

“LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD”: LA CRÍTICA UNIVERSALISTA DEL PLURALISMO JURÍDICO

RICHARD MOHR*

Resumen: El presente artículo presenta un análisis empírico-normativo sobre el nivel procedimental de las tensiones epistemológicas entre el pluralismo y el universalismo. Los postulados de la acción comunicativa y de su ética se presentan como elementos de coincidencia entre ambas corrientes en la articulación de un discurso jurídico-político que cuestiona la perspectiva etnocéntrica.

Resumo: O artigo apresenta uma análise empírico-normativo sobre o nível procedimental das tensões epistemológicas entre o pluralismo e o universalismo. Os postulados da ação comunicativa e da sua ética aparecem como elementos da consciência entre ambas correntes na articulação de um discurso jurídico-político que questione a perspectiva etnocêntrica.

Abstract: This article presents an empirical analysis on policy-level procedural epistemological of tensions between pluralism and universalism. The tenets of action communicative and his ethics are presented as elements of commonality between the two currents in the articulation of a legal-political discourse that challenges the ethnocentric perspective.

1. Introducción

Este artículo es un análisis parcial acerca de la validez de los postulados del universalismo jurídico y su relación con respecto al pluralismo jurídico. Hacer un análisis binario entre el universalismo y el pluralismo no tiene mucho sentido, sin embargo, existen maneras en las cuales al ser confrontadas estas nociones legales se producen conflictos entre ellas. Los académicos en el área jurídica a menudo se encuentran con este conflicto en cuanto a dos aspectos que están en competencia: por un lado, enseñar a los estudiantes reglas claras de interpretación jurídica; y por el otro, incentivarlos a entender la naturaleza contingente e indeterminada del derecho. Varias escuelas de pensamiento socio jurídico son partidarias de la promoción bien sea de la hegemonía monista o bien de modelos pluralistas alternativos.

En este trabajo comienzo por aclarar los aspectos resaltantes del pluralismo y el universalismo en el derecho contemporáneo y sus aplicaciones. Estando sometidos a la presión de un doble ataque por parte de los derechos humanos y la tolerancia multicultural, los seguidores de los derechos individuales están cada día más alineados con los seguidores de los derechos colectivos. Sin embargo, existen distinciones entre los derechos humanos universales correspondientes a cada persona y los derechos colectivos que pueden variar entre

* *Faculty of Law, University of Wollongong, NSW 2522, Australia* rmohr@uow.edu.au Versiones previas a este artículo las presenté a mediados del 2003, como invitado en un seminario en el *Socio-legal Research Center, Griffith University, Brisbane*, como presentador en el club de lectura de la *Université McGill*, Montreal y en la conferencia del Comité de Investigación de Sociología Jurídica de la Organización Internacional de Sociología, *St. Anne's College, Oxford*. Agradezco la ayuda que los comentarios de los participantes de estos foros me han brindado, para el desarrollo de este artículo. Traducción del Inglés por Gabriel García.

60 LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD: LA CRÍTICA UNIVERSALISTA
DEL PLURALISMO JURÍDICO

un grupo y otro. Las posiciones más defendibles del universalismo se han abstenido de basar sus argumentos en principios y derechos liberales fundamentales, enfocándose por el contrario, en la justicia procesal. En este punto sería posible una reconciliación entre el universalismo y el pluralismo, ciertamente, en los debates entre los seguidores del discurso ético, el feminismo y el comunitarismo han logrado cierto grado de acuerdo. ¿Podrían existir procedimientos válidos universalmente que logren resultados aplicables tanto para los individuos como para las comunidades al mismo tiempo?

Abordo esta pregunta analizando algunos de los argumentos más sólidos acerca del conocimiento y procesos de toma de decisiones entre pluralistas y universalistas. En este sentido, considero a Seyla Benhabib como una de las más acomodaticias universalistas y someteré sus postulados acerca de procedimientos universales, a un escrutinio desde un punto de vista pluralista y multicultural.

La posibilidad de procedimientos válidos universalmente se reduce a tres puntos básicos: Debemos ser capaces de comunicarnos, honesta e igualmente, a través de las divisiones culturales, geográficas y de riqueza. Así mismo, debe ser posible que entre estas divisiones existan razones imparciales, universalmente convincentes para la toma de decisiones, y por último, es necesario la posibilidad de consenso. Son loables los intentos por lograr esta meta e incluso, hasta los pluralistas deberían ser aplaudidos por participar en ellos. Sin embargo, si los argumentos universales se tornan irreales, o peor aun, si son una máscara para continuar la explotación, entonces los pluralistas podrían aprender de estos intentos, pero deben insistir sobre los derechos colectivos y los procedimientos culturales específicos. En otras palabras, las culturas subalternas serían bien aconsejadas, si se les recomienda mantener su propio sistema jurídico y epistemológico y continúan insistiendo en la autodeterminación.

La coexistencia entre el derecho indígena y el derecho del Estado ha sido el campo de batalla por excelencia para el pluralismo jurídico en Australia. Parecieran existir condiciones similares en América Latina¹. Como australiano, frecuentemente, considero las demandas indígenas (las cuales vale decir, son rara vez exitosas a la luz del derecho del Estado) como los casos más difíciles de utilizar para comparar o medir varios de los argumentos a favor o en contra del pluralismo o del universalismo.²

El pluralismo jurídico resulta atractivo desde la óptica normativa y además creíble como una descripción de cómo la gente y las comunidades experimentan realmente la ley. Por otro lado, cuando se enseña el derecho o se analiza la forma como los tribunales y la ley formal australiana operan, el derecho estaría mejor descrito si se considera como un sistema monista que se

¹ Óscar Correas, *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Mexico DF, Fontamara, 2003

² He explorado la relación existente entre el significado del "common law" y el derecho indígena en Richard Mohr, "Shifting Ground: Context and Change in Two Australian Legal Systems", *International Journal for the Semiotics of Law*, núm. 15, 2002.

contiene así mismo (o “autopoético”), y que es autosuficiente e incapaz de usar cualquier fuente alternativa de autoridad jurídica. Desde una perspectiva crítica y radical, encuentro desagradable el autoritarismo imperialista del “*common law*” australiano, por esta razón la atracción al pluralismo normativo; sin embargo, soy lo suficientemente universalista, como para mantener un lazo sentimental con los derechos fundamentales y algunos estándares de decencia legal que son válidos para toda la humanidad.

He comenzado aquí ventilando algunos de mis prejuicios, no para convencerlos para que los compartan conmigo, sino por el contrario, para iniciar un análisis de las tensiones existentes entre el pluralismo y el universalismo.³ Estas confesiones iniciales apuntan a dos maneras diferentes de analizar cualquier debate entre pluralistas y universalistas: el empírico y el normativo. Expandir los ejes de un análisis como éste, sugiere la posibilidad de ser un pluralista normativo, que se deprime por los resultados empíricos, los cuales consistentemente señalan la naturaleza monista del derecho formal. Esta condición emocional bipolar podría incluso ser aliviada por algún tipo de esquizofrenia, que me permitiera ser un pluralista doméstico y un universalista internacional. Este estado mental podría también reflejarse en mi trabajo empírico, de manera, que podría estudiar el derecho informal en una comunidad rural utópica en Australia, o seguir a Boaventura de Sousa Santos hacia las favelas de Río de Janeiro⁴, para compartir la confirmación de mi pluralismo. Si esto me entusiasma demasiado, podría volver a la calma leyendo sentencias recientes relacionadas con derechos de propiedad sobre tierras indígenas, dictadas por la *High Court* de Australia, o me imagino, por las Cortes Supremas de muchos otros países.

Por supuesto, este mundo dual de depresivos socio-jurídicos y antidepresivos, es a la vez fácil y demasiado simple. Es demasiado fácil, porque al final debemos tomar decisiones difíciles dentro de un abanico de posibilidades. A su vez, es demasiado simple, porque existen otras dimensiones a través de las cuales podemos analizar la división plural/unitaria. Ni los argumentos empíricos ni los normativos son exhaustivos ni son mutuamente excluyentes, tal como lo discuto con mayor detalle mas adelante. El pluralismo y el universalismo pueden también ser contrastados en términos ontológicos y epistemológicos. Regresaré a estas distinciones, para presentar el punto principal de los trabajos sobre argumentos procesales y epistemológicos.

Antes de explicar por qué utilizaré este enfoque, brevemente, quiero ratificar la relevancia de la discusión entre estas dos nociones, refiriéndome a polémicas, recientemente surgidas sobre el terrorismo y el choque de culturas

³ Al yuxtaponer pluralismo y universalismo, no sugiero que esta sea la única alternativa. El pluralismo tiene muchos adversarios, básicamente fundamentalistas. He escogido al universalismo, para el propósito de esta discusión, porque es la alternativa más defendible y ha sido muy bien expuesta en algunos de los trabajos que cito mas adelante.

⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, pp 124 y ss.

62 LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD: LA CRÍTICA UNIVERSALISTA
DEL PLURALISMO JURÍDICO

que ha sido orquestado por fundamentalistas en el Medio Oriente y los Estados Unidos (con la ayuda de una coalición deseosa en Australia y Europa). En el contexto actual, el pluralismo toma una relevancia nueva, y encuentra argumentos novedosos.

En un artículo reciente, un científico político australiano, David Martin Jones, identificó la atracción que tienen las democracias occidentales por agentes de redes terroristas como Al-Qaeda. Él señala que tales grupos fundamentalistas surgen con frecuencia de una clase media educada, que se siente más cómoda en la metrópolis que en el campo. Jones también observó los beneficios que para los terroristas representa el sistema legal tolerante de Londres por encima de los del Cairo o Singapur. Los regímenes orientales intolerantes tendrían menos escrúpulos para violar los derechos civiles de estas personas que los que podrían tener en el Reino Unido, "donde la culpa liberal acerca de los pecados coloniales de la Gran Bretaña se impone sobre el sentido común en estos días". Esta enfermedad tiene un nombre:

El pluralismo del Olimpo sostiene que las minorías culturales poseen el derecho colectivo de su propio desarrollo separado, incluso cuando ese desarrollo sea uno no liberal, aun a expensas del cosmopolitismo polimorfo que lo soporta. Actuar, o hasta pensar, de otra forma sería en el mejor de los casos intolerable, y en el peor caso sería racista.⁵

Esta crítica parece característica de la nueva intolerancia que se torna demasiado común en este joven siglo veintiuno. Esa intolerancia que infringe los derechos humanos y civiles en nombre de la "guerra al terrorismo" ha sido discutida en debates políticos e intelectuales sobre legislaciones como la ley estadounidense "*PATRIOT*" o los debates parlamentarios y comunitarios que han ocurrido con ocasión de las enmiendas propuestas a las leyes de seguridad australianas y los poderes de la Agencia Australiana de Seguridad e Inteligencia. La versión de Jones del sentido común podría haber sido ya utilizada en los Estados Unidos donde han deportado a sujetos sospechosos hacia países entre cuyas técnicas vigorosas de interrogatorio se incluye la tortura.⁶

Apoyo para lo que los medios australianos les gusta llamar "nuevas leyes duras anti-terrorismo" ha surgido de seguidores de la "ley y el orden" y de un Estado fuerte. La perspectiva de Jones indica un nuevo enfoque que no sólo confronta los derechos civiles individuales contra los poderes del Estado, sino que a la vez apunta a los "derechos comunitarios". Sin embargo, es muy poco el avance de estos derechos y reclamos en lo que una vez fuera oficialmente una sociedad multicultural como Australia, ahora son vistos como amenazas a la seguridad nacional y a la identidad nacional. Fred Nile del

⁵ David Martin Jones, "*The Cybercaliphate*", *Australian Financial Review*, 11 April 2003, p 9.

⁶ En un juicio intentado por un canadiense llamado Maher Arar contra oficiales americanos, él argumentó que fue deportado a Siria, "precisamente porque en ese país podían usar métodos interrogatorios que no serían legales ni moralmente aceptables en [Estados Unidos]." Grant McCool, "*Al-Qaeda suspect sues over torture*", *Sydney Morning Herald*, Sydney, 24-25 January 2004, 14.

Consejo Legislativo del Estado Australiano de *New South Wales* confundió peor aun estas amenazas el año pasado (y hasta podría decirse, que jocosamente), cuando instó a la prohibición del traje musulmán debido a la posibilidad de que un terrorista escondiera armas bajo el velo u otra prenda de vestir holgada.⁷

La oposición a esta doble amenaza que se cierne sobre la tolerancia y las libertades civiles, se ha unificado sobre dos premisas distintivas. Una tradición universalista liberal se crea para proteger derechos civiles y humanos. Estos argumentos podrían ser necesarios para hacer oposición a leyes draconianas utilizadas para la detención de extranjeros ilegales, o para utilizarlas en reclamos referidos al estatus de refugiados. El pluralismo podría encajar más en la promoción de la tolerancia multicultural, la cual es esencial en los espacios públicos de nuestras calles, escuelas y medios de comunicación.⁸ Quizás, en tiempos como éstos, los pluralistas tolerantes y los defensores de las libertades civiles no necesitan entrar en disputas derivadas de puntos de la teoría finamente extraídos. En el debate político del día a día, éstos deben complementarse en lugar de excluirse mutuamente. Sin embargo, ciertas justificaciones subyacentes para estas posiciones se basan en fundamentaciones teóricas distintas. Estas posiciones o debates alrededor del universalismo y pluralismo, pueden ser vistas conjuntamente, como una serie de líneas no bien definidas.

Los derechos comunitarios o colectivos son defendidos por los pluralistas como una corrección esencial de los derechos individuales. Boaventura de Sousa Santos señala que los orígenes imperialistas y el etnocentrismo de las concepciones occidentales sobre derechos humanos, los priva de su legitimidad en otras culturas. Para superar estas imperfecciones, el propone el mestizaje de los derechos humanos, método a través del cual, se tomarían en cuenta algunos valores no occidentales. El elemento mas relevante de esta transformación sería el reconocimiento del “individualismo posesivo que asedia la concepción occidental de los derechos humanos”, los cuales pueden ser superados a través del reconocimiento de los derechos colectivos (incluyendo el derecho a la autodeterminación) y las responsabilidades.⁹ La referencia que hace de Sousa Santos a la “legitimidad”, invoca la más jurídica de las defensas del pluralismo. Retornaré mas adelante, a un rango más amplio de debates.

La legitimidad para Hans Kelsen, esta determinada por la validez, entendida ésta como el apoyo a un orden legal, pero limitada por la eficacia. En

⁷ Juliet Rogers ha analizado este enfoque sobre la identidad nacional en “*Legislating Difference: The Making of National Fantasy in (Multi)Cultural Australia*”, artículo presentado en *Opening Law: the 20th Annual Law & Society Conference, University of Wollongong, 9-11 December 2002*. En Francia el ya largo debate sobre el velo musulmán, ha tomado extremos trágicos.

⁸ Continúo el diálogo de algunas de estas ideas con Wesley Pue de la Universidad de *British Columbia* en Vancouver, quien comentó en un foro sobre “la guerra contra el terror”, que el liberalismo luce cada vez mas atractivo en la presente Era (4 de junio de 2003, *Legal Intersections Research Centre y el Centre for Canadian-Australian Studies, University of Wollongong*).

⁹ de Sousa Santos, cit. p 351.

otras palabras, para ser legítimo un derecho debe ser válido y efectivo a la vez.¹⁰ La eficacia puede ser determinada empíricamente. Ya he sugerido que perspectivas empíricas diferentes – ya sea de las favelas de Río de Janeiro o de la Corte Suprema – producen diferentes resultados. Correas ha desarrollado la eficacia como la entiende Kelsen y la ha transformado en una justificación de la legitimidad normativa de la ley indígena, basada en la posibilidad de demostrar empíricamente su eficacia.¹¹ Este argumento priva al positivismo monista de sus argumentos acerca de la universalidad, al demostrar que en los estados colonizados o en aquellos que resultaron después de la colonización, como México y Australia, existen más de un orden jurídico efectivo. Sin embargo, el hecho de demostrar que un orden jurídico específico y existente carece de legitimidad universal, tampoco prueba la imposibilidad de lograr principios y procesos universales.

2. Decidiendo la cuestión del pluralismo

Quiero buscar otros argumentos que ayuden a decidir entre el universalismo y el pluralismo. Aun cuando no comparto la óptica Weberiana o emotivista de que las decisiones morales son al final injustificables¹², pareciera una tarea desalentadora el justificar cualquier punto de vista pluralista o universalista en terrenos puramente normativos. Justificar o negar principios universales es una tarea que escapa a las pretensiones de este artículo. Sin embargo, defensores contemporáneos del universalismo podrían hacer descansar sus argumentos en procedimientos en lugar de principios, con el fin de lograr certeza moral, acerca de si una ley natural o una categoría moral universal Kantiana o si justificaciones de derecho y justicia, parecieran estar basadas sobre bases procesales, en lugar de fundamentos morales¹³ (Habermas 1996; Hampshire 1989; Rawls 1972).

Es en este nivel procedimental que intento probar los argumentos en conflictos del universalismo y el pluralismo. Esta tarea podría afrontarse ya sea desde un punto de vista ontológico o epistemológico. El debate ontológico sobre derechos colectivos se enfocaría en la pregunta de si los “individuos” o las “sociedades” existen. La famosa negativa de Margaret Thatcher de admitir la existencia de la sociedad, si bien pobremente fundamentada, es un argumento ontológico particularmente directo. Los defensores del comunitarismo y los constructivistas son escépticos en cuanto a creer que los individuos pueden existir sin el bagaje lingüístico y cultural, que nos hacen miembros de

¹⁰ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law (Reine Rechtslehre)*, Berkeley, CA, University of California Press, 1967 (1934), pp 209-12.

¹¹ Correas, cit. pp 71 et passim.

¹² Alisdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, London, Duckworth, 1985, p 26.

¹³ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge UK, Polity Press, 1996; Stuart Hampshire, *Innocence and Experience*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1989; John Rawls, *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1972.

comunidades humanas. La existencia de individuos o comunidades oculta, parcialmente, el origen de donde se derivan muchas de las bases de los derechos o de los fundamentos alternativos de órdenes sociales y legales. Tanto los debates liberales-comunitaristas sobre derechos colectivos, como los debates acerca de identidad política,¹⁴ así como aquellos referidos al tema multicultural,¹⁵ están basados en una variedad de asunciones ontológicas. La pregunta acerca del aspecto ontológico de este tema, la dejaremos para otro día.

3. Sobre el universalismo

Quiero dedicar el resto de esta discusión al enfoque epistemológico de los aspectos procesales del universalismo. Dado que estoy yuxtaponiendo el universalismo al pluralismo jurídico, se requieren unas breves palabras en cuanto a derecho y epistemología. El derecho descansa en nociones de conocimiento y en el proceso requerido para alcanzar decisiones legítimas. En este punto, no volveré a discutir en contra de la distinción positivista que insiste en que el derecho es un sistema hermético y determinante que se aplica a hechos que poseen su propia existencia. En cambio, sugeriré brevemente, una relación más factible entre el derecho y el conocimiento, basada en la retórica clásica. Las decisiones legales no son ni verdaderas ni falsas, por el contrario ellas son razonables o persuasivas. En la discusión aristotélica de retórica, esto envuelve un método de argumentación que va desde opiniones generalmente sostenidas hacia conclusiones relevantes a cualquier problema que se plantee. La resolución de debates legales depende de que un argumento sea el más aceptable, porque éste se corresponde con la óptica más “razonable”.¹⁶ La base del debate legal (retórica o política) está constituida por la “opinión generalmente aceptada” y por los argumentos “persuasivos”, lo que debe alertarnos acerca del centralismo de una comunidad cultural o moral. ¿Quién sostiene estas opiniones y a quiénes persuadimos? ¿A una comunidad (humana) o a muchas?¹⁷

La defensa mejor desarrollada de la “ética comunicacional (o el “discurso ético”), proviene de la “teoría de la acción comunicativa” de Jürgen Habermas. En esta teoría la deliberación política y legal descansan sobre principios de competencia comunicativa o libertad comunicativa. Esto incluye principios tales como: todas las partes interesadas deben ser escuchadas y deben

¹⁴ Nancy Fraser, "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age", *New Left Review*, núm. 212, 1995; Nancy Fraser, "A Rejoinder to Iris Young", *New Left Review*, núm. 223, 1997; Iris Marion Young, "Unruly Categories: A Critique of Nancy Fraser's Dual Systems Theory", *New Left Review*, núm. 222, 1997.

¹⁵ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

¹⁶ Valentino Petrucci, "Retorica, Diritto e Scienza Sociale", *Sociologia del Diritto*, núm. 27, 2000, pp 36-37.

¹⁷ Los seguidores de la “nueva retórica” de Perelman lo han utilizado apelando a una “audiencia universal”. Esto origina preguntas sobre la manera como podríamos comunicarnos con dicha entidad universal, y como sus participantes podrían comunicarse entre sí. Christopher W. Tindale, *Acts of Arguing: A Rhetorical Model of Argument*, Albany, NY, State University of New York Press, 1999.

66 LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD: LA CRÍTICA UNIVERSALISTA
DEL PLURALISMO JURÍDICO

asegurarse que su comunicación sea entendida y no sea internamente contradictoria, y todas las partes deben prescindir del uso de la fuerza y cooperar con sinceridad en la búsqueda de la verdad.¹⁸

Para centrarnos en la comunicación entre las partes y la deliberación pública sobre las políticas, debemos enfocar la atención en la posición de estos públicos y el lenguaje que utilizan. Al análisis previo de retórica de las fuentes de opiniones y los roles respectivos de las partes y audiencias, ahora agregamos preguntas sobre el lenguaje. Las diversas comunidades morales y público ¿utilizan el mismo lenguaje? ¿Una palabra en un discurso significa lo mismo cuando se usa en un discurso diferente o por una comunidad distinta?

Cada uno de estos puntos es extremadamente importante para el derecho, considerado como un sistema de deliberación pública. Las leyes se basan en el lenguaje, como consecuencia, el significado que invocamos determina nuestros argumentos legales. Esto también es así, para las personas que toman las decisiones fundamentados en el ámbito cultural y político de nuestras comunicaciones públicas. En cada una de estas áreas la deliberación legal se basa en el conocimiento y forma como lo utilizamos. En cada una de estas áreas, la teoría de Habermas de la acción comunicativa ha sido criticada por algunos pluralistas y feministas. Al manejar el lenguaje, él ha sido acusado de omitir los gestos, los tonos del lenguaje, la ironía y la vaguedad del significado¹⁹. Young ha considerado el punto de vista contingente de quien delibera, criticando la asunción de Habermas de una razón normativa universal basada en la imparcialidad.²⁰

Fraser ha analizado los puntos referidos a las inequidades estructurales y desbalances de poder, así como las tan discutidas fronteras entre lo público y lo privado dentro de “democracias realmente existentes”, retando a los seguidores de la corriente de Habermas, a explicar los límites de la forma específica de

¹⁸ Habermas desarrolló estas ópticas desde mediados del año 1970. El criterio citado proviene de sus trabajos iniciales (Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, London, Heinemann, 1976) el cual especificaba criterios sobre la “competencia comunicativa” en una “teoría de acción comunicativa” (Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MA, MIT Press, 1990). Habermas luego desarrolló su teoría ética de los arreglos procedimentales de las democracias contemporáneas (Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge UK, Polity Press, 1996), como “ética de discurso”, basada en deliberación pública. Cualquiera de estos términos puede referirse a varias facetas del trabajo consistente de Habermas.

¹⁹ Judith Butler, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, New York, Routledge, 1997; Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en Seyla Benhabib y Druscilla Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 71.

²⁰ “Tal como las teorías de Rawls y Ackerman, este aspecto de la teoría de Habermas se basa en presupuestos contrarios a los hechos, que construyen un comienzo imparcial para sacar al universalismo del discurso moral.” Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en S. Benhabib y D. Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 106. Young lista escritos anteriores de Benhabib en los cuales propone en este argumento un “ella concreto” en lugar de un “otro generalizado”.

democracia que disfrutamos en las sociedades capitalistas más nuevas, mientras alerta a la gente en otras partes del mundo contra el llamado a instaurarlas”.²¹ Pronto retomaré cada una de estas críticas.

En el idioma inglés, Seyla Benhabib ha sido una de las partidarias más brillantes y críticas de Habermas. En 1990, ella conjugó diferentes ópticas acerca de la filosofía moral y práctica, para proteger a la ética comunicacional de las críticas que denominó “neo-Aristotélicas”. En esa oportunidad, ella enfatizó la universalidad del discurso por sobre las categorías morales universales Kantianas.

El énfasis ahora es menor en el acuerdo racional, pero mayor sosteniendo aquellas prácticas normativas y relaciones morales dentro de lo que consideramos acuerdo racional como una forma en la que la vida puede florecer y continuar.²²

En su libro más reciente, *The Claims of Culture*²³ Benhabib se pregunta si el universalismo es etnocéntrico. Lo que resta de este artículo, lo dedicaré a intentar responder esta pregunta, asumiendo los argumentos de Benhabib, y esbozando sus ejemplos.

En virtud de la ausencia de principios morales universales (ej. una ley natural), una ley universalista depende de la posibilidad de un procedimiento deliberante universalmente acordado. Benhabib defiende tres condiciones para el universalismo procesal:

- La posibilidad de comunicación a través de las culturas;
- Estándares comúnmente aceptados sobre las razones imparciales para las decisiones; y
- La posibilidad del consenso a través de la deliberación.²⁴

La primera de ellas es una condición necesaria para la conversación multicultural, y afecta a las otras dos, una o ambas, se requieren para alcanzar una decisión deliberante. Regresaré a estas preguntas difíciles de decisiones después de lidiar con la posibilidad de comunicación. Antes de ser capaces de sostener una conversación, debemos ser capaces de entendernos los unos a los otros.

²¹ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy” en C. Calhoun (compilador), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MA, MIT Press, 1992, p 137.

²² Seyla Benhabib, “Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy (Afterword)” en S. Benhabib y F. Dallmayr (compiladores), *The Communicative Ethics Controversy*, Cambridge MA, MIT Press, 1990, p 346.

²³ Seyla Benhabib, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002 (“CC”).

²⁴ CC, cit. pp 135-146.

3. 1. La Comunicación

La ética comunicacional establece altos estándares para este entendimiento, y con razón. Este tipo de conversación debe ser suficientemente robusta desde el punto de vista ético, como para fundamentar una institución política. Debe ser igualitaria y racional, no violenta, debo entender lo que dices en el mismo sentido que lo indicas. Existen aquí algunas condiciones difíciles.

El entendimiento se basa en compartir significados, y es ésta la condición que Benhabib ataca en sus argumentos en contra de la inconmensurabilidad. El significado es inherente no solo al lenguaje sino también a las ópticas mundiales. Podemos traducir palabras como una computadora, pero: ¿significa esto que hemos traducido exitosamente el significado dentro de todo su contexto? Benhabib ataca los argumentos por su inconmensurabilidad, lo cual ha sido expuesto por Rorty y Lyotard. Wittgenstein explica este punto mas sucintamente: “Si un león pudiese hablar, no lo podríamos entender.”²⁵ Si habitamos mundos diferentes, no podemos saber lo que las palabras de otros significan. Hay dos argumentos contra la inconmensurabilidad, uno es comunicativo: no somos computadoras, en consecuencia, podemos conversar entre nosotros (aun a través de un intérprete). Dentro de las leyes clásicas de la ética comunicacional, debemos seguir revisando hasta estar satisfechos de que nos entendemos. Esto parece factible.

El otro argumento es una proposición práctica de Benhabib, ella sostiene que una comunidad deliberante o moral debe habitar el mismo mundo moral. En la medida en que tengamos un conjunto de puntos comunes para conciliar, debemos ser epistémicos contemporáneos. Benhabib brinda ejemplos locales y suburbanos tales como “los comités escolares” y los “comités de biblioteca” (a pesar del argumento del libro de dar relevancia a la “Era global”). Ella utiliza estos ejemplos para sugerir que los epistémicos contemporáneos habitan el mismo mundo físico y social de manera que debemos compartir, o terminamos compartiendo significados. Considerando que existen oportunidades para conversaciones éticamente fuertes, estoy de acuerdo en que el entendimiento es posible. El ejemplo limitado de Benhabib se relaciona con un período de tiempo compartido: para compartir felizmente un espacio, debemos vivir en la misma época.

En la mayoría de los diálogos democráticos compartimos un horizonte epistémico; los casos más difíciles e intratables para la deliberación democrática han sido aquellos que involucran formas de vida social que coexisten en el mismo espacio pero no pertenecen al mismo horizonte del tiempo en experiencia. Este es el caso común donde los indígenas y tribus nativas confrontan a sus colonizadores y explotadores, altamente tecnológicos, usurpadores e imperialistas.²⁶

²⁵ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, p 223.

²⁶ CC, cit. p 135-6.

El horizonte del tiempo se refiere aquí al progreso. Aquellos conquistadores y explotadores, continua ella, “catapultan [las tribus] un par de siglos hacia el futuro dentro del espacio de unos pocos años”. En los estados colonizados o post colonizados como Australia, el problema se produce no tanto por la incapacidad de manejar un futuro que llegó muy rápido, sino por el contrario, por no saber lidiar con el pasado. Los choques entre los colonizadores y los indígenas han conllevado a la hegemonía de un derecho extranjero superimpuesto, al genocidio y una historia escrita por los victoriosos. No podremos estar bien con nuestro presente hasta que no confrontemos ese pasado. A la ética comunicacional no debemos reprocharle el fracaso de ningún diálogo específico. Sin embargo, debemos determinar si hay algún tipo de límite hacia el diálogo en general que limite nuestras comunicaciones.

Los problemas aquí tienen que ver más con equidad y racionalidad que con el tiempo y el espacio. Si somos capaces de comunicarnos equitativamente entre nosotros, entonces, debemos respetar y entender la forma de argumentar y pensar de cada uno, que forman parte tanto de nuestro mundo epistémico como de las palabras que usamos. Asunciones acerca de progreso, que privilegian algunas culturas (y sus formas de pensar) sobre otras, muestran los límites de la deliberación en la faceta de la diversidad.

No nos ayudará a entender al león, si tan solo nos dedicamos a enseñar le acerca de nuestro mundo epistémico y sus reglas de argumentación. El entendimiento intercultural requiere de respeto mutuo, y no sirve la asunción de que una cultura “es más avanzada” que la otra. Hasta cierto nivel, Benhabib entiende que el conocimiento está integrado a la cultura, sin embargo, ella logra manejarse a los fines de separar algunos aspectos de la cultura que podemos compartir con otros. Por ejemplo, ella dice que podemos apreciar la caligrafía china o el arte erótico indio, mientras rechazamos la costumbre china llamada “*foot binding*” que consiste en impedir el crecimiento normal de los pies de las niñas, o la costumbre india de quemar a la viuda a la muerte del esposo.²⁷ Estos ejemplos señalan diferencias entre moralidad y arte, y no desearía discutir con las instancias morales. Sin embargo, me recuerdan aquellos festivales multiculturales australianos en los cuales podemos apreciar los bailes típicos de cada uno y sus trajes coloridos siempre y cuando, respetemos los usuales y corteses tabúes sobre religión y política.

Los bailes típicos, especialmente cuando han sido preparados para celebraciones del día nacional²⁸, pueden no decir mucho sobre por cual partido votaría la gente, pero así como el arte erótico, ellos podrían ser involucrados, profundamente, en políticas sexuales o relaciones de género. Para entender

²⁷ CC, cit. p 41.

²⁸ La semiología del Día Nacional de Australia está, en si misma, codificada con nuestra vida ética y política, viz. *Apelaciones alternativas indígenas: “Día de la Invasión”, “Día de la Supervivencia”*. La bailarina con el delantal bordado puede que entienda menos de esta semiología que el transeúnte aborigen.

70 LA CONVERSACIÓN DE LA HUMANIDAD: LA CRÍTICA UNIVERSALISTA
DEL PLURALISMO JURÍDICO

las culturas entre unos y otros y las formas de pensamiento sobre hechos morales significativos, debemos también prestar mucha atención al lenguaje corporal.

Benhabib asocia el reconocimiento del arraigo cultural del entendimiento con perspectivas o posiciones morales. Estos enfoques también se han denominado “epistemologías del punto de vista”.²⁹

El posicionamiento social, se dice, crea cierta perspectiva del mundo que resulta incompatible y asimétrica con el punto de vista de aquellos que nunca han ocupado esta posición. Cuando ahondamos más e inquirimos cuáles podría ser estas posiciones sociales, ellas resultan ser la misma enumeración adorada por una fuerte política de identidad: género, “raza”, clase, etnia, idioma, preferencia sexual y afines. El posicionamiento social, entonces, cae en puro esencialismo.³⁰

Una “posición social” no es del dominio exclusivo de aquellos en posiciones marginales. Solo se ve de esa manera desde el centro. Las distintas maneras como vemos el mundo podrían haber sido, inicialmente obvias a gente subalterna, feministas o personas que estuvieran fuera de ese contexto. Esto es algo que aquellos en posiciones políticas y epistemológicas dominantes pueden aprender de ellos. Si algunas personas de la humanidad favorecen su propia posición epistémica y hábitos de pensamiento sobre otros, esto sólo nos llevará a la inconmensurabilidad. Benhabib, al intentar defender la ética deliberante de acusaciones de etnocentrismo, revela su talón de Aquiles: un cierto tipo de razón es favorecida en estos debates, y ésta es la práctica epistemológica de las élites occidentales socialmente dominantes.

Para resumir mi argumento sobre la conversación: No concibo que distintas ópticas mundiales, inevitablemente impidan la comunicación. Rechazo la fuerte tesis de la inconmensurabilidad, tal y como lo hace Benhabib. Con sensibilidad cultural y voluntad de las partes a la conversación para aprender el lenguaje de otros, incluyendo su manera de pensar y vivir, la conversación de la humanidad es ilimitada. La conversación solo se inhibe limitando los discursos permitidos o favoreciendo ciertas posiciones sociales o epistémicas sobre otras.

3.2 Las Razones Imparciales para la Toma de Decisiones

Habiendo coincidido en que podemos, en principio, comunicarnos en tre culturas, puedo regresar a un punto más difícil donde la conversación debe terminar porque es hora de actuar. Es característica del derecho involucrar no solo la conversación y la discusión sino que debe conducir a una decisión. En asuntos prácticos y legales, la “conversación de la humanidad”³¹ no es infinita,

²⁹ Linda Alcoff y Elizabeth Potter (compiladores), *Feminist Epistemologies* L. Nicholson, *Thinking Gender*, New York & London, Routledge, 1993.

³⁰ CC, cit. p 137.

³¹ de Sousa Santos, cit. p 348.

sino que está limitada por la necesidad de alcanzar un acuerdo o una decisión. En la ética comunicacional, una decisión solo puede alcanzarse a través del consenso democrático e informado o a través del juicio imparcial razonado. El segundo argumento de Benhabib para una democracia universal deliberante, se fundamenta en la posibilidad de un “razonamiento público imparcial”, como base para la toma de decisiones.

Benhabib insiste en que su modelo de la esfera pública “no es unitario sino un modelo pluralista que reconoce la variedad de instituciones, asociaciones y movimientos de la sociedad civil”.³²

Este modelo sería compatible con el pluralismo jurídico solo si la imparcialidad entre los diferentes grupos y regímenes jurídicos no privilegiara a unos sobre otros. Por su naturaleza, la imparcialidad parece llenar este requisito. Sin embargo, la imparcialidad por sí sola no es capaz de decidir estos asuntos. Las decisiones judiciales ofrecen paralelismos obvios con las decisiones de Habermas o Benhabib sobre democracia deliberante. La imparcialidad entendida en su sentido amplio, significa, literalmente, que el juez no debe favorecer una parte sobre la otra. Sin embargo, se requiere que algunos elementos permitan al juez tomar una decisión, ya que la “imparcialidad” perpetúa dejaría el caso sin resolver.³³

Al igual que en la decisión judicial, Benhabib ve que los elementos que motivan la decisión deliberante son razones públicas. Ella utiliza “pública” en el sentido de que un público amplio está convencido de la validez de esas razones. Esto nos devuelve a la pregunta de la posibilidad del discurso multicultural, pero con este elemento adicional: el discurso debe contener razones que conduzcan a resoluciones concluyentes. Una resolución concluyente es aquella que convence a todas las partes (donde las partes representan intereses culturales variados). ¿Qué clase de razonamiento va a ser universalmente convincente? El razonamiento no puede desvincularse completamente de su contenido social, corpóreo y afectivo (al contrario del Iluminismo).

La gente que discute no aborda lo que nosotros llamamos “facultades”, como el intelecto, las emociones o la voluntad; ellos se refieren a la persona en su todo pero dependiendo de las circunstancias, sus argumentos buscarán resultados distintos y utilizarán métodos apropiados al propósito del discurso así como para influenciar a la audiencia.³⁴

La persona en su todo incluye el cuerpo, vinculaciones sociales, lenguaje y gestos. Iris Young ha afirmado que el debate público y los argumentos

³² CC, cit. p 138.

³³ “*The impartial Judge and the Constitutional Paradox*” trabajo presentado en la *MEDIATING LAW* (11er Congreso Internacional de la Asociación Australiana de Derecho y Literatura), Melbourne 29 November-1 December 2002.

³⁴ Perelman, citado Christopher W. Tindale, *Acts of Arguing: A Rhetorical Model of Argument*, Albany, NY, State University of New York Press, 1999 p 4.

sobre políticas deben incluir “particularidades corporales y afectivas así como las historias concretas de los individuos”.³⁵

Benhabib defiende su posición de razonamiento público contra esos argumentos de razonamiento basados en una razón corpórea: “¿por qué somos tan rápidos en asumir que la razón corresponde a la dominación mientras que el cuerpo corresponde a la marginalización y promete algún tipo de liberación?”³⁶ Realmente, ¿por qué? Esta parece ser una asunción más de Benhabib que de aquellos seguidores de la razón corpórea.³⁷ La crítica a la razón incorpórea no solo aplica a las mujeres y los grupos subalternos “discriminados”, sino igualmente a aquellos en posiciones socialmente dominantes (como los jueces). Al igual que la posición social, los cuerpos no son reserva exclusiva de los oprimidos. Al reenfocar nuestra atención en los cuerpos y en las mentes de nuestros jueces, políticos y expertos nos damos cuenta de la variedad de influencias, tan distintas de aquellos de los oprimidos, que han moldeado sus culturas, afectos y corporeidad.

Donde se toman las decisiones, independientemente de lo público de sus razones, los de posiciones sociales dominantes y de privilegios corpóreos, incorporan cierto tipo de razones y favorecen cierto tipo de discusión. Esto compromete la demanda universal de decisiones imparciales mediante razonamiento público. El pluralismo jurídico solo puede respetar procedimientos universales si las decisiones proceden de argumentos provenientes de toda clase de personas y arraigadas en toda clase de culturas. Esto puede conducirnos de vuelta a un estudio empírico de foros específicos y procesos deliberantes, pero no recomienda a priori el universalismo como una forma de decidir asuntos entre grupos hegemónicos y subordinados.

3.3 Consenso

Habiendo mostrado lo inherente al privilegio de una de las partes en el razonamiento público, pretendo ahora abordar el objetivo más democrático de la ética comunicacional: El consenso a través de la deliberación. La estructura de los argumentos morales y políticos, de acuerdo con Benhabib, debe basarse en principios de justicia universal y no en “nuestros específicos” principios éticos. Sin embargo, si el acuerdo moral sobre estos requerimientos es imposible, entonces, el compromiso moral podría ser necesario. Aun cuando los grupos no partan de los mismos principios de justicia, sus deliberaciones deben llegar a e-

³⁵ Iris Marion Young, “Impartiality and the Civic Public” en S. Benhabib y D. Cornell (compiladores), *Feminism as Critique: On the Politics of Gender*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p 76.

³⁶ CC, cit. p 139.

³⁷ Elizabeth Grosz, “Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason” en L. Alcoff y E. Potter (compiladores), *Feminist Epistemologies*, New York & London, Routledge, 1993; Elizabeth Grosz, *Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 1994

se punto. “Los discursos son procesos de aprendizaje morales y éticos”. (Benhabib 2002, 145 omitido énfasis)

¿Qué clase de proceso de aprendizaje? ¿Quién aprende de quién? Esto pareciera una demanda por un aprendizaje mutuo del estilo de discusión y reclamos de justicia de cada uno. Sin embargo Benhabib nos indica que hay ciertos “hábitos de la mente” que deben ser aprendidos. (la cito de manera extensa, porque esta intersección, en la que confluyen el consenso, la deliberación y el derecho, es crucial).

No existe presunción de que el diálogo moral y político producirán consenso normativo, pero si se asume que aun cuando fracasen en su intento debemos acudir al derecho para replantear las fronteras de coexistencias, a sociedades donde el diálogo multicultural tome parte en la esfera pública articulando un punto de vista y una perspectiva cívica de “mentalidad ampliada”. El proceso de dar buenas razones en público no solo determina la legitimidad de las normas que rigen, también resalta las virtudes cívicas de la ciudadanía democrática cultivando los hábitos mentales de razonamiento e intercambio. (Benhabib 2002, 115)

En un ejemplo que sigue a este párrafo, estos hábitos claramente se asocian no solo con un pensamiento liberal, sino también con sociedades particulares. Juntando “las practicas jerárquicas y desiguales de muchas subcomunidades de la India: hindú, musulmana, budista, y otras”, Benhabib concluye que “los modelos deliberantes igualitarios parecieran requerir una transformación casi total de dichas sociedades.” (*loc. cit.*)

Los hábitos mentales requeridos por una democracia deliberante no son aquellos de las sociedades subalternas, sino de las occidentales. Por ello, son los miembros de esas otras sociedades subalternas quienes deben hacer ese aprendizaje moral. Una vez aprendido, por supuesto, tendrán los hábitos correctos para decidir con los principios correctos. Aquí se encuentran Foucault y Habermas! Cuando debe ser aplicada a una comunidad diversa o una sociedad multicultural, la ética comunicacional emerge como una disciplina Foucaultiana. Una forma de pensar a través de la cual aprendemos cierto tipo de discurso mientras aprendemos autorregulación.

Es tentador comparar el ideal racional, liberal y occidental, que está siempre en nuestro subconsciente, cuando leemos acerca del tipo ideal de democracia deliberante, con la realidad que vemos a través de *CNN* y la manipulación política inmoral que pasan como debate público en estas sociedades dominantes.³⁸ Pero no quiero embarcarme en comparaciones odiosas, porque ello reduce el debate acerca de las mejores formas de deliberación a una competencia entre culturas. Mi punto no se refiere a que occidente está en mayor bancarrota moral y política que cualquier otra sociedad, sino más bien, que las epistemologías que asumen la superioridad de las culturas “más arraigadas” deben examinar esas asunciones. Intentando desarrollar una

³⁸ En lo referente a degradación y debate público en Australia y algunos países angloparlantes ver a Don Watson, *Death Sentence: The Decay of Public Language, Milsons Point, NSW, Knopf*, 2003.

epistemología que justifique el clamor universal de justicia, Benhabib debe fundamentarse en demandas normativas para ciertos hábitos mentales que se disfrazan de epistemologías universales.

El clamor por el universalismo que descansa en un procedimiento universal deliberante es, en la versión de Benhabib, etnocéntrico, ésto es, descansa en suposiciones occidentales acerca de progreso social y superioridad y fracasa en reconocer la inequidad y el poder codificado en los discursos deliberantes.

4. Conclusión

Probando los argumentos del universalismo, este análisis ha aplicado las asunciones de la ética del discurso a un proceso de universalismo minimalista. He seleccionado la sensible defensa que Seyla Benhabib hace de estos postulados universales y he encontrado que fracasa utilizando sus propios términos en dar una base universal justa para el debate en asuntos éticos. Esto no significa que nunca existirá una versión universal justa de la justicia procesal o del discurso ético, solo que el mejor candidato hasta ahora ha fallado la prueba.

Sospecho que los procedimientos para resolver asuntos o disputas específicas son tan diversos como los principios que apuntalan las variadas posiciones de ellos. No veo dificultad en la conversación de la humanidad, dada la buena fe y demás requisitos de la ética del discurso Habermasiana. La demanda por un proceso de toma de decisiones universal válido falla en otros dos puntos.

En primer lugar, la imparcialidad de las decisiones está condicionada a la racionalidad, la cual insiste en estar apartada del todo y ser asocial. Las razones para decidir no son convincentes sino convencen a alguien. Las audiencias, al igual que los jueces, viven en cuerpos, culturas e historia. La imparcialidad insiste en que el juez supere las disputas entre culturas. El requerimiento de imparcialidad, al menos en la versión de Benhabib, envuelve el expandir una razón no basada en la cultura. Esta versión de la razón es, en el mejor de los casos un engaño al Iluminismo, y en el peor una defensa etnocéntrica de la hegemonía de una tradición epistemológica occidental.

En segundo lugar, el requerimiento de consenso solo se puede lograr si todos los participantes en un proceso deliberante tienen la misma oportunidad de convencer a los otros. La insistencia de Benhabib en los “hábitos de la mente” que favorecen una cultura sobre otra transgrede esta condición. Ciertamente, amenaza la sola posibilidad de comunicación que sostiene todo este debate. En cualquier proceso de resolución de disputas, las inequidades de poder deben ser dirigidas como primera prioridad. Insistir en métodos de discusión de una cultura sobre otras es apilar el mazo de cartas.

Si estos argumentos del discurso ético anulan los métodos universales de decidir disputas, ¿el pluralismo sobrevive mejor? Mi énfasis señala la necesidad de formas mutuamente aceptadas de comunicación, decisión o acuerdo

entre las partes y las comunidades involucradas en una decisión. Las condiciones de un resultado acordado entre culturas incluyen, comunicación efectiva y buena fe; reconocer los fundamentos corporales y culturales de la deliberación e igualando las condiciones del consenso. Esto es incompatible con la imposición de un estándar universal impuesto independientemente de la cultura. Una conversación que pueda contribuir a decisiones éticas y políticas entre miembros de distintas comunidades culturales y legales sería pluralista por naturaleza. Si esas condiciones pueden alcanzarse en la práctica para que se logre un resultado acordado entre culturas, es una pregunta empírica y ética.

Desarrollar estas condiciones es una tarea que encaja mejor en el pluralismo jurídico mas que en el universalismo, el cual se basa en suposiciones epistemológicas de la cultura dominante, simplemente porque esos son iconos del racionalismo que pretende la universalidad. Estas condiciones requieren que respetemos la pluralidad de las epistemologías así como de las formas de debate, y consecuentemente de órdenes legales.