarlo, esta no es otra que la concepción kantiana de la autonomía<sup>4</sup>. ¿Pero cómo puede ser que las normas se vuelvan vinculantes, deberes genuinos, en virtud de las propias decisiones de los sujetos vinculados?

<sup>2</sup> La idea de autoría, valga la aclaración, no está necesariamente vinculada a la aceptación o a la creencia en la corrección de la norma en cuestión.

<sup>3</sup> El texto objeto de esta discusión se encuentra profundamente conectado a todo lo sostenido por Sieckmann en su libro *The Logic of Autonomy*, Hart Publishing, Oxford, 2012. Quien desee profundizar sus tesis y argumentos debe dirigirse a esa obra.

<sup>4</sup> Esta afirmación es relativizada en su respuesta a las contribuciones de Aldao y Keinert. Sieckmann allí afirma que su concepción es superadora de los problemas de las de Rousseau y Kant.

Sieckmann comienza su análisis destacando por un lado la ya largamente reconocida paradoja de la autonomía moral y, por otro, lo que aquí podríamos llamar paradoja de la autonomía política. La primera afirma que o bien la ley moral (las normas morales particulares, no el imperativo categórico, así entendida la idea no tendría sentido) surge de mi propia y contingente decisión, pero entonces no es ni objetiva, ni necesaria, ni vinculante universalmente. Incluso yo me puedo desvincular cambiando de opinión. O me obliga, me vincula tanto a mí como a los demás, pero no es producto de mi voluntad, de mi decisión personal, subjetiva, en ningún sentido relevante, sino más bien de su razonabilidad.

La autonomía política, por su parte, hace depender la vinculatoriedad de las normas del consenso (en algún sentido del término) de los obligados. Pero si el consenso es meramente empírico, un consenso de voluntades reales, no es vinculante: siempre alguien puede cambiar de parecer, de querer, y entonces se rompe el consenso. Y si el consenso es necesario, uno al que no se puede dejar de asentir, entonces no hay lugar para la voluntad, para la decisión y el querer contingente de los individuos participantes. Entonces o bien el consenso depende de la voluntad de los sujetos pero no es vinculante o bien es vinculante pero no depende en absoluto de su voluntad empírica, concreta. En cualquier caso no tenemos lo que queremos: un consenso autónomo y vinculante. Para ello hay que mostrar que el consenso es un contrato. Y la vinculatoriedad de los contratos (al menos dentro de esta tradición) es ininteligible sin la idea de autonomía moral la que, como vimos, sufre su propia paradoja.

El objetivo central de Sieckmann es ambicioso: ofrecer una teoría de la autonomía tal que resuelva estas paradojas y nos permita dar cuenta primero de la objetividad y vinculatoriedad de la moral sin dejar de lado la relevancia de la decisión individual y, segundo, de la obligatoriedad de las decisiones de una comunidad política respecto de sujetos que se conciben a sí mismos como autónomos. La suerte de su texto se juega aquí. Curiosamente, y esto creo que es fuente de futuros problemas, Sieckmann, al presentar la “estructura del razonamiento autónomo” o “lógica de la autonomía” no hace mayores

distingos entre autonomía moral y autonomía política: a su entender presentan una estructura común. Más explícitamente, Sieckmann sostiene que la lógica de la autonomía moral es análoga al proceso democrático de toma de decisiones colectivas y permite, en consecuencia, guiar el diseño y la evaluación de la legitimidad de las instituciones democráticas (sobre este punto hay que destacar el aporte de Marín Aldao, que pone a funcionar el aparato teórico de Sieckmann con notable claridad y agudeza en la evaluación de instituciones y decisiones concretas). La única diferencia ostensible parece ser que en la segunda la reflexión es institucionalizada. ¿Pero basta esta afirmación para luego diferenciar entre el sistema de normas morales y el de las jurídicas? No pretendo contarles la película. Pero, al solo efecto de plantear con mayor claridad esta y otras inquietudes que espero sean útiles a la hora de leer críticamente el texto, adelantaré sucinta y esquemáticamente algunas de sus ideas.

Sieckmann entiende que el proceso de autolegislación de normas morales y políticas por y para los individuos es una reflexión colectiva, intersubjetiva, que incluye los siguientes pasos. Primero los agentes plantean *pretensiones normativas*, basadas en sus *intereses*, acerca de determinada cuestión. En el caso de las expresiones ofensivas por ejemplo, entran en conflicto el derecho personal al honor y la libertad de expresión. Algunos pueden pretender que se prohíban las expresiones ofensivas; otros que siempre esté permitida cualquier expresión, aun si ofensiva. Cuando hay, como en este caso, conflicto entre diversas pretensiones normativas, los agentes, individualmente, ponderan esas pretensiones y emiten juicios relativos a cómo debe resolverse el conflicto. Si sigue habiendo desacuerdo, ahora en el nivel de los juicios de los diversos agentes, y dado que ninguno puede definir la situación normativa por sí solo, se abre una segunda ponderación que incluye, ahora sí, una reflexión colectiva sobre qué norma debe ser aceptada como definitivamente válida. Si una norma particular logra aceptación común tras este proceso, es definitivamente válida.

Tenemos suficientes elementos como para apuntar ciertas perplejidades. Primero algunos puntos que destaca y critica Keinert en su comentario. ¿Realmente la concepción de la autonomía de Sieckmann

puede reclamar, como parece sugerir el texto principal, pedigree kantiano? ¿Entiende Sieckmann la idea de autonomía en términos análogos a cómo la entiende Kant? Para averiguarlo no queda más que hacer exégesis del pensamiento kantiano. A mi entender el punto de Keinert es que en Kant las máximas, el principio subjetivo del obrar, no cumplen el rol que Sieckmann atribuye, en su propio pero análogo lenguaje, a los intereses y decisiones subjetivas. En última instancia en Kant, según Keinert, lo único que garantiza la moralidad de una máxima es su forma de ley, su universalidad. En otras palabras, para Kant la moral no está en la máxima sino en la ley práctica. De aquí que para Keinert tampoco haya en Kant ninguna paradoja de la autonomía: la ley no surge en absoluto de la voluntad particular de los agentes sino de la estructura de la voluntad racional. Un ser capaz de actuar por razones toma por tales solo aquellas que puedan serlo para cualquier agente racional. Ello depende de que sean razones universalizables, que cualquier agente podría aceptar. Repitiendo la idea en términos canónicos: la universalizabilidad, la fórmula de la ley universal, primera formulación del imperativo categórico, no surge en absoluto de las voluntades particulares sino de la estructura de una voluntad racional y la potencia legislativa de las máximas particulares y contingentes de los individuos depende enteramente de su conformidad con aquella. Keinert, entiendo, lee a Kant en términos realistas (lectura expresamente rechazada por Sieckmann en su texto). De aquí que Keinert también acuse a Sieckmann de confundir autonomía personal con autonomía individual. Desgraciadamente no precisa Keinert, al menos no todo lo que se pudiera esperar, qué entiende por este término. Al respecto dice que

se trata de una concepción extremadamente liberal del concepto de individuo, visto como portador de intereses determinados de manera puramente mecánica... Esta lectura supone que es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimación (...) y no exactamente el concepto de autonomía.

Es el acento en la voluntad y los intereses de los individuos presente en la concepción de Sieckmann lo que hace a Keinert calificarla de

centrada más en la autonomía individual que en la moral. Creo que esto nos permite inferir que cuando Keinert habla aquí de autonomía individual se está refiriendo a lo que arriba denominamos autonomía personal<sup>5</sup>. Esto se ve claro cuando remite, como aval para su postura a “Autonomy, Plurality and Public Reason”, de Onora O’Neill. En su texto, ella indica que en los últimos años la autonomía ha sido frecuentemente concebida como una característica de los individuos que moldean o gobiernan sus propias vidas (a través de sus decisiones, sus intereses)<sup>6</sup>. En todo caso hay aquí dos cuestiones. La primera de naturaleza exegetica. Cuando Kant hablaba de que la voluntad de un agente racional es autolegisladora, ¿se estaba refiriendo a sus intereses y decisiones particulares? Solo si esto es así existe la paradoja de la autonomía en Kant. La segunda es de naturaleza filosófica (aquí podemos dejar completamente a Kant de lado). Una concepción plausible de la autonomía, que parta de cómo funciona efectivamente la facultad moral en los seres humanos, ¿debe tomar en cuenta sus intereses como el insumo básico a partir del cual derivar, mediante algún proceso como la universalización, la reflexión colectiva, la ponderación, etc., las normas morales que los han de vincular? Sieckmann pretende que la suya es la concepción correcta de la autonomía moral. Lo que tenemos que evaluar entonces es si a partir de los intereses contingentes de los sujetos y a partir del procedimiento que propone, podemos extraer normas vinculantes.

<sup>5</sup> Es importante destacar que Sieckmann explícitamente niega que esté confundiendo autonomía moral y personal: “La autonomía personal... comprende la decisión de conducirse moralmente o no, pero no la determinación de qué normas resultan moralmente válidas.” La crítica de Keinert, a mi juicio, debe entenderse en el sentido de que el arsenal teórico de Sieckmann no le permite más que dar cuenta de la idea de autonomía personal, que no puede con ese instrumental justificar la autolegislación de normas definitivamente vinculantes.

<sup>6</sup> O’Neill, O., “Autonomy, Plurality and Public Reason”, en Brender, N., Krasnoff, L. (Eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 182-3. El agregado entre paréntesis es mío.

Un par de señalamientos sobre este proceso en lo que atañe a la producción de normas morales. Comenzamos con los intereses de los agentes. A partir de ellos se plantean pretensiones normativas, *i.e.* qué debe ser aceptado como norma definitivamente válida. Estas pretensiones, para poder ingresar como argumentos, deben ser universalizables, y cumplir con el resto de los requisitos formales de la ética del discurso: ser coherentes, tratar igual los casos iguales, no depender de afirmaciones empíricas falsas, etc. Pero imaginemos un potencial desacuerdo respecto de una cuestión particular. Tomemos el ejemplo de las expresiones ofensivas. Algunos pueden pretender que todas las expresiones ofensivas deben ser prohibidas. Otros que cualquier expresión, incluso las ofensivas, debe estar permitida. Creo que podemos asumir que ambas pretensiones cumplen con los requisitos formales para ingresar a la reflexión. Bien, ahora hay que ponderarlas. ¿Sobre qué base? ¿Qué ha de usarse como criterio para determinar cuál tiene mayor peso? Sieckmann, consecuentemente, entiende que aquí no se pueden usar argumentos epistémicos. Estamos tratando de legislar las razones por las que hemos de guiarnos, no hay razones previas a las que apelar. Pero si no hay razones objetivas y sólo hay intereses que deben cumplir requisitos formales, ¿basta esto para resolver conflictos entre pretensiones antagónicas? De hecho no es esta la posición de Sieckmann. Una vieja crítica a Kant (sobre cuya corrección aquí no abro juicio) afirma que el imperativo categórico en su fórmula de la ley universal es vacío, que dos máximas contradictorias como las que acabamos de enunciar pueden ser simultáneamente universalizables. En el mismo sentido Sieckmann señala que varias máximas contradictorias pueden superar el test de universalizabilidad. Pero, supongamos, por un momento que esta fuera la posición defendida, que la crítica a Kant no diera en el clavo y bastara el criterio de universalizabilidad. Entonces, creo, cabría preguntarse si el argumento de Sieckmann no es sino una reformulación de Kant en términos actuales. En su respuesta a Aldao y Keinert, Sieckmann niega categóricamente que éste sea el caso, presentando su teoría como una nueva concepción de la autonomía como autolegislación, la que por fin resuelve la paradoja planteada, cosa que, a su entender, Kant no hacía. Pero si la referida

crítica es certera y el criterio de universalizabilidad, coherencia, etc., no basta, entonces cabe preguntarse ¿sobre qué base hacemos, ya individual, ya colectivamente, la ponderación? Tal vez la respuesta es que no hay criterios. Esto parece implicar Sieckmann cuando afirma que

...una característica esencial de la ponderación de argumentos normativos es que la prevalencia de un argumento sobre los demás no puede deducirse de criterios objetivos sino que requiere un juicio normativo. Por consiguiente, el agente podría haber tomado una decisión diferente, y en este sentido su juicio es libre.

No resulta claro qué quiere decir que un *juicio sea libre*. ¿Está Sieckmann tal vez afirmando que estamos ante una mera decisión? ¿Pero cómo esta opción podría explicar la vinculatoriedad de la argumentación autónoma? Sin duda no es ésta su postura:

...el juicio autónomo no supone una decisión arbitraria, como escoger entre té o café. Al contrario: cualquiera que sea el juicio, viene exigido por el argumento normativo más fuerte y, por lo tanto, ha de entenderse como una decisión exigida por razones normativas.

Bien. Pero si no son razones objetivas, previas a la ponderación, ni pueden ser meramente formales, ¿cuáles son, entonces, estas razones? Tal vez su respuesta sea que los argumentos normativos incluyen *mandatos de validez reiterados*. Podemos ver la idea en el texto. En todo caso lo que aquí interesa es que a su entender estos mandatos explican la idea de autolegislación. Habrá que prestar mucha atención al leerla pues es, sin duda, oscura. En todo caso, a mi juicio, al estudiar el texto valdrá estar atentos a la cuestión de cuál es el criterio que permite la ponderación de los argumentos basados en pretensiones normativas.

Retomemos, ahora el tema de la distinción entre moral y derecho. Según Sieckmann, tanto en la moral como en el derecho las normas vinculantes han de ser el producto de la reflexión intersubjetiva, del consenso (en el particular sentido de Sieckmann). Primer punto. Ésta bien puede ser una tesis normativa respecto del derecho: sólo es vinculante, legítimo, el derecho que nos trata adecuadamente como autores.



¿Pero cuál es la tesis respecto de la moral? No puede, me parece, ser una tesis normativa del tipo “sólo serán vinculantes las normas morales sobre las que haya habido suficiente debate público”. ¿Querría esto decir que cuando no se da el caso de una reflexión moral intersubjetiva profunda no tenemos deberes morales? No parece plausible pensar que ésta sea la tesis sostenida. Tampoco puede ser una tesis sobre cómo *de hecho* surgen nuestros deberes morales: (aun si aceptamos las reglas del discurso moral, a lo Habermas) no sucede, me parece, que debatamos públicamente acerca de cuáles son nuestros deberes morales, que estos surjan como fruto de ese debate. Sin embargo hay que insistir en una distinción presente en Sieckmann: la existente entre autonomía individual en sentido estricto y autonomía moral. En la autonomía individual el agente delibera solo. Pero el resultado de esa deliberación, en relación al resto de los agentes e incluso respecto de sí mismo, no es más que una pretensión normativa. Para que sea vinculante, para que sea una norma moral, es necesaria, a su juicio, la reflexión intersubjetiva. Y esto es lo que, al menos a mí, me llama la atención. Pues ahora no resulta obvio cómo distinguir la autonomía moral de la política.

Volvamos, desde otro ángulo, sobre esta última cuestión. ¿Si tanto los deberes morales como los jurídicos surgen de la ponderación colectiva de argumentos y pretensiones normativas, en qué se diferencian? ¿Cómo hemos de separar derecho y moral? Las normas secundarias, las instituciones, tienen que ser la clave de la respuesta correcta. ¿Pero acaso una reflexión moral colectiva no requeriría también normas secundarias? ¿Cómo, si no, definiríamos el colectivo relevante? Si es toda la humanidad, como parece debiera ser, eso mismo implicaría ya la aplicación de una norma secundaria. En todo caso, ¿cuál es la diferencia en Sieckmann entre la lógica de la autonomía moral y la de la autonomía política? Al respecto Sieckmann afirma que

las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes.

Pero, continúa inmediatamente "... la necesidad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla". Sin duda he aquí otra idea compleja. Dadas las dificultades para generar consenso, ¿delegamos el juicio o no lo delegamos? ¿O es acaso, tal como parece sugerir Sieckmann, que se pueden tener ambas cosas a la vez? Seguramente lo que se está sugiriendo es que los legisladores al dictar leyes deben seguir la estructura de la argumentación autónoma, que deben ponderar al igual que ponderamos en cuestiones morales. ¿Pero basta esto acaso para afirmar que no hay delegación de autonomía moral por parte de los sujetos, que no hemos sido liberados de sus exigencias, que autonomía moral y política son compatibles?

Por último ¿resuelve efectivamente Sieckmann la paradoja de la autonomía, ya en el nivel moral, ya en el político? De ser éste el caso, nos tiene que mostrar que las normas dependen de nuestra voluntad, nuestra aceptación y que, además, nos vinculan objetiva, necesaria y universalmente. Pero el texto parece derivar entre dos sentidos de vinculatoriedad o, más bien, entre una idea de vinculatoriedad en sentido estricto y una de pretensión de vinculatoriedad. En el primer sentido, aquél en el que pensamos si resulta que su propuesta resuelve la paradoja, una norma es vinculante cuando genera deberes genuinos, categóricos, de los que un sujeto no puede apartarse racionalmente. El mismo Sieckmann afirma que cuando la ponderación establece una norma válida y constituye, en consecuencia, un acto de legislación, "los/las destinatarios/as de la norma deben aceptarla como válida". Pero si bien todo indicaría que ésta es la idea que Sieckmann tiene en cuenta, cerca del final del trabajo parece asumir otra idea respecto de cuál sea la vinculatoriedad derivada del proceso de reflexión autónoma. Recordemos que a su entender no hay normas vinculantes sin reflexión colectiva. Idealmente esta reflexión debería llevar al consenso. Pero dadas las dificultades de un consenso universal necesitamos debilitar la idea. El criterio que propone Sieckmann es la convergencia razonable. Cuando hay convergencia razonable "esto justifica sostener la norma como vinculante incluso para sus opositores." Pero, y aquí la perplejidad, Sieckmann entiende que aun cuando haya convergencia

razonable, “su autonomía les permite (a los opositores) sostener una concepción normativa opuesta”<sup>7</sup>. Esto es, la convergencia razonable puede justificar, por ejemplo, la coerción estatal de ciertas conductas. Pero el agente autónomo siempre puede considerar que los argumentos ofrecidos no lo convencen y por lo tanto no considerarse vinculado en sentido fuerte, por deberes genuinos surgidos de la argumentación autónoma intersubjetiva. Parece haber entonces dos concepciones de lo que significa que una norma es definitivamente válida, vinculante. La segunda, en sentido estricto, solo podría ser descripta como una pretensión de vinculatoriedad. ¿Pero basta con ésta, que es la que en última instancia adopta Sieckmann, para afirmar que se ha resuelto la paradoja de la autonomía?<sup>8</sup>

Sin duda en el texto principal, en los aportes de Aldao y Keinert y en la respuesta de Sieckmann, están las respuestas a estos interrogantes. No he pretendido aquí más que ofrecerlos al lector con la esperanza de que ingrese al debate con la curiosidad que merece. Ojalá haya cumplido ese propósito.

<sup>7</sup> El agregado entre paréntesis es mío.

<sup>8</sup> Que ésta es la postura de Sieckmann se ve con mayor claridad en Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford: Hart Publishing, 2012, págs. 122-125.



## Autonomía moral y legitimidad democrática

### *Moral Autonomy and Democratic Legitimacy*

Jan-R. Sieckmann\*

Recepción y evaluación de propuesta: 10/02/2015.

Aceptación: 17/04/2015.

Recepción y aceptación final: 04/07/2015.

**Resumen:** La autonomía consiste en la formación de juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. Esta concepción permite resolver la paradoja de la autonomía, es decir, cómo los autores de las normas pueden entenderse vinculados por esas mismas normas, explicar la validez objetiva de las normas como resultado de una argumentación autónoma y reconstruir la idea de la democracia como institucionalización de la argumentación autónoma. La argumentación autónoma es un proceso en el que los agentes introducen libremente argumentos normativos y juicios normativos y tratan de llegar a normas comunes a través de un proceso de reflexión intersubjetiva. Cuando de tales procesos resulta una convergencia razonable acerca de la validez de ciertas normas, es legítimo reclamar tales normas como vinculantes. La tarea de la democracia es crear un sistema político que realice las exigencias de la argumentación autónoma.

**Palabras clave:** argumentación autónoma, validez objetiva, democracia.

**Abstract:** Autonomy consists in the formation of normative judgments, on the basis of weighing normative arguments. This concep-

\* Universidad de Erlangen - Universidad de Buenos Aires.  
Correo electrónico: jan.sieckmann@fau.de, jansieckmann@yahoo.de  
Agradezco a Federico De Fazio, Martín Aldao, Laura Clérico y Juan Iosa por la revisión del trabajo y sus valiosos comentarios.

tion permits to solve the paradox of autonomy, that is to say, how the authors of the norms can be themselves bounded by those norms, explain the objective validity of the norms as a result of an autonomous argumentation and reconstruct the idea of democracy as an institutionalization of the autonomous argumentation. The autonomous argumentation is a process in which the agents freely introduce normative arguments and normative judgments and try to arrive to common norms through a process of inter subjective reflection. When the result of those processes is a reasonable convergence about the validity of certain norms, it is legitimate to claim that those norms are binding. The task of democracy is to create a political system that performs the requirements of autonomous argumentation.

**Keywords:** autonomous argumentation, objective validity, democracy.

## I. Introducción

El derecho, como cualquier otra forma de poder político, requiere contar con una legitimidad<sup>1</sup> tal que justifique el ejercicio del poder hasta la aplicación de la fuerza<sup>2</sup>. La pregunta entonces es cuál podría ser tal justificación. Podemos constatar que cualquier justificación del poder político debe basarse sobre la idea de la autonomía de los individuos que se ven sujetos a dicho poder. No tenemos otro criterio para legitimar el poder político. En cambio, sostener que existe una justificación del poder político sobre la base de un criterio independiente de la autonomía individual implicaría que algunos individuos pueden es-

<sup>1</sup> Originalmente había usado aquí el término “legitimación”, entendido como legitimidad que resulta de un proceso de justificación. Sin embargo, como Juan Iosa ha advertido, el término “legitimación” puede entenderse en otro sentido, por lo que en lo que sigue usaré el término “legitimidad”. *En este segundo sentido la legitimación de una norma equivaldría bien al proceso (no necesariamente racional) por el cual se logra su reconocimiento, la creencia en su legitimidad, bien a la creencia misma, (creencia que puede estar equivocada).* (Lo agregado en cursivas pertenece al editor).

<sup>2</sup> Véase Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre* (1797/98), § E, AB 36, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1914, t. 6, pág. 232. También Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres: Fontana, 1986, págs. 93, 190.

tar sujetos al poder político aunque podrían con razón objetarlo. Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimidad de este poder.

En este sentido, filósofos como Rousseau y Kant han destacado que se requiere una legitimidad política compatible con la libertad de los sujetos del poder político. El problema según Rousseau es encontrar una forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y gracias a la cual cada uno se obedezca sólo a sí mismo y permanezca tan libre como antes<sup>3</sup>. Como Kant enfatizó, el poder legislativo debe asignarse a la voluntad unida del pueblo. Como todo el derecho debe provenir de este poder, debe ser imposible que una ley de este poder implique un acto injusto contra alguien. Por el contrario, si un individuo dispusiera sobre otros, siempre sería posible que cometiese actos injustos. Por eso, según Kant, sólo la voluntad unificada de todos, en que cada uno y todos deciden lo mismo para todos y cada uno, puede legislar<sup>4</sup>. Entonces, el problema de la legitimidad del poder legislativo es el de cómo la existencia de las leyes puede resultar compatible con la libertad de cada uno, y cómo, a su vez, es posible dar cuenta de leyes tales que puedan contar con el consentimiento de cada uno y así resultar legítimas.

El consentimiento de los sujetos al poder forma el núcleo de la legitimidad democrática. Pero como el derecho consiste en normas que reclaman ser vinculantes y el poder político implica la competencia o autoridad de tomar decisiones vinculantes para toda la comunidad, no se puede esperar que en un sistema político los individuos queden tan libres como antes, es decir, en un estado natural. Van a perder algo de libertad, y quizás ganar otra forma de libertad. Lo importante es que ello esté justificado por el consentimiento de los individuos afectados.

El problema de la democracia es entonces cómo organizar un sistema tal que el derecho, o al menos la competencia para establecerlo, pueda recibir el consentimiento de cada uno de sus destinatarios. Esta idea, sin embargo, conlleva algunos problemas. ¿Qué tipo de consentimiento es necesario? ¿Por qué el consentimiento es vinculante y no puede ser revocado en cualquier momento? ¿Cómo puede sostenerse la idea de consentimiento frente a las limitaciones propias de cual-

<sup>3</sup> Rousseau, J. J., *Contrat Social*, Amsterdam, 1762, cap. 6.

<sup>4</sup> Kant, *op. cit.* (n.º 2), § 46, AA, t. 6, págs. 313-314.

quier sistema político real, en particular la necesidad de establecer autoridades que pueden tomar decisiones sin el consentimiento de todos los afectados? Discutiré diversos tipos de consentimiento, una concepción de la autonomía y de la argumentación autónoma que permite justificar normas vinculantes, y el diseño del sistema político desde la perspectiva de la argumentación autónoma.

## **II. El criterio del consentimiento**

El criterio del consentimiento puede entenderse de distintas maneras. Una distinción fundamental es entre consentimiento real e ideal. El consentimiento real es un acuerdo empírico. Presupone que actores reales acuerden de hecho sobre cierta solución. El consentimiento ideal presupone que un consenso cumpla ciertas condiciones que garanticen la fuerza justificatoria de este consenso, como un consenso logrado en un discurso ideal. Estas condiciones ideales pueden referirse a los actores, que pueden ser reales o ideales, o al mismo discurso, que puede ser un discurso real o ideal. Actores o discursos ideales se definen por ciertas condiciones ideales. Pero incluso en un discurso real con participantes reales valen ciertas exigencias ideales, como, por ejemplo, la información completa o la imparcialidad completa de sus participantes, que contribuyen a la fuerza justificatoria de tales discursos. Además, existen distintas formas de consentimientos empíricos o ideales. Un consentimiento empírico puede ser no solamente real, sino también hipotético, probable, o posible. Un consentimiento normativo puede ser necesario, hipotético, o posible.

### **II. 1. Tipos de consenso**

Entre los consensos empíricos podemos distinguir:

- Un consentimiento real existe cuando todos los agentes involucrados aceptan de hecho cierta norma.
- Un consentimiento hipotético existiría cuando se diera un consenso bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, se aceptaría un compromiso si los demás hicieran lo mismo. Aunque el consentimiento todavía no es real, se realiza cuando ciertas condiciones empíricas están dadas.



- Un consentimiento probable existe cuando se puede esperar consenso acerca de cierto tema. Por ejemplo, se puede esperar que cualquier proceso de la argumentación llegaría a un consenso acerca de la protección de la vida humana.
- Un consentimiento posible existe –en sentido empírico– cuando no se pueda excluir que todos acepten cierta solución. Otro sentido –un sentido procedimental– es que todos tengan la oportunidad de consentir. Esto requiere procedimientos en que todos pueden participar, es decir, un sistema democrático.

Por otro lado, entre los consensos ideales puede distinguirse:

- Un consentimiento necesario existe cuando cualquier agente racional debería aceptar cierta norma como resultado de la argumentación.
- En cambio, si no se puede mostrar que cierto consentimiento es imposible, existe un consentimiento posible en sentido ideal<sup>5</sup>.
- El consentimiento hipotético-ideal sería un consenso que se lograría entre agentes razonables bajo condiciones ideales. Por ejemplo, si nadie conociera su posición en la sociedad todos aceptarían principios de máxima libertad y cierta forma de igualdad<sup>6</sup>.

Una forma del consentimiento ideal es el consentimiento razonable, que es un consenso entre agentes razonables, es decir, agentes que juzgan de manera autónoma y racional<sup>7</sup>.

## 2. La fuerza justificatoria del consenso

El problema es si estos distintos tipos de consenso pueden ofrecer una justificación para el poder político. Al respecto, cada una de las alternativas tiene sus debilidades.

<sup>5</sup> Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Tr. de M. Atienza, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>6</sup> Cfr. Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.

<sup>7</sup> Entonces, razonabilidad se entiende como combinación de autonomía y racionalidad. Véase Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2012, 2, n.º 5.

El consentimiento empírico-real no es fácil de lograr en los casos problemáticos en los que existen controversias acerca de la solución correcta de la cuestión normativa. Además, sin las restricciones de un discurso ideal, no tiene fuerza justificatoria, porque es posible cometer errores argumentativos, y cualquier resultado podría aparecer como posible en este sentido<sup>8</sup>.

El consentimiento probable no puede presentar una justificación más allá de lo que cada uno piensa, porque cada uno sostiene que su posición es la correcta y espera que todos los demás, en cuanto racionales, acepten esta posición, y ninguno puede justificar que justamente su posición vaya a encontrar el consenso de todos.

El consentimiento empírico-hipotético no ofrece una ventaja, pues si se dieran las condiciones para el consentimiento, entonces resultaría un consenso real, y si no, no habría consenso. Y como el consenso empírico-real ya no puede ofrecer una justificación, tampoco la pueden ofrecer formas de consenso empírico que son meramente hipotéticas, probables o posibles.

El consentimiento necesario, por otra parte, presupone que ciertas normas deben ser consentidas o aprobadas necesariamente, en particular, como resultado de un discurso ideal. Pero para mostrar eso, el resultado debe ser calificado como correcto con independencia de la decisión de los agentes involucrados. Entonces el consentimiento parece resultar irrelevante para el resultado, y la autonomía individual queda reemplazada por criterios de validez que son independientes del juicio normativo individual.

El consentimiento hipotético-ideal presentaría una justificación, pero sería una forma de consenso necesario, porque todos los agentes razonables deben aceptar cierta solución en dichas condiciones, lo cual desconocería a la autonomía individual.

<sup>8</sup> Durante el proceso de edición de este trabajo Juan Iosa me ha señalado que esta tesis puede ser demasiado fuerte en la medida que niega que un consenso empírico total, como en una democracia directa y por unanimidad, conceda legitimidad a las leyes. De hecho, requerir un discurso ideal es demasiado exigente. Pero algunas exigencias del discurso ideal deben valer para que un consenso empírico tenga fuerza justificatoria. Aunque fuera poco probable, incluso un consenso empírico total podría ser ilegítimo.

La mera posibilidad de un consenso ideal o el hecho de que una norma sea discursivamente posible<sup>9</sup>, es insuficiente para establecer su validez normativa, ya que varias normas incompatibles entre sí podrían ser objeto de consenso o aprobación dentro de un discurso. Dado que toda norma válida implica la obligación de ser cumplida, y que las normas obligatorias que son incompatibles no pueden ser válidas al mismo tiempo, el criterio de un consenso posible no resulta ser un criterio de validez apropiado.

Además, cuando un consenso es meramente empírico y no necesario, cualquier agente podría cambiar su posición con la consecuencia que ya no habría más consenso. No sería vinculante. En cambio, si un consenso fuera necesario, parece entonces que no quedaría espacio para la autonomía de los individuos. Pero aún así subsiste la alternativa de interpretar el consenso como un contrato. Entonces, el consenso puede ser considerado como vinculante cuando y en la medida en que se pueda justificar qué contratos son vinculantes. La vinculatoriedad de contratos sería una norma objetiva de segundo nivel, que restringiría en algún grado la autonomía individual, aunque dejaría espacio para decisiones individuales. Como toda restricción de la autonomía individual, esta alternativa también requeriría una justificación. Pero no es claro si existe una justificación superior a la autonomía misma. Incluso el principio de la vinculatoriedad de los acuerdos requiere una justificación basada en la idea de autonomía individual. Si un agente razonable pudiera objetar este principio, entonces no estaría justificado.

Entonces queda el problema de cómo es posible una justificación normativa sobre la base de evaluaciones autónomas de todos los agentes involucrados. Esto nos lleva a la pregunta por la autonomía.

### III. La idea de autonomía

La idea de autonomía ocupa el centro de la filosofía práctica moderna. Literalmente, autonomía significa auto-legislación<sup>10</sup>, esto es,

<sup>9</sup> Cfr. Alexy, *op. cit.* n.º 5.

<sup>10</sup> Sobre la interpretación de la autonomía como auto-legislación, véase Bittner, R., *Moralisches Gebot oder Autonomie?*, Freiburg/München, Alber, 1983, 120; Reath, R., *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays*, Oxford: Clarendon Press, 2006, pág. 92.; y sobre la autonomía

establecer la validez de una norma mediante las propias decisiones normativas de sus destinatarios: los agentes autónomos determinan por sí mismos qué norma es válida para ellos<sup>11</sup>. En términos de Kant, la voluntad de un agente racional no sólo se encuentra sujeta a la ley moral, sino que además tiene que darse esa ley a sí mismo (*selbstgesetzgebend*) y justo por eso es que queda sujeto a la ley<sup>12</sup>. La idea de autonomía como auto-legislación, sin embargo, parece tener una estructura paradójica<sup>13</sup>. Entendida como auto-legislación, la autonomía parece exigir que la validez de las normas dependa de su reconocimiento, es decir, de que sus destinatarios, en cuanto agentes autónomos, reconozcan que esas normas son válidas. Pero, por otra parte, las normas pretenden vincular u obligar a sus destinatarios, y ¿cómo puede una persona estar vinculada por normas cuya validez depende de que ella misma, como destinataria, las reconozca como válidas? Si, por el contrario, las normas son válidas con independencia del juicio individual, ¿cómo puede sostenerse que los individuos son autónomos? Si ellos no determinan qué normas son válidas, no se están “auto-legislando”.

en general, Kaufmann, M., *Rechtsphilosophie*, Freiburg/München, Alber, 1996 o Schneewind, J., *The Invention of Autonomy*, New York: Cambridge University Press, 1998.

<sup>11</sup> La autonomía moral no siempre es interpretada como autolegislación. Pueden distinguirse la autolegislación y el juicio propio como dos concepciones de la autonomía moral. Véase Iosa, J., “Concepciones de la autonomía”, *Filosofía Social e Teoría do Direito*, 2010, 60; id., “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Análisi e diritto*, 2011, págs. 47-48.

<sup>12</sup> Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1911, t. 4, pág. 431. Trad. en Castellano: “La voluntad, de esta suerte, no está sometida exclusivamente a la ley, sino que lo es de la manera que puede ser considerada como legislándose a sí propia, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley (de la que ella misma puede considerarse autora”. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Por Manuel García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1980. (disponible en <http://www.cervantesvirtual.com>).

<sup>13</sup> Cfr. Wood, A., *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, págs. 109-110; Reath, A., *op. cit.*, n.º 10, pág. 93; Baumann, P., *Die Autonomie der Person*, Paderborn, Mentis, 2001, pág. 11; Bittner, R., *op. cit.* (n.º 10), pág. 118 y ss.; o Wolff, R.P., *In Defense of Anarchism*, Berkeley, University of California Press, 1973, págs. 180-81.

### III. 1. La paradoja de la autonomía

El dilema que plantea la idea de autonomía surge porque la auto-legislación implica que la validez de una norma depende de la voluntad, es decir, de un acto de reconocimiento<sup>14</sup> por parte de la persona a quien ésta se dirige. La validez debe entenderse en sentido normativo, es decir, la validez de una norma implica que ésta se debe aplicar y cumplir. Desde luego, esa elección debe ser razonable, o sea, debe cumplir con los requisitos de una decisión razonable; pero no puede derivarse de normas preexistentes que hayan sido establecidas sobre la base de la moral o la razón práctica. Ahora bien, si una norma es válida solo a causa de la decisión de sus destinatarios, cabría decir entonces que no puede ser vinculante para ellos, y por lo tanto tampoco ser válida en un sentido normativo. La paradoja de la autonomía surge, entonces, del hecho de que la decisión autónoma, por una parte, debe ser auto-determinada y no puede derivarse de normas preexistentes, mientras que, por la otra, pretende establecer una norma válida, lo que presupone que hay razones normativas por las cuales la norma en cuestión debe ser considerada válida y, por ende, vinculante para sus destinatarios. Así pues, las decisiones autónomas no pueden ser por completo libres: tienen que estar limitadas normativamente. El primer requisito hace depender la validez de las normas de la aceptación individual mientras que el segundo implica que dicha propiedad es, en algún sentido, independiente de la aceptación de sus destinatarios. ¿Cómo escapar de los cuernos de este dilema?

Parece que la discusión filosófica no ha encontrado todavía una respuesta plausible<sup>15</sup>, y que se ocupa, más bien, de otros fenómenos relacionados con, aunque distintos de, la autonomía en cuanto auto-legislación.

<sup>14</sup> Es decir, reconocimiento de la validez, no de la verdad. Se debe entenderlo como aceptación de la validez de una norma, no como acto epistémico.

<sup>15</sup> No obstante algunas sugerencias sobre cómo resolver este problema, cfr., por ejemplo, Paton, H. J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, 3° ed., London: Hutchinson, 1958, 182f.; Beck, L.W., *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, Chicago/London, Chicago University Press, 1960, pág. 123.

### III.1.1. *Concepciones de la autonomía como autolegislación*

Una interpretación usual de la autonomía la define como la capacidad para reconocer la ley moral y actuar conforme a ella; tal concepción, atribuida a Kant<sup>16</sup>, mantiene la idea de validez objetiva de las normas morales<sup>17</sup>. Podría ser denominada “concepción realista” de la autonomía. Esto, sin embargo, no cuadra con la idea de autonomía como auto-legislación, ya que presupone la existencia de una ley moral que ya es válida antes y con independencia de que sea reconocida o aceptada por agentes autónomos. Si se asume la tesis de que las normas son válidas no porque los individuos las acepten como tales, sino en virtud de algún criterio predeterminado, se termina asumiendo una teoría que socava la autonomía individual.

La autonomía podría residir aquí, desde el punto de vista de la “concepción realista” en el hecho de que, si bien una persona razonable adoptará necesariamente la ley moral, para estar sujeto a esta ley tiene que comprenderse a sí mismo como un ser razonable<sup>18</sup>. O sea, no es que las normas existan en un mundo independiente de nuestra mente, sino que se les atribuye validez. Sin embargo, ya está determinado a qué normas se debe atribuir validez. Así se combina una concepción realista con un elemento del constructivismo. Pero subsiste el problema de la idea de la auto-legislación, es decir, cómo puede una persona entenderse a sí misma obligada o vinculada por normas que son válidas como resultado de su propia decisión. Y en cualquier caso, esta concepción de la “autonomía sin elección”, donde la ley moral es la única opción para elegir, presenta como mucho un supuesto extremo, y no da cuenta del hecho de que amplias partes de

<sup>16</sup> Cfr. Kant, I., *op. cit.*, n.º 12, AA, t. 4, págs. 428, 431, 432, 440, 461; id., *Kritik der praktischen Vernunft*, AA, Berlin 1913, t. 5, pág. 31. También Wildt, A., *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pág. 173; Baumann, *op. cit.*, n.º 13, pág. 154.

<sup>17</sup> Cfr. Wood, *op. cit.*, n.º 13, 112; Kain, P., “Self legislation in Kant’s Moral Philosophy”, *Archiv für Geschichte der Philosophie*, 83, 2004, pág. 257 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. Kant, *op. cit.* (1996a: 4: 450). Juan Iosa ha advertido que en las traducciones de Kant al castellano se usa “racional”, no “razonable”. Sin embargo, el término “racional” puede ser entendido de manera limitada, que no incluye todo lo que implica ser razonable.

la moral se ocupan de la elección razonable, es decir, de la decisión libre basada en argumentos normativos y limitada por demandas de racionalidad<sup>19</sup>.

Si uno, por el contrario, intenta preservar la autonomía garantizando que la ley moral u otros principios vinculantes para los agentes autónomos tengan carácter meramente formal y dejen margen para la decisión individual, surge el problema de cómo podría considerarse que la decisión se encuentra normativamente limitada. En especial, si los agentes eligen máximas sujetas a la restricción que marca el imperativo categórico<sup>20</sup>, resulta que hay varias máximas que pueden superar el *test*. Pero entonces este criterio no ofrece una razón para creer que la máxima que elige el agente es vinculante para él, pues igualmente podría haber elegido una de esas otras máximas.

Otra propuesta es la que afirma que un agente es libre si primero elige una máxima por la que queda después vinculado<sup>21</sup>. Esto, sin embargo, significaría que se excluye una deliberación ulterior y que la decisión inicial es autoritativa. En consecuencia, la obligatoriedad deriva de la autoridad y no del razonamiento autónomo. Además, según esta interpretación, uno perdería su propia autonomía al hacer uso de ella, lo que resulta muy poco satisfactorio. Nada puede impedir a un agente autónomo cuestionar sus propias decisiones y efectuar una nueva elección. La decisión anterior, como tal, no afecta a la decisión posterior.

Una interpretación procedimental del imperativo categórico, entendido como proceso deliberativo más que como criterio estático de validez<sup>22</sup>, tampoco resuelve la cuestión. Sigue siendo un problema tanto que el proceso deliberativo pueda tener más de un resultado como que conduzca solo a un único resultado. Si son posibles resultados diferentes, parece que ninguno de ellos se puede considerar vinculante; y si solo es posible un único resultado, entonces no puede haber elección autónoma.

<sup>19</sup> Sobre la concepción de razonabilidad como combinación de autonomía y racionalidad véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, 2, n.º 5.

<sup>20</sup> Cfr. Paton, *op. cit.*, n.º 15, pág. 183.

<sup>21</sup> Brandom, R., *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)/Londres, Harvard University Press, 1994, pág. 50 y ss.

<sup>22</sup> Reath, *op. cit.*, n.º 10, pág. 104.

Tampoco la teoría del discurso<sup>23</sup> puede explicar cómo los agentes autónomos pueden quedar vinculados por el consenso alcanzado discursivamente. Aunque existiera consenso, en tanto que nada impide a los agentes autónomos revocar su consentimiento, éste no sería vinculante. Por otro lado, es cierto que la teoría del discurso no usa solo el criterio del consenso, sino trata de desarrollar argumentos pragmático-trascendentales que intentan revelar presupuestos necesarios de la praxis o práctica comunicativa<sup>24</sup> que cualquiera ha de aceptar necesariamente al tomar parte en la comunicación, y estos argumentos dan a entender que algunos de esos presupuestos implican derechos que deben ser reconocidos de manera necesaria. Tales derechos, en la medida en que refuerzan el razonamiento autónomo, encajan con la idea de autonomía y pueden justificarse como presupuestos de esta idea o, menos ambiciosamente, como instrumentos del razonamiento autónomo. Sin embargo, los argumentos pragmático-trascendentales no resultan ya compatibles con el razonamiento autónomo si pretenden introducir restricciones sustantivas sobre lo que los agentes autónomos pueden defender, reclamar o aceptar como normas válidas. Un individuo autónomo no tiene por qué aceptar las reglas de la práctica comunicativa si puede proponer una alternativa. Por lo tanto, la existencia de una praxis comunicativa y sus presupuestos no pueden limitar el razonamiento autónomo.

Desde otro punto de vista, pueden distinguirse tres tipos de concepciones de la autonomía como autolegislación<sup>25</sup>: el voluntarismo, el constructivismo y el realismo. El voluntarismo asume que el deber es constituido por actos de voluntad legislativos. El realismo asume que la ley moral está inscrita en la estructura normativa de la voluntad de un agente racional. El constructivismo entiende a los deberes

<sup>23</sup> Cfr. Habermas, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (orig.: Faktizität und Geltung, 4 ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994); id., *The Inclusion of the Other*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1998 (orig.: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996).

<sup>24</sup> Cfr. Apel, K.O., *Transformation der Philosophie*, t. 2, Frankfurt/aM., Suhrkamp, 1973; Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/aM., Suhrkamp, 1991; Alexy, R., "Diskurstheorie und Menschenrechte", en Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995, págs. 127-164

<sup>25</sup> Siguiendo a Iosa, *op. cit.*, n.º 11) págs. 69-70.



morales como resultado de un proceso de deliberación. Cada una de estas concepciones destaca algo importante para una concepción de autonomía: el elemento volitivo, la necesidad de construir normas a través de la deliberación, la pretensión de que las normas existen con cierta independencia de lo que cada uno crea y no son solo creaciones arbitrarias. Sin embargo, ninguna de estas concepciones parece adecuada: el voluntarismo no puede explicar cómo los actos voluntarios pueden ser vinculantes.

El realismo no deja la posibilidad de elegir y así no permite la autolegislación. El constructivismo no puede explicar cómo llegar a un resultado vinculante cuando la deliberación permite distintos resultados igualmente posibles y no puede explicar tampoco cómo es posible la autolegislación cuando sólo cabe un único resultado.

### III. 1.2. Concepciones que no tratan de autolegislación

En vista de que la filosofía práctica no encuentra una solución satisfactoria para la paradoja de la autonomía, algunos autores han sostenido que la idea de autonomía individual es una simple metáfora<sup>26</sup>, o que la noción de autonomía tiene sentido solo si se la concibe como autonomía política<sup>27</sup>. Así, la discusión acerca de la autonomía a menudo no se ocupa de la auto-legislación<sup>28</sup>, sino de la autodeterminación<sup>29</sup>; de la autonomía personal<sup>30</sup>; de la facultad de ordenarse hacer a sí mismo

<sup>26</sup> Patzig, G., “Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie”, en: Patzig, G., *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 1994, pág. 174 y ss.

<sup>27</sup> Baumann, *op. cit.*, n.º 13, pág. 11.

<sup>28</sup> Excepciones son Wood, *op. cit.*, n.º 13, pág. 106 y ss.; Reath, *op. cit.*, n.º 10, pág. 92 y ss.; Kain, *op. cit.*, n.º 17, pág. 257 y ss. Cfr. también Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991, págs. 137-138; Nagl-Docetal, H., “Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung”, en: Pauer-Studer, H. y Nagl-Docetal, H. (eds), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie*, Viena/Berlín, Oldenbourg/Akademie Verlag, 2003, págs. 296-326.

<sup>29</sup> Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1989, pág. 314 ss.; Mele, A.R., *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1995.

<sup>30</sup> Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986; Spector, H., *Autonomy and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994; Mele, *op. cit.*, n.º 29.

lo que se piensa que sería una buena idea hacer<sup>31</sup>; de la capacidad de abandonar la comunidad moral o de no seguir la ley moral<sup>32</sup>; o, en fin, del problema del libre albedrío. Sin embargo, ninguna de estas concepciones ofrece una explicación de la idea de auto-legislación. Por el contrario, deben distinguirse de ella.

La posibilidad y existencia del libre albedrío es un tema central en las discusiones filosóficas sobre autonomía. La cuestión es si las decisiones individuales pueden estar libres de predeterminaciones causales o empíricas<sup>33</sup>. No obstante, este enfoque no proporciona una concepción de la auto-legislación individual, sino que se ocupa más bien de un problema diferente: cómo conjugar la existencia de decisiones individuales con las concepciones empíricas del mundo, si son o no son causales, y de investigaciones de psicología cognitiva que ofrecen explicaciones empíricas de cómo funciona la mente humana<sup>34</sup>.

La noción de auto-legislación tiene que distinguirse también de la autodeterminación y de la autonomía personal y privada. La autodeterminación puede entenderse, de forma negativa, como lo contrario de la heteronomía<sup>35</sup>, es decir, como el derecho a juzgar y decidir por uno mismo sin estar sujeto a la influencia de otros; o bien puede entenderse positivamente, en el sentido de la autonomía personal, que incluye, por un lado, la capacidad y, por otro, el derecho a llevar una vida auto-determinada. Esto comprende la decisión de conducirse moralmente o no, pero no la determinación de qué normas resultan moralmente válidas. La autonomía privada significa que uno tiene competencia para regular por sí mismo sus propios asuntos. Pero, una vez más, nada de esto implica que la validez de las normas sea establecida por sus mismos destinatarios; cuando menos, todos estos enfoques son compatibles con la idea de unas normas preexistentes que son válidas con independencia del juicio individual; o bien, si se entiende que incluyen una elección, no pueden mostrar por qué la norma elegida tendría que reputarse vinculante. En definitiva, tam-

<sup>31</sup> Korsgaard, C., "The Authority of Reflection", en Korsgaard, C.M., *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pág. 107.

<sup>32</sup> Tugendhat, E., *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pág. 89.

<sup>33</sup> Cfr. Patzig, *op. cit.*, n.º 26, 176; Schneewind, *op. cit.*, n.º 10, págs. 515, 520.

<sup>34</sup> Cfr. Korsgaard, *op. cit.*, n.º 31, págs. 96-97.

<sup>35</sup> Cfr. Schneewind, *op. cit.*, n.º 10, pág. 4.

poco estas nociones permiten explicar la idea de autonomía como auto-legislación.

La noción de autonomía pública o política, en cambio, sí incluye la de auto-legislación, por cuanto se refiere a la determinación de normas colectivamente vinculantes. Pero tropieza, no obstante, con el problema de cómo es posible la auto-legislación. Sin una concepción de la auto-legislación individual, no está claro cómo pueda operar la auto-legislación colectiva. No funciona solo, en la realidad, sobre la base del consentimiento individual, sino que requiere decisiones colectivas que pueden ser mayoritarias o de ciertos órganos políticos. Si la autonomía pública es así, que los individuos pueden quedar sujetos a la decisión de la mayoría o a la decisión de los órganos políticos, esta sujeción, de nuevo, requiere una justificación referida al juicio individual y no explica la idea de auto-legislación.

En suma, ninguna de las concepciones mencionadas ofrece un tratamiento adecuado de la autonomía individual. Así que, voy a sugerir una concepción del razonamiento autónomo que define la autonomía como una estructura conforme a la cual un juicio normativo se forma sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. Una tesis central de este enfoque es precisamente que la estructura de la ponderación de argumentos normativos proporciona una solución a la paradoja de la autonomía tal como acabo de plantearla: la autonomía consiste, entonces, en la ponderación de argumentos normativos.

### III. 2. La lógica de la autonomía

La cuestión central que abordaré ahora es la justificación de normas basada en la idea de autonomía<sup>36</sup>. Esta justificación supone un “razonamiento autónomo”, o sea, un razonamiento hecho por agentes autónomos del que resultan decisiones con respecto a qué norma es definitivamente válida y, por tanto, vinculante u obligatoria para dichos agentes. El razonamiento autónomo comienza con agentes que plantean demandas o pretensiones normativas y efectúan juicios nor-

<sup>36</sup> Véase también: Sieckmann, J., “The Concept of Autonomy”, en Gizbert-Studnicki, T./Stelmach, J. (eds), *Law and Legal Cultures in the 21st Century, Diversity and Unity*, Cracovia, Oficina/Kluwers, 2007, págs. 149-170; Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, *op. cit.*, n.º 7.

mativos en cuanto a qué norma debe ser aceptada como válida en relación con esas pretensiones. Este razonamiento reconoce el derecho de cada agente autónomo a plantear pretensiones y formular juicios normativos, pero también reconoce que ninguno de ellos puede determinar, por medio de su propio juicio normativo individual, si esta o aquella norma es definitivamente vinculante para otros agentes. Las normas definitivamente vinculantes solo pueden determinarse mediante enunciados o proposiciones que tengan en cuenta los diversos juicios de los agentes autónomos (“tesis de la interdependencia”), lo cual requiere un proceso de reflexión intersubjetivo dirigido a determinar qué norma debe considerarse vinculante, sobre todo ante casos de desacuerdo razonable entre agentes autónomos. Por tanto, los enunciados normativos tienen que basarse en algo más que en los juicios normativos individuales. A su vez, el razonamiento autónomo implica que ninguna norma puede considerarse definitivamente válida con independencia de las pretensiones o juicios normativos de los agentes autónomos.

Por ejemplo, en el caso de las expresiones ofensivas, entran en conflicto los intereses en la protección del honor personal y los intereses en la libre expresión. Los agentes plantearán sus pretensiones normativas basadas en esos intereses, como la pretensión de que las expresiones ofensivas deben ser prohibidas, o la de que cualquier expresión, incluso las ofensivas, deben ser permitidas. El conflicto entre ambas pretensiones requiere de una ponderación, sobre cuya base los agentes efectuarán juicios normativos. Estos juicios darán prioridad a una de las pretensiones en conflicto, por más que condicionalmente suela entenderse, por ejemplo, que cualquier forma de expresión, incluso las insultantes, deben permitirse mientras tengan una causa legítima y no persigan meramente humillar a una persona. No obstante, distintos agentes pueden aducir juicios normativos diferentes, y ninguno/a de ellos/as puede pretender determinar la situación normativa por sí solo/a. De ahí que se necesite una segunda ponderación que incluya una reflexión intersubjetiva sobre qué norma debe ser aceptada como definitivamente válida en casos de pretensiones y juicios normativos contrapuestos. Esa reflexión intersubjetiva puede lograr la aceptación común de una norma particular como definitivamente válida. Si lo logra, uno puede sostener que dicha norma está objetivamente justificada y, en el supuesto de que se requiera una norma colectivamente

vinculante para todos, que dicha norma es objetivamente vinculante para sus destinatarios.

### *III. 2.1. Cómo no entender la autonomía*

El problema de la idea de autonomía como auto-legislación es cómo puede uno estar vinculado por una norma cuya validez depende del juicio de uno mismo. Si uno está en posición de decidir qué norma es válida, obviamente esa norma no puede vincular la decisión que uno tome. Y como uno es libre de cambiar su propia visión normativa, tampoco puede quedar vinculado por una decisión previa de considerar válida una norma. La dicotomía entre elección y obligatoriedad parece ineludible mientras concibamos la validez de las normas como algo parecido a su existencia objetiva. O bien una norma existe objetivamente, o sea, al margen del reconocimiento por parte de sus destinatarios, y entonces no hay autonomía, o bien la norma no existe objetivamente, en cuyo caso no puede ser vinculante para las personas a quienes se dirige. ¿Hay alguna alternativa a esta dicotomía? Para ser capaces de encontrarla, debemos evitar ciertas asunciones comunes.

(1) No debemos presuponer que las normas morales existen independientemente de su reconocimiento por parte de agentes autónomos. Por consiguiente, en el plano de la argumentación normativa debemos evitar un compromiso con el realismo moral.

El razonamiento autónomo tan solo garantiza la validez de normas al margen del consentimiento individual en la medida en que estas constituyen un marco para el razonamiento moral. Esto incluye, formalmente, requisitos de racionalidad práctica como, por ejemplo, ofrecer una justificación para las pretensiones normativas, tratar los casos iguales de igual manera o procurar cumplir las exigencias normativas en la mayor medida posible. E incluye también, sustantivamente, argumentos normativos basados en las pretensiones legítimas de los agentes autónomos. Estos argumentos ya son válidos y por tanto vinculan a otros agentes, si bien solo sea como argumentos, por cuanto es un agente autónomo quien ha planteado una de esas pretensiones. Los demás agentes deben aceptar tal pretensión como un argumento válido que debe ser ponderado con argumentos contrapuestos.

Más allá de los requisitos de racionalidad y argumentación normativa, sólo se puede pretender que las normas definitivas sean vinculantes si, además de ser resultado del razonamiento autónomo colectivo, producen una norma colectivamente vinculante. Sin embargo, la validez de estas normas depende de la aceptación de los agentes autónomos, y eso contradice el realismo moral.

(2) Debemos rechazar la idea de que los argumentos normativos a favor de una norma concreta implican pretensiones sobre su corrección moral en sentido cognitivo.

Los agentes autónomos deben presentar argumentos normativos acerca de qué norma debería considerarse válida, pero no pueden establecer individualmente normas vinculantes para otros agentes autónomos. Por lo tanto, no pueden pretender conocer por sí mismos lo que sea moralmente correcto. De otra parte, no necesitan justificar con razones cognitivas sus demandas basadas en intereses y sus correspondientes argumentos normativos. Antes bien, la autonomía incluye la competencia normativa para alegar esos argumentos, y con ello se establece la obligación para otros agentes de prestarles el debido respeto en su razonamiento.

(3) Debemos evitar tanto una interpretación descriptiva como una interpretación prescriptiva de los enunciados de normas que son usados como argumentos normativos<sup>37</sup>.

De acuerdo con una interpretación descriptiva, los enunciados normativos expresan proposiciones normativas. Si esas proposiciones son verdaderamente normativas, y no meras aserciones de hechos empíricos relativos a una particular norma<sup>38</sup>, entonces incluyen una descripción de una norma (N) y una adscripción de validez a dicha norma, con lo que se pretende que su contenido normativo debe efectiva-

<sup>37</sup> Para estas interpretaciones, cfr. Stuhlmann-Laeisz, R., *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart/Bad Cannstatt, Frommann-holzboog, 1983, 23; Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Vienna, Springer, 1971, pág. 121; v. Wright, G.H., *Norm and Action*, Londres/Nueva York, Routledge & Kegan Paul, 1963, pág. 132; Kamp, G., *Logik und Deontik*, Paderborn, Mentis, 2001, pág. 19.

<sup>38</sup> La otra interpretación, que se encuentra en v. Wright, *op. cit.* (n.º 37), 132, y en Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, n.º 37, 121, incluye aserciones descriptivas acerca de hechos empíricos, no de normas.

mente ser aplicado y observado. Sin embargo, los agentes autónomos, en el curso de su argumentación, no pueden plantear razonablemente esta pretensión, porque no pueden presuponer la existencia de una norma sin considerar las visiones normativas de otros agentes autónomos. En sus argumentos, solo pueden plantear pretensiones acerca de qué norma *debe ser aceptada* como válida.

Por otra parte, también debemos evitar una interpretación prescriptiva de los enunciados de normas usados como argumentos normativos, porque los agentes autónomos no están en posición de establecer prescripciones frente a otros agentes autónomos. Pueden plantear pretensiones o demandas normativas sobre otros agentes, pero la medida en que tales pretensiones hayan de ser aceptadas como normas definitivamente válidas, es decir, deban ser efectivamente aplicadas y observadas, no depende del juicio de un único agente, sino que puede determinarse solo sobre la base de los juicios normativos de todos los agentes autónomos implicados.

En suma, al analizar el razonamiento autónomo, el primer paso es dejar de lado las discusiones habituales sobre realismo moral, sobre cognitivismo y sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de los enunciados normativos. Estas discusiones no tienen mucho sentido sin una comprensión adecuada de la estructura de la justificación normativa. Lo que hace falta, en su lugar, es analizar qué sucede cuando los agentes autónomos aducen argumentos normativos en un intento de establecer normas como válidas y vinculantes.

### *III. 2.2. La estructura del razonamiento autónomo*

El punto de partida del razonamiento autónomo son las pretensiones o las demandas basadas en intereses, que constituyen argumentos normativos que exigen que cierta norma sea aceptada como definitivamente válida; un proceso del que resultan juicios normativos individuales y, eventualmente, aserciones normativas de normas definitivamente válidas y, por tanto, vinculantes. La peculiar estructura de los argumentos normativos, así como la de su ponderación por agentes autónomos, determina la estructura del razonamiento autónomo o, dicho en forma abreviada, la “lógica de la autonomía”. Y es esto lo que hace posible entender el concepto de autonomía como auto-legislación.

El núcleo del razonamiento autónomo consiste en la ponderación de argumentos normativos basados en las pretensiones de los agentes autónomos<sup>39</sup>. Los argumentos normativos exigen un resultado concreto de esta ponderación, un resultado plasmado en un juicio normativo que establece que cierta norma es definitivamente válida y, por tanto, ha de ser en efecto aplicada y observada. Cuando ocurre un conflicto que no se encuentra resuelto por una regla establecida los argumentos en conflicto deben ponderarse según su importancia en las circunstancias del caso concreto para establecer una prioridad entre ellos, la cual determina una norma con validez definitiva. La validez definitiva significa que una norma es resultado de una ponderación de todos los argumentos e información relevantes. Esto es, marca la transición de la argumentación a la aserción de una norma que guía la acción. Más precisamente, el juicio normativo que proviene de la ponderación puede incluir dos elementos: primero, que una determinada norma *debe ser* definitivamente válida; y, segundo, que la norma *es* definitivamente válida. Al segundo elemento cabe llamarlo “proposición normativa”.

El ejemplo de las expresiones ofensivas esbozado antes presenta cuatro características de la ponderación autónoma.

(1) El resultado de la ponderación no puede inferirse a partir de normas preexistentes, sino que debe ser establecido mediante un juicio autónomo.

Si hubiera que decidir el caso de acuerdo con normas preestablecidas, no quedaría espacio para la autonomía. Cabría objetar que los conflictos pueden resolverse con reglas ya establecidas. Por ejemplo, los tribunales podrían haber establecido una regla por la cual la libertad de expresión prevalece sobre derechos contrapuestos siempre que la expresión sea una contribución adecuada a la discusión de los asuntos públicos; y entonces la argumentación podría tratar acerca de lo que haya que entender por “adecuado” en este contexto. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no queda establecida ya por dicha regla; y aunque así fuese, la regla podría cuestionarse ante nuevos casos. Por tanto, seguiría habiendo un problema de ponderación. De ahí que el

<sup>39</sup> Cfr. Sieckmann, J., “Legal System and Practical Reason”, *Ratio Juris* 5, 1992, págs. 288-307, 296; id., “Autonome Abwägung”, *ARSP* 90, 2004, pág. 66; id., *op. cit.*, n.º 36, pág. 149; id., *op. cit.*, n.º 7, págs. 13, 85 y ss.



razonamiento autónomo sea opuesto al razonamiento interpretativo, en la medida en que el objetivo de la interpretación es determinar el significado existente de una norma dada. También se opone a las concepciones que consideran la ponderación de argumentos como alguna forma de cálculo. De nuevo, si hubiese suficiente información disponible para efectuar dicho cálculo, tampoco quedaría margen para una decisión o elección autónoma. El razonamiento autónomo es compatible con las reglas de la ponderación correcta, pero presupone que tales reglas no determinan el resultado de la ponderación. Es importante, pues, distinguir el razonamiento autónomo tanto respecto de la interpretación como del cálculo.

(2) Los argumentos normativos son resultado de pretensiones que plantean los agentes autónomos basándose en sus intereses.

El esquema de tales pretensiones es que uno quiere que una norma sea válida y, por tanto, exige o pretende que debe ser válida. Cualquier pretensión basada en intereses es legítima, y constituye un argumento normativo válido, sencillamente, porque un agente autónomo la ha planteado. No se requiere ninguna justificación adicional<sup>40</sup>. La validez como argumento normativo implica que todos los demás agentes están obligados a dar la debida consideración a este argumento en su razonamiento<sup>41</sup>. No obstante, hay límites a la validez de tales argumentos: los argumentos normativos pueden exigir solo aquellos resultados de la ponderación que sean posibles; y como los resultados dependen de los juicios de agentes autónomos, solo son posibles los que sean razonablemente aceptables para todos los demás agentes. Por tanto, rige aquí un criterio de universabilidad. En general, uno no puede negar la relevancia de los intereses de otros agentes autónomos para una argumentación; y tampoco puede transformar un interés en un argumento normativo cuando dicho interés persigue, por su propio contenido, una injerencia injustificada en los intereses de otros agen-

<sup>40</sup> Cfr. en contra Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven/London, Yale University Press, 1996, pág. 165.

<sup>41</sup> Entonces, implica un poder normativo en el sentido de Hohfeld, esto es: dar la posición de crear obligaciones argumentativas para otros agentes. Cfr. Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, pág. 23 y ss.

tes. Por ejemplo, los intereses en el asesinato, la violación o el robo no pueden constituir argumentos normativos válidos que otros agentes tengan que considerar en su deliberación. Por tanto, las pretensiones basadas en los intereses de los agentes autónomos constituyen argumentos normativos solo si pueden tenerse por legítimas.

(3) Los argumentos normativos incluyen exigencias de validez, esto es, demandan que una norma concreta sea aceptada como definitivamente válida.

El *quid* de la argumentación autónoma es qué norma debería aceptarse como resultado de la argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos incluyen exigencias para que una norma concreta sea aceptada como resultado de la argumentación; o sea, incluyen exigencias de que una norma concreta sea definitivamente válida. Empleando “O” para expresar el operador deóntico “deber”, “VAL<sub>DEF</sub>” como predicado para “... es válido definitivamente”, y “N<sub>i</sub>” como variable para las instancias particulares de normas, los argumentos normativos presentan esta estructura:

$$O \text{ VAL}_{\text{DEF}} N_i.$$

Es importante que tales exigencias de validez no se interpreten como proposiciones o enunciados normativos. Pues para contar como argumento dentro de una ponderación de argumentos en conflicto, un argumento normativo ha de reconocer la validez de los argumentos contrapuestos al tiempo que mantiene su fuerza argumentativa en la situación de conflicto. Esto es, los argumentos normativos no solo deben ser objeto de ponderación, sino que deben contar también como razones dentro de la ponderación. Esto no sería posible si los argumentos normativos tuviesen el carácter de enunciados o proposiciones, ya que los enunciados normativos demandan que se cumpla la norma enunciada y, por tanto, precluyen la consideración de las exigencias normativas contrapuestas. Un enunciado y la proposición que incorpora se dirigen a denotar un hecho. Pero si fuese un hecho que uno debe cumplir una norma, ninguna norma contrapuesta podría ser reconocida como válida al mismo tiempo. Por el contrario, las exigencias de validez mantienen su validez como argumentos a favor de un resultado concreto incluso en una situación de conflicto con otros argumentos normativos.

Queda el problema de cómo construir argumentos con estas características. *La idea es que los argumentos normativos incluyen mandatos de validez reiterados.* Es decir, cada mandato de validez de cierto nivel está apoyado por otro de un nivel superior, que exige reconocer la validez del primero. Es decir, un argumento normativo consiste en una cadena reiterada de argumentos:

$O VAL_{DEF} N_i$   
 $O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N_i$   
 $O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N_i$   
 etc.

La estructura de argumentos normativos puede anotarse como

...  $O VAL_{DEF} N_i$ .

Esta estructura lógica de los argumentos normativos tiene implicancias interesantes<sup>42</sup>. Aquí interesa que permite explicar la idea de la autonomía moral como autolegislación. El primer paso es la pretensión de corrección normativa que se sigue de la estructura de los argumentos normativos.

(4) La estructura de los mandatos de validez implica que los juicios normativos incluyen la pretensión de que el resultado establecido es normativamente necesario.

De acuerdo con esto, los agentes autónomos plantean la pretensión *de la necesidad normativa* (NN) de sus juicios:

(NN) Cualquiera que sea la norma que un agente, a resultas de la ponderación de argumentos normativos contrapuestos, proponga como definitivamente válida, debe pretender que la validez de dicha norma viene exigida por el argumento más fuerte.

Esta pretensión de necesidad normativa es crucial para la estructura de la autonomía. La autonomía se define como una estructura para la toma de decisiones normativas, esto es, una estructura para efectuar juicios normativos basados en la ponderación de argumentos normativos. La estructura de esta ponderación puede explicar los dos aspectos del juicio autónomo: elegir libremente una norma y al mismo tiempo

42 Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 45 y ss.

quedar vinculado por la propia decisión. Por tanto, este juicio puede entenderse como un acto de auto-legislación.

Por una parte, una característica esencial de la ponderación de argumentos normativos es que la prevalencia de un argumento sobre los demás no puede deducirse de criterios objetivos, sino que requiere de un juicio normativo. Por consiguiente, el agente podría haber tomado una decisión diferente; y en este sentido su juicio es libre.

Por otra parte, esta ponderación establece una norma válida, y en este sentido constituye un caso de legislación. Un acto legislativo requiere, primero, atribuir validez a una norma que, en segundo lugar, debe tenerse por normativamente válida por cuanto la norma debe ser aplicada y observada. En tercer lugar, el acto ha de implicar que los/as destinatarios/as de la norma deben aceptarla como válida. Estas son características inherentes a la legislación: un legislador no puede decir que, aunque establece una norma válida, cualquiera es libre de seguirla o no; y tampoco puede pretender que alguien deba seguir esa norma aunque no haya ninguna razón por la que debiera aceptarla como válida. Expresiones semejantes desbaratarían el propósito mismo de la legislación. Por lo tanto, la marca de un acto legislativo es la atribución de validez a una norma junto con la pretensión de que sus destinatarios/as deben aceptarla como válida.

Los juicios basados en la ponderación de argumentos normativos poseen estos rasgos o características. Atribuyen validez definitiva a una norma, con lo que pretenden que debe ser aplicada y observada y que se debe aceptar como válida. El primer rasgo se sigue de la función pragmática, en tanto guía de la acción, de las proposiciones normativas. El segundo rasgo deriva de la estructura de los argumentos normativos en cuanto requisitos de validez de una norma. Cualquier juicio que resulte de la ponderación de argumentos normativos, aunque sea libre y no esté determinado por criterios preestablecidos, tiene que reflejar la pretensión de que viene exigido por el argumento normativo más fuerte. Por tanto, cualquiera que sea el juicio, está vinculado por argumentos normativos que exigen que este resultado de la ponderación sea el elegido. Debido a esta estructura, el juicio autónomo no supone una decisión arbitraria, como escoger entre té o café. Al contrario: cualquiera que sea el juicio, viene exigido por el argumento normativo más fuerte y, por tanto, ha de entenderse como una decisión exigida por razones normativas.

Por ejemplo, si uno decide que las expresiones ofensivas sean permitidas, esto no es solo porque uno lo quiere así, sino porque se sigue del principio de libertad de expresión, el cual se considera como el argumento más fuerte en la ponderación.

Esto convierte la estructura lógica de los argumentos normativos, en cuanto requisitos de validez de una determinada norma, en algo crucial para la estructura de la autonomía. La estructura de la toma de decisiones autónoma es precisamente lo que caracteriza la estructura de la moral autónoma. El requisito conceptual de que una elección moral sea libre al tiempo que está vinculada por estándares morales queda satisfecho por la estructura de la ponderación de argumentos normativos. Por tanto, la ponderación de argumentos normativos se presenta como la esencia de la autonomía moral. Y esta estructura no es privativa de la moral, sino que opera en todos los tipos de ponderación de argumentos normativos: los juicios jurídicos basados en esta clase de justificación son, igualmente, juicios autónomos –así, por ejemplo, las decisiones judiciales basadas en la ponderación de principios jurídicos, las decisiones administrativas discrecionales vinculadas por principios jurídicos y las decisiones legislativas vinculada por principios constitucionales–. Todos estos tipos de decisiones presentan una estructura común por cuanto no son meras decisiones, sino juicios basados en la ponderación de argumentos normativos.

### 3. Definiciones de autonomía

Ahora podemos definir el concepto de autonomía más precisamente<sup>43</sup>. La idea general de autonomía como auto-legislación puede formularse como sigue:

DF<sub>A</sub> “Autonomía” significa establecer la validez definitiva de una norma mediante los juicios normativos de sus propios/as destinatarios/as.

Esta idea incluye tanto la autonomía individual como la colectiva. De un lado, la autonomía incluye la idea de que los agentes autónomos pueden juzgar por sí solos lo que es obligatorio, lo que está prohibido y lo que está permitido. De otro lado, un colectivo de agentes

<sup>43</sup> Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 17 y ss.

autónomos puede efectuar juicios para establecer normas que vinculen a todos (normas colectivamente vinculantes, normas vinculantes comunes).

La autonomía individual puede definirse como:

DF<sub>AI</sub> “Autonomía individual” significa establecer la validez definitiva de una norma mediante el juicio normativo individual de uno/a mismo/a.

Esta concepción de la autonomía individual tropieza, sin embargo, con un problema. Dado que los agentes autónomos no pueden, mediante su solo juicio individual, establecer normas definitivas que vinculen a otros agentes autónomos, las normas vinculantes únicamente pueden establecerse mediante una argumentación en la que todos esos agentes puedan participar, y donde los intereses y argumentos de todos reciban la debida consideración. No obstante, los agentes autónomos pueden efectuar juicios normativos individuales basados en la ponderación de todos los argumentos relevantes. Tales juicios son definitivamente válidos en el sentido de que son juicios “todas las cosas consideradas” (*all-things-considered*); o sea, no quedan ya argumentos que pudiesen –a juicio del agente– alterar el resultado de la ponderación. La autonomía incluye la idea de que uno es capaz de efectuar estos juicios normativos individuales.

Así pues, hay que distinguir entre la validez definitiva procedimental y la validez definitiva sustantiva. La primera significa que se han considerado todos los argumentos, de modo que los agentes autónomos pueden efectuar juicios normativos individuales respecto a qué norma deben tener por definitivamente válida. La segunda significa que una norma es válida de manera definitiva en el sentido de que es efectivamente vinculante para sus destinatarios/as. Y esto puede establecerse solo mediante un proceso discursivo intersubjetivo.

Por consiguiente, la autonomía individual, tal como se ha definido antes, tiene que entenderse como el establecimiento de la validez definitiva de una norma en sentido procedimental, en conexión con la pretensión de que esa norma debe ser aceptada, aplicada y observada como resultado del procedimiento. Como vimos, esta pretensión normativa tropieza, sin embargo, con la autonomía de otros agentes. Por tanto, en cuanto a la cuestión de la obligatoriedad, los juicios autónomos individuales pueden determinar solo qué normas considera un agente vinculantes para él/ella mismo/a. Esto, desde luego, no ha

de interpretarse como que un agente autónomo establece solo normas para sí mismo/a. Los juicios normativos pretenden establecer una norma que debe ser aplicada y observada por todos sus destinatarios/as. Limitar la autonomía al establecimiento de normas solo para uno/a mismo/a no cuadraría con el carácter general o universal de la justificación normativa. Si esta justificación ha de ser válida, no puede referirse a individuos singulares. Una restricción a la validez de las normas establecidas autónomamente solo puede provenir de la autonomía de los demás agentes. El respeto a su autonomía requiere que se limite la pretensión de obligatoriedad que se efectúa para las normas que un agente singular sostiene como definitivamente válidas. Por lo que hace a los demás agentes, tal pretensión puede efectuarse solo como válida en principio, es decir, como un argumento normativo que los demás han de tener en cuenta.

De acuerdo con esto, si resultase que es posible establecer la validez definitiva de una norma en un sentido pleno o sustantivo, solo una comunidad de agentes autónomos podría hacerlo. Una norma es válida para tal comunidad si sus miembros consideran que la correspondiente norma es definitivamente válida para ellos y ellas. Esta dimensión colectiva puede denominarse también “autonomía política”, que cabe definir como sigue:

DF<sub>AP</sub> “Autonomía política” significa establecer normas que sean definitivamente válidas y vinculantes mediante los juicios normativos de sus propios/as destinatarios/as.

Por lo tanto, en el sentido aquí definido, la autonomía política intenta establecer normas vinculantes comunes (o colectivamente vinculantes) mediante los juicios normativos de sus respectivos/as destinatarios/as. Se podría concluir que la autonomía como auto-legislación puede definirse solo en el plano o nivel colectivo. Pero esto sería ir demasiado lejos. La autonomía individual es esencial para cualquier concepción de la autonomía, ya que todos los agentes individuales pueden aducir argumentos normativos y efectuar juicios normativos. El problema crucial es cómo conectar el plano individual con el colectivo. A continuación procuraré ofrecer una solución a este problema mediante un análisis que reconstruye la autonomía política sobre la base de juicios individuales autónomos. Este análisis retoma alguno de los puntos arriba desarrollados.

Un punto importante de este análisis es que considera la autonomía como una característica del juicio normativo o de la toma de decisiones justificables. En cuanto resultado de la ponderación de argumentos normativos, un juicio normativo establece que una norma es definitivamente válida. Por tanto, un agente tiene autonomía si está en posición de tomar una decisión normativa basada en la ponderación de argumentos normativos. Tal decisión se encuentra vinculada por argumentos, pero no está determinada, respecto al resultado, por criterios preestablecidos. Cabría pensar en un caso extremo en el que hubiese solo un único argumento relevante, con lo que el resultado estaría determinado; pero, aun así, se requiere una decisión para transformar la pretensión normativa en un juicio normativo. Se puede entonces definir la autonomía de un agente (AA) como sigue:

DF<sub>AA</sub> Un agente tiene autonomía si está en posición de tomar una decisión normativa vinculada por argumentos normativos.

La autonomía puede definirse también como una estructura decisoria específica. En contraste con la autonomía entendida como atributo de un agente, ahora no se trata ya de una propiedad o atributo de alguien, sino de una característica de una situación en la que ha de tomarse una decisión normativa. Este parece ser el sentido más elemental de la autonomía, si la concebimos abstrayéndola de los agentes implicados y nos centramos en la estructura de la argumentación. Esta estructura se caracteriza por la ponderación de argumentos normativos, es decir, autonomía como balanceo (AB):

DF<sub>AB</sub> Existe autonomía si una decisión normativa ha de tomarse mediante la ponderación de argumentos normativos.

De nuevo, como caso extremo, podría suceder que se aplicara tan solo un único argumento relevante. Pero esto parece ser una mera posibilidad teórica. En la realidad, el razonamiento práctico siempre se ocupa de argumentos contrapuestos, y de ahí que se pueda definir la autonomía como la ponderación de argumentos normativos.

La noción de autonomía como ponderación de argumentos normativos constituye una concepción formal de la autonomía, que hay que diferenciar claramente del valor de la autonomía<sup>44</sup>. Y hay que distin-

<sup>44</sup> En cambio, Hurley, *op. cit.*, n.º 29, pág. 328, considera a la autonomía como un valor que puede entrar en conflicto con otros valores.



guirla también de la autonomía entendida como una capacidad y de la autonomía en el sentido de un derecho a decidir autónomamente.

La autonomía como *capacidad* requiere que un agente sea capaz de tomar decisiones autónomas, esto es, que sea consciente de que debe establecer prioridades entre pretensiones o argumentos normativos contrapuestos, y que sea capaz de ponderar estos argumentos correctamente. Aquí, la corrección depende de requisitos formales de racionalidad respecto a la ponderación de argumentos normativos, como, por ejemplo, la consistencia, la conclusividad, la coherencia, la corrección empírica, la universabilidad y la reflexión intersubjetiva. Según esto, un agente autónomo es capaz de efectuar juicios normativos basados en la ponderación de argumentos normativos conforme a los requisitos formales de racionalidad.

El *derecho* a tomar decisiones autónomamente incluye diversas cuestiones. Ante todo, incluye el derecho a efectuar argumentos y juicios normativos. Lo que interesa aquí especialmente es, no obstante, que este derecho implica a su vez una obligación, de parte de cualquier agente autónomo, de considerar en su razonamiento los argumentos y juicios normativos aducidos por todos los demás agentes autónomos. Luego las normas definitivamente válidas no pueden establecerse sin considerar los argumentos normativos de todos y cada uno de los agentes autónomos. Dado que los agentes individuales pueden por sí mismos cumplir esta exigencia, ninguno/a de ellos/as está sujeto a los juicios normativos del resto, con lo que todos tienen igual condición. Este derecho a no estar sujeto a los juicios normativos de otros agentes, sin embargo, parece poner en duda que mediante un razonamiento autónomo puedan establecerse normas vinculantes.

#### IV. La argumentación autónoma

Queda el problema de explicar la estructura de la argumentación autónoma y las condiciones del establecimiento de normas vinculantes a través de la argumentación autónoma, para después esbozar cuáles serían las instituciones adecuadas para establecerlas. ¿Cómo es posible establecer normas objetivamente válidas sobre la base de la argumentación autónoma?

El objetivo de la argumentación normativa es establecer normas vinculantes y, en este sentido, objetivamente válidas. La fundamenta-

ción de normas objetivas debe depender del consenso de los agentes autónomos. Como vimos, no hay otro fundamento para la validez de las normas que la aceptación de su validez, por parte de agentes autónomos, como consecuencia de una argumentación racional. Los reclamos meramente subjetivos no pueden considerarse normas vinculantes, pues cualquier agente autónomo puede tener sus propios reclamos. Sin embargo, no es clara la relación entre validez y consenso. Para evitar que la idea de la fundamentación en el consenso de agentes autónomos quede vacía, no se debe exigir un consenso real de todos. Debe ser una forma más débil, de orientación al consenso. Primero podemos constatar que la autonomía individual excluye pretender la validez de una norma sin considerar los argumentos y opiniones de otros agentes autónomos. Además, la meta de una argumentación autónoma debe ser el consenso de los agentes autónomos. Una concepción de fundamentación que se apoya en la razón de sujetos autónomos debe orientarse –al menos como idea regulativa– por el criterio de que una norma sea reconocida por todo agente razonable<sup>45</sup>. Para explicar esta idea sirve un ejemplo.

#### **IV. 1. Un ejemplo: la prohibición de fumar**

Como ejemplo de una argumentación autónoma podemos considerar la justificación de una prohibición de fumar en lugares públicos. Puede considerarse como una cuestión moral o jurídica. Desde el punto de vista moral el problema es si se puede fundamentar una norma reclamando que no se debe fumar en lugares públicos. Desde el punto de vista jurídico el problema es si se debe prohibir el fumar en lugares públicos. Los argumentos en ambos casos son básicamente los mismos.

Entran en conflicto, por un lado, los intereses de los fumadores de ejercer su libertad y otros motivos, como disfrutar el efecto del tabaco o mejorar su capacidad de trabajar. Por otro lado, para los demás puede ser una molestia o aún un riesgo para su salud. Todos los intereses constituyen argumentos normativos, que implican exigencias sobre cuál sea la norma definitivamente válida en cierta comunidad.

<sup>45</sup> Por agente razonable entiendo un agente autónomo que respeta las exigencias de la argumentación racional.

Los argumentos en conflicto deben ser balanceados para determinar una prioridad entre ellos y, por tanto, una norma común. Acá es relevante la importancia que tengan los argumentos en conflicto y en qué grado estén afectados los intereses que fundamentan estos argumentos<sup>46</sup>. Pueden existir diferencias en el peso y el grado de afectación de los intereses que favorecen claramente uno de los lados. Sin embargo, en tanto que la ponderación lleva a un juicio autónomo, diversas opiniones pueden resultar de tal ponderación.

Entonces será necesario una ponderación de segundo orden acerca de cuál de las opiniones en conflicto debe tener prioridad. Todos los agentes autónomos deben hacer tales ponderaciones desde su perspectiva. En cuanto que la solución depende de la opinión de todos los agentes por igual, deben dar la misma consideración a las opiniones de cada uno. Esto significa un proceso de reflexión intersubjetiva<sup>47</sup>. Si no llegan a un consenso, deben repetir el proceso hasta que la continuación del proceso no prometa cambios de opiniones. Este proceso de argumentación autónoma puede dar resultados, aunque esto no será necesariamente así.

#### IV. 2. Elementos de la argumentación autónoma

Este ejemplo permite distinguir varios elementos de la argumentación autónoma. La argumentación autónoma consiste en:

- (1) la formación de argumentos normativos basados en intereses y opiniones de agentes autónomos;
- (2) la ponderación de argumentos normativos para establecer normas definitivas que provienen de las pretensiones de agentes autónomos respecto de cuáles normas deben ser reconocidas como definitivamente válidas;

<sup>46</sup> Sobre la estructura de tales ponderaciones véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 85 y ss.; Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.ed., Madrid, 2008, pág. 130 y ss., pág. 520 y ss.

<sup>47</sup> Sieckmann, J., "On the Tension Between Moral Autonomy and Rational Justification", *Ratio Juris*, 16, 2003, págs. 105-122; *id.*, *op. cit.*, n.º 7, págs. 82, 117.

(3) la reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación. Deben ser juicios autónomos, aunque tomando un punto de vista imparcial, que considere todas las concepciones normativas relevantes cómo igualmente válidas e importantes. El resultado serán exigencias equilibradas y juicios autónomos acerca de lo que sean las normas definitivamente válidas.

#### *IV. 2.1. La formación de argumentos normativos*

Los argumentos normativos se constituyen en base a la competencia<sup>48</sup> de los sujetos autónomos para incluir tales argumentos en una argumentación<sup>49</sup>. Como el resultado de una argumentación es dependiente de la aprobación de sujetos autónomos, deberá reconocerse el derecho de estos sujetos a presentar argumentos que serán considerados en las reflexiones de otros participantes de la argumentación. Negar tal derecho implicaría que no sería posible llegar a un resultado que los agentes autónomos aceptarían como vinculante. Autonomía individual es, en este sentido, una competencia para hacer válidas las exigencias en una argumentación y con ello, obligar a otros a considerar tales exigencias en sus ponderaciones; a su vez requiere considerar los argumentos de los otros agentes en las propias ponderaciones. Es importante observar que no es necesaria una fundamentación sustancial de los argumentos presentados para que sean válidos como argumentos normativos<sup>50</sup>.

Con ello, la constitución de los argumentos normativos depende de un criterio determinable empíricamente, a saber, qué argumentos

<sup>48</sup> Competencia se entiende, como traté de explicar en apartados anteriores, en forma análoga al poder jurídico en sentido Hohfeldiano. Cfr. Hohfeld, *op. cit.*, n.º 38.

<sup>49</sup> Sieckmann, J., "Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights", en: A. Soeteman (coord.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, pág. 240; *id.*, *op. cit.*, n.º 7, págs. 14 y 70.

<sup>50</sup> En cambio, Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 268, parece exigir una justificación sustancial. Véase también Nino, *op. cit.*, n.º 28.

son presentados en realidad por los sujetos autónomos. Sin embargo, también es necesaria una evaluación según criterios de racionalidad; más precisamente, condiciones de racionalidad formal. Así, han de excluirse argumentos inconsistentes o que contengan premisas empíricamente refutables, como también exigencias no universalizables que no pueden ser aceptadas por otros sujetos autónomos. Además la alegación de intereses y de sus pesos está sujeta a exigencias de coherencia. Se debe excluir que un individuo califique cada uno de sus intereses de importancia sobresaliente y exija la correspondiente consideración. Partiendo de la exigencia de mantener la aprobación de cada uno de los participantes de la argumentación, la totalidad de los intereses de cada uno debe ser tratada con igual importancia. Pues de otro modo, aquéllos cuyos intereses son postergados en su totalidad, podrían razonablemente negar la aprobación del resultado de la argumentación.

#### *IV. 2.2. La ponderación de argumentos normativos*

La ponderación de argumentos normativos debe cumplir las condiciones de una argumentación racional. Son necesarias la consideración de todos los argumentos relevantes, la consistencia de la fundamentación y del resultado ponderativo, la corrección de las premisas empíricas empleadas y la determinación de los grados de satisfacción o restricción, así como la coherencia de la ponderación con respecto al peso relativo de argumentos<sup>51</sup>. Tratándose de la ponderación de intereses individuales, se exigirá también la igual consideración de las concepciones coherentes de cada sujeto autónomo acerca de sus intereses. Mediante estos criterios se pueden desechar algunos juicios ponderativos. Otros se pueden valorar en virtud del grado o medida en el que cumplen estos criterios<sup>52</sup>.

Sin embargo, esta forma de fundamentación no es suficiente para demostrar la validez objetiva de una proposición sobre la validez definitiva de una norma, puesto que es posible que diversos juicios ponderativos satisfagan los criterios de crítica racional y por consiguiente, sean justificables en igual medida. Por supuesto cada uno piensa que

<sup>51</sup> Sieckmann, *op. cit.*, n.º 7, pág. 93 y ss.

<sup>52</sup> Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 47.

su ponderación es correcta. Sin embargo, ninguno puede reclamar que el resultado al que ha arribado es objetivamente válido en el sentido de que todos los agentes razonables necesariamente tienen que aceptarlo. Lo que resulta de la ponderación individual son pretensiones (como exigencias) de agentes autónomos de cuáles normas *deben* ser reconocidas como válidas definitivamente. Pero estas exigencias pueden encontrarse con exigencias de la misma legitimidad. Por tanto, la ponderación individual todavía no permite constatar que una norma es objetivamente válida.

#### *IV. 2.3. Reflexión intersubjetiva*

El objetivo de la argumentación a favor de la validez objetiva de una norma es demostrar que todo agente razonable debe reconocer como vinculante una norma determinada. La pregunta es si se puede fundamentar tal obligatoriedad de las normas en virtud de las ponderaciones. Como los juicios individuales no pueden determinar normas válidas para otros agentes autónomos, la divergencia de las convicciones normativas basadas en ponderaciones racionales requiere la reflexión intersubjetiva de estas distintas posiciones. Esto es, cada agente debe incluir en sus reflexiones los juicios divergentes de otros para determinar qué norma debe valer definitivamente. Puede servir como criterio para estos juicios el de la fuerza de la aceptación racional<sup>53</sup>.

En caso que no haya un consenso sobre el asunto en discusión, es necesario un cambio en el enfoque inicial. En vez de preguntar, en un primer nivel, por la solución objetiva correcta, se debe preguntar, en un meta-nivel, qué norma, en la situación de concurrencia de diversas concepciones, debe ser reconocida como obligatoria.

La reflexión intersubjetiva puede conducir a una convergencia de diversas concepciones. De tratarse de la pregunta acerca de si debe estar prohibido fumar en edificios públicos, en caso de haber una mayoría para una determinada opinión, se les podrían adherir a estos otros –que sean de otra opinión–, sobre la cuestión de qué norma debería valer como obligatoria. O podría haber en el primer nivel una mayoría contra la prohibición de fumar, mas algunos, considerando las exigencias de otros de una prohibición de fumar, pueden llegar a la concepción de

<sup>53</sup> Cfr. Sieckmann, *op. cit.*, n.º 47.

que tal prohibición debe establecerse. De darse cambios de opiniones en el nivel próximo más alto de la argumentación, ha de preguntarse nuevamente, con respecto a los cambios de opinión, qué norma debería reconocerse como obligatoria, y así sucesivamente. De este modo, se puede dar una convergencia de concepciones normativas.

Sin embargo, no es seguro que la reflexión intersubjetiva conduzca a una convergencia. Lo contrario también es posible. No es suficiente para establecer validez objetiva. Con todo, es posible que la reflexión intersubjetiva en la argumentación autónoma llegue a constatar la validez objetiva de una norma.

### **IV. 3. La validez objetiva**

Más allá de formar juicios individuales reflexivos sobre la base de la argumentación autónoma, es posible hacer aserciones objetivas con respecto a los resultados de la argumentación autónoma. El criterio puede ser el de la convergencia razonable<sup>54</sup>.

La convergencia razonable acerca de la validez de una norma, lograda por argumentación racional, es decir, autónoma y reflexiva, justifica sostener la norma como vinculante, incluso para sus opositores. Sin embargo, la validez objetiva de una norma no implica que cada agente autónomo deba aceptarla como válida. Los agentes autónomos deben tomar en cuenta los criterios de la convergencia razonable y de la fuerza de la aceptación racional en su deliberación acerca de qué norma debe aceptarse como definitivamente válida en la situación del conflicto de opiniones. Pero aun habiendo cumplido esta exigencia, su autonomía les permite sostener una concepción normativa opuesta.

Por ejemplo, el hecho de que la argumentación acerca de la permisibilidad de fumar resulta en que cada vez más agentes sostienen que no se debe fumar en lugares públicos y, entonces, existe una convergencia razonable acerca de este tema, no obliga a aceptar esta posición. Los agentes autónomos deben considerar este hecho en sus deliberaciones, pero pueden sostener que no hay argumento suficiente para negar la libertad de fumar.

Finalmente, queda el problema de que la convergencia de concepciones no excluye una oposición racional. Aun cuando se vislumbre

<sup>54</sup> Véase Sieckmann, *op. cit.*, n.º 47; id., *op. cit.*, n.º 7, 12, 83 y 116.

una tendencia hacia un consenso sobre una determinada concepción, un sujeto autónomo puede llegar a un resultado divergente. Aun si se impone la concepción de que la prohibición de fumar en lugares públicos debe ser aceptada, un fumador (o un no fumador) podría seguir con la opinión de que la situación de necesidad de los fumadores adictos a (o amantes de) la nicotina o el principio de libertad no han sido suficientemente considerados. Entonces queda la posibilidad de la divergencia de la reflexión subjetiva y una tendencia objetivamente constatable hacia un consenso.

Sin embargo, en este caso de divergencia es legítimo reclamar para la norma apoyada por el criterio de convergencia razonable el carácter de vinculante, y así objetivamente válida, incluso para sus opositores, en tanto es necesario tener una norma común. Sin embargo, las perspectivas de los partidarios y de los oponentes de una norma difieren en este punto.

Los partidarios de una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma es vinculante para ellos y que, desde su punto de vista, es válida con independencia de los juicios de agentes individuales. Aunque alguien cambiase de opinión, ello no afectaría a la validez de la norma respaldada por convergencia. Por lo tanto, cabe sostener la siguiente tesis acerca de la pretensión de obligatoriedad (PO):

(PO) Los destinatarios de normas que apoyan una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma es vinculante para ellos.

La convergencia razonable, sin embargo, es insuficiente para sustentar la pretensión de que una norma es vinculante para los oponentes que rechazan la validez de la misma. Por ejemplo, restringir la libertad de expresión para proteger frente a los insultos contra las creencias religiosas puede estar respaldado por convergencia razonable; pero así y todo, alguien podría sostener razonablemente, después de considerar todos los argumentos y las diferentes visiones normativas sobre el tema, que la ponderación correcta entre la libre expresión y la protección de la religión debería incluso permitir tales insultos. Para quien sostenga esto, el hecho de la convergencia razonable constituirá solo un argumento en sus deliberaciones. Pero si, en contra de este argumento, niega razonablemente la validez definitiva de la norma, la convergencia razonable tampoco podrá servir como argumento



para que la norma que rechaza sea vinculante para él. Una pretensión semejante no lograría respetar su autonomía.

La pretensión de que una norma es vinculante incluso para quienes no la aceptan requiere, entonces, una justificación adicional. Cabría mostrar que los agentes deben aceptar la convergencia razonable como criterio último de validez, y que deben por tanto restringir su autonomía individual. Esto puede resultar apropiado con respecto a la validez jurídica, pues el derecho no es un asunto de autonomía individual, sino que pretende proporcionar normas colectivamente vinculantes. Aquí, sin embargo, no continuaré por esta línea de argumentación.

En lugar de eso, cabría defender que quienes se oponen a una norma, aunque rechacen su obligatoriedad, deben aceptar razonablemente la *corrección de la pretensión de obligatoriedad* que elevan los partidarios de dicha norma. La condición de convergencia razonable, si bien excluye la obligatoriedad de las normas que compiten con las normas apoyadas, no establece la obligatoriedad de estas, ya que puede darse el caso de que ninguna de las normas en conflicto pueda reivindicarse como vinculante. Pero esta posibilidad queda excluida si se necesita una norma vinculante común<sup>55</sup>, en cuyo caso se debe establecer una norma que sea obligatoria para todos los agentes. Esta norma debe ser la norma que recibe más apoyo en una argumentación racional. No se puede reclamar que una norma con menos apoyo racional se impone por sobre una norma con más apoyo racional. Además, el criterio de la convergencia razonable garantiza que no puede haber una norma alternativa con más o igual apoyo racional. Por eso, incluso aquellos que rechazan una norma respaldada por convergencia razonable tienen que reconocer la corrección de la pretensión de que dicha norma es vinculante. De aquí resulta la siguiente tesis acerca de la pretensión de la obligatoriedad de una norma (PON):

(PON) Se puede pretender correctamente que una norma sea vinculante incluso para quienes no la aceptan si se satisfacen dos condiciones:

<sup>55</sup> Esto se corresponde con la tesis liberal de que las normas no pueden justificarse únicamente sobre la base de concepciones de la vida buena sino sólo cuando es necesario para regular conflictos entre individuos.

- (1) que la norma esté respaldada por convergencia razonable; y
- (2) que sea necesario tener una norma vinculante común<sup>56</sup>.

Esta pretensión de obligatoriedad se sigue de un razonamiento correcto, de modo que está *justificada objetivamente* en sentido estricto<sup>57</sup>. Cualquiera debe reconocer la corrección de la pretensión de que la norma respaldada por convergencia razonable es vinculante si se necesita una norma común. Conviene notar, con todo, que la corrección de la pretensión de obligatoriedad no equivale a la objetividad en el sentido de que cualquier agente razonable deba aceptar la norma como vinculante. Los que se oponen a ella pueden seguir haciéndolo y criticar el juicio generalmente aceptado con la pretensión de que una norma rival sea reconocida como válida<sup>58</sup>. Sólo se debe reconocer la legitimidad de la pretensión de obligatoriedad basada sobre una convergencia razonable en la situación de que una norma vinculante en común parece necesaria<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> La necesidad de tener una norma vinculante común es un problema normativo que, como el de la validez de una norma, puede discutirse. Este tipo de discusión puede encontrarse, por ejemplo, a propósito de la demarcación de los asuntos públicos y privados

<sup>57</sup> La justificabilidad o corrección de una pretensión de obligatoriedad significa que se cumplen todos los requisitos de la argumentación racional. Equivale a una pretensión de posibilidad discursiva (cf. Alexy, *op. cit.*, n.º 5) o defendibilidad de la pretensión de validez objetiva, la cual, con todo, no es análoga a la verdad.

<sup>58</sup> Esto cuadra con la tesis de que uno no puede demostrar la validez de una ley penal ante un delincuente de conciencia o por convicción, por más que pueda obligársele a aceptar la condena.

<sup>59</sup> Por ejemplo, se puede constatar una convergencia razonable acerca de la prioridad de la libertad de expresión frente a la protección de derecho de la personalidad en casos en que la expresión sea ofensiva pero contribuye de manera adecuada al discurso acerca de un asunto de interés público. Un crítico podría seguir sosteniendo que la protección al derecho de la personalidad merece prioridad incluso en estos casos. Sin embargo, debe reconocer que es objetivamente legítimo dar prioridad a la libertad de expresión y aplicar y enforzar las normas que resultan de esta prioridad.

## V. La institucionalización de la argumentación autónoma

La legitimidad política debe basarse en el consentimiento de los agentes autónomos que se ven sujetos al poder político. La concepción de la autonomía esbozada explica cómo es posible la legitimidad de las normas y decisiones normativas vinculantes. Se requiere una argumentación autónoma en que los agentes introduzcan sus intereses, reclamos y posiciones normativas en forma de argumentos y aserciones normativas en un proceso de reflexión intersubjetiva. Esto puede referirse a las normas mismas o a la competencia para establecer normas vinculantes, es decir, a la autoridad legislativa.

Las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes<sup>60</sup>. Sin embargo, la necesidad de reconocer una autoridad política no debe llevar a la conclusión que la legitimidad política se deriva solo de la justificación de tal autoridad. La autoridad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla.

Entonces, la legitimación democrática requiere tomar decisiones políticas de manera que estas puedan ser justificadas por un proceso de argumentación autónoma. En consecuencia, el sistema político debe ser organizado para realizar tales procesos de argumentación. Entonces, ¿cómo se deben diseñar las instituciones del sistema político más adecuadas para establecer una legitimación argumentativa?

Parece obvio que debe ser un sistema democrático. Una primera opción es la democracia directa<sup>61</sup>. Promete el nivel de participación más alto. Sin embargo, y más allá de los problemas para realizarla, no ofrece instrumentos para cumplir con las exigencias de la argumenta-

<sup>60</sup> Acerca de la necesidad de las autoridades y del derecho véase, por ejemplo, Alexy, R., “Ley fundamental y teoría del discurso”, en id., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, pág. 80 y ss.

<sup>61</sup> Para Wolff, *op. cit.*, n.º 13, la democracia directa permite combinar autonomía y autoridad. Sin embargo, esto vale solo cuando se acepte el principio de unanimidad, no el principio de la mayoría. Para un análisis de las tesis de Wolff ver Iosa, J., “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, págs. 518 y 550 y ss.

ción autónoma. Por ejemplo, no exige una decisión racional de los votantes y no tiene recursos para compensar distorsiones en el proceso político que impiden la consideración imparcial de todos los intereses involucrados. Entonces no es un sistema ideal desde la perspectiva de la idea de la autonomía.

El sistema de la democracia representativa tampoco puede considerarse como el óptimo con respecto a la realización de la deliberación<sup>62</sup>. Restringe la participación directa de todos los agentes autónomos. Por otro lado, permite realizar exigencias de la argumentación autónoma en espacios especializados, como el parlamento o un tribunal constitucional<sup>63</sup>. Pero ningún sistema político real ofrece una solución ideal. Por eso es necesario preguntar cómo mejorar el sistema político desde la perspectiva de la argumentación autónoma.

Al menos por razones analíticas, es útil separar las distintas operaciones argumentativas y asignarlas a instituciones especializadas para tales operaciones. La idea es la de una división de tareas según el tipo de operación normativa. En este sentido, Kant sugirió una división de poderes según los elementos del silogismo<sup>64</sup>. Pero cuando el sistema político –incluso la justicia– no opera según el modo del silogismo, sino que trata de establecer un orden normativo sobre la base de intereses y opiniones conflictivas, el sistema institucional debe representar las operaciones requeridas para la definición, el balance y la coordinación de los argumentos normativos basados en intereses y opiniones divergentes de los agentes autónomos.

Entonces necesitamos instituciones para

- identificar los argumentos en juego y evaluar su legitimidad y relevancia;
- formar normas generales basados en la ponderación de los argumentos;

<sup>62</sup> Cfr. el análisis de Gargarella, R., *The Scepter of Reason*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 2000, pág. 95 y ss.

<sup>63</sup> Véase la tesis de Rawls que la Corte Suprema es la ejemplificación de la razón pública, Rawls, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, pág. 231.

<sup>64</sup> Kant, *op. cit.*, n.º 2, § 45 A 165/B 195, AA 6, 313. Kant sostenía que esto realizará el principio de la libertad.

- juzgar la solidez de las diversas propuestas respecto de qué ha de ser considerado como norma vinculante común.

Más allá de estas funciones normativas queda la función de especificar cuáles son las normas objetivamente válidas en un sistema jurídico-político. Esto es la tarea tradicional de la justicia.

También queda la posibilidad de determinar normas vinculantes por autoridad, en particular en caso de que no sea posible establecer normas vinculantes de manera argumentativa. Sin embargo, tal autoridad requiere legitimación argumentativa, así que presenta un problema de justificación en sí misma, por lo que no puede ser considerada como una forma de justificación independiente.

La visión tradicional del sistema político es que las normas están establecidas de manera autoritativa por el parlamento o el gobierno, y que la justicia debe determinar y aplicar las normas objetivamente válidas en el sistema jurídico. Este panorama cambia cuando se considera las normas establecidas de manera argumentativa. La argumentación no puede reemplazar la autoridad legislativa. Pero es un factor importante en el sistema jurídico-político según las concepciones de la democracia deliberativa, y además, en cuanto los argumentos se basan en la Constitución, la exigencia de argumentar afecta también las instituciones legislativas (parlamentos, gobiernos y cortes). Además, la justicia no está limitada a la determinación de normas objetivamente válidas sino que tiene también una función creativa. Esto no significa que se desvanece la función de la justicia de determinar el derecho existente. Pero tiene o puede tener otra función con respecto a la fundamentación argumentativa de las normas.

## V. 1. Las exigencias argumentativas

### *V. 1.1. Identificar los argumentos relevantes*

Los argumentos normativos están basados en primer lugar en los intereses de los agentes autónomos. También sus convicciones y reclamos acerca de qué norma debe ser válida constituyen argumentos para ponderar con otros argumentos. En el ámbito del derecho entran argumentos basados en normas constitucionales o legales. Pero aún tales normas tratan de proteger algunos intereses de los ciudadanos.

Para determinar los argumentos basados en intereses de los ciudadanos hay varias posibilidades:

- La participación directa de los agentes autónomos en la toma de decisiones.
- La expresión de intereses, opiniones y argumentos por los agentes mismos frente a los que tienen que tomar decisiones.
- Informaciones indirectas basadas en discusiones públicas o estadísticas o relatos de vida, etc.

Con respecto a los argumentos jurídicos, el discurso jurídico es la fuente de las informaciones relevantes.

#### *V. 1.2. Ponderación y formación de normas generales*

La formación de las normas generales requiere ponderaciones de los diversos argumentos en colisión. Esto incluye varias exigencias. Son necesarias para la fundamentación de la validez definitiva de una norma<sup>65</sup>,

- la consideración de todos los argumentos relevantes,
- la consistencia de la fundamentación y del resultado ponderativo,
- la corrección de las premisas empíricas empleadas,
- la corrección de la determinación de los grados de restricción de los intereses involucrados,
- la coherencia de la ponderación con respecto al peso relativo de argumentos,
- la reflexión intersubjetiva acerca de la pregunta sobre cuál sea la norma adecuada para la situación de conflicto entre diversas opiniones normativas, la cual incluye,
- la igual consideración de concepciones normativas de cada sujeto autónomo.

<sup>65</sup> Para algunos de estos criterios véase Alexy, *op. cit.*, n.º 5; Bernal Pulido, C., “The Structure and the Limits of Balancing”, *ARSP-Beiheft*, 97, 2004, págs. 79-84.

*V. 1.3. Juzgar la adecuación como norma vinculante*

La norma vinculante debe establecerse como resultado de un proceso de reflexión intersubjetivo. Como exigencia procedimental la necesidad de tal reflexión ya figura entre las condiciones de una ponderación correcta. Sin embargo, más allá de esta exigencia procedimental, es necesario determinar el resultado de tal reflexión. Alguien debe constatar si hay resultado, y cuál es.

El punto central es la exigencia de considerar igualmente todas las posiciones normativas en conflicto. Esto requiere, distanciarse de las propias convicciones normativas, y preguntarse cuál norma debe ser reconocida como definitivamente válida en la situación de conflicto. Esto es una forma de imparcialidad frente a las diversas posiciones, aunque dentro de una concepción normativa de un individuo autónomo. Es un juicio normativo, no una mera descripción de un resultado de la argumentación.

**V. 2. La adecuación de las instituciones tradicionales del Estado constitucional–democrático**

La tripartición entre identificar argumentos, formar normas generales y determinar su validez objetiva sugiere una atribución de estas tareas a las instituciones ejecutivas, legislativas, y judiciales, respectivamente. Sin embargo, esto suena demasiado fácil. La pregunta es para cuáles funciones argumentativas los parlamentos, los gobiernos y la justicia están mejor calificados.

A este respecto, quiero defender las siguientes tesis:

- (1) El parlamento es adecuado para identificar argumentos, pero no es igualmente adecuado para ponderarlos y para juzgar su adecuación como norma vinculante común.
- (2) Las instituciones gubernamentales pueden ayudar en la formación de argumentos y son o pueden estar capacitadas para ponderarlos. Pero no pueden juzgar su adecuación como normas vinculantes comunes.
- (3) Las instituciones judiciales pueden identificar argumentos de manera indirecta. Pueden ponderarlos, como otros órganos también. Pero su característica particular es controlar las pon-

deraciones de otros órganos. Además, pueden juzgar la adecuación de las normas como normas vinculantes comunes.

### V. 2.1. *El parlamento*

El parlamento parecería el lugar adecuado para llegar a la información relevante para las decisiones políticas. En tanto que una democracia directa no parece viable en sociedades complejas, el sistema parlamentario permite el mejor acceso de los ciudadanos a las instituciones políticas y de los políticos a los ciudadanos. Además, la idea del debate parlamentario como un proceso de argumentación sugiere que el parlamento es el mejor lugar para deliberaciones sobre asuntos normativos. Sin embargo, esta idea no siempre se corresponde con la realidad institucional<sup>66</sup>.

El parlamento tiene problemas con respecto a la ponderación y la reflexión intersubjetiva<sup>67</sup>. La ponderación es una forma de argumentación restringida por varias exigencias de racionalidad. Aunque cualquier agente autónomo puede ponderar argumentos, no es claro que los políticos estén mejor calificados para hacer una ponderación racional.

Aún más, la exigencia de dar la misma consideración a todos los agentes autónomos enfrenta un problema estructural en el ámbito parlamentario<sup>68</sup>. Los legisladores tienen varios objetivos que pueden entrar en conflicto con la exigencia de una ponderación racional y equilibrada. Deben buscar mayorías. Si es necesario, van a prestar más

<sup>66</sup> Véase Becker, M./Oliver-Lalana, D./Sieckmann, J., “La producción del derecho: esbozo de un análisis normativo de la argumentación parlamentaria”, en: Cardinaux, N./Clérico, L./D’Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006, págs. 108-109.

<sup>67</sup> Para un análisis a este respecto véase Sieckmann, J., «La racionalidad del debate parlamentario: un análisis del debate sobre la importación de células madre en el Parlamento Federal alemán», en: Cardinaux, N./Clérico, L./D’Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006, págs. 157-166.

<sup>68</sup> Véase también Sieckmann, J., «Argumentation und demokratische Legitimation», en: Sieckmann, J. (coord.), *Argumentation und politische Legitimation*, Baden-Baden, Nomos, 2006, págs. 64 y 66.



atención a ciertos grupos que a otros. Además, pueden descuidar intereses de aquellos que de ninguna manera van a apoyar sus proyectos u objetivos. Otro objetivo del legislador es su carrera política. Debe cumplir con lo que demandan aquellos de quienes depende, sean sus colegas, su partido o los electores de su distrito electoral. Esto también puede influir sus decisiones y colisionar con la exigencia de una ponderación racional.

Entonces existen características estructurales del ámbito parlamentario que ponen en duda la adecuación del parlamento para ponderaciones racionales y equilibradas. Existe un conflicto entre el valor de hacer las ponderaciones por uno mismo, o al menos por sus representantes elegidos, y las exigencias de ponderar de manera racional, imparcial y equilibrada. Este conflicto admite dos soluciones: mejorar el proceso parlamentario en cuanto su calidad argumentativa, o atribuir la tarea de la ponderación a otra institución mejor calificada.

### *V. 2.2. El poder ejecutivo*

En los sistemas democráticos actuales, el poder ejecutivo tiene un rol dominante, incluso en la formación de proyectos legislativos. Esto constituye un problema grave para la democracia representativa y muchas veces ha sido criticado. Sin embargo, debe considerarse si el poder ejecutivo puede estar mejor calificado para hacer ponderaciones racionales y equilibradas que el parlamento.

Las ponderaciones pueden necesitar operaciones argumentativas bien complejas. Puede ser que en el ejecutivo se encuentren mejores cualidades debido a las competencias materiales de los ministerios. Puede interpretarse que la influencia del gobierno en la preparación de proyectos legislativos podría tener cierta racionalidad según las exigencias de legitimación argumentativa de las normas<sup>69</sup>.

Sin embargo, como en el caso del parlamento, el poder ejecutivo tiene la necesidad de buscar mayorías. Esto no favorece la imparciali-

<sup>69</sup> Esta línea de argumentación puede encontrarse también en la discusión de la legitimación de las decisiones de la Unión Europea, que tienen prioridad sobre las decisiones de las instituciones gubernamentales o administrativas nacionales. La idea de la legitimación por los resultados («*output legitimation*») sugiere que lo que importa es la capacidad de lograr buenos resultados.

dad de la decisión. Por eso, una cierta independencia de los ministerios de las influencias políticas parece adecuada para realizar ponderaciones racionales e imparciales.

Puede objetarse que la determinación de normas generales deba ser tarea central del parlamento. Esta objeción tiene un punto correcto con respecto de la determinación autoritativa de las normas. Para esto, la legitimación democrática del parlamento es importante. Sin embargo, cuando analizamos la legitimación de las normas como resultados de procesos de ponderación y reflexión intersubjetiva, no es claro que el parlamento sea la institución mejor calificada<sup>70</sup>.

En favor del parlamento puede argumentarse que la misma competencia material que tiene la burocracia ministerial puede crearse en el ámbito del parlamento. En la realidad de un sistema parlamentario dominado, por un lado, por los partidos políticos y, por otro lado, por el gobierno, es una cuestión abierta quién está en la mejor posición de manejar procesos de argumentación con cierto grado de complejidad.

### V. 2.3. *La justicia*

La justicia está predestinada para realizar decisiones imparciales que satisfagan exigencias técnicas de las ponderaciones racionales. La estructura de la argumentación autónoma parece mejor preservada en procedimientos jurídicos que en los plenamente políticos<sup>71</sup>. Por eso, la gran influencia de los tribunales y cortes constitucionales en los Estados constitucionales-democráticos tiene al menos cierta justificación.<sup>72</sup>

Sin embargo, esta tesis tiene presupuestos que no se pueden tomar por dados en la realidad institucional. La independencia de la justicia implica que es difícil controlarla. El potencial de decisiones impar-

<sup>70</sup> Con esto se presupone que algunas decisiones pueden justificarse de manera argumentativa y otras son meramente decisiones autoritativas. Esta contraposición es problemática. Sin embargo, si se acepta la idea de la legitimación argumentativa y, por otro lado, los límites de esta forma de legitimación, parece inevitable distinguir entre decisiones que pueden mostrarse como correctas por medio de una argumentación y otras que no tienen criterio de corrección.

<sup>71</sup> Véase también Rawls, *op. cit.*, n.º 63.

<sup>72</sup> Otro argumento es que los fallos jurídicos promueven la deliberación pública. Véase Gargarella, *op. cit.*, n.º 62, pág. 114.

ciales no garantiza que las decisiones judiciales son de hecho imparciales. La legitimación tradicional de la justicia se fundamenta en el conocimiento del derecho, y no en la mejor capacidad de ponderar y reflexionar sobre posiciones normativas en conflicto. Tampoco la formación jurídica está orientada hacia el desarrollo de esta capacidad. Sin embargo, la justicia está en una posición privilegiada para realizar una legitimación argumentativa de las normas.

Un argumento adicional en favor de las competencias decisivas de la justicia constitucional se sigue de la tesis de que un órgano solamente debe tener el poder para tomar determinaciones definitivas cuando se encuentra en una posición de evaluar y controlar el total del proceso argumentativo que legitima una norma. Cuando un caso llega a la justicia, en general ya se trata de problemas de la aplicación de una norma. La justicia se encuentra en una posición de un control *ex post*. Esto significa que puede haber información disponible para las cortes que el legislador no tenía. Y en tanto no se entienda al control de constitucionalidad de las leyes como un reproche frente al parlamento, sino como tema de la legitimidad de las leyes, esta ventaja de las cortes es relevante.

## **VI. Conclusión**

En fin, hemos visto una concepción de la autonomía que permite resolver la paradoja de la autonomía, es decir, cómo agentes pueden verse limitados por normas cuya validez depende de la aceptación por los agentes mismos, que la justificación de normas como vinculantes requiere procesos de argumentación autónoma, y que la legitimación democrática resulta de la institucionalización de tales procesos de argumentación autónoma en el sistema político. La autonomía consiste en formar juicios normativos sobre la base de la ponderación de argumentos normativos. La argumentación autónoma es un proceso en que agentes introducen libremente argumentos normativos y juicios normativos y tratan de llegar a normas comunes a través de un proceso de reflexión intersubjetiva. Cuando de tales procesos resulta una convergencia razonable acerca de la validez de ciertas normas, es legítimo reclamar tales normas como vinculantes. La tarea de la democracia es crear un sistema político que realice las exigencias de la argumentación autónoma. Esto requiere al menos permitir la par-

tipicación de todos los agentes autónomos en los procesos políticos y orientar estos procesos por el objetivo de encontrar una convergencia razonable acerca de las decisiones normativas y de las normas establecidas por ellas. Sin embargo, desarrollar las implicancias para el sistema político excede los alcances de este ensayo.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Vienna, Springer, 1971.
- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Tr. de M. Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, R., „Diskurstheorie und Menschenrechte“, en Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3a ed., Madrid, 2008.
- Alexy, R., “Ley fundamental y teoría del discurso”, en id., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.
- Apel, K.-O., *Transformation der Philosophie*, t. 2, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1973.
- Baumann, P., *Die Autonomie der Person*, Paderborn, Mentis, 2001.
- Beck, L.W., *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, Chicago/London, Chicago University Press, 1960.
- Becker, M.; Oliver-Lalana, D. y Sieckmann, J., “La producción del derecho: esbozo de un análisis normativo de la argumentación parlamentaria”, en Cardinaux, N.; Clérico, L. y D’Auria, A. (coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006.
- Bernal Pulido, C., “The Structure and the Limits of Balancing”, *ARSP-Beiheft*, n.º 97, 2004.
- Bittner, R., *Moralisches Gebot oder Autonomie?*, Freiburg/München, Alber, 1983.
- Brandom, R., *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana, 1986.
- Gargarella, R., *The Scepter of Reason*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 2000.

- Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1991.
- Habermas, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1996 (orig.: Faktizität und Geltung, 4a ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994).
- Habermas, J., *The Inclusion of the Other*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1998 (orig.: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996).
- Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923.
- Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1989.
- Iosa, J., “Concepciones de la autonomía”, *Filosofía Social e Teoría do Direito*, 2010. Iosa, J., “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2010.
- Iosa, J., “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Análisis e diritto*, 2011.
- Kain, P., “Self legislation in Kant’s Moral Philosophy”, *Archiv für Geschichte der Philosophie*, n.º 83, 2004.
- Kamp, G., *Logik und Deontik*, Paderborn, Mentis, 2001.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1911, t. 4.
- Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademieausgabe (AA), Berlin 1913, t. 5.
- Kant, I., *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre (1797/98)*, Akademieausgabe (AA), Berlin, 1914, t. 6.
- Kaufmann, M., *Rechtsphilosophie*, Freiburg-München, Alber, 1996.
- Korsgaard, C., “The Authority of Reflection”, en Korsgaard, C. M., *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Mele, A. R., *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Nagl-Docetal, H., “Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung”, en: Pauer-Studer, H. y Nagl-Docetal, H. (eds), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie*, Wien-Berlin, Oldenbourg-Akademie Verlag, 2003.

- Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven-London, Yale University Press, 1996.
- Paton, H.J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, 3ed., London, Hutchinson, 1958.
- Patzig, G., "Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie", en Patzig, G., *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik*, Göttingen, Wallstein Verlag, 1994.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- Rawls, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996.
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986.
- Reath, R., *Agency and Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Rousseau, J. J., *Contrat Social*, Amsterdam, 1762.
- Schneewind, J., *The Invention of Autonomy*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- Sieckmann, J., "Legal System and Practical Reason", *Ratio Juris*, 5, 1992.
- Sieckmann, J., "Cultural Pluralism and the Idea of Human Rights", en: Soeteman, A. (coord.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001.
- Sieckmann, J., "On the Tension Between Moral Autonomy and Rational Justification", *Ratio Juris*, 16, 2003.
- Sieckmann, J., "Autonome Abwägung", *ARSP 90*, 2004.
- Sieckmann, J., "Argumentation und demokratische Legitimation", en: Sieckmann, J. (coord.), *Argumentation und politische Legitimation*, Baden-Baden: Nomos, 2006.
- Sieckmann, J., "La racionalidad del debate parlamentario: un análisis del debate sobre la importación de células madre en el Parlamento Federal alemán", en Cardinaux, N.; Clérico, L. y D'Auria, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Fac. de Derecho, 2006.

- Sieckmann, J., “The Concept of Autonomy”, en Gizbert-Studnicki, T. y Stelmach, J. (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Cracow, Oficina-Kluwers, 2007.
- Sieckmann, J., *The Logic of Autonomy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012.
- Spector, H., *Autonomy and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Stuhlmann-Laeisz, R., *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-holzboog, 1983.
- Tugendhat, E., *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993.
- v. Wright, G. H., *Norm and Action*, London-New York, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- Wildt, A., *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982.
- Wolff, R. P., *In Defense of Anarchism*, Berkeley, University of California Press, 1973.
- Wood, A., *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.





## **Autonomía, legitimidad y legalidad: en torno de un antiguo conflicto entre las facultades de filosofía y de derecho<sup>1</sup>**

*Autonomy, Legitimacy and Legality:  
About an Ancient Conflict Between  
Philosophy and Law Schools*

Maurício Keinert\*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/09/2015.

Aceptación: 28/12/2015.

Recepción y aceptación final: 10/03/2016.

**Resumen:** Se trata de un comentario al artículo “Autonomía moral y legitimidad democrática” de Jan- R. Sieckmann en el que se pretende discutir principalmente el vínculo que éste instituye entre los conceptos de autonomía y autonomía individual. El comentario se dirige a demostrar que tal vínculo no es obvio ni tampoco natural mediante el análisis de dos autores de la filosofía moderna que han estudiado el asunto, Immanuel Kant y Jean-Jacques Rousseau. A partir de esto, intenta también discutir cuestiones vinculadas a la relación entre legalidad y legitimidad, sea en la moral, sea en el derecho y en la política, que estarían por detrás del concepto de autonomía tal como es pensado por Kant. Por último, se plantean algunos problemas para pensar la legitimidad del derecho y de la democracia.

**Palabras clave:** Autonomía, legitimidad, legalidad.

\* Doctor en Filosofía, Universidad de San Pablo, Brasil.  
Correo electrónico: mkeinert@usp.br

<sup>1</sup> Traducción de María Valentina Risso

**Abstract:** This work is a commentary on the article “moral autonomy and democratic legitimacy” from Jan-R Sieckmann. Here I pretend to discuss mainly the link that the author establishes between the concepts of autonomy and individual autonomy. This work pretends to demonstrate that this link is neither obvious nor natural, and it will be shown through the analysis of two authors of the modern philosophy such as Immanuel Kant and Jean-Jacques Rousseau. Starting from this point, I also pretend to discuss different issues related to the connection between legality and legitimacy, either in the field of morals, or law and politics, which would be behind the concept of autonomy as it is thought by Kant. Finally, I present some problems in order to think the legitimacy of law and democracy.

**Keywords:** Autonomy, legitimacy, legality.

El artículo de Jan- R. Sieckmann, “Autonomía moral y legitimidad democrática”, tiene dos pretensiones que desearía destacar desde el principio. En primer lugar, pretende reflexionar sobre la legitimidad del sistema democrático por medio del concepto de autonomía. Investiga las fuentes de este concepto en la modernidad, por medio de filósofos como Rousseau y principalmente Kant, para luego desarrollar una estimulante discusión contemporánea sobre la posibilidad de trabajar este concepto como criterio de legitimidad del poder político. Sieckmann enumera de manera notable en sus notas una sucesión de importantes teóricos que estudiaron minuciosamente la cuestión, como Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin, entre otros. En segundo lugar, el artículo también está dirigido a plantear una discusión más filosófica, en el sentido de cuestionar la validez misma del concepto de autonomía y, para ello, promoverá un análisis anclado en importantes nombres de la *Kant- Forschung*, sobre lo que denomina de una paradoja que se encontraría en la formulación de este concepto. Gran parte del artículo será destinado a esta discusión, sin embargo finalmente, veremos que no se trata de una paradoja en sentido fuerte, pues el autor afirma haber llegado a una solución del problema. Desearía realizar mi comentario poniendo en consideración la cuestión de la paradoja de la autonomía para, luego, desarrollar algunas observaciones sobre el uso del concepto para pensar la legitimidad del poder político, más específicamente, de la democracia.

## I. Ambigüedad estructural

Existe una ambigüedad estructural en el texto de Sieckmann que es problemática y se refiere a la manera como, a partir de su argumentación, él analiza el concepto de autonomía. Desde el principio, sin decirnos exactamente la razón, el autor identifica tal concepto con el de *autonomía individual*. Además de resultar problemática esta reciprocidad entre los conceptos y de no estar debidamente justificada, principalmente desde el punto de vista de la filosofía kantiana, ella es reduccionista: se trata de una visión *extremadamente* liberal<sup>2</sup> del concepto de individuo, visto de manera inflexible como portador de intereses determinados de forma puramente mecánica. Es *en estos términos* que la paradoja de la autonomía nos es presentada. Por otra parte, al exponer su solución para la paradoja, Sieckmann va gradualmente incluyendo en el concepto elementos que no estaban presentes anteriormente como, por ejemplo, la propia idea de ponderación de argumentos o de pretensiones normativas que están presentes en su concepción de autonomía (que no estaría relacionada con la paradoja). Por lo tanto, si comenzamos la lectura del artículo teniendo en cuenta una idea de autonomía cuya característica principal solo se refiere a los intereses propios de un individuo, al final de este mismo artículo el concepto de autonomía tiene en cuenta el concepto de intersubjetividad, de posibles criterios universalistas y la consideración de buenos argumentos. Aunque el autor continúa tratando el concepto de autonomía individual hasta el final, esta ambigüedad en cómo construye su argumento parece debilitar su misma posición.

Podría argumentarse contra esta clave de lectura que Sieckmann partiría de una estructura moderna de autonomía, presente en Kant

<sup>2</sup> Considero perfectamente posible defender una posición liberal con relación al concepto de individuo, no es este el problema. Sieckmann parece trabajar en el inicio de su artículo, sin embargo, con una concepción de individuo próxima a aquellas teorías de la “*rational choice*”, lo que supondría una concepción de la estructura de la democracia que reproduciría la del mercado. No obstante, ésta no parece ser la posición de Sieckmann al final de su artículo.

y Rousseau. Veamos. Ya en las primeras líneas de su introducción expone la siguiente tesis: como cualquier otra forma de poder político, el derecho debe ser legítimo, es decir, debe justificar el ejercicio de su poder y hasta incluso la utilización de la fuerza. Para el autor, el criterio para razonar sobre tal forma de legitimación es la *autonomía de los individuos que están sujetos a ese poder* y seguidamente afirma que ese es el *único* criterio para pensar la legitimación del poder político. Ahora bien, ¿por qué esta primacía de la autonomía individual<sup>3</sup>? Sieckmann afirma entonces:

De otro modo, sostener que existe una justificación del poder político sobre la base de un criterio independiente de la autonomía individual implicaría que algunos individuos puedan estar sujetos al poder político a pesar de que puedan con razón objetarlo. Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimación de este poder.

Esta lectura supone que de hecho es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimación del poder político y no exactamente el concepto de autonomía. De este modo, tendríamos la institucionalización del poder político con el objeto de hacer posible la mayor libertad para el desarrollo de los individuos y de sus intereses. Considero que este es el verdadero presupuesto que guiará la lectura que el autor realiza de Rousseau y de Kant.

A continuación presento la primera cuestión que me interesaría desarrollar: el hecho de que la filosofía moderna política haya partido de la cuestión del individuo no la convierte necesariamente en liberal, mucho menos cuando estamos tratando de autores como Kant y Rousseau. Sin embargo, no parece ser esta la posición de Sieckmann. Del primer filósofo, el autor conserva principalmente el famoso problema planteado en el inicio del *Contrato Social*, el de “encontrar una

<sup>3</sup> Cabe preguntarse incluso por qué la primacía de la autonomía, ya que la historia, la historia de la filosofía, la ciencia política, etc. nos muestran una variada gama de posibilidades de justificación o de legitimación del poder político que no se refiere al concepto de autonomía.

forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y en virtud de la cual cada uno obedezca a sí mismo y permanezca tan libre como antes”<sup>4</sup>. Del segundo, recoge el hecho de que el poder legislativo representa la voluntad unida de un pueblo y que, siendo así, todo el derecho debe provenir de este poder y debe ser imposible que una ley de este implique un acto injusto contra alguien, pues, según Kant, solamente la voluntad unificada de todos, en que cada uno y todos deciden lo mismo para todos y cada uno, puede legislar. Estos dos aspectos, presentes en Rousseau y Kant, son importantes para nuestro autor, que concluye:

Por consiguiente, el problema de legitimar el poder legislativo es el de cómo la existencia de las leyes puede resultar compatible con la libertad de cada uno y cómo, a su vez, es posible dar cuenta de leyes tales que puedan contar con el consentimiento de cada uno y, así, volverse legítimas.

Esta es la idea de *consentimiento* de cada uno de los individuos en relación al poder que será el “núcleo de la legitimidad democrática”. Sin embargo, una vez más es evidente que el criterio de apreciación de Sieckmann se refiere a la voluntad misma del individuo más que precisamente al concepto de autonomía.

En la medida en que la introducción del artículo llega a este núcleo, se plantean algunos problemas. El principal se refiere al hecho de que, tanto en el derecho como en la política, la ley, o su aplicación, tiene un carácter *vinculante* y, por lo tanto, puede entrar en oposición a la libertad de aquellos que están sujetos a ella. En ese sentido, la instauración del imperio de la ley llevaría a esos individuos a perder su libertad, o al menos, a verla transformada. Esa cuestión, que será desdoblada en otras, podría ser, entonces, abordada por nosotros de la siguiente manera: ya hay una concepción de libertad aquí tratada, un presupuesto duro, no siempre explícito, que convertirá el concepto de autonomía en problemático: la idea de que *cada uno* de los individuos dará su consentimiento de acuerdo con sus propios intereses. Este

<sup>4</sup> Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social*, Paris: Pléiade, 1964, pág. 360.

presupuesto no me parece armonizar con los conceptos de autonomía tal como lo encontramos en Rousseau y, principalmente, en Kant.

## II. Autonomía moral: Kant y Rousseau

Una de las virtudes del artículo de Sieckmann es la de encontrar en el interior de la filosofía moderna elementos constitutivos del debate político y jurídico contemporáneo. En ese sentido, la reconstrucción del concepto de autonomía en Rousseau y en Kant propuesta por el autor es importante, pese a que padezca de un problema de análisis. El problema, como dijimos, se refiere a la reciprocidad entre el concepto de autonomía moral y el de autonomía individual, presupuesta por el artículo, pero que, sin embargo, no es abordada de forma directa. Pues bien, ¿será que el concepto de autonomía forjado a lo largo del siglo XVIII se limita al concepto de autonomía individual, concebido específicamente en el siglo XX<sup>5</sup>? Entonces, ¿será que el concepto de autonomía individual haría posible que hablásemos de autonomía en Kant y Rousseau sin señalar las especificidades de cada uno de ellos? Sieckmann, sin embargo, aproxima los dos filósofos por medio del concepto de individuo que, a su vez, lo llevará al concepto de autonomía individual.

Cuando Rousseau plantea el problema de la relación entre el individuo y la asociación de individuos, que se convertirá en un cuerpo político, él tiene en mente el *pasaje* de la libertad natural a la libertad convencional de estos últimos. Tal pasaje le permitirá afirmar que *cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo*, pues, al formar parte ahora del cuerpo político soberano, el *individuo*, en tanto *ciudadano*, al obedecer la voluntad general, obedece a sí mismo. Esto significa, y es lo importante, que cada uno cede su libertad natural, y sus derechos naturales, en favor de la unidad del cuerpo político, volviendo a todos, desde el punto de vista *moral y político, ciudadanos autónomos* y, por lo

<sup>5</sup> Cf. O'Neill, O. "Autonomy, Plurality and Public Reason", en: Brender, N. Krasnoff, L. (eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 182-3. Hay una traducción de este artículo en portugués: O'Neill, O., "Autonomia, pluralidade e razão pública", *Cuadernos de filosofía alemana*, V. 19, n.º 1, 2014.

tanto, iguales y libres desde el punto de vista de la convención alcanzada por el pacto social. De esta manera, le es posible afirmar al ginebrino que “en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto por tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe por ese mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad”<sup>6</sup>.

Cómo hablar entonces de *autonomía individual* en el *Contrato Social*, pues, en rigor, solo sería posible hablar de autonomía por medio del acto de asociación, cuando la persona particular se convierte en un miembro de la voluntad general y cuando, por lo tanto, ella pasa a formar parte de un cuerpo colectivo, moral y político. La idea de soberanía, por lo tanto, será central para Rousseau, ya que es con la autonomía de los individuos, asociados en un cuerpo político único, que él podrá ocuparse de una relación que tenga en cuenta dos puntos de vista distintos: la pasividad y la actividad. Si el cuerpo político es *activo* como *soberano* y *pasivo* como *Estado*, el pueblo es, en cuanto una *comunidad de ciudadanos*, *activo* y, mientras está *sometido a las leyes del Estado*, *sujeto y pasivo*. Esta doble relación nos permite pensar entonces el concepto de autonomía: en primer lugar, él se refiere a la unidad de la asociación que es soberana y promulga las leyes del Estado, la *forma institucional* de esta soberanía; en segundo lugar, los ciudadanos como partícipes de esta soberanía son agentes de estas leyes, pero, por ser sujetos y pasivos, están también sometidos a ellas. De este modo, son literalmente legisladores y destinatarios de estas leyes.

Es evidente el esfuerzo de Rousseau en subrayar el *acto* de asociación. En la medida en que el individuo se asocia, se convierte en un ciudadano de la República y es en el interior de esta comunidad, esto es, como individuo partícipe de esta comunidad política, que él legisla para sí mismo y para todos los demás ciudadanos. En este sentido, al acentuar la actividad de la asociación política, Rousseau resalta el elemento de la igualdad política. Todos somos autónomos y, por lo tanto, iguales. Esto permite que todos legislen para todos en el interior de la República. Por otra parte, desde la perspectiva de la soberanía, todos

---

<sup>6</sup> Rousseau, J.-J., *op. cit.*, pág. 361.

deben volverse libres, por lo tanto, todos deben ser obligados a adherir al contrato por medio de la voluntad general, teniendo su voluntad particular, como individuo, constreñida por la voluntad general, lo que hace que el cuerpo político se mantenga unificado y cohesionado. De esta forma, el concepto de autonomía en Rousseau está estrechamente vinculado al concepto de soberanía del cuerpo político y cuando se habla de individuo, se habla de aquel individuo que se asoció por medio del pacto social y que, al hacerlo, rechaza su derecho y su libertad naturales, que se refieren a su fuerza particular, como individuo particular. Por lo tanto, cuando se habla de autonomía es imposible pensar en un individuo que en su actividad legislativa no esté asociado al cuerpo político, es decir, un individuo que dejó de lado sus intereses particulares en beneficio de la voluntad general. La idea de autonomía en este caso no es, de ninguna manera, recíproca a la idea de autonomía individual.

Es interesante la forma que Kant encuentra para reconstruir el concepto de autonomía de Rousseau, dando al acto de asociación un significado *a priori* y trascendental. Sin embargo, la cuestión se vuelve más compleja en la medida en que esta actividad requiere ser analizada por medio de un doble punto de vista, atinente a los usos de la razón práctica: el moral, por un lado, y el jurídico-político, por el otro<sup>7</sup>. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant pretenderá investigar, desde el principio, la acción humana por medio de dos maneras distintas: una en que la acción será analizada por la intención y, por lo tanto, teniendo valor en sí misma; otra en que será analizada por el objeto de la acción, aquello que ella pretende lograr por sí misma como un medio. En el primer caso, habría, para Kant, una acción

<sup>7</sup> Tengo en cuenta la posición de Kant en sus *Lecciones de derecho natural* del año 1784 conocidas como *Naturrecht Feyerabend*. En este curso, así como algunos años más tarde en la *Metafísica de las Costumbres*, la idea de *moral* tendría en cuenta tanto elementos de la *ética* como del *derecho*. En este sentido, trabajo con el siguiente enfoque: la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* no es solo una obra sobre la *ética*, sino antes bien sobre la *moral* (aun cuando no desarrolle explícitamente los elementos del *derecho*, desarrollados en la *Naturrecht Feyerabend*).



*por deber*, en el segundo caso, una acción *conforme al deber*. En relación al primer tipo, el autor afirma: “una acción por deber tiene su valor moral *no en el propósito* que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido decidida, no depende, pues, de la realidad efectiva del objeto de la acción, sino meramente del *principio del querer*, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad del desear”<sup>8</sup>. Lo que interesa a Kant en este caso es el hecho de que el valor moral de la acción no se encuentra, pues, en el propósito a ser alcanzado por medio de ella y, de este modo, no depende de la realidad efectiva del objeto de la acción, sino que se encuentra en la máxima según la cual ha sido resuelta y en el principio del querer.

Pues bien, en este momento de la *Fundamentación*, la preocupación del filósofo está puesta en el *criterio* para decidir el valor moral de una acción que, según él, reside en su principio *formal*, a priori, y no en su principio material, a posteriori, vinculado al objeto de la acción, o a un determinado fin a ser conseguido. Tal criterio necesitará ser decidido entonces por medio de la regla que guía la acción, su máxima. Tal vez sea posible decir que este camino seguido por la argumentación kantiana se refiera al valor incondicionado de la buena voluntad que, en este momento, se confunde con el valor moral. Siendo ello así, cualquier principio material vinculado a un determinado fin u objeto será siempre condicionado y el análisis se orientará necesariamente al principio formal- el principio del querer. El paso siguiente será el de identificar este principio formal a una *actividad de la voluntad*, vinculada, a su vez, al respeto a la ley. Cuando afirma que “el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley”, Kant vincula aquella actividad de la voluntad a la posibilidad de descubrir una razón o un fundamento (*Grund*) de la acción que no esté vinculado a su vez a cualquier objeto o principio empírico.

De ello concluye la importante afirmación de la *Fundamentación*: “una *acción por deber* tiene que excluir por completo todo influjo de

---

<sup>8</sup> Kant, I., *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, San Pablo, Barcarolla, 2009, AK.VII, págs. 399-400.

la inclinación y con ella todo objeto de la voluntad, no queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad sino objetivamente la *ley* y, subjetivamente, el *puro respeto* a esa ley práctica, y por lo tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, aún con perjuicio de todas mis inclinaciones”<sup>9</sup>. Pues bien, el valor moral de la acción, como valor incondicionado y que, por lo tanto, no reside en ningún elemento empírico, solo se puede vincular a la determinación de la ley. Por lo expuesto, es posible decir que esta determinación debe ser entendida a través de dos puntos mencionados en la exposición hecha hasta aquí: en primer lugar, se trata de afirmar que el criterio para decidir el valor moral de una acción requiere el principio formal del querer que, a su vez, se identifica con la actividad de la voluntad; en segundo lugar, se pretende afirmar también que esta actividad de la voluntad se encuentra en la búsqueda por el fundamento (*Grund*) a priori de su acción. De la manera como entendemos la estructura del argumento de Kant, es posible sostener lo siguiente: cuando él establece la relación entre *máxima* y *ley práctica* afirmando, en un primer momento, que aquella es el principio subjetivo y ésta el principio objetivo del querer, la actividad de la voluntad de hallar un fundamento para la acción se confunde con un procedimiento de comparación de la forma de la máxima con la universalidad de la ley. Tal procedimiento, racional, permite la constatación, entonces, en un segundo momento, del valor moral de la acción en su determinación.

Esta actividad de comparación de la máxima con la ley, realizada por el agente racional, es un punto que es fuente de controversia tanto por parte de los comentaristas como de los pensadores contemporáneos. Específicamente en una cuestión que nos parece decisiva para la discusión que aquí se traba. Se relaciona exactamente con lo que está en discusión en el proceso de comparación de la máxima con la ley y de cuál perspectiva se adopta allí: ¿una perspectiva individual o una perspectiva en que el individuo se encuentra inserto en el interior de un todo moral? Es conocido el artículo de Rüdiger Bittner, “Máxi-

<sup>9</sup> *Ibidem*. pág. 129 (AK. VII; págs. 400-401).

mas”<sup>10</sup>, en el que su interpretación de este concepto permite dos lecturas aparentemente antagónicas, aunque de gran interés. El primer punto de análisis de Bittner se refiere a la diferencia que él realiza entre los conceptos de *máxima* y de *propósito*. Para diferenciarlos, propone que el segundo estaría vinculado a ciertos elementos *particulares* del querer, reglas que no tienen ninguna importancia desde el punto de vista del valor moral, como la de un individuo que elige para sí mismo salir a cenar todos los lunes a la noche. Otra cosa muy diferente sería el concepto de *máxima*, que tendría en cuenta lo que el comentarador llama de *experiencia de vida*, es decir, aquello que se refiere a la *totalidad de la vida* de un individuo, como el hecho que una determinada persona tenga en la avaricia el elemento organizativo de sus acciones, es decir, de su modo de vivir. Esta interpretación tiene, en mi opinión, el valor de esclarecer un aspecto no siempre observado en el interior del kantismo, es decir, que las máximas están, en cuanto organizan un conjunto de reglas subjetivas de acción, insertas en un determinado *contexto de vida ético*<sup>11</sup>.

Sin embargo, el segundo punto tratado por Bittner parece desautorizar esta interpretación en el siguiente aspecto: la totalidad de la vida implícita en la *máxima*, ya universalizada, por lo tanto, se refiere apenas a la totalidad de las acciones de un determinado individuo, sin necesariamente tomar en consideración el otro. En este sentido, la totalidad que la *máxima* comprende se refiere únicamente a las acciones de un único individuo, más específicamente de su voluntad:

Esto significa que la voluntad, por intermedio de sí misma, quiere que ambos (la regla universal, y el hacer particular) sean uno, y que por lo tanto, ese hacer sea querido al mismo tiempo como universal, y precisamente debido a su universalidad. En la autolegislación, la propia disposición de la ley y la sumisión

<sup>10</sup> Bittner, R., “Máximas”, *Studia Kantiana*, n.º 05, 2004, págs. 7-25.

<sup>11</sup> Sobre esto, Bittner es enfático: “Que los seres humanos estén siempre en relaciones morales (*sittlichen*) concretas, y en su contexto entiendan y determinen sus vidas, como sabía Aristóteles, no es olvidado tampoco en Kant, antes bien está en la base de la reflexión moral: sus máximas son ésta autodeterminación del individuo a partir de la experiencia de su mundo”. *Ibidem*, pág. 14.

a la misma no se dividen en dos grupos de propósitos; si así fuese, ella no sería más autolegislación (Selbstgesetzgebung)<sup>12</sup>.

Por lo tanto, el modo como el comentador entiende el concepto de autonomía en Kant es *sui generis*, pues apunta a un concepto de autonomía de la voluntad que no está *limitada* críticamente por la razón, pero es *potencializada* por la razón. La autonomía es de este modo la reconciliación de la voluntad consigo misma, como voluntad particular y universal de un mismo individuo, o incluso en las palabras de Bittner:

Según su contenido, la máxima es ya de la más alta universalidad, a saber, principio de toda una vida. Ella es un particular únicamente por intermedio de su forma- de valer sólo en razón de *mi* decisión para *mi* vida, por lo tanto por intermedio de su subjetividad<sup>13</sup>.

Aunque Bittner pretenda dar complejidad al concepto de subjetividad en Kant, exponiendo que la máxima posee un contenido vinculado a la experiencia de vida de un determinado individuo, su solución para la relación entre máxima y ley, así como el modo como entiende el concepto de autonomía, no parecen encontrar refugio en la letra y en el espíritu kantiano<sup>14</sup>.

Si retomáramos la reconstrucción del argumento de la *Fundamentación* que hacíamos, podemos afirmar que el concepto de *respeto* a la ley es algo que nos puede ayudar en la tarea de esclarecer esta difícil relación entre la máxima y la ley. En primer lugar es posible afirmar que el respeto proporciona, mientras es un sentimiento *autoproducido* por medio de un concepto de la razón, el *reconocimiento* de la determinación de la voluntad por la ley, es decir, la *conciencia de la subordinación* de la voluntad a la razón. Por lo tanto, la conciencia de la subordinación de la voluntad a la ley es el efecto de la determinación de la ley

<sup>12</sup> *Ídem*, pág. 23.

<sup>13</sup> *Ídem*, págs. 23-4.

<sup>14</sup> Principalmente por el hecho de que no encontramos en el artículo de Bittner lo que sería el criterio del valor moral de una acción. ¿Qué es lo que, por ejemplo, diferenciaría una acción por deber de una acción contraria al deber, si la máxima ya es un principio universal?

que, desde el punto de vista subjetivo, es entendida como el efecto del proceso de universalización de la máxima. La idea de un sentimiento autoproducido por la razón plantea, a mi entender, un proceso que es doble: la comparación de la máxima con la universalidad de la ley y la consiguiente determinación de la voluntad por la ley. Es este “doble movimiento” el que explicaría la relación entre la subjetividad de la máxima y la objetividad de la ley, aquello que se refiere a la propia actividad de la voluntad de hallar un fundamento a priori de su acción y de verse determinada de forma racional, es decir, es a partir de él que podemos afirmar la *posibilidad* de que una voluntad sea una razón práctica. En segundo lugar, es necesario prestar atención al hecho de que el sentimiento autoproducido del respeto es la representación de lo que Kant llama menoscabo o derogación del amor a mí mismo y, por lo tanto, presupone un movimiento de renuncia parcial del yo.

Ahora bien, ¿cuál sería el sentido de señalar este menoscabo del amor a mí mismo y este movimiento de descentramiento del yo? En mi opinión, estas dos características demuestran que en la medida en que el sujeto racional *representa* la ley moral, tal representación presupone inmediatamente dos características: el proceso de comparación de la máxima con la ley y, aún más, con la forma universal de la ley y, por consiguiente, la posibilidad de encontrar un fundamento de determinación de la acción y, *al mismo tiempo*, el hecho de que todos los otros seres racionales poseen la misma capacidad y, por lo tanto, son sujetos interesados en la representación que el individuo hace de la ley. Si pensáramos la representación de la ley por medio del concepto de deliberación, podemos afirmar entonces que al comparar la máxima con la ley, la razón inmediatamente se pregunta por la universalidad de la forma de la máxima, y tal universalidad, cuando es positiva, supone el hecho de que *todos los otros seres racionales* (exigencia de totalidad de la razón) prestarían su consentimiento a tal acción. En este sentido, al representar la ley y actuar por medio de esta *paralegalidad*<sup>15</sup>, el individuo delibera en el interior de un todo moral que, a su vez, se confundirá con el valor moral incondicional de su acción, pues

<sup>15</sup> N. del T.: el autor utiliza el término “*legiformidade*” que en inglés sería el equivalente “law-like”.

es él el que dará legitimidad a la regla de la acción. Es en este movimiento de representación (o de deliberación) que podemos reconocer el concepto kantiano de autonomía, pues al representar la ley, al hacer la comparación de la máxima con la ley, este individuo legisla por medio de su actividad racional para sí mismo y para todos los otros seres racionales, colocándose de este modo en la posición de legislador y de destinatario de la ley.

Al comportarse así, este individuo no está actuando por medio de un cálculo de intereses propios, por el contrario, al representar la ley, la mayoría de las veces como afirma Kant, estará actuando contra sus propias inclinaciones en caso de que decida proceder de acuerdo con la ley. Concluimos una vez más que, tanto en Kant como en Rousseau, el concepto de autonomía no se ciñe al concepto de autonomía individual. Sin embargo, y este es el punto importante, creo que hay aquí una diferencia importante con relación a Rousseau que debe ser investigada: todos los individuos, por ser autónomos y, por lo tanto, interesados, son también un fin en sí mismo<sup>16</sup> y por esta cualidad, son seres portadores de dignidad, son seres racionales. Si por lo tanto Rousseau tiene una posición republicana fuerte, en la medida en que la voluntad particular del individuo debe ser coaccionada por la voluntad general, en el proceso de la decisión de la asamblea<sup>17</sup>, en Kant esta relación tendrá que ser reconsiderada por la representación de la ley también en su vertiente político-jurídica.

### III. Autonomía política: Kant y el uso público de la razón

En su opúsculo “Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?”, Kant establece una importante relación para pensar la representación de la ley jurídica: se ocupa de la distinción que hace allí entre el *uso privado* y el *uso público* de la razón. Si Rousseau, en el *Contrato Social*,

<sup>16</sup> Tengo en cuenta aquí la formulación del imperativo categórico conocida como “fórmula de la humanidad”, en la que todos los hombres son considerados como fines en sí mismos.

<sup>17</sup> Cf. Rousseau, J.-J., *op. cit.*, principalmente el capítulo VII del Libro I. págs. 362-4.

pretende diferenciar la figura del *hombre* de la del *ciudadano*, en que el primero, aun pensando de forma diferente, debe ser obligado a colocarse en la posición del segundo, es decir, a actuar y a pensar de acuerdo con la voluntad general<sup>18</sup>, Kant, en su artículo, parece reorganizar esta relación entre el pensar (o racionalizar) y la obediencia. La idea de que el sujeto en la medida en que hace uso privado de su razón debe obedecer a una cierta autoridad en el interior de una determinada comunidad (el oficial que obedece las normas del ejército; el sacerdote o pastor que obedece las normas de la Iglesia; el ciudadano y contribuyente que obedece las normas del Estado) y, desde un punto de vista universal, debe hacer uso público de su razón, cuestionando las mismas normas, establece una relación *entre ciudadanos, en que la obediencia tiene como condición de posibilidad el libre pensar*. Es porque hago uso público de mi razón que obedezco las leyes constitucionales, por ejemplo. Pues bien, hacer uso de la razón pública tiene en cuenta algunas características importantes del concepto de autonomía.

En primer lugar, es necesario reflexionar sobre la propia *forma* de la constitución republicana, es decir, de la ley jurídica. Esta, así como la ley moral, requiere la misma relación autónoma entre el legislador y el destinatario. La ley tiene como condición de legitimidad la posibilidad de interpretarla y en este sentido, la posibilidad de encontrar razones o fundamentos (*Grunds*) para legitimarla o deslegitimarla ante el público. Estas razones necesitan, por lo tanto, ser presentadas públicamente y, en varios textos, Kant afirmará que el soberano tiene el deber de comportarse de acuerdo con lo que dice la voluntad general. En este sentido, la voluntad general, en términos kantianos, presupone la idea de una deliberación pública, y este es el elemento legitimador de la obediencia. Yo obedezco porque puedo criticar. Desde el punto de vista de la letra y del espíritu de la ley, obedezco a la Constitución porque esta se encuentra en disputa, es decir, puede ser interpretada de varias formas, afirmándola o no. En el artículo “Respuesta a la pregunta”, Kant utiliza un ejemplo importante, el de un determinado grupo eclesiástico que establece para su comunidad una sujeción eter-

<sup>18</sup> *Ídem*. pág. 363.

na e incesante sobre cada uno de sus miembros y pregunta si tal ejemplo se ajustaría con el concepto de Ilustración (*Aufklärung*). Él mismo responde que no, pues la Ilustración presupone algún tipo de progreso en que una generación lega a las siguientes mejores condiciones para su propia Ilustración. Y presenta en seguida un criterio de evaluación de la ley: “La piedra de toque de todo cuanto puede acordarse como ley para un pueblo se cifra en esta cuestión: ¿acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?”.

Se puede decir que la cuestión planteada aquí se refiere de nuevo a un procedimiento de comparación entre la ley positiva y la universalidad de la razón: ¿la ley positiva hace posible el florecimiento de un debate público de *todos* los interesados, la deliberación, o ella lo obstruye? Y debe tenerse en cuenta que incluso si esa ley ha sido establecida por la autoridad suprema del Parlamento o por un tratado de paz, ella resultará injusta desde el punto de vista de la Ilustración. Aquí entramos en un segundo ámbito importante para nuestra discusión, que se refiere a la naturaleza coercitiva de la ley positiva. No hay duda que Kant asume la posición que la ley jurídica, por su carácter legal, siempre será coercitiva. *Sin embargo*, tal coerción debe legitimarse de forma pública, de tal manera que ella por lo menos no impida el debate público. En este sentido, aunque la noción de justicia esté vinculada a la legalidad de la ley, este fragmento del opúsculo parece mostrar claramente que ella está relacionada también a la legitimidad, resultado del uso público y autónomo de la razón.

Dicho esto, la perspectiva de Kant parece ser bastante distinta de aquella adoptada por Rousseau. En este último, el individuo es obligado a volverse libre, es decir, a pasar de su condición de *homme* portador de *opiniones* propias a la condición de *ciudadano* forzado por la posición (*verdadera*) de la voluntad general. Tal presión es necesaria para la cohesión de la voluntad general, que no puede admitir ninguna forma de interés que sea diferente del suyo. En Kant, por el contrario, al distinguir (ya desde el punto de vista moral) la forma de la materia de la ley, la cohesión de la voluntad general sucede dada la posibilidad misma del uso público de la razón, es decir, de la deliberación autónoma del público. Como en la relación subjetiva de la máxima con la



ley moral, en la que hay un proceso de comparación entre las formas de una con la otra y en que se pregunta si tal regla es válida para todos los seres racionales, desde el punto de vista político-jurídico, la deliberación se refiere al hecho de si la forma de una determinada ley positiva permite o no la deliberación de todos los posibles interesados al respecto. Este proceso es el que garantizará la legitimidad de la ley y, sobretodo, su respeto que aquí se traduce por la idea de coerción. Por lo tanto la coerción, al no estar envuelta en la relación binaria entre opinión y verdad, permite la amplificación de las diferentes voces que hacen uso público de su razón<sup>19</sup>.

#### IV. ¿Paradoja de la autonomía?

La rápida reconstrucción del concepto de autonomía tanto en Rousseau como en Kant nos ayuda a comprender mejor un punto importante: en los dos filósofos, el concepto de autonomía está vinculado a la idea de una *actividad*. Si en Rousseau tal actividad es representada por el acto del contrato, en el que hay una transición de la libertad natural en dirección a la libertad convencional del cuerpo político, en Kant ese pasaje sucede en la actividad de la representación de la ley moral, del propio juicio práctico, como también en la actividad de deliberación pública, por medio del uso público de la razón. En ambos casos, el modo como la ley es entendida permite una doble interpretación: al mismo tiempo en que ella es coerción (sea ética, interior, sea legal, exterior), ella es también expresión de la libertad. En este sentido, es posible afirmar que la autolegislación de la ley es la condición de obediencia de la misma y en ambos casos tenemos un elemento paradigmático: en el

<sup>19</sup> Esta idea parece ser fundamental tanto en “Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración? Como en “Idea de una historia de una historia universal en sentido cosmopolita”. En ambos artículos esta paradoja de la ley se presenta: cuanto más una sociedad es coaccionada por leyes jurídicas, aún más ella puede modificar su modo de pensar público y, por lo tanto, ser libre desde el punto de vista de la Ilustración. Una lectura contemporánea de esta paradoja puede ser vista en el capítulo III de *Faktizität und Geltung* de Jürgen Habermas.

caso de Rousseau, la ley significará un acto de soberanía, la reafirmación constante de la instauración originaria de la república de todos los ciudadanos políticos. En Kant, como tenemos dos puntos de vista, hay en primer lugar una transición a un todo moral y, en segundo lugar, el pase y constante reafirmación de la constitución republicana, es decir, la reafirmación de la justicia para todos los ciudadanos.

Me interesaría entonces discutir dos afirmaciones de Sieckmann sobre la paradoja de la autonomía, poniendo en consideración las dos grandes cuestiones discutidas en las partes precedentes. En la primera, el autor afirma:

La idea de autonomía como autolegislación parece tener una estructura paradójal. Entendida como autolegislación, la autonomía parece exigir que la validez de las normas dependa de su reconocimiento, quiere decir, de que sus destinatarios, en cuanto agentes autónomos, reconozcan que estas normas son válidas. Pero, por otro lado las normas pretenden vincular u obligar a sus destinatarios, y ¿cómo puede una persona estar vinculada por normas cuya validez depende de que ella misma, como destinataria, las reconozca como válidas? Si, por el contrario, las normas son válidas con independencia del juicio individual, ¿Cómo se puede sostener que los individuos sean autónomos? ¿Si ellos no determinan que normas son válidas, no están autolegislando?

Si tenemos en cuenta las posiciones de Kant reconstruidas aquí, esta afirmación, en mi opinión, no tiene sentido por dos razones. La primera se refiere a la propia estructura del modo en que Kant entiende el concepto de ley, o incluso, de la representación de la ley. Se trata de una actividad racional en que es posible reconocer dos momentos (analíticos) precisos: el primero se refiere a la comparación de la máxima con la ley, es decir, la comparación de la máxima con la forma universal de la razón. Tal comparación se orienta por el fundamento de determinación de la ley. Un segundo momento en el que, en la medida en que tal fundamento es encontrado (la propia condición de universalidad de la ley), tenemos la determinación misma de la regla de la acción. Dos puntos así deben ser explicitados: 1. Esta actividad

no presupone una potencialización de la voluntad por la razón (como Bittner sostiene), sino, por el contrario, una subordinación y una delimitación de la voluntad a la razón, en la medida en que ella se vuelve, en este caso, enteramente racional. 2. Esta actividad de representación de la ley es una actividad presupuesta en todo ser racional, por lo tanto, todo ser racional es o puede ser autónomo y, por esta condición, todos están alcanzados en relación con cualquier regla de acción. Estos dos puntos nos llevan a pensar en una relación que no es meramente empírica entre el interés mecánico del individuo y la ley, sino, por el contrario, se trata de una relación en que el interés individual no es puesto necesariamente en cuestión pero, sí el interés práctico –el que está verdaderamente en cuestión en la *Fundamentación*–.

La segunda afirmación de Sieckmann está más ligada a este último punto abordado:

El dilema de la autonomía se suscita porque la autolegislación implica que la validez de una norma depende de la voluntad, es decir, de un acto de reconocimiento por parte de la persona a quien ésta se dirige. La validez debe ser entendida en sentido normativo, es decir, la validez de una norma implica que esta se debe aplicar y cumplir. Desde luego esta elección debe ser razonable, es decir, debe cumplir con los requisitos de una decisión razonable; pero no puede derivarse de normas preexistentes que hayan sido establecidas sobre la base de una moral o de la razón práctica. Ahora, si una norma es válida solamente a causa de la decisión de sus destinatarios, cabría entonces decir que no puede ser vinculante para ellos, y por lo tanto tampoco ser válida en un sentido normativo. La paradoja de la autonomía surge, entonces, del hecho de que la decisión autónoma, por una parte debe ser autodeterminada y no puede derivarse de normas preexistentes, aunque, por otra parte, pretende establecer una norma válida, lo que presupone que hay razones normativas por las cuales la norma en cuestión debe ser considerada válida y, finalmente, vinculante para sus destinatarios. Por lo tanto, las decisiones autónomas no pueden ser por completo libres: tienen que estar limitadas normativamente. El primer requisito hace depender la validez de las normas de la aceptación individual, aun cuando el

segundo implique que tal propiedad es, en algún sentido, independiente de la aceptación de sus destinatarios.

Dos cuestiones pueden ser planteadas: en primer lugar, no hay duda que la validez de una norma es el resultado de la decisión de una voluntad, sin embargo aquí nos ocupamos de una voluntad que está siendo limitada críticamente por la razón. Lo que pretendí defender hasta este momento es que tal limitación se refiere a un proceso en que tenemos dos momentos analíticamente distintos: el proceso de universalización de la máxima, la comparación de su forma con la forma de la ley, es decir, la pregunta si ella es o no universal (en términos kantianos, la pregunta por su fundamento de determinación), y el proceso de determinación de la acción. Ambos procesos nos llevan a pensar en un doble punto de vista del concepto de ley kantiana: su legitimidad y su legalidad. Esta doble perspectiva se confunde con los elementos de coerción y libertad de la ley. En la medida en que este proceso requiere una universalidad, supone que están implicados en esta posición todos los seres racionales. De este modo, se pretende afirmar, como dijimos anteriormente, que lo que hace que sea posible validar la autonomía es exactamente el proceso de legitimación y la legalidad de la norma.

Ahora bien, desde el punto de vista de la ley político-jurídica, el concepto de decisión tiene que ser pensado teniendo en cuenta el concepto de *deliberación*<sup>20</sup>. Al hacer uso público de la razón, todos los posibles afectados en una determinada comunidad pueden cuestionar la legitimidad de una determinada ley positiva. Tal cuestionamiento nada dice respecto a la validez de la constitución en sí misma y su forma (republicana), pero sí respecto a ciertas características de una ley positivada, si ella permite el uso público de los implicados o no. En este sentido, desde el punto de vista kantiano, lo que dará la legitimidad al contrato originario será la propia idea de justicia que nace

<sup>20</sup> Para esta discusión, sigo en gran parte el artículo de Manin, B. "On Legitimacy and Political Deliberation". *Political Theory*, Vol. 15, n.º 3, 1987. págs. 338-368. Para nuestros propósitos, Manin pretende defender un *déficit* de deliberación en la teoría política del *Contrato Social* de Rousseau y, con esto, un *déficit* de legitimación. Sin embargo, al identificar a Kant con una figura ultraliberal, ignora el valioso concepto del uso público de la razón.

de la ponderación de argumentos en el interior del debate público y de la legalidad de la ley. Como sostuvimos previamente, si con Rousseau el acto originario del contrato es la reafirmación del concepto de soberanía de la República, en Kant, la actividad de la deliberación y de legislación será la reiteración de la idea de justicia. Sin embargo aquí aparece un elemento importante: al mismo tiempo en que hay rastros republicanos en el concepto jurídico de ley kantiana, tenemos también elementos liberales, en la medida en que la posición de todos los afectados debe ser tenida en cuenta. De esta forma, pensar la autonomía en sentido político en Kant es pensar, primeramente, en un proceso de deliberación en el que hay un elemento de soberanía y, en segundo lugar, un elemento en que diferentes posiciones individuales deben ser avaladas por la ley. En Kant, esos dos elementos parecen confirmar dos puntos precisos: la deliberación de todos los implicados y la necesidad de preservar la posición de la minoría.

## V. Consideraciones finales

Para concluir este comentario, tal vez sea importante explicitar algunos puntos que fueron abordados anteriormente. En primer lugar, creo que si Sieckmann pudiese trabajar con esa doble cara de la ley que intentamos mostrar en la actividad misma de representación de la ley en Kant, tanto desde el punto de vista moral en general como desde el punto de vista jurídico y político en particular, él podría retomar las principales características de su propuesta para de este modo pensar la solución de la paradoja de la autonomía, es decir, la intersubjetividad, la ponderación de argumentos y criterios universales. Y esto para solucionar algo que, en mi opinión, no quedó enteramente claro en su artículo. Se trata, en realidad, de clarificar dos puntos: el primero se refiere a *¿qué hace legítima la decisión de una determinada disputa política o jurídica?* El autor utiliza el ejemplo de la prohibición o no de fumar en lugares públicos. Ahora bien, lo que me parece que daría legitimidad al proceso de decisión sería la posibilidad de todos los implicados que hicieren uso público de su razón, es decir, *deliberasen*. Si este principio no fuera tenido en cuenta cuando pensamos el

concepto de autonomía, tendremos siempre, o casi siempre, la victoria del más fuerte en la decisión final. Y el derecho tendrá, en tanto poder político, su legitimación reducida a la legalidad y, por consiguiente, al concepto de fuerza o de poder. Esta cuestión de la diferenciación entre el *poder* y la *razón* o la propia autonomía de los ciudadanos, es el segundo punto que, a mi criterio, debería ser considerado. Intenté mostrar que desde el punto de vista del uso público de la razón, Kant piensa la legitimación por medio del concepto de *Ilustración*. Con esto, él reflexiona sobre la idea de la legitimación del poder y de la autoridad del Estado o de las instituciones religiosas *fuera* del Estado y de las instituciones religiosas, en una esfera pública de todos los posibles implicados<sup>21</sup>. Creo que Sieckmann debería tratar con más cuidado los papeles del Estado y del mercado en las decisiones jurídicas y políticas. En el ejemplo aludido sobre la prohibición de fumar en lugares públicos es necesario pensar en la acción y en los intereses de estas dos instituciones en el interior de la democracia<sup>22</sup>.

En segundo lugar, intenté analizar y contraponer las posiciones de Rousseau y Kant para sugerir cómo a partir de la confrontación de sus análisis del concepto de autonomía podríamos pensar en los conceptos de una *autonomía pública* y de una *autonomía privada*. En oposición a Habermas, considero que es posible ver estas dos vertientes en el interior de la filosofía práctica kantiana, en que tendríamos, por un lado, la deliberación pública y, por otro lado, la garantía de los

<sup>21</sup> Aquí sigo la tesis de Habermas en *Transformaciones estructurales de la esfera pública* en que el concepto de *Öffentlichkeit* gana terreno en la filosofía kantiana teniendo como contrapartida material la idea de una esfera pública de ciudadanos particulares que deliberan públicamente.

<sup>22</sup> Como el propio autor afirma, tendríamos la preocupación del Estado con la salud y la eficiencia de sus ciudadanos en contraposición a posiciones individuales que estarían vinculadas al puro placer de fumar. Sin embargo, son dos posiciones muy deferentes de poder. ¿Qué torna legítimo la posición de cada uno? Por otro lado, en el terreno de las hipótesis, habría también un gran interés de las industrias tabacaleras en esta discusión, habría *lobby* o propaganda. ¿Cómo pensar la legitimidad de una decisión teniendo en cuenta estas hipótesis? ¿Quién decidiría?

derechos individuales, la idea de dignidad de la persona humana<sup>23</sup>. Esto no significa confundir el concepto de autonomía con el concepto de autonomía privada y, con esto, aproximar las posiciones de los dos filósofos a partir del presupuesto de los intereses privados del individuo. Por el contrario, se trata de pensar un doble valor al interior del concepto de autonomía que nos serviría como criterio para la legitimación del poder político: un elemento republicano y un elemento vinculado a las libertades civiles, o incluso, a los derechos humanos. La ventaja de esto es no necesitar presuponer la ficción liberal de un individuo que piensa y actúa de manera mecánica, es decir, de acuerdo solamente con sus propios intereses, sino por el contrario, presuponer un individuo que pueda cambiar sus posiciones en el interior del debate público. Por otro lado, impide también adoptar como única orientación una posición republicana más dura que no tendría en cuenta elementos de los derechos humanos.

Finalmente, me gustaría plantear una última consideración referida al debate contemporáneo sobre la cuestión de la legitimidad de la democracia. Creo que Sieckmann podría someter a prueba y aclarar su posición haciendo explícito con qué posiciones está debatiendo. Pretendí mostrar que su artículo se inicia con un presupuesto liberal duro que, al poco tiempo, va cediendo lugar a la idea de deliberación, ponderación de argumentos, intersubjetividad, etc. Intenté mostrar también como la mayoría de estos conceptos pueden tener su origen en el interior de la filosofía moderna, en especial en la de Kant y en la de Rousseau. Sin embargo, la filosofía contemporánea, incluso hasta los teóricos del derecho, están trabando un constante debate con estos autores ya clásicos y refinando sus posiciones por medio de esta discusión. ¿No sería tiempo entonces de que Sieckmann pensara en un camino semejante y, por lo tanto, estableciera una confrontación más clara con esta tradición?

<sup>23</sup> Sobre la crítica a Habermas acerca de no ver en el interior de la filosofía práctica kantiana el derecho y la ética como campos coexistentes, cf. Maus, I., *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin, Suhrkamp, 2011. Acerca de la posición de Habermas, confrontar el capítulo tres de: Habermas, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt-M., Suhrkamp, 1998.

## **Bibliografia**

- Bittner, R., “Máximas”, *Studia Kantiana*, n.º 05, 2004.
- Habermas, J. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.
- Kant, I., *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, San Pablo, Barcarolla, 2009.
- Manin, B. “On Legitimacy and Political Deliberation”. *Political Theory*. Vol. 15, nº 3, 1987.
- Maus, I., *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin, Suhrkamp, 2011.
- O’Neill, O. “Autonomy, Plurality and Public Reason”, en Brender, N. y Krasnoff, L. (eds.), *New Essays on the History of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social*, Paris, Pléiade, 1964, pág. 360.



## Autonomía, democracia e igualdad\*

*Autonomy, Democracy and Equality*

Martín Aldao\*\*

Fecha de presentación del texto, primera versión: 11/09/15.

Fecha de entrega de revisiones: 18/12/2015.

Fecha de entrega del texto final, revisado: 18/02/2015.

**Resumen:** En lo que sigue voy a explorar el potencial explicativo y normativo de la tesis de la argumentación autónoma de Jan Sieckmann. Con ese propósito, en una primera parte se propone una reconstrucción de la tesis de la argumentación autónoma en el marco de una comprensión deliberativa de la democracia y una teoría no positivista del derecho. En la segunda parte se analizan dos procesos políticos constitucionales con el objetivo de probar el marco conceptual desarrollado en la primera parte.

**Palabras claves:** argumentación autónoma, democracia e igualdad.

**Abstract:** In this paper I will explore the explicative and normative potential of Jan Sieckmann's autonomous argumentation. With that purpose, in the first part I propose a reconstruction of the thesis of the autonomous argumentation within deliberative understanding of democracy and a non-positivist theory of law. In the second part, I analyze two constitutional political processes, with the aim of proving the conceptual frame developed in the first part.

**Keywords:** autonomous argumentation, democracy, equality.

\* Agradezco los comentarios de Laura Clérico y Federico De Fazio.

\*\* Instituto A. L. Gioja, Facultad de Derecho-UBA.

## **I. La tesis de la argumentación autónoma en el marco de una teoría comprensiva del estado democrático de derecho**

La tesis de la argumentación autónoma permite comprender mejor la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría deliberativa de la democracia. Así responde a los siguientes problemas: *i.* la conexión entre el derecho y la moral, *ii.* el problema del consenso y las mayorías, *iii.* el lugar de los derechos fundamentales y *iv.* la función del poder judicial en un estado democrático.

### **I.1 Una perspectiva no metafísica sobre la conexión entre la moral y el derecho**

La propuesta de Jan Sieckmann se inscribe en lo que podríamos denominar un paradigma fuerte de democracia deliberativa. Por paradigma fuerte se entiende una reconstrucción del proceso político que, desde una perspectiva intersubjetiva de la racionalidad o racionalidad argumentativa, ubica a la deliberación como condición de posibilidad de la democracia<sup>1</sup>.

De este modo permite conectar el concepto de legitimidad del derecho con la idea de democracia en el seno de la teoría del derecho, permitiendo una reconstrucción no metafísica<sup>2</sup> del vínculo entre derecho y moral. En este sentido el trabajo constituye un notable aporte a

<sup>1</sup> Por otro lado, un paradigma débil de la democracia deliberativa, tal como el de John Rawls, o el que presenta Carlos Nino en *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, tienden a considerar a la deliberación como un mecanismo de mejora epistémica en el proceso de producción de las normas: deseable, pero no imprescindible. Ver Aldao, M. "Teoría de la argumentación y democracia", *Revista Gioja*, 1, 2007

<sup>2</sup> Me refiero a no metafísica en tanto el trabajo de Sieckmann reconstruye un sistema de toma de decisiones políticamente legítimas y por ende vinculantes sin recurrir a otra cosa que a la existencia de individuos autónomos portadores de intereses. No hay invocaciones a una moral objetiva, ni al altruismo, ni al concepto de pueblo, ni a ninguna otra entidad ideal. Aún la concepción de racionalidad de la teoría del discurso es notablemente simple.

lo que podríamos denominar una teoría democrática del derecho<sup>3</sup>, en el camino iniciado por J. Habermas y R. Alexy<sup>4</sup>.

Desde la teoría del discurso, la corrección de una proposición normativa no depende de su correspondencia con una moral objetiva, no obstante lo cual resulta posible introducir valores (bajo la forma de intereses de los interlocutores) en la argumentación, de un modo similar<sup>5</sup> al que utilizamos para introducir datos empíricos. La diferencia radica en que, mientras para los últimos utilizamos como criterio de evaluación la validación de la disciplina científica correspondiente (peritajes, datos estadísticos, etc.), para los primeros recurrimos, en última instancia, al criterio de imparcialidad, es decir, el igual respeto y consideración de los intereses de cada hablante, aplicado a través de la deliberación pública. A su vez, en tanto la introducción de valores presupone la autonomía de los individuos involucrados, y la participación en el discurso implica que cada individuo está obligado<sup>6</sup> a reconocer la autonomía del resto –de otro modo no sería una argumentación–, tenemos entonces una serie de criterios procedimentales que permiten evaluar las preferencias morales de los participantes en el discurso en términos de imparcialidad<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Ver Aldao, M. “Racionalidad, derecho y democracia”, en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.) *La teoría del Derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Externado, 2011.

<sup>4</sup> El trabajo reconoce antecedentes en Sieckman, J. R., *The logic of autonomy*, Oxford, Hart Pub., 2012; antes en “El concepto de autonomía”, *Doxa*, 31, 2008; y en “Basic Rights in the Model of Principles”, *IVR, ARSP*, 67, 1997. *op.cit.*

<sup>5</sup> Aunque no idéntico, ver Sieckmann, J. *op.cit.*, 2008, pág. 470.

<sup>6</sup> La naturaleza de esta obligación es probablemente uno de los puntos más discutidos de la teoría de la argumentación. Un análisis riguroso del problema puede encontrarse en el artículo Habermas, J. “Ética del Discurso: notas sobre un programa de fundamentación” en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008.

<sup>7</sup> A través de la introducción del criterio de universalidad. Es relevante notar que se trata de un modo de abordar –y no de resolver– cuestiones morales, ya que no pretende –ni puede– dar una respuesta definitiva a todos los conflictos morales, políticos, culturales o religiosos que puedan darse. Como reacción al escepticismo moral, lo único que pretende la teoría del

Así el tercer elemento de la argumentación autónoma consiste en:

La reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación. Deben ser juicios autónomos, aunque tomando un punto de vista imparcial, que considere todas las concepciones normativas relevantes como igualmente válidas e importantes<sup>8</sup>.

A su vez, la tesis de la argumentación autónoma tal como es presentada por Jan Sieckmann permite ver no solo la analogía estructural entre la producción de derecho legítimo y la argumentación racional, sino también el modo concreto en que interactúan los principios de autonomía individual y de soberanía popular que se encuentran a la base de lo que Habermas denomina con cierta vaguedad “génesis democrática del derecho”<sup>9</sup>.

## **I.2 Consenso argumentado y consenso mayoritario**

A su vez el principio de universabilidad que se encuentra a la base de la tesis de la argumentación autónoma nos permite trazar una distinción que resulta de la mayor importancia cuando analizamos las instituciones democráticas. Desde una comprensión deliberativa, el *quid* de la democracia no radica en las mayorías, sino en la imparcialidad.

discurso es que existe la posibilidad de una argumentación racional en temas morales, el que esta argumentación llegue a un único resultado, y que además este único resultado satisfaga las preferencias de todos los involucrados es algo que depende, fundamentalmente, de la homogeneidad moral, cultural, política, ideológica y religiosa de los involucrados antes que de cualquier mecanismo institucional de organización colectiva. Para una sobreestimación del modelo ver por ejemplo Oquendo, A. “El dilema entre la autonomía pública y la privada: reflexiones y contra-reflexiones”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 4, 1999.

<sup>8</sup> Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática”, *V. 2*.

<sup>9</sup> Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 2005, pág. 373.

El peso que atribuimos al argumento mayoritario proviene en realidad de la repetida idea de que la asamblea legislativa –o el parlamento– es el *locus* de la democracia, idea que no puede ser afirmada sin más. De hecho se trata de una distorsión operada por Sieyes sobre las ideas de Rousseau a partir de la publicación de *¿Qué es el tercer estado?* en 1789, con el propósito de acomodar las ideas del *Contrato Social* al naciente estado revolucionario. Al igual que en el análisis de Sieckmann, para Rousseau el único modo de preservar el ejercicio de la autonomía (que él denomina libertad) dentro de una organización política radica en la libre manifestación de la voluntad de los ciudadanos en tanto individuos, a través del mecanismo universalizador de la ley<sup>10</sup> de modo que el cuerpo de los súbditos y el de los soberanos queden identificados.

Por el contrario Sieyes propone un cambio explícitamente proscrito en el *Contrato Social*: la asimilación de la voluntad general con la voluntad de la mayoría. Este recurso, no obstante su evidente utilidad, es en todo caso un instrumento razonable para agilizar la argumentación, pero no puede reclamar para sí la capacidad de resolver definitivamente las argumentaciones normativas.

Las debilidades de la argumentación en torno a los problemas para realizar un discurso ideal, de su capacidad de encontrar soluciones normativas y de garantizar su cumplimiento, requieren reconocer una autoridad política que pueda tomar decisiones vinculantes. Sin embargo, la necesidad de reconocer una autoridad política no debe llevar a la conclusión que la legitimidad política se deriva sólo de la justificación de tal autoridad. La autoridad de tomar decisiones vinculantes no libera de las exigencias de la argumentación autónoma. Es un instrumento para realizarla, no para reemplazarla<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Que garantiza, a diferencia del particularismo del decreto, la aplicación de las pretensiones normativas aprobadas por la ciudadanía a la totalidad de los individuos involucrados

<sup>11</sup> Sieyes, E. *¿Qué es el tercer estado?: Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza, 2003, págs. 112 y 154.

Así las decisiones de los poderes mayoritariamente elegidos pueden ser consideradas presuntamente legítimas, o legítimas *prima facie* por razones pragmáticas de organización de la convivencia<sup>12</sup>.

En términos más esquemáticos y considerando la imposibilidad de establecer mecanismos de participación directa que garanticen en plazos razonables la obtención de un consenso ideal, la propia necesidad de resolver el problema de la producción de normas comunes en sociedades complejas nos conduce, racionalmente, a la delegación de la argumentación autónoma y al recurso al voto<sup>13</sup>. Así, los intereses de la población se verían reflejados en principio en el poder legislativo, que por su carácter electivo y colegiado es el más apto para representar al conjunto de la población –o cuanto menos a los intereses predominantes de ésta–. Así el poder legislativo sanciona normas de carácter general bajo el escrutinio electoral de la población, y determina a través de estas también las competencias de los otros poderes.

<sup>12</sup> Esto resulta más claro si lo vemos desde la perspectiva de la argumentación natural propuesta por Toulmin. En la práctica discursiva un hablante no necesita justificar cada afirmación que realiza, sino solo aquellas que se vean cuestionadas por otro participante en la argumentación, del mismo modo, en una democracia operamos según la presunción de que la voluntad de la mayoría representada en el parlamento es un buen comienzo para obtener una decisión que tienda a la imparcialidad, no obstante lo cual contamos con procedimientos para verificar la justificación de cualquier decisión de esta clase y, en su caso, modificarla. Ver Toulmin, S. *The uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, cap. 2.

<sup>13</sup> Que es una herramienta más económica que la argumentación para determinar las convergencias morales y políticas de la sociedad. No obstante, debe tenerse en cuenta que el voto únicamente permite identificar convergencias, pero nada nos dice respecto de la razonabilidad de sus resultados. La tradición política liberal resolvía este problema a través de la invocación de derechos sustantivos que limitarían el accionar del soberano. Por el contrario, en el marco de la tesis de la argumentación autónoma, es la propia racionalidad de la democracia la que exige la existencia de mecanismos de control que permitan verificar las ponderaciones cedidas al legislador. Ver más adelante las secciones sobre convergencia normativa y sobre derechos fundamentales.

En tanto resulta irracional pretender que todos y cada uno de los ciudadanos participen de modo directo en la producción del derecho, resulta racional atribuir al Estado democrático el monopolio de la determinación del derecho vinculante; pero solo en la medida en que resulta instrumental a una ponderación imparcial (y por ende aceptable) de los diversos intereses de quienes constituyen la ciudadanía, en equilibrio con la necesidad práctica de contar con un juego de reglas relativamente estable para resolver los conflictos entre individuos. De este modo el derecho vigente (que incluye toda producción normativa proveniente del estado: leyes, decretos y sentencias), puede ser reconstruido como el “destilado” de los consensos morales de una sociedad. *Prima facie* válido<sup>14</sup> en tanto haya respetado los mecanismos formales de producción, pero necesariamente recurrible en tanto eleva la pretensión de ser la mejor interpretación del conjunto de razonamientos autónomos de la población.

### I.3 Democracia y convergencia

Una vez definido qué es lo que se entiende por racionalidad democrática se hace preciso indagar con un poco más de profundidad en la cuestión de la convergencia valorativa.

La convergencia valorativa guarda con el procedimiento argumentativo una relación de mutua complementariedad que en mi opinión no se encuentra adecuadamente desarrollada en el trabajo que discutimos. Si bien es cierto que, a través de la argumentación es posible avanzar hacia una cierta convergencia razonable en términos de armonización de los intereses de los participantes, también es cierto que la argumentación racional en el marco de las democracias modernas sólo es posible en la medida en que se presupone una mínima convergencia respecto de (i.) la utilización de la argumentación en lugar de la fuerza como medio de resolución de los conflictos de intereses, (ii.) el diseño de los mecanis-

<sup>14</sup> Este es un punto difícil de determinar con precisión. En principio podríamos afirmar que es oponible automáticamente a la población, no obstante esta situación cambiaría si en el caso concreto se muestra que vulnera excesivamente la autonomía de los ciudadanos.

mos a través de los cuales el procedimiento argumentativo se ve institucionalizado, y (iii.) la determinación de una constelación de garantías mínimas comunes para el ejercicio del razonamiento autónomo que podríamos denominar derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Por otro lado, no debemos olvidar que a la base de todo el sistema tenemos individuos portadores de intereses, ponderando las diversas posibilidades antes de tomar una decisión racional al respecto. La democracia puede ayudar a la convergencia, pero no puede construirla desde cero<sup>16</sup>. Para que la democracia funcione no hace falta que todos tengamos los mismos derechos, hace falta que todos tengamos las mismas necesidades, solo de la comunidad de intereses puede surgir una ley que protegiendo el interés de todos proteja el de cada uno<sup>17</sup>.

#### **I.4 El rol de los derechos fundamentales en los Estados Democráticos**

En la medida en que la argumentación autónoma constituye la base de la legitimidad de los estados democráticos, no es posible eliminar

<sup>15</sup> La presentación es analítica ya que los tres grados se encuentran implicados entre sí. El tercer grado impacta en los otros dos, prefigurando una estándar de autonomía individual que condiciona los consensos obtenidos respecto de éstos, como muestran los trabajos de N. Fraser, I. Young o J. Cohen, entre otros. A su vez, la potencial desnaturalización de la argumentación que pueda producir una institucionalización deficiente o asimétrica de la argumentación en el segundo grado no sólo invalida los resultados obtenidos en el tercero, sino que justifica y hace razonable el rechazo del primer grado por aquellos que se vean sistemáticamente excluidos. Ver, entre otros, Gargarella, R. *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

<sup>16</sup> Rousseau llegó a ver este problema con una claridad notable, y de ahí su aparente obsesión con la igualdad material, la religión civil y su rechazo de las facciones, tres ideas mal comprendidas por el liberalismo en términos de un altruismo autoritario. Cada individuo necesita obtener algo a cambio de someterse a la voluntad general y si cada individuo necesita obtener algo distinto, entonces carece de sentido que intenten encontrar una solución común.

<sup>17</sup> Desde esta perspectiva se ve que muchos de los problemas que tradicionalmente se atribuyen a la democracia o a la debilidad de sus instituciones tienen más que ver con las desigualdades económicas y culturales que fracturan a una sociedad que con la democracia en sí misma.



la primera sin perder la segunda. En este sentido, ante un caso que implique la imposibilidad del ejercicio de la argumentación autónoma, que además se encuentre razonablemente justificada, nos encontramos frente a un límite intrínseco a la actividad del legislador<sup>18</sup>. Tanto la argumentación como la ponderación autónoma no son operaciones matemáticas realizadas por computadoras en abstracto, sino que se trata de evaluaciones, individuales y colectivas, sobre intereses concretos de personas concretas, realizados en un contexto histórico, social, cultural y económico específico. Si un Estado censura los medios de comunicación, impide un ejercicio adecuado del razonamiento autónomo, pues priva a los ciudadanos de información relevante para tomar decisiones; pero del mismo modo, si el estado falla en garantizar condiciones mínimas de existencia para la población<sup>19</sup> también está impidiendo el adecuado ejercicio del razonamiento autónomo.

De este modo es posible reconstruir el catálogo de derechos liberales como un primer intento por definir las condiciones de ejercicio del razonamiento autónomo: condiciones materiales (propiedad, industria y libre circulación), condiciones sociales (igualdad formal ante la ley), condiciones culturales (libertad de prensa, de enseñanza y de conciencia). Estos eran, como muestra Habermas<sup>20</sup>, los intereses que esa clase, que era la burguesía ilustrada, logró introducir en la naciente esfera pública productora de derecho. La tesis de la argumentación autónoma nos permite evitar una visión sustancialista de este catálogo de omisiones y prestaciones estatales. Lo que hay es una hipótesis respecto de las garantías mínimas que debe brindar el estado para resultar aceptable a la sociedad civil, que al ser contrastada únicamente por otros miembros de la misma categoría, es considerada en la época legítima y adecuada. La gradual apertura del juego de producción del derecho a otros géneros, otras clases, otras etnias, etc., permitió poner

<sup>18</sup> Sieckmann, J. *op.cit.*, 2012, cap. 8.

<sup>19</sup> Sin importar la cantidad de población que se encuentre en esa situación, del mismo modo que la censura de un medio de comunicación es tan criticable como la censura de muchos.

<sup>20</sup> Ver Habermas, G., *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004, pág.175.

en cuestión esa hipótesis, y modificar y extender o restringir según el caso aquel juego de garantías originales.

Por ser dependiente de la argumentación, resulta imposible definir de modo sustancial<sup>21</sup> el contenido de los derechos fundamentales, pero si es posible ver que, estructuralmente, existen una serie de condiciones muy cercanas al núcleo de lo que cada época entiende por autonomía, cuya vulneración por parte del Estado no puede ser tolerada<sup>22</sup>. Nuevamente, en una sociedad económica, social y culturalmente homogénea este núcleo de condiciones mínimas es muy sencillo de determinar, por el contrario, en sociedades fracturadas, ya sea por la desigualdad económica, la religión o la ideología, es poco probable que todos acuerden en un límite común.

En este sentido la tesis de la argumentación autónoma impone una fuerte carga al Estado en términos de garantía integral de la autonomía de la población, tanto para aquellas de la tradición liberal, social y post social, ya que estas no constituyen un programa político, y por lo tanto al arbitrio de los poderes públicos, sino condiciones de legitimidad de la autoridad de las instituciones políticas, y por ende directamente exigibles.

### **I.5 El potencial democrático del poder judicial**

En el modelo de la argumentación autónoma el poder judicial puede reclamar, entonces, dos funciones de control. Por un lado se preserva su rol tradicional de verificar que las decisiones de los poderes públicos se adecuen a lo que la sociedad considera “derechos constitucionales”. Esto implica por un lado revisar el accionar (omisivo, insuficiente o excesivo) de las otras ramas del gobierno respecto de aquellos casos fáciles<sup>23</sup> (violencia institucional, censura, tortura, vulneración

<sup>21</sup> Ver Sieckmann, J. “Autonomía Moral y Legitimación Democrática”, n.º 51.

<sup>22</sup> Ver el análisis de la prohibición de exigencia de lo insoportable en Clérico, L. *El examen de proporcionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, cap.3.

<sup>23</sup> La facilidad o dificultad del caso dependerá en este modelo, del nivel de convergencia existente respecto de una solución razonable.

de la propiedad, etc.), como así también armonización de ponderaciones diversas cuando se trata de normas sobre las que no existe tanto acuerdo (vivienda, salud, educación, libertad de conciencia, autonomía sobre el propio cuerpo, etc.).

Pero además el poder judicial puede jugar, dadas ciertas condiciones, un rol democrático en términos de rectificación del proceso de deliberación pública. Una vez que hemos removido la legitimidad originaria del Parlamento, para reubicarla en la ciudadanía, reemplazándola con una legitimidad derivada, aunque *prima facie* vinculante por el lugar específico que juega el poder legislativo en la democracia representativa, la tesis de la representación argumentativa sostenida por Alexy se vuelve mucho más plausible. Como señala Sieckmann, el parlamento presenta, a pesar de sus virtudes, una serie de defectos<sup>24</sup>.

Entre estos se destaca el uso de la votación como criterio para la toma de decisiones. A diferencia de los actos administrativos y de las sentencias judiciales, que tienen una fuerte pretensión de corrección y de hecho resultan impugnables ante la ausencia de justificación razonable, la figura de la exposición de motivos juega un papel mucho más superficial en la sanción de las leyes. Esto resulta entendible pues, en primer lugar se trata del poder público más vulnerable al control popular, y en segundo lugar es el más proclive al establecimiento de compromisos políticos –que de algún modo le generan una mayor tendencia a la imparcialidad que la que posee el poder ejecutivo–. Pero, al mismo tiempo, le da al parlamento un enorme margen de discrecionalidad que colisiona por un lado con el carácter supra legal de los derechos fundamentales, y por el otro convierte a la delegación legislativa en una suerte de cheque en blanco<sup>25</sup>. Otro defecto estructural del Parlamento radica en su carácter mayoritario. En la medida en que lo que motiva a los legisladores es la obtención del mayor número de votos posibles en la contienda electoral, difícilmente van a dedicarse

<sup>24</sup> Ver Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática”, pág. 32.

<sup>25</sup> Aunque volveremos sobre el punto más adelante, justamente la función de los otros poderes, y en particular del poder judicial a través del control de constitucionalidad, radica en “testear” la imparcialidad de la fundamentación de los actos legislativos. Ver Sieckmann, J. *op.cit.* pág. 34.

a discutir problemas e intereses de los sectores minoritarios de la población<sup>26</sup>. Estos dos problemas tornan necesario el establecimiento de un sistema de controles respecto del poder legislativo ejercido a través de la representación<sup>27</sup>.

Es en este contexto que el poder judicial aparece como el espacio idóneo para la representación argumentativa. Como señalamos más arriba, ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo admiten en general la participación directa de la población. Es sólo en los tribunales que el ciudadano tiene la posibilidad de esgrimir sus intereses y sus razones al margen de las mayorías electorales y de las presiones políticas y económicas. A esto se refiere R. Alexy con el concepto de “representación argumentativa”<sup>28</sup>. Naturalmente, el recurso a los tribunales sólo resulta razonable en la medida en que nos enfrentamos bien a un parlamento sordo, o bien a grupos minoritarios o subordinados. En otros términos, podemos presumir, usualmente, la legitimidad democrática –entendida como imparcialidad en la argumentación– de las normas sancionadas por el parlamento, pero al mismo tiempo la garantía del principio de autonomía nos obliga a mantener un espacio institucionalizado a través del cual esa argumentación que justifica las leyes vigentes, pueda ser reabierto, con una serie de condiciones.

La tesis de la ponderación autónoma nos brinda una serie de criterios normativos para evaluar tanto la performance democrática pro-

<sup>26</sup> Y cuando lo hacen es en general porque estos intereses minoritarios han logrado imponerse en la agenda pública de modo tal que han logrado captar la atención de las mayorías, tal como el caso de matrimonio igualitario en la Argentina. Ver en este trabajo 2.2.

<sup>27</sup> Además de estos problemas, propios de cualquier parlamento nacional, en ciertos casos podemos encontrarnos con que los legisladores no representan efectivamente a la población, generando distorsiones respecto de los efectivos intereses de esta. Esto puede deberse a diversos motivos, desde el ejercicio del *lobby* por parte de grupos de presión al predominio de las élites sociales en el parlamento, por mencionar sólo algunos. De todos modos estas distorsiones, a diferencia de las mencionadas en el párrafo anterior, deben ser argumentadas en cada caso.

<sup>28</sup> Ver Alexy, R. “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-CON*, vol.3, n.º 4, 2005, págs. 572-581.

piamente dicha de las instituciones, como la performance argumentativa que se vinculan a las posibilidades efectivas de presentación de argumentos por parte de los individuos autónomos, la igualdad<sup>29</sup> en la consideración de sus pretensiones normativas, la corrección de las premisas empíricas, etc<sup>30</sup>.

## **II. Autonomía y Democracia: la performance argumentativa como criterio normativo**

En lo que sigue voy a analizar algunos ejemplos concretos y contrapuestos –bastante trabajados por la dogmática constitucional– que permiten demostrar el potencial de la tesis de la argumentación autónoma.

### **II.1 El ejercicio contra mayoritario de la función jurisdiccional**

En su análisis sobre el carácter contra mayoritario del proceso constitucional norteamericano, Gargarella<sup>31</sup> describe el contexto en el que surge la polémica entre federalistas y anti federalistas en torno de la estructura política y jurídica que debe adoptar la nueva nación. Luego de declarada la independencia, los comerciantes ingleses exigirán a sus pares americanos el pago de sus deudas en “moneda dura”, amenazando con ahogar el intercambio comercial entre Europa y las colonias. Frente a esta situación, los comerciantes norteamericanos trasladan el peso de la deuda a los pequeños propietarios y granjeros, de los cuales eran a su vez acreedores, amenazándolos con la pérdida de sus tierras y la prisión<sup>32</sup>. Todavía inmersos en el clima participativo gestado durante la guerra de independencia, la respuesta de los pequeños propietarios va a tomar dos

<sup>29</sup> Lo que excede la mera igualdad formal y nos conduce al problema de las fórmulas de igualdad. Ver Clérico, L. y Aldao, M. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol.9, n.º 1, 2011.

<sup>30</sup> Ver Sieckmann, J. “Autonomía moral y Legitimidad Democrática”, pág. 23.

<sup>31</sup> Gargarella, R. *Nos los representantes*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.

<sup>32</sup> Gargarella *op.cit.*, págs. 45-49.

vías. Por un lado una serie de revueltas populares con el objeto de frenar los procesos judiciales por deudas (que en el período aumentan en más del doscientos cincuenta por ciento)<sup>33</sup>. Por el otro, y frente a la docilidad de las cortes frente a los intereses de los comerciantes<sup>34</sup>, algunas legislaturas locales van a proteger los intereses de los deudores a través de la emisión e imposición de papel moneda<sup>35</sup>. Tanto Madison como Hamilton van a criticar duramente estas experiencias, calificándolas el primero de “traicionera usurpación” de las legislaturas<sup>36</sup> y el segundo de leyes que violan los contratos privados, infracciones que deben ser sancionadas por las armas<sup>37</sup>. En el mismo sentido, en el número X de *El Federalista* se afirma que el principal objetivo de la constitución consiste en dominar el espíritu de partido, explicitando un poco más adelante que por partido se entiende a la mayoría conformada por los deudores, cuyos intereses predominaban en las asambleas locales<sup>38</sup>. Esta lectura se ve confirmada con la interpretación de J. Nedelsky<sup>39</sup>. Como muestra el detallado análisis de esta autora, la constitución norteamericana fue diseñada con el objeto de garantizar la seguridad de una esfera privada mercantilmente entendida frente a la “tiranía” de una mayoría que, ante el cambio imprevisto de las condiciones del mercado, trata desesperadamente de mantener sus medios de vida<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> La más notable de éstas fue la organizada por Shays en Massachusetts, que servirá de argumento para el establecimiento de la Unión en el número IV de Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 1957.

<sup>34</sup> Gargarella, *op.cit.* pág. 50.

<sup>35</sup> El caso más notable fue el del legislador Hazard, de Rhode Island, que también sirve a los autores del *Federalista* como ejemplo de aquello que la constitución debe evitar.

<sup>36</sup> En la *Segunda Carta desde Phocion*, de 1784.

<sup>37</sup> Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *op.cit.*, cap. VII.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pág. 36.

<sup>39</sup> Nedelsky, J. *Private property and the limits of American Constitutionalism: The Madisonian framework and its legacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

<sup>40</sup> Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 2. Por otro lado resulta notable que la legitimidad que le proviene al gobierno del respeto a ciertos derechos individuales, que en la *Declaration of Independence* eran la vida, la libertad y la búsqueda de la

A pesar del lenguaje, es importante comprender que no se trata, al menos no abiertamente, de la intención de imponer los intereses de una clase sobre otra. Las múltiples referencias a la íntima conexión entre comercio y prosperidad de la nación dejan ver la presencia de la “pretensión de corrección” que Alexy atribuye a los Estados constitucionales<sup>41</sup>. Allí donde el comercio y la industria prosperen todos se verán beneficiados, y la desigual distribución de la propiedad no es el objetivo, sino la condición de posibilidad de este proyecto jurídico, político y económico<sup>42</sup>.

Así, las clases más altas argumentan y justifican las medidas que pretenden imponer en términos del beneficio de todos los habitantes. No obstante, también son conscientes de que, dada la disparidad de condiciones entre ellos y la mayoría del pueblo, difícilmente logren alcanzar lo que Sieckmann denomina una “convergencia razonable”.

En la medida en que la democracia directa, descrita como irracional y apasionada en numerosos pasajes de *El Federalista*, puede poner en evidencia la falta de consideración de los intereses de los granjeros, los federalistas necesitan sustraer la cuestión de la propiedad de la esfera de lo públicamente discutible (asimilándola a los derechos fun-

felicidad, es aprovechada por Madison en la redacción de la Constitución de Virginia, pero con la introducción de la propiedad entre aquellos derechos que es propósito del gobierno garantizar. Ver Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 151. Más adelante, en el número X de *El Federalista* se afirma: *El primer objeto del gobierno es la protección de esas facultades. La protección de las facultades diferentes y desiguales para adquirir propiedad.* Los federalistas, además, delinean una esfera privada propietaria de modo indirecto, a través de la restricción de la soberanía popular, de las competencias de las legislaturas locales dóciles a ésta, y la prohibición explícita de emitir papel moneda y devaluar a los Estados. En este sentido en el mismo número se califica de medidas disparatadas y perniciosas el entusiasmo por el papel moneda, por la abolición de las deudas y por el reparto de la propiedad. Para un análisis detallado de los fallos de la Corte Suprema de ese país que van a reforzar la sustracción de la cuestión de la propiedad del ámbito de lo públicamente discutible cf. Nedelski, J. *op.cit.* pág. 188 y ss.

<sup>41</sup> Alexy, R. “Los principales elementos de mi teoría del derecho”, *Doxa*, 32, 2009.

<sup>42</sup> Ver Nedelsky, J. *op.cit.*, pág. 167.

damentales de la Unión) y por otro lado, y esto es más relevante aún, tienen que restringir los canales de acceso a los ámbitos de creación, aplicación e interpretación de las normas.

Para alcanzar este objetivo se toman tres caminos simultáneos. En primer lugar se trata de aislar al poder judicial de las influencias populares. En este sentido se ubican las cortes federales por encima de las locales, se reserva al senado la selección de los magistrados y se rechaza el juicio por jurados para las causas civiles. En segundo lugar se trata de escindir la esfera pública del ámbito de participación popular. En este sentido se prefieren grandes distritos electorales, la elección indirecta de los funcionarios públicos, y, fundamentalmente, aún cuando se reservan ciertas autonomías a las instituciones locales (que irán desapareciendo gradualmente, sobre todo después de la guerra de sección), se les imponen una serie de límites, entre ellos la definición de la propiedad privada, que podrán ser reforzados con las armas por el gobierno federal. En tercer lugar los federalistas toman una serie de medidas institucionales que, además de su carácter contra mayoritario, producen el efecto de escindir aún más los ámbitos de producción del derecho de los ámbitos en los que los ciudadanos pueden hacerse oír. A saber, elecciones indirectas, mandatos extensos, ejecutivo unipersonal con la facultad de nombrar funcionarios públicos, veto presidencial, prioridad del senado respecto de la cámara baja, calificación propietaria para integrar el senado, etc.<sup>43</sup>.

Lo que resulta relevante en este caso es que, en esta coyuntura específica, las instancias legislativas resultan mucho más representativas de los intereses de la población, y parece razonable concluir que de haberse dado una verdadera ponderación de los intereses en juego, la historia hubiese sido diferente. De hecho es posible reconstruir todo el proceso como la sucesiva alienación de la población respecto de la producción y justificación del derecho, con el fin de garantizar la preservación de intereses que no resistían la menor deliberación pública. La judicialización en este caso es un problema, pero solo en tanto es instrumental a la

<sup>43</sup> Gargarella, R. *op.cit.*, pág. 75 y ss.



restricción de la deliberación. Como veremos en el caso que sigue, este carácter restrictivo no es intrínseco a la función jurisdiccional.

## II.2 La democracia en los tribunales

En el extremo opuesto nos encontramos con el proceso que condujo a la sanción de la ley n.º 26618 (de Matrimonio Igualitario) en julio del año 2010 en la Argentina. El art. 14 de la Constitución Nacional impone al Estado, entre otras obligaciones, la protección integral de la familia; mandato constitucional que se entendía satisfecho a través de la regulación legislativa de esta institución social. Hasta esa fecha los artículos correspondientes del Código Civil requerían consentimiento expreso, ante autoridad competente, de hombre y de mujer para reconocer la existencia de un matrimonio, que es la figura jurídica a través de la cual las familias ven reconocidos sus derechos. A la vez, en una interpretación literal de la norma, los oficiales de los Registros Civiles se negaban a dar turnos para contraer matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Ahora bien, según un informe del INDEC del año 2010, un 0,33 % de las parejas convivientes en el país están conformadas por personas del mismo sexo<sup>44</sup>.

Desde una comprensión mayoritaria de la democracia parece evidente que la ampliación de la figura del matrimonio no es una cuestión relevante, y así parece haberlo entendido el poder legislativo. En la década del 90 la Asociación Gays por los Derechos civiles había intentado impulsar, sin resultado, una ley de matrimonio civil. En diciembre de 1998 la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA) logró presentar un proyecto de ley de Unión Civil para parejas del mismo sexo<sup>45</sup> que logró tomar estado parlamentario, estado que perdió y fue vuelta a presentar, sin éxito, en los años 2000, 2002

<sup>44</sup> INDEC, “Análisis de datos: parejas convivientes del mismo sexo”, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*.

<sup>45</sup> Expediente número D-7816-98 (estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación).

y 2004<sup>46</sup>. En el año 2005 la *Comunidad Homosexual Argentina* presenta un proyecto de Unión Civil Nacional que perdería estado parlamentario en 2006. En el año 2007 se presentarían dos proyectos similares que correrían la misma suerte. Es importante señalar que todos estos reclamos fueron rechazados sin justificación alguna.

De hecho no es hasta el año 2009, con la resolución del caso Freyre por el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que los intereses y argumentos del colectivo GLBT comienzan a ser considerados seriamente por las instancias de gobierno. Trasladado el problema a los tribunales, es posible plantear la cuestión no en términos de número de afectados, sino de respecto de la dignidad y autonomía de una parte de la ciudadanía. El punto ya no es la cantidad de votos implicados, sino la consistencia de los argumentos que fundamentan la interpretación restrictiva de la manda constitucional de protección integral de la familia.

Intentemos entonces, reconstruir la ponderación que condujo al legislador a restringir el matrimonio a parejas del mismo sexo. Retomando el trabajo de Clérico, podemos identificar los siguientes argumentos que justificaban la interpretación restrictiva: *a.* la voluntad del legislador histórico, *b.* la interpretación literal del género en el texto, *c.* el argumento de la procreación y *d.* la necesidad de proteger a los menores de ser adoptados por parejas del mismo sexo<sup>47</sup>. Aceptar el primero, implicaría que el derecho al voto puede ser ejercido sólo por los hombres, ya que esa era la voluntad del constituyente originario, afirmar la segunda nos obliga a realizar una enmienda constitucional para permitir el acceso de las mujeres a los cargos políticos enumerados en la Constitución, el argumento de la procreación nos llevaría a excluir del matrimonio a las parejas incapaces de concebir (de cualquier orientación sexual) y el cuarto había sido refutado por numerosos trabajos empíricos. Así estamos frente a un caso de argumentación deficiente por parte del le-

<sup>46</sup> Expediente número D- 1158-00 (estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación).

<sup>47</sup> Clérico L. “El matrimonio igualitario y los principios estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico/Aldao (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

gislativo, en tanto no se cumplen ni los requisitos de consistencia de la fundamentación ni corrección de las premisas empíricas, cuya revisión requirió la intervención del poder judicial.

Lo que impedía la discusión legislativa no era la parcialidad de la demanda, los trabajos de Clérico y Gargarella<sup>48</sup> sobre la discusión constitucional en torno al Matrimonio Igualitario muestran con claridad que se trataba de un caso evidente de discriminación injustificada en términos argumentativos. Que el colectivo LGBT tenga la opción de contraer matrimonio es una inferencia del principio de igualdad. Quien acepta el juego de la democracia, acepta sujetar sus intereses y pretensiones a la argumentación. No obstante, la estructura misma del poder legislativo impedía que los intereses y argumentos del colectivo GLBT fueran tomados en serio por los legisladores. Si esencializamos el concepto de democracia, y lo confundimos con el de representación, no nos queda otra que calificar este proceso de “contra mayoritario”, no obstante, y esto es probablemente lo más interesante, una vez que el debate tomó estado público, el parlamento reprodujo el debate, ponderó los argumentos relevantes de ambas posiciones y terminó por confirmar la solución a la que habían llegado los jueces del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Más aún, la población parece haber aceptado sin problemas el cambio legislativo ya que no se registraron revueltas ni grandes movilizaciones en contra de la decisión, con lo que ni siquiera podemos afirmar que la posición anterior, restrictiva respecto del matrimonio, calificaba siquiera como “consenso mayoritario”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Gargarella, R. “Matrimonio y Diversidad Sexual: el peso del argumento igualitario”, en Clérico y Aldao, *op.cit.* págs. 132-144.

<sup>49</sup> Aunque es imposible abordarlo en este trabajo, otro buen ejemplo del rol democrático que pueden jugar los tribunales en términos de reproducción imparcial de la discusión pública frente a la evidente parcialidad de los poderes con presunta legitimación democrática lo constituye el caso de la Asamblea de Esquel y la resolución a la que llegó finalmente la Corte Suprema de Justicia. Al igual que en el caso anterior, nos encontramos frente a poderes públicos que explícitamente desoyen los argumentos e intereses de la población, puesto que en este caso se contaba con un referendo popular que dejaba ver con claridad los resultados de la “argumentación

## Bibliografía

- Aldao, M. “Teoría de la argumentación y democracia”, *Revista Gioja*, 1, 2007.
- Aldao, M. “Racionalidad, derecho y democracia”, en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.) *La teoría del Derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Externado, 2011.
- Alexy, R. “Los principales elementos de mi teoría del derecho”, *Doxa*, 32, 2009.
- Alexy, R. “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-CON*, vol. 3, 4, 2005, págs. 572-581.
- Clérico, L. “El matrimonio igualitario y los principios estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Clérico, L. *El examen de proporcionalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, cap. 3.
- Clérico, L. y Aldao, M. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol.9, n.º 1, 2011.
- Gargarella, R. “Matrimonio y Diversidad Sexual: el peso del argumento igualitario”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, págs. 132-144.
- Gargarella, R. *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Gargarella, R. *Nos los representantes*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.
- Habermas, J. “Ética del Discurso: notas sobre un programa de fundamentación”, en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid: Trotta, 2008.
- Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 2005, pág. 373.
- Habermas, J. *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004, pág. 175.

autónoma de la población”, el resultado de la ponderación realizada entre el los valores del progreso productivo y el medio ambiente sano.

- Hamilton, M.; Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 1957.
- INDEC, “Análisis de datos: parejas convivientes del mismo sexo”, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*.
- Nedelsky, J. *Private property and the limits of American Constitutionalism: The Madisonian framework and its legacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- Oquendo, A. “El dilema entre la autonomía pública y la privada: reflexiones y contra-reflexiones”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 4, 1999.
- Sieckmann, J. *The logic of autonomy*, Oxford, Hart Pub., 2012.
- Sieckmann, J. “El concepto de autonomía”, *Doxa*, 31, 2008.
- Sieckmann, J. “Basic Rights in the Model of Principles”, en IVR, *ARSP*, 67, 1997.
- Sieckmann, J. “Autonomía moral y legitimidad democrática” en este número.
- Sieyes, E. *¿Qué es el tercer estado?: Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza, 2003, págs. 112 y 154.
- Toulmin, S. *The uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, cap. 2.



## **Legitimidad democrática, Rousseau y Kant. Respuesta a los comentarios de Aldao y Keinert**

*Democratic Legitimacy, Rousseau and Kant.  
Reply to the Comments of Aldao and Keinert*

Jan-R. Sieckmann\*

Recepción y evaluación de propuesta: 28/05/2016.

Aceptación: 17/04/2016.

Recepción y aceptación final: 22/10/2016.

**Resumen:** El texto responde a las críticas realizadas por Martín Aldao y Mauricio Keinert al texto “Autonomía moral y legitimidad democrática”, presente en esta revista.

**Palabras clave:** legitimidad democrática, Rousseau, Kant

**Abstract:** The article responses to the critics advances by Martín Aldao and Mauricio Keinert to the essay “Moral Autonomy and Democratic Legitimacy”, included in this issue.

**Keywords:** democratic legitimacy, Rousseau, Kant

En sus comentarios, Martín Aldao y Mauricio Keinert toman distintos enfoques acerca de mi propuesta sobre autonomía y legitimidad democrática. Aldao desarrolla esta concepción con respecto al tema de la legitimidad democrática. Keinert la critica y propone estudiar a Rousseau y Kant. Aunque no discuten el punto central –la construcción de la autonomía por la concepción de la ponderación de argumentos normati-

\* Universidad de Erlangen - Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico: jan.sieckmann@fau.de, jansieckmann@yahoo.de

vos–, los dos comentarios ofrecen interesantes puntos para discutir. Voy a empezar con Aldao, porque además de sus comentarios resume muy bien mi concepción de la legitimidad democrática.

## I.

Aldao propone una reconstrucción de la tesis de la argumentación autónoma en el marco de una comprensión deliberativa de la democracia y una teoría no positivista del derecho. Además analiza dos procesos político-constitucionales con el objetivo de probar el marco conceptual desarrollado, uno acerca de la función contra-mayoritaria de la justicia en un conflicto norteamericano, el otro acerca de la función democrática de la justicia en el reconocimiento del matrimonio igualitario en la Argentina.

Primero, reconoce que la tesis de la argumentación autónoma permite comprender mejor la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría deliberativa de la democracia (sec. 1.1). Correctamente entiende la concepción de la argumentación autónoma como un paradigma fuerte de democracia deliberativa: la que entiende la deliberación como condición de posibilidad de la democracia y de este modo conecta el concepto de legitimidad del derecho con la idea de democracia en el seno de la teoría del derecho. Como Aldao destaca, la conexión se sigue de un elemento de la argumentación autónoma que consiste en *la reflexión intersubjetiva respecto de las diversas concepciones normativas de los agentes autónomos, considerando la situación de conflicto de las diversas opiniones y evaluando cuál sea la norma adecuada para ésta situación*. De esta manera, la tesis de la argumentación autónoma permite ver no sólo la analogía estructural entre la producción de derecho legítimo y la argumentación racional, sino también el modo concreto en que interactúan los principios de autonomía individual y de soberanía popular (sec. 1.1).

Otro punto que destaca Aldao es el principio de universalidad que se encuentra en la base de la tesis de la argumentación autónoma y que permite trazar una distinción que resulta de la mayor impor-



tancia cuando se analizan las instituciones democráticas. Desde una comprensión deliberativa, el *quid* de la democracia no radica en las mayorías, sino en la imparcialidad (sec. 1.2).

Un punto central de mi concepción de la fundamentación de normas es el criterio de la convergencia razonable, lo que permite, si es necesario, sostener que las normas son vinculantes y, en este sentido, válidas objetivamente, incluso para quienes se oponen a las mismas. Aldao destaca dos puntos en que la concepción de la democracia deliberativa requiere convergencia. El primero es una mínima convergencia respecto de (i.) la utilización de la argumentación en lugar de la fuerza como medio de resolución de los conflictos de intereses, (ii.) el diseño de los mecanismos a través de los cuales el procedimiento argumentativo se ve institucionalizado y (iii.) la determinación de una constelación de garantías mínimas comunes para el ejercicio del razonamiento autónomo que podríamos denominar derechos fundamentales. (sec. 1.2., democracia y convergencia). Con razón nota que estos presupuestos no son desarrolladas en mi concepción de la democracia.

Por otro lado, Aldao nota que la democracia puede ayudar a la convergencia, pero no puede construirla desde cero. Para que la democracia funcione no hace falta que todos tengamos los mismos derechos, hace falta que todos tengamos las mismas necesidades, sólo de la comunidad de intereses puede surgir una ley que protegiendo el interés de todos proteja el de cada uno. (sec. 1.2) Sin embargo, esta tesis me parece demasiado fuerte. Aunque la existencia de intereses en común ayuda a reforzar el compromiso de los ciudadanos con el sistema democrático, no parece necesario que todos tengan que tener las mismas necesidades. Alcanzaría, de hecho, con que se respeten mutuamente las necesidades de cada uno, aunque sean diferentes. Con todo, seguramente la existencia de intereses en común ayudaría al funcionamiento de la democracia. De ahí surge la pregunta acerca de en qué medida está justificada, o incluso si resulta necesario tratar de apoyar el desarrollo de intereses en común desde la perspectiva del principio democrático.

Con respecto a la relación entre democracia y derechos fundamentales, en la medida en que la argumentación autónoma consti-

tuye la base de la legitimidad de los estados democráticos, es posible reconstruir el catálogo de derechos liberales como un primer intento por definir las condiciones de ejercicio del razonamiento autónomo: condiciones materiales (propiedad, industria y libre circulación), condiciones sociales (igualdad formal ante la ley), condiciones culturales (libertad de prensa, de enseñanza y de conciencia). (sec. 1.3) Sin embargo, por ser dependiente de la argumentación, resulta imposible definir de modo sustancial el contenido de los derechos fundamentales; pero sí es posible ver que, estructuralmente, existen una serie de condiciones muy cercanas al núcleo de lo que cada época entiende por autonomía, cuya vulneración por parte del Estado no puede ser tolerada. Aldao reconoce que mientras en una sociedad económica, social y culturalmente homogénea este núcleo de condiciones mínimas es muy sencillo de determinar, en sociedades fracturadas es poco probable que todos acuerden en un límite común. En este sentido la tesis de la argumentación autónoma impone una fuerte carga al Estado en términos de garantía integral de la autonomía de la población, en forma de condiciones de legitimidad de la autoridad de las instituciones políticas, y por ende directamente exigibles. (sec. 1.3)

En el modelo de la argumentación autónoma el poder judicial puede reclamar, entonces, dos funciones de control (sec. 1.4). Por un lado se preserva su rol tradicional de verificar que las decisiones de los poderes públicos se adecuen a lo que la sociedad considera “derechos constitucionales”. Pero además el poder judicial puede jugar, dadas ciertas condiciones, un rol democrático en términos de rectificación del proceso de deliberación pública.

Tengo poco para añadir. Aldao presenta muy bien los puntos centrales de mi concepción de la legitimidad democrática, señalando también algunos puntos para desarrollar.

## II.

Keinert toma una posición más crítica. Una primera crítica afirma que existe una ambigüedad estructural en mi análisis del concepto de autonomía. Según Keinert,

... si comenzamos la lectura del artículo teniendo en cuenta una idea de autonomía cuya característica principal sólo se refiere a los intereses propios de un individuo, al final de este mismo artículo el concepto de autonomía tiene en cuenta el concepto de intersubjetividad, de posibles criterios universalistas y la consideración de buenos argumentos. (sec. 1).

Así, Keinert da la impresión de que hay un cambio en mi concepción de autonomía. De hecho, sin embargo, empiezo con el tema de la legitimidad política (sec. I), sigo con la necesidad de buscar consentimiento de los que se encuentran sujetos a estas decisiones políticas (sec. II) y de ahí llego a la discusión de la concepción de autonomía (sec. III). Como conclusión, ofrezco distintas definiciones de autonomía en sentido estructural, individual y político (sec. III.3). Así, trato de reconstruir y precisar la idea de la autonomía. En ningún momento adopto la posición de que la autonomía se refiere sólo a los intereses propios de un individuo.

Otra crítica de Keinert es la supuesta identificación del concepto de autonomía con el de autonomía individual. Sin embargo, como distingo explícitamente entre concepciones de autonomía estructural, individual y política, la tesis que identifica autonomía con autonomía individual es obviamente incorrecta.

Otro punto en que Keinert se equivoca es que mi concepción sea “una visión extremadamente liberal del concepto de individuo, visto de manera inflexible como portador de intereses determinados de forma puramente mecánica”. No sé de dónde Keinert saca esa idea. No se encuentra en mi texto, y Keinert no da ninguna referencia concreta dentro del mismo.

También se equivoca Keinert cuando alega que “es *en estos términos* [creo que Keinert se refiere con términos a intereses] que la paradoja de la autonomía nos es presentada”. Sin embargo, la paradoja de la autonomía está introducida como una contraposición de la aceptación individual de normas que debe ser por un lado libre y por otro lado vinculada por normas. No está presentada en términos de intereses. La aceptación individual no depende directamente de intereses individuales, sino de sus juicios normativos.

Además, Keinert no distingue entre razones e intereses. Cuando cita mi tesis: “Pero si alguien pudiera con razón rechazar el poder político, no existiría una justificación o legitimidad de este poder”, la interpreta como tesis de que de hecho es el individuo y, por lo tanto, *su voluntad y sus intereses*, el principal criterio de legitimidad del poder político y no exactamente el concepto de autonomía. Así, identifica razones para rechazar el poder político con voluntad e intereses de los individuos, lo que es equivocado y de ninguna manera es lo que sostengo en mi texto.

En el mismo sentido, Keinert se refiere a mi tesis de que la idea del *consentimiento* de cada uno de los individuos en relación al poder será el “núcleo de la legitimidad democrática” y alega que “una vez más es evidente que el criterio de apreciación de Sieckmann se refiere a la voluntad misma del individuo más que precisamente al concepto de autonomía”. Pero el consentimiento que, en mi concepción, presupone la legitimidad democrática, no es lo mismo que la voluntad individual sin reflexión racional e intersubjetiva.

En fin, Keinert constata que la idea de que *cada uno* de los individuos dará su consentimiento de acuerdo con sus propios intereses no parece armonizar con los conceptos de autonomía tal como lo encontramos en Rousseau y, principalmente, en Kant. Tampoco armoniza con mi concepción de autonomía, al menos si se entiende intereses como algo irreflexivo y no como el resultado de un proceso de deliberación racional e intersubjetiva.

A continuación, Keinert defiende la tesis de que aún cuando la filosofía política moderna haya partido de la cuestión del individuo, esto no la convierte necesariamente en liberal. El problema que Keinert encuentra en mi artículo se refiere “a la reciprocidad entre el concepto de autonomía moral y el de autonomía individual, presupuesta por el artículo, pero que, sin embargo, no es abordada de forma directa” (secc. 2). Como Keinert presenta mi concepción de autonomía individual de manera distorsionada, es difícil discutir su exposición como comentario a mi texto. Sin embargo, queda un punto para discutir. Para mí, la legitimidad política depende de juicios normativos de los individuos sujetos al poder político. Estos juicios se encuentran

relacionados con los intereses de los individuos, los que deben ser legítimos, integrados en un “plan de vida” coherente, balanceados con intereses divergentes y sujetos a un proceso de reflexión intersubjetiva. La pregunta es si en Rousseau o Kant se encuentra una plausible alternativa para una concepción de la legitimidad política.

Como explica Keinert, Rousseau plantea el problema de la relación entre el individuo y la asociación de individuos, que se convertirá en un cuerpo político, como “el *pasaje* de la libertad natural a la libertad convencional de estos últimos. Tal pasaje le permitirá afirmar que *cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo*, pues, al formar parte ahora del cuerpo político soberano, el *individuo*, en tanto *ciudadano*, al obedecer la voluntad general, se obedece a sí mismo. Esto significa, y es lo importante, que cada uno cede su libertad natural, y sus derechos naturales, en favor de la unidad del cuerpo político, volviendo a todos, desde el punto de vista *moral y político, ciudadanos autónomos* y, por lo tanto, iguales y libres desde el punto de vista de la convención alcanzada por el pacto social”. (secc.2)

Esta concepción tiene dos defectos. En el plano conceptual, confunde autonomía con el conjunto de, por un lado, formar parte de un cuerpo político participando en procedimientos políticos, y, por otro lado, estar sujeto al poder político. Como explica Keinert, para Rousseau “una doble relación nos permite pensar el concepto de autonomía: en primer lugar, él se refiere a la unidad de la asociación que es soberana y promulga las leyes del Estado, la *forma institucional* de esta soberanía; en segundo lugar, los ciudadanos como partícipes de esta soberanía son agentes de estas leyes, pero, por ser sujetos y pasivos, están también sometidos a ellas”. (secc. 2) Pero formar parte de un cuerpo político y participar en sus procedimientos no significa que alguien legisle sobre sí mismo. Podría ser que una minoría estructural participase en procedimientos políticos de manera libre e igual, pero nunca tenga la chance de que sus demandas sean reconocidas. Siempre pierden contra los votos de la mayoría. Describir eso como auto-legislación parece poco plausible. Entonces el ciudadano individual no puede ser considerado como autónomo. Por otro lado, el cuerpo político tampoco es autónomo en el sentido literal, porque no

legisla sobre sí mismo sino sobre los ciudadanos. No encontramos una concepción de autonomía plausible en Rousseau.

Otro defecto de la teoría de Rousseau se encuentra en el plano justificatorio. Podría preguntarse por qué un individuo debe ceder su libertad natural y asociarse con otros en un cuerpo político, y con quiénes y en qué cuerpo político. Si no se justifica el pasaje de la libertad natural a la libertad convencional en términos de los intereses, demandas y juicios de los individuos mismos, no hay justificación que corresponda a la idea de la autonomía.

Parece que en Kant se resuelve este problema justificatorio. Como Keinert explica, Kant da al acto de asociación un significado *a priori* y trascendental (secc. 2). Pero su concepción de autonomía tampoco resulta satisfactoria.

Respecto de la autonomía moral, Keinert caracteriza la concepción de Kant de la siguiente manera: “Si pensáramos la representación de la ley por medio del concepto de deliberación, podemos afirmar entonces que al comparar la máxima con la ley, la razón inmediatamente se pregunta por la universalidad de la forma de la máxima, y tal universalidad, cuando es positiva, supone el hecho de que *todos los otros seres racionales* (exigencia de totalidad de la razón) prestarían su consentimiento a tal acción. En este sentido, al representar la ley y actuar por medio de esta *paralegalidad (legiformidade)*, el individuo delibera en el interior de un todo moral que, a su vez, se confundirá con el valor moral incondicional de su acción, pues es él el que dará legitimidad a la regla de la acción. Es en este movimiento de representación (o de deliberación) que podemos reconocer el concepto kantiano de autonomía, pues al representar la ley, al hacer la comparación de la máxima con la ley, este individuo legisla por medio de su actividad racional para sí mismo y para todos los otros seres racionales, colocándose de este modo en la posición de legislador y de destinatario de la ley.” Podemos constatar que determinar el valor moral de la acción requiere un acto de voluntad del agente quien formula la máxima comparada con la ley moral. Además, este acto formula una ley que pretende ser válida para todos los otros seres racionales. Sin embargo, no es claro qué significa “pretende” en este contexto. Como la au-

tonomía individual permite que cada agente autónomo desarrolle su propia posición moral, la pretensión de validez no se puede entender en el sentido de que una ley establecida por un agente autónomo sea válida para todos los otros seres racionales. Cuando la ley moral no determina una única máxima que puede ser considerada válida para todos, existen diversas opciones. Entonces, la pregunta es si se puede reclamar que una de esas máximas será una norma vinculante. Esto es justamente el tema que estoy tratando. Mi respuesta es que los individuos pueden sostener que los demás deben reconocer tal norma como válida, pero no pueden constatar que es válida en el sentido que sea vinculante para todos los demás.

Entonces, existe cierto paralelo entre la autonomía moral tal como al presenta Kant y la autonomía individual en mi concepción de autonomía. Ambas tratan de explicar cómo se puede explicar la idea de la validez de las normas en sentido moral. Las máximas que se corresponden con la ley moral determinan cuándo una acción tiene valor moral. Pero cuando la ley moral no determina sólo una máxima única, diversas máximas son posibles. Cada agente autónomo puede definir por sí mismo cuáles acciones tengan valor moral para el (es decir, valor moral positivo). Para mí, éste es el tema de la autonomía individual. Cada individuo llega a juicios normativos y reclama que ciertas normas deben ser reconocidas como válidas, pero no puede reclamar que estas normas sean vinculantes para todos los demás, porque otros agentes pueden juzgar de manera distinta. En comparación con Kant, mi concepción se encuentra más estructurada. Distingue entre, primero, la formación de argumentos normativos, basados en intereses y demandas de los agentes autónomos. Estos deben ser legítimos en el sentido que no se dirigen contra la autonomía de otros agentes. Deben tener universalidad en el sentido de que cada agente autónomo puede reconocerlo como demanda. Segundo, sigue la ponderación de los argumentos normativos en cuanto que se encuentren en conflicto. De nuevo, los resultados deben ser aceptables para cualquier agente autónomo. Tercero, es necesario una reflexión intersubjetiva acerca de la pregunta sobre cuál norma debe ser reconocida en una situación de posiciones normativas divergentes. De nuevo, rige una exigencia de

universabilidad, porque se debe tomar en cuenta la posición de cada agente autónomo y preguntarse cómo sería una norma que todos pudieran aceptar como vinculante. Así, se define de manera más precisa lo que significa formular una máxima que está sujeta a la ley moral en la interpretación como principio de universabilidad. Además, la estructura de los argumentos normativos explica cómo los agentes autónomos pueden reclamar que una norma sea reconocida como vinculante, sin constatar que esta norma de hecho es vinculante para todos. Este reclamo normativo es posible aunque no solo una única posición normativa sea posible. En cambio, la comparación de máximas con la ley moral no explica porque alguien sostiene una norma como moralmente válida frente a otra norma que sería igualmente posible.

Queda el tema de la vinculatoriedad de las normas morales. Keinert trata este tema en relación con la autonomía política. Explica que “desde un punto de vista universal, el ciudadano debe hacer uso público de su razón, cuestionando las mismas normas, y que esto establece una relación *entre ciudadanos, en que la obediencia tiene como condición de posibilidad el libre pensar*. Es porque hago uso público de mi razón que obedezco las leyes constitucionales, por ejemplo”. Para Keinert, hacer uso de la razón pública tiene en cuenta algunas características importantes del concepto de autonomía (secc. 3). Sin embargo, el uso público de la razón o la deliberación pública, es decir, reflexionar y crítica las normas, no hace que esas normas sean vinculantes. Puede ser una condición necesaria, pero seguramente no suficiente.

Según Keinert, lo que daría legitimidad al proceso de decisión sería la posibilidad de todos los implicados que hicieren uso público de su razón, es decir, *deliberasen* (secc. 5). No tengo ninguna objeción contra eso como condición necesaria de la legitimidad política. Pero no es suficiente para explicar como se puede considerar normas como vinculante para todos en una moral basada en la autonomía. En cambio, mi artículo trata de desarrollar una concepción de argumentación (o deliberación) autónoma, que analiza si y en qué sentido se puede reclamar la validez de normas como vinculantes frente a agentes autónomos. Esta concepción está basada en una concepción de autonomía individual, empezando con argumentos normativos constituidos por



demandas de agentes autónomos, las que deben ser legítimas según un criterio de universalidad, sigue con la ponderación de estos argumentos y la reflexión intersubjetiva acerca de posiciones normativas divergentes, y por último explica el criterio de convergencia razonable como condición que permite reclamar la vinculatoriedad de normas incluso a agentes autónomos que siguen sosteniendo una posición normativa opuesta. No veo nada parecido en Kant o en la reconstrucción de Kant que Keinert ofrece.

En fin, me parece demasiado fuerte la tesis de Keinert de mi manera de presentar el problema de la autonomía como paradoja no tenga sentido en el marco conceptual kantiano (secc. 4). Como los agentes autónomos deben formular máximas que son comparadas con la ley moral, existe la posibilidad de que los diversos agentes formulen diversas máximas incompatibles entre sí pero cada una compatible con la ley moral. Así tenemos el problema de, por un lado, que las normas morales deben depender de los juicios morales de los agentes autónomos, los que son libres en el marco de la ley moral, y, por otro lado, que ellos mismos deben estar obligados por las normas morales. Pero, si son libre de elegir una norma u otra, ¿cómo pueden entenderse como vinculado por la norma elegida? Creo que se puede entender este problema también en el marco de la concepción kantiana. Solo que no se puede dar una respuesta adecuada.

Para concluir, me parece que, aunque Rousseau y Kant ciertamente tienen sus méritos históricos, sus teorías no son tan adecuadas para entender la idea de autonomía como autolegislación, y que adherirse demasiado a las “autoridades filosóficas” puede impedir analizar los problemas de la autonomía.

