

El concepto neoconstitucionalista-pragmatista del Derecho

O conceito neoconstitucionalista-pragmatista do Direito

Joana Tavares da Silva Rapozo*

Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha

1. Introducción

Todavía vivimos en un contexto de consolidación del constitucionalismo o neoconstitucionalismo, basado en la reinclusión de la razón práctica en el Derecho, a través del constructivismo contemporáneo de inspiración rawlsiana. El gran ejemplo de ese planteamiento es la teoría de Ronald Dworkin, que transfirió al ámbito jurídico aquello que John Rawls hizo en el campo de la filosofía política, posibilitando una amplia rehabilitación del discurso práctico en el Derecho.

Sin embargo, la rehabilitación del discurso práctico en la metodología jurídica no se debe solamente a las teorías que se inspiraron en el constructivismo ético. El pragmatismo también tiene una importancia fundamental en el desarrollo de estas ideas, pues propone una intersubjetividad social de la investigación que coincide con la crítica al subjetivismo inherente a la teoría del discurso habermasiana, que, a su vez, nutre las teorías principales de la argumentación jurídica. El pragmatismo se aproxima, así, mucho más de lo que se suele imaginar a los presupuestos de la actual escena jurídica neoconstitucionalista, especialmente reconocida en los países de democratización tardía como es el caso de España y Brasil.

* Doutora em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, com revalidação do diploma pela USP. Mestre em Direito Público e graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do TCE-RJ. E-mail: jojoanatavares@gmail.com.

No obstante, apesar de que tanto el constructivismo neoconstitucionalista como el pragmatismo sean actualmente objeto de mucha reflexión por separado, la relación entre los dos movimientos no parece haber disfrutado de la atención merecida. Por tal motivo, elegí como objeto del presente estudio los presupuestos del pragmatismo y sus repercusiones en al menos uno de los ámbitos de la filosofía del Derecho: la teoría sobre el concepto del Derecho. Así es que abordaré la cuestión conceptual que involucra la pregunta persistente acerca de “qué es el Derecho” y en qué sentido (esencialista o bien convencionalista-pragmatista) las interpretaciones de dicha pregunta merecen ser revisadas dentro del contexto neoconstitucionalista.

2. Orígenes y características de la filosofía pragmatista

El pragmatismo como movimiento intelectual comenzó su andadura en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, más precisamente en el año de 1898, cuando el término fue utilizado por primera vez por el psicólogo William James, en una conferencia dictada en Berkeley, Universidad de California. En aquella ocasión, James lo presentó como una crítica dirigida contra ideas abstractas y absolutas y como una filosofía orientada a la práctica y a la acción. Ahora bien, en realidad, como el propio James se encargaría de subrayar posteriormente, él no hacía otra cosa que abundar en los planteamientos que su amigo, el lógico Charles Peirce, ya había estado desarrollando hacía más de veinte años antes¹. Por consiguiente, desde este punto de vista es Peirce quien deberá ser considerado el verdadero fundador del pragmatismo². Dentro de la tradición americana, el pragmatismo surgió, pues como una doctrina eminentemente orientada a resultados y como una forma de solucionar disputas metafísicas, al proporcionar herramientas para la práctica, sin tomar partido de ningún resultado especial³.

1 “Se inicia el pragmatismo americano con un artículo de Ch. S. Peirce sobre *Nominalism and Realism*, en *Journal of Speculative Philosophy*, año 1868. Hasta diez años después, en 1878, no acierta Peirce con el Nuevo nombre, Pragmatism. Nosotros hemos demostrado que ese nombre – con otras variants – ya existía en la Filosofía alemana desde 1851, más aún, desde 1829.” SALDANA, 1924, p. 17.

2 DICKENSTEIN, 1998, p. 1-18.

3 Debe subrayarse que eso no significa que los pensadores pragmatistas no tuvieran consciencia de su responsabilidad como pensadores. Está claro en el caso de Dewey, por ejemplo, cuyos esfuerzos se dirigían hacia la clarificación ética y política del significado de una democracia real. FAERNA, 1996, p. 173.

En la perspectiva de John Dewey, el tercer autor más importante de la fase inicial del pragmatismo clásico después de Peirce y James, influyeron poderosamente las ideas evolucionistas inspiradas por el historicismo de Hegel y el naturalismo de Darwin, que, por su parte, fue responsable por la quiebra de la concepción inmutable de la naturaleza⁴. Así para la filosofía pragmatista la verdad es provisional, basada en la historia y en la experiencia y no en la naturaleza de las cosas. A las antiguas ideas de autoridad, el pragmatismo propuso como respuesta la incertidumbre y la noción de pluralidad⁵. Tal ruptura con el pasado significó un nuevo enfoque sobre la historia del conocimiento, que adquirió una particular relevancia en la esfera del Derecho.

La construcción del Derecho pasó a ser contemplada por esta corriente de pensamiento, más como el desarrollo de un proceso que como una identificación con un conjunto determinado de principios fijos y rígidos. Merece destacarse que esta forma de comprender el mundo tiene suma importancia cuando la consideramos en la discusión acerca del concepto de Derecho, como será posible verificar al largo de este trabajo.

3. Diferentes acepciones del pragmatismo en el Derecho

Desde siempre ha resultado común asociar el pragmatismo jurídico a la idea de compromiso con la consideración de las consecuencias en la aplicación del Derecho. Ahora bien, en términos prácticos, se observa una gran dificultad a la hora de determinar exactamente lo que la idea de pragmatismo jurídico significa, puesto que, en principio, se trata de una categoría poco tratada por la doctrina jurídica continental y sus respectivas herederas (Brasil es un ejemplo) en relación con la interpretación y aplicación del Derecho⁶. Además, en los Estados Unidos, aunque el asunto es tema de debate desde los inicios del siglo pasado, bajo la propia rubrica del pragmatismo jurídico, también se ha confundido bajo la influencia de movimientos similares, por ejemplo, el realismo jurídico⁷.

4 DICKENSTEIN, 1998, p. 3.

5 *Ibidem*, p. 5.

6 Sin embargo, en los últimos años, se han producido algunos trabajos sobre el tema en la academia: ANDRADE, 2010; ARGUELHES, 2006.

7 Esto se refiere más específicamente al realismo jurídico norteamericano, pues este nació paralelamente al pragmatismo. Vid. CASANOVAS y MORESO, 1994, p. 235 y ss.

La expresión “pragmatismo jurídico” ha sido empleada de disímiles maneras, al punto que, en algunos casos estos usos llegan incluso a ser opuestos entre sí. “Pragmatismo jurídico” puede abarcar desde lo que defiende el juez norteamericano Richard Posner – el Derecho no debe ignorar nociones del campo económico – hasta lo que defiende su mayor crítico, el Profesor Ronald Dworkin. Este último se ha dedicado a elaborar una concepción en contra de la aplicación del pragmatismo en la labor del juez⁸. Estas divergencias encontradas en el seno del pragmatismo jurídico también están presentes en el pragmatismo filosófico que, a su vez, hace referencia a pensadores de muy distinta orientación⁹.

No obstante, lo que hace el tema de la indefinición del pragmatismo jurídico aún más complejo es el hecho de que esta dificultad alcanza la propia finalidad de su estudio, frente al gran número de objetivos a los que puede hacer referencia. El pragmatismo jurídico puede ser visto, por ejemplo, como una manera de comprender el fenómeno jurídico frente a otros fenómenos sociales que con él se relacionan. Por ejemplo, vale destacar la aproximación que hace Jules Coleman al proponer un pragmatismo técnico relacionado con la idea de significado semántico de los conceptos y de reglas de inferencia y que son más cercanas a los postulados de Quine, Donald Davidson y Hilary Putnam que a las propuestas de Peirce o de James. También se puede identificar el pragmatismo jurídico con la teoría que describe los elementos que forman parte del comportamiento de los jueces en el momento de decidir cuándo deben considerar las consecuencias de la realidad de los hechos¹⁰.

8 Hay quienes consideran pragmatista a todos los teóricos de la decisión judicial que defienden el uso del Derecho como herramienta de desarrollo de los intereses sociales, incluso en los casos donde esto no coincide con lo que está escrito en el texto de la norma jurídica. Thomas Grey, al hacer tal afirmación, divide a los pragmatistas en dos tipos: uno reconoce un valor mayor a los derechos frente a otros intereses sociales y el otro defiende que los derechos no tienen ningún valor intrínseco más elevado frente a otros intereses. Ronald Dworkin, según el autor, pertenecería al primer grupo. GREY, 2003, p. 473-511.

9 “...[L]a expresión “filosofía pragmatista” se ve también cuestionada por el hecho de que sus representantes señeros – Peirce, James, Mead, Lewis – elaboraron en realidad sistemas teóricos notablemente distintos.” (FAERNA, 1996, p. 4 y 7).

10 COLEMAN, 2001. José Vicente Santos de Mendonça afirma que el pragmatismo de Coleman es un pragmatismo del tipo “hardcore”. Coleman lamenta que el término “pragmatismo”, con una historia larga e ilustre en la filosofía norteamericana, haya caído en el gusto de los juristas. SANTOS DE MENDONÇA, 2010.

Si se adopta la propuesta del juez norteamericano Richard Posner, los rasgos más importantes del pragmatismo jurídico serían: eclecticismo, instrumentalismo, reflexión histórica, antiformalismo, empirismo y empleo de la retórica. Al menos los dos primeros tienen reflejos sobre el análisis del concepto del Derecho. La primera característica se relaciona con la idea de que el pragmatismo no necesita formular una gran teoría omnicomprendensiva para captar aquello que es importante en el Derecho. El instrumentalismo, a su vez, sería la orientación hacia resultados, o sea, el pragmatismo jurídico se preocupa más por el bienestar de la comunidad que por la integridad o pureza de una determinada doctrina legal¹¹.

Los partidarios de Posner se ocupan de cuestiones que se encuentran en un ámbito de la investigación que lo aproximan al “pragmatismo aplicado” cuyo objeto central es si la decisión puede o debe seguir orientaciones de orden pragmática¹². Por otro lado, existen otros propósitos que inspiran al pragmatismo jurídico, además de la búsqueda de una teoría normativa de la decisión judicial, esto es, una teoría que indique los parámetros de decisión del juez. Son ellos: i) la elaboración de una teoría sobre el concepto del Derecho, es decir, una teoría que responda a la pregunta acerca de “¿qué es el Derecho?”; ii) el desarrollo de una teoría acerca de la creación del Derecho; y también de iii) de una metateoría capaz de guiarnos en la elección de diferentes tesis que orienten al que toma decisiones¹³.

En el presente trabajo, nos limitaremos a examinar el primero de los objetivos mencionados del pragmatismo jurídico: el estudio de una teoría sobre el concepto del Derecho.

11 POSNER, 2003, p. 59 y ss.

12 POSNER, 1998, p. 235-253.

13 ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 171 e ss.

4. El pragmatismo (y neoconstitucionalismo) conceptual

1.1 El concepto de la “doctrina tradicional”¹⁴: la búsqueda de la esencia del Derecho

El análisis de los efectos del pragmatismo jurídico en el ámbito conceptual corresponde al intento de contestar la pregunta de qué sea el Derecho. La existencia de distintos planteamientos sobre la definición de lo que es el Derecho resulta ampliamente conocida. Se trata de una de las cuestiones sobre las que han discutido secularmente positivistas y no positivistas. Es lo que confirma Hart cuando escribe estas palabras, que merece la pena reproducir:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta “¿qué es el Derecho?” Aunque limitemos nuestra atención a la teoría de los últimos ciento cincuenta años y dejemos a un lado la especulación clásica o medieval acerca de la “naturaleza” del Derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado de forma sistemática como disciplina autónoma¹⁵.

14 Cuando me refiero a “la doctrina tradicional” adopto la propuesta de Alfonso García Figueroa, que sugiere subrayar la naturaleza histórica y contingente del positivismo jurídico en su dialéctica con la doctrina del Derecho natural. La “doctrina tradicional” a que hago referencia aquí sería tanto la de orden positivista como la jusnaturalista, pues se basa en la idea “que el positivismo y jusnaturalismo conforman en realidad una unidad de presupuestos y fines que subyace a su aparente antagonismo sin trégua y que es precisamente esa comunión que garantiza la persistencia del debate tal y como ha sido fijado precisamente por esa dialéctica. Desde esa perspectiva, y a pesar de lo que pudiera parecer, mis críticas no se dirigen tanto contra el positivismo jurídico, cuanto, más bien, contra el entramado conceptual creado por positivistas y antipositivistas en el discurso jusfilosófico”. Alfonso Figueroa afirma también que la tesis fundamental de las teorías de Derecho natural en su estado más puro consiste en que la corrección moral es una propiedad necesaria del concepto de Derecho. Ello, según el autor, implica dos tesis fundamentales: una tesis cognoscitivista en materia moral (T1) y una tesis afirmativa acerca de la vinculación entre Derecho positivo y Derecho natural (T2). Las dos tesis se formulan del siguiente modo: “T1: existe un orden moral objetivo (identificable en general con la noción de “Derecho natural”) que sirve de criterio para la evaluación moral de las normas. T2: Existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho positivo y esse orden moral objetivo. (...) T1 es una tesis de filosofía moral. Aquí consideraré la tesis central del pensamiento jusnaturalista. T2 es propiamente una tesis sobre la naturaleza del Derecho y consideraré su negación (-T2) como la tesis central del positivismo jurídico, que rezaría por tanto así: no existe una relación conceptual entre Derecho positivo y derecho natural, i.e., entre Derecho y moral”. En GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 203, 208 y 209. Sin embargo de la referencia a la posición de A. Figueroa, cabe destacar la existencia de autores positivistas no esencialistas. En este sentido, vid. MARMOR, 2009.

15 HART, 1980, p. 1 y ss.

El debate sobre la pregunta “¿qué es el Derecho?” en realidad no se limita a buscar una definición idónea del Derecho, sino a poner en duda la propia posibilidad o utilidad de definir lo que es el Derecho.

Entre otros autores, Santiago Nino afirma que las dificultades para definir lo que sería el Derecho tienen su origen en la adhesión a la concepción esencialista, lo que conduce a una confusión acerca de los postulados, técnicas y consecuencias que se deben tomar en cuenta en la definición de una expresión lingüística, como ocurre con la definición del Derecho¹⁶. Victoria Roca Pérez subraya que Nino intenta resolver esta confusión con la afirmación de que tanto el jusnaturalismo como el juspositivismo parten de la existencia de un único y verdadero concepto de Derecho. Nino reivindica, entonces, la utilidad de acuñar distintos conceptos de Derecho que expliquen cómo esta expresión se emplea desde los diversos puntos de vista que pueden asumirse en relación con el fenómeno jurídico. Para él, según el tipo de discurso que sea ante el que nos encontremos, precisaremos de un determinado concepto de Derecho. Además, la respuesta a la pregunta acerca de la conexión conceptual entre Derecho y moral dependería del concepto de Derecho que se presente en un cierto momento¹⁷.

El esencialismo presenta cierta influencia de la concepción platónica y aristotélica¹⁸ respecto a la relación entre el lenguaje y la realidad. Las cosas y las palabras para el esencialismo, así, serían vehículos de los conceptos. Esto quiere decir que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consistiría en un tipo de conexión que los hombres no pueden crear o cambiar sino solo reconocer, detectando los elementos esenciales de la realidad que deben, necesariamente, estar reco-

16 NINO, 1983, p.11.

17 ROCA PÉREZ, 2002, p. 55 y ss.

18 Ver POPPER, 1961, p. 42 y ss. Sobre la concepción platónica y aristotélica merece la pena conferir el siguiente fragmento: “A essência conceitual das coisas, assim como entendia Platão, também o entende Aristóteles. Outra coisa é senão o objetivo do conhecimento. O conceito, pois declara a essência do objeto. Platão vê nas idéias o verdadeiro ser. Esta concepção não foi refutada por Aristóteles, que apenas a modificou. A doutrina aristotélica é imanente, ou seja, a idéia do objeto ou da coisa é inseparável dele, ao passo que a doutrina platônica das idéias é transcendental (a idéia ou essência do objeto vive separada dele, é autônoma.” (LITRENTO, 1980, p. 82). Y también: “Aristóteles concorda com Platão ao considerar que só pode haver ciência do universal. (...) As definições buscadas pelo conhecimento científico não devem ser simples esclarecimentos sobre o significado das palavras, mas sim enunciar a constituição essencial dos seres.” (ARISTOTELES, 1978, p. xvii-xviii). “De Platão, Aristóteles toma indubitavelmente a raiz de seu ideal da sabedoria e da ciência, unindo estreitamente e definindo a ciência como o conhecimento verdadeiro e certo cuja perfeita estabilidade deve se opor às flutuações da experiência imediata e das opiniões. Aos olhos de Platão, a ordem do mundo é um dado primeiro, de si evidente e de si necessária em sua imutabilidade: trata-se apenas de percebê-la e analisá-la.” (CHATELÊT, 1981, p. 131 y ss).

gidos en los conceptos¹⁹. Existiría, entonces, un vínculo o nexo metafísico entre el término empleado y la realidad aludida que los individuos deben simplemente captar y reconocer. Esta visión esencialista del mundo está dotada de un clasicismo innegable sobre el conocimiento experimental de lo existente: la captación de la idea presupondría el conocimiento de su esencia intrínseca²⁰.

Llama la atención el hecho de que es precisamente en el ámbito del Derecho donde quizá se haya producido la más consistente consolidación de los planteamientos metafísicos esencialistas a través de una larga tradición que se remonta al siglo XI con los glosadores de la Escuela de Bolonia²¹ y que se desarrolló con la escolástica medieval, representando un importante marco del Derecho Natural del siglo XVII y también gran parte de la ciencia jurídica continental europea. Los mismos buscaban ofrecer una “definición real” en la elaboración de los conceptos jurídicos²². Ruiz Miguel trae como ejemplo de este modo de trabajo de los glosadores el siguiente texto que compila algunas glosas de Irnerio en una introducción a *Instituciones* de Justiniano y donde se encuentra una tentativa de definición de justicia:

Puesto que la intención general es conseguir las cosas buenas no sólo mediante el miedo de las penas sino también por el estímulo de los premios, [Justiniano] trata primero de la justicia, sin la que nadie puede ser bueno. Y debes observar que en la definición de justicia él pone la definición de su género, esto es, la virtud. Pues cuando dice “constante” se entiende el intelecto [mentis] bien constituido, no entendiéndose la constancia más que en su significado bueno; y cuando también dice “perpetua” se dice hábito, pues el hábito es la voluntad difícilmente alterable y permanente en vida; como si dijera: la justicia es el hábito del intelecto bien constituido de dar su derecho a cada cual. Únicamente eso es la definición de la justicia propiamente dicha²³.

19 NINO, 1983, p. 12.

20 PECES-BARBA, 1999, p. 252.

21 “La causa inmediata del renacimiento de los estudios jurídicos en el siglo XII está en el “redescubrimiento” del Digesto en Bolonia y en la tarea filológico-jurídica allí promovida desde fines del siglo XI por Irnerio (ca. 1055 – ca. 1125), el primero de los glosadores, como se denomina a los primitivos juristas medievales de la Escuela de Bolonia.” RUIZ MIGUEL, 2009, p. 86.

22 PECES-BARBA, 1999, p. 252.

23 RUIZ MIGUEL, 2009, p. 88 y 89.

Según el esencialismo jurídico, habría una sola definición válida para el Derecho, que sería obtenida a través de la intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión lingüística. Robert Alexy, por ejemplo, parece comprometido con la defensa de la verdad en el ámbito jurídico en dos sentidos. Él cree que las normas tienen valores verdaderos y que la metafísica ejerce autoridad sobre el contenido de las normas. Además, cree que es posible alcanzar una definición verdadera para el término Derecho. En este sentido, se puede afirmar que él defiende una concepción esencialista del Derecho²⁴, a pesar de que el sea innegablemente apuntado como una de las referencias del pensamiento neoconstitucionalista.

Popper en su época ya entendía que el esencialismo (metodológico a la manera de Aristóteles) se inclinaba a formular preguntas científicas en términos como “¿qué es materia?” o “¿qué es justicia?”, creyendo que una respuesta a estas preguntas conduciría al significado real o verdadero de estos términos²⁵. La tarea de definir un término correspondería, por lo tanto, a la descripción de determinados hechos²⁶.

No solo se encuentran no-positivistas entre aquellos que defienden el esencialismo. También existen autores positivistas que creen en una concepción esencialista del Derecho²⁷. Se puede citar a Kelsen, por ejemplo, reconocido como positivista-esencialista. Esto se confirma en su afirmación de que “*The Pure Theory of Law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not of a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or international legal norms...*”²⁸.

24 GARCÍA FIGUEROA, 2011, p. 109-129; ALEXY, 2011.

25 POPPER, 1961, p. 42 y ss., *apud*, GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

26 NINO, 1983, p. 12. Sobre el esencialismo y la teoría de los derechos fundamentales, *vid.* MORESO, PRIETO SANCHÍS, BELTRAN, 2010, p. 136 y ss.

27 Sin embargo, hay que subrayar la existencia de versiones convencionalistas del positivismo jurídico. El profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cornell, Andrei Marmor, defiende que el positivismo de Hart sería convencionalista. Para él autor: “*Hart’s rules of recognition, however, are not presuppositions. They are social rules, and it is this social reality of the rules of recognition that is supposed to ground the idea, central to the legal positivist tradition in jurisprudence, that law has social foundations*”. (...) “*When David Lewis’s theory of conventions came to be known, however, some legal philosophers have realized that in this high sophisticated theory they can anchor Hart’s insights about the rule of recognition. Thus, a conventionalist account of the rules of recognition has emerged, and one that Hart himself, years later, seems to have endorsed in his postscript to The Concept of Law*.” No obstante, el propio A. Marmor apunta en nota que la afirmación de que el postscript de Hart es realmente convencionalista es algún tanto controvertida. MARMOR, 2009, p. 155-156.

28 KELSEN, 1967, p.1.

Saul Kripke, considerado por muchos el filósofo vivo más importante del mundo²⁹ y representante “del nuevo auge filosófico del esencialismo”³⁰, formula una crítica a la confusión entre cuestiones metafísicas y cuestiones epistemológico-representacionales cuando se discute la definición de conceptos. Kripke busca distinguir de una manera más evidente lo metafísico de lo epistemológico y a partir de ello propone otras tesis más concretas, como la afirmación aristotélica de que hay diferencias entre propiedades esenciales y propiedades no esenciales de los objetos³¹.

Las cuestiones de carácter epistemológico serían aquellas relacionadas con el conocimiento. La metafísica u ontología, a su vez, como indica la filosofía kripkeana, sería relativa a las categorías más abstractas del ser. Cabría a la metafísica cuestionar tales temas como qué es para un determinado objeto estar en el tiempo y en el espacio, qué es ser un objeto, cuáles son las propiedades o qué es tenerlas, por ejemplo³².

La propuesta kripkeana acerca de la comprensión de la metafísica tiene la intención de tratar las cosas como realmente son, independientemente de las contingencias de orden epistemológico o lingüístico, es decir, pretende decirnos cómo podemos representarlas o conocerlas, buscando evitar la confusión entre cuestiones metafísicas y epistemológicas, que pueden, a su vez, crear otros tipos de confusiones, como es el caso de la identificación entre el concepto de necesidad y el concepto de cognoscibilidad *a priori*³³. El concepto de necesidad expone la noción de propiedad esencial de una cierta cosa al calificar la manera en que una entidad particular tiene alguna propiedad. Un objeto particular tendría necesariamente determinadas propiedades (esenciales) y tendría otras no esenciales (contingentes) que no necesariamente lo caracterizarían³⁴.

29 PÉREZ OTERO, 2006, p. 143.

30 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

31 Merece destacar que, en realidad, la justificación del esencialismo aristotélico que encontramos en Kripke, en su *El nombrar y la necesidad*, es principalmente indirecta. Esto se debe a que tal justificación se expone en la forma de críticas que coloca a Kripke contra tesis favorables al paradigma antiesencialista. Son tesis favorables al paradigma antiesencialista aquellas que defienden la concepción descriptiva de los nombres propios, la teoría analítica de la necesidad y la confusión entre necesidad y “aprioridad”. KRIPKE, 1980 *apud* PÉREZ OTERO, 2006, p. 143.

32 *Ibidem*, p. 22.

33 *Ibidem*, p. 23.

34 *Idem*.

Como ejemplo de la idea de necesidad como propiedad esencial Kripke cita que Aristóteles, en caso de que existiera, sería necesariamente un ser humano. Esto sería una propiedad esencial. Otras características de Aristóteles, tales como ser sabio, estagirita o biólogo, no serían esenciales, sino contingentes. Las características contingentes serían aquellas que Aristóteles podría no poseer. Además de rasgos necesarios y contingentes, el sujeto u objeto podría tener rasgos posibles. Estos serían definidos mediante el concepto de necesidad. Así, se diría que algo es necesario cuando fuera imposible no serlo³⁵.

Otro ejemplo de Kripke para defender la existencia de la esencia de los objetos merece citación: el agua tendría como propiedad esencial el H₂O; pero la fórmula no sería solo su propiedad esencial, sino su propia esencia, “porque ninguna otra propiedad diferente del agua es H₂O”, pues solo el agua tendría tal propiedad esencial y la esencia de cualquier cosa sería algo que caracteriza unívocamente a determinada cosa³⁶.

Según esta teoría, la distinción entre propiedades esenciales y no esenciales sería algo totalmente coherente e inteligible. Esta es la razón por la cual se es capaz de distinguir entre cosas diferentes. Una vez identificadas las propiedades esenciales de un objeto, sería posible llegar a su esencia y, por consiguiente, afirmar si es o no una especie de determinado género de cosa³⁷. Siguiendo este raciocinio y aplicándolo en el ámbito jurídico se podría alcanzar una definición precisa de lo que se entiende por Derecho.

De hecho, la filosofía esencialista tiene éxito gracias a Kripke; no obstante, cabe destacar la cuestión sobre si se debe aplicar también a temáticas culturales como es el caso del Derecho. En oposición al esencialismo, se citan algunas filosofías que defienden que la idea de propiedad esencial sería meramente lingüística, presentándose como un subproducto del uso del sistema de representación. De tal forma, los enunciados correspondientes a la necesidad, posibilidad o contingencia serían verdaderos o falsos

35 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

36 Existe otro ejemplo relativo a números que ilustra los planteamientos esencialistas. PÉREZ OTERO, 2006, p. 137-138.

37 En rigor, se afirma que el hecho de que un objeto tenga propiedades esenciales no significa que la totalidad de sus propiedades esenciales sea suficiente para constituir la esencia de dicho objeto. Pero esa misma afirmación es cuestionable pues saber si las propiedades esenciales son o no suficientes para determinar la esencia de un objeto es algo que queda todavía en abierto. PÉREZ OTERO, 2006, p. 138.

dependiendo solamente del propio lenguaje³⁸; esto es lo que defiende el pragmatismo conceptual³⁹.

1.2 Las bases del pragmatismo jurídico conceptual

¿Existe realmente un concepto único de Derecho? ¿No sería más interesante en lugar de reconstruir un concepto general de Derecho buscar reconstruir un concepto de Derecho a partir de propiedades de determinados sistemas jurídicos? ¿No debemos dejar un poco de lado la pregunta sobre qué es el Derecho? Estas son cuestiones que atañen al ideal pragmatista acerca del concepto del Derecho⁴⁰.

El pragmatismo jurídico conceptual corresponde a la búsqueda del concepto del Derecho según una visión que niega la existencia de una verdad esencial o metafísica del término y defiende que tal concepto tendría origen en convenciones. Esta corriente de pensamiento encuentra fundamento en la llamada lingüística pragmática, cuyo objeto no es el lenguaje como sistema cerrado, sino el conjunto de usos que podemos hacer de este mismo lenguaje en determinado contexto⁴¹.

38 En defensa del esencialismo se afirma que está respaldado por nuestras intuiciones diarias sobre lo que son los objetos. La distinción entre propiedades esenciales y no esenciales se adecuaría justamente a nuestra concepción del mundo anterior a cualquier teorización. *Ibidem*, p. 143.

39 También se colocan en contra del esencialismo autores como Locke, Wittgenstein y Quine. GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 219.

40 “Para dar un concepto exacto del pragmatismo, preciso es recordar la teoría de la ciencia denominada Epistemología, y su análisis del conocimiento. Resútese ésta en saber si detrás de nuestros conceptos, de nuestras ideas, hay algo real; luego, en saber determinar lo que hay de real detrás de nuestras percepciones o conceptos. En el hombre se dan dos fuentes de conocimiento: el de los hechos materiales que son objeto de la percepción de nuestros sentidos (ya sean hechos materiales del mundo físico, seres vivientes o hechos sociales), y el conocimiento de los conceptos y de las ideas, de realidad hipotética, porque no caen bajo la observación de los sentidos; esto es, lo que ocupa a la inteligencia, y no corresponde a la observación directa. Se incluyen en este segundo orden y caen dentro de él: el concepto de causa primera, el de finalidad, etc. – ideas de orden metafísico que se dan en el espíritu, pero sin corresponder a realidad exterior. ¿Es que los conceptos subjetivos son reales? ¿Es que los fenómenos objetivos perceptibles son reales? Filósofos hubo que negaron la cualidad de reales a los fenómenos objetivos perceptibles, pero esta negación ha sido desechada por todos, en todo tiempo, ya que los fenómenos que los físicos y biólogos constatan son reales, o todo sucede como si lo fueran. Los filósofos que discuten lo que se ve en la realidad pierden el tiempo. No hay hecho constatable por un físico que no sea real. Pero las ideas de causa final y otros conceptos de orden metafísico, como los de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, no corresponden a la percepción de los sentidos, sino a la del espíritu, y desde que los hombres han reflexionado si detrás de los conceptos existe una realidad, este ha sido el objeto de todas las filosofías desde las indias de los Vedas hasta el siglo actual. Y se discutirá mientras existan los hombres.” (DUGUIT, 1924, p. 58-60).

41 DE LA CAMPAGNE, 1997, p. 123.

La lingüística pragmática, a su vez, encuentra inspiración en la teoría del significado de Peirce⁴². De acuerdo con esta teoría, un concepto, esto es, el contenido racional de una palabra o de otra expresión, reside exclusivamente en sus consecuencias concebibles para conducir la vida. En este sentido, los conocimientos serían irremediabilmente relativos a nuestra situación social y biológica: la experiencia en determinado contexto⁴³. Para el pragmatismo peirceano el significado de los conceptos es siempre contextual, lo que quiere decir que no son fijos ni tampoco unívocos. Un concepto no es el nombre de una esencia platónica o aristotélica, es solo un modo de organizar una parte de la experiencia para poder relacionarla con otras partes; y la esencia cambiante de la experiencia hace que los conceptos también sean cambiantes. Además, los conceptos tampoco significan nada aisladamente, o sea, el significado de una idea está siempre relacionado con el de otras. Estas ideas están definitivamente conectadas con la semiótica pragmatista⁴⁴ de Peirce⁴⁵. Resulta reveladora la siguiente frase extraída de uno de los ensayos de Peirce sobre la contextualidad de la concepción de la realidad:

Thus, the very origin of the conception of reality shows that this conception essentially involves the notion of COMMUNITY, without definite limits, and capable of an indefinite increase of knowledge (...) so that reality depends on the ultimate decision of the community⁴⁶.

Los conceptos aquí serían contextuales y tendrían una naturaleza social en la medida en que la propia noción de comunidad que involucra estos

42 Es verdad que la mayoría de las personas para quien la palabra “pragmatismo” tiene un significado definido la asocia primariamente a un determinado concepto de la naturaleza de la verdad (la tesis de que una teoría es verdadera en la medida en que funciona). Urge decir, pues, que la esencia del pragmatismo (el pragmatismo de Peirce, al menos) consiste en una teoría del significado, más que en una teoría de la verdad. COPLESTON, 1985, p. 298.

43 CHATELET, 1981, p. 132 y ss.

44 Semiótica es la ciencia de los signos, o sea, de todo lenguaje. Es la ciencia que tiene como objeto de investigación el examen de los modos de constitución y de cualquier fenómeno de producción de significación y de sentido. SANTAELLA, 1983, p. 13.

45 PEIRCE, 1992, p. 28-55.

46 Traducción libre: “Por lo tanto, el origen de la concepción de la realidad muestra que esta concepción envuelve esencialmente la noción de comunidad, sin límites definidos y capaz de un crecimiento indefinido del conocimiento (...) de modo que la realidad depende de la decisión final de la comunidad.” (PEIRCE, 1868, p. 52 y 54). Sobre la naturaleza social de los conceptos merece estudio, TOULMIN, 1972.

conceptos necesita concretarse en condiciones empíricas que están siempre situadas en contextos espaciales e históricos⁴⁷.

Además de la consideración del contexto, la utilidad es un dato presente en el pragmatismo conceptual. La comprobación de la presencia de la utilidad en el proceso de definición se hace más clara cuando se observa la búsqueda de un nombre para una cosa, en vez de una cosa para cada nombre. Así, por ejemplo, si se descubre un nuevo planeta o si nace un niño, surge la necesidad de nombrarlos. La elección es libre en estos casos, salvo por la exigencia de determinadas convenciones sociales, reglas lingüísticas, tradiciones científicas o prohibiciones jurídicas. Por otro lado, la verdad no sería para el pragmatismo conceptual algo totalmente extraño al proceso de definición, pues debe haber una constante revisión de las definiciones para confirmar su utilidad. Esta constante revisión tiene relación con la idea de falibilidad⁴⁸ que está involucrada en toda la propuesta pragmatista, en el sentido de que todo está en elaboración permanente.

1.3 El pragmatismo conceptual

La tesis pragmatista jurídico-conceptual es una tesis convencionalista porque está de acuerdo con la afirmación de que la relación entre lenguaje y realidad se establece libremente por los hombres⁴⁹. Esta propuesta tiene, en el ámbito estrictamente jurídico, un importante representante: Hermann Kantorowicz.

Kantorowicz empieza su defensa del pragmatismo conceptual alertando sobre el peligro del lenguaje para la ciencia como un todo. Esta fue una

47 HERDY, 2009. Sobre la importancia del contexto: “Lo concreto es a la vez su meta y límite, a modo de cuerpo opaco, sobre el que se detiene y arrastra, como la luz. Mas, todo en él ha de referirse a la “situación” del sujeto; humanismo que, en lo ético, da el sentido y valor de la acción.” (SALDAÑA, 1924, p. 26).

48 Sobre el origen del falibilismo en la filosofía pragmatista *vid.* PEIRCE, 1998, p. 42-56.

49 Según la tesis convencionalista, los conceptos jurídicos se definirán de manera contextualista porque no existe ninguna realidad que se explique en palabras mediante el método de género y diferencia. En esta línea contextualista, el filósofo del Derecho argentino Eugenio Bulygin ha planteado entender los conceptos jurídicos como términos intermedios sistemáticamente ambiguos, con lo que asegura que estas expresiones no nombran a nada, sino que se utilizan como abreviaturas mediante las que exponer largas disyunciones de hechos condicionantes de las normas jurídicas y largas conjunciones de consecuencias jurídicas. De acuerdo con Bayón, es posible diferenciar dos formas de comprender el convencionalismo. Para la primera de ellas (*convencionalismo superficial*), los criterios de corrección de un concepto llegan hasta donde hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Para la segunda forma (*convencionalismo profundo*), es posible afirmar que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido. BAYÓN, 2002, p. 78 y ss.

opinión compartida también por los filósofos ingleses Bacon y Hume. Evidentemente, Kantorowicz se inspiró en la idea kantiana que plantea que el pensamiento jurídico todavía no ha tomado consciencia integralmente del peligro del lenguaje. Para Kantorowicz, la falta de una percepción completa en el mundo jurídico acerca de los riesgos producidos por el lenguaje conduce al error de intentar determinar el significado del Derecho sin que se haga primero una indagación sobre la naturaleza de tal intento, o sea, sobre cuál es el significado del significado⁵⁰.

Aunque es cierto que un estudioso debe siempre utilizar un significado constante para los términos que adopta en el desarrollo de su actividad científica, esto no quiere decir que el significado del término usado hasta entonces fuera el mismo que él le ha atribuido. Por consiguiente, sería tanto un error pensar que las definiciones tienen que ver con el problema de la verdad o falsedad del lenguaje, como también sería equivocado el método que busca la verdad esencial de las expresiones⁵¹. Por lo que se ha dicho, entonces, el esencialismo estaría equivocado al admitir que entre los muchos significados de la palabra “derecho” solo una definición estaría correcta y sería, por lo tanto, la verdadera⁵².

La definición de Derecho para el pragmatismo conceptual debe basarse en la idea de la búsqueda de una función legítima de las definiciones en general. Esta función residiría en buscar un significado para un fin específico. La pregunta sobre qué es el Derecho debe considerar específicamente diferentes áreas de estudio, ya que en cada una de ellas la definición va a ser distinta de acuerdo con sus respectivas utilidades⁵³. Proponer una definición, en este sentido, implicaría necesariamente una decisión, basada en una cierta libertad no arbitraria, pues ésta estaría limitada tanto formalmente como sustancialmente. La limitación formal estaría en la compatibilidad necesaria con el uso del lenguaje particular al que hace referencia o con las reglas relativas a la creación de palabras nuevas. En el caso jurídico, se deberían observar las reglas técnicas, es decir, un término jurídico debe

50 KANTOROWICZ, 1962, p. 38.

51 *Ibidem*, p. 38 y 39.

52 “Ed effettivamente così riteneva quasi tutto il pensiero giuridico medievale e orientale, e perfino taluni giuristi moderni scrivono come se fra il nome di una cosa (ossia qualunque oggetto di pensiero) e la cosa nominata vi fosse un nexo metafisico che sarebbe pericoloso e sacrilegio negare. In tal modo mostrano di non esser ancora liberati dell’antica, anzi preistorica, credenza nella magia delle parole.” *Ibidem*, p. 40.

53 *Ibidem*, p. 44.

ser, entonces, definido de modo que evite el surgimiento de contradicciones entre la norma que lo contiene y otra norma⁵⁴. La limitación sustancial correspondería, a su vez, a la observancia de la necesidad del área particular para la cual se destina la definición. En este aspecto el pragmatismo conceptual estaría de acuerdo con la idea de que toda definición es esencialmente *ad hoc*⁵⁵ o contextual.

La cuestión sobre la verdad o falsedad de una definición surge en estos términos después de su aplicación, puesto que la relación con lo definido debe ser comprobada y examinada. La primera definición sería la “definición nominal”; a la definición puesta a prueba se le denominaría “definición real”. En la definición real no hallaríamos una decisión, sino un conocimiento. La razón para que la definición nominal preceda a la definición real es la necesidad de elegir una definición lingüística de un término para después analizar tal definición y comprobar si es verdadera, tanto descriptivamente como analíticamente, en relación con lo definido⁵⁶. De todas formas, según el pragmatismo conceptual, el propósito de las definiciones no sería necesariamente alcanzar la calidad de verdadero o falso, debido al hecho de que el debate acerca de una definición suele involucrar también un problema de calificación. Dar a un nombre una calificación a veces no es solo una cuestión terminológica, pues existe una elección no solo entre diferentes términos, sino entre las cosas a las que se refiere. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la denominación conferida al Derecho internacional público. Hay quienes defienden que el Derecho internacional público no es propiamente una parte del Derecho, pues consistiría más bien en un conjunto de postulados políticos o morales, por no estar dotado de sanciones suficientemente fuertes⁵⁷.

Sin embargo, retirar de la noción de Derecho los postulados relativos al Derecho internacional público tendría numerosas consecuencias adversas delante de la opinión pública, no solo en el ámbito político, sino también en el cultural y práctico. La exclusión del Derecho internacional público del campo semántico de la palabra “Derecho” y la aspiración de otras deno-

54 *Ibidem*, p. 45.

55 Esa idea es extraída de C.K. OGDEN en la obra *The Meaning of the Meaning*: OGDEN, RICHARDS, (1923), 1989.

56 KANTOROWICZ, 1962, p. 47.

57 *Ibidem*, p. 48.

minaciones diversas de “Derecho” pondrían en riesgo la propia existencia de las naciones y las civilizaciones dada la precariedad del Derecho internacional público. La decisión de salvar el Derecho internacional público no podría ser realizada en caso de que existiera un concepto verdadero de Derecho, pues un supuesto concepto verdadero tendría como elemento esencial la coerción efectiva estatal que no se encuentra presente entre sus características⁵⁸.

El pragmatismo jurídico conceptual propone, en suma, la caracterización del concepto de Derecho a través de una investigación acerca de los criterios vigentes en el uso común de la palabra Derecho, en vez de defender la búsqueda de la esencia de lo que sería el Derecho. La búsqueda de un significado ordinario de Derecho no significa dejar de lado la investigación de un significado más preciso del término. Significa sencillamente que esta investigación no se encuentra orientada por un *test* de verdad en relación con la captación de esencias, por el contrario, se basa en criterios de utilidad teórica y conveniencia para la comunicación⁵⁹.

Pese al reconocimiento de la imposibilidad de formular un concepto perfecto de la palabra “Derecho” y de la necesidad de buscar el mejor concepto frente a los fines considerados en determinado contexto, el pragmatismo conceptual, así como otras corrientes de pensamiento no esencialistas, puede no representar una garantía para llegar a un concepto claro y definido de Derecho a punto de satisfacer las exigencias de la operatividad teórica, pues el término “Derecho” presenta una ambigüedad que se debe a la existencia de varios significados estrechamente relacionados entre sí⁶⁰.

El pragmatismo jurídico conceptual significa, por su rechazo al esencialismo, que se debe renunciar a la búsqueda de la esencia del Derecho para conformarnos con propósitos “menos ambiciosos, pero más útiles”⁶¹. Una vez asumida la incoherencia del esencialismo en el estudio del Derecho, se reconoce implícitamente que, cuando se pretende estudiar qué

58 *Ibidem*, p. 48-49.

59 NINO, 1983, p. 13.

60 *Ibidem*, p. 14.

61 “Toda la doctrina pragmatista puede resumirse en esto: un concepto responde a una realidad en la medida en que tiene una eficacia moral y social; y como necesariamente hay una escala de valores morales y sociales, hay también grados correspondientes de verdad conceptual. Es decir, un pensamiento es verdad (...), un concepto lo es si responde a una necesidad social y moral.” (DUGUIT, 1924, p. 63). *Vid.* también GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

es el Derecho, se desarrolla una labor relacionada con las convenciones⁶². Como hemos visto, existen diversos posibles conceptos de Derecho y se puede discriminar entre ellos según algún criterio. Si el criterio que orienta la distinción entre otros conceptos es la utilidad, entonces se asume una posición pragmatista, al contrario de la teoría del Derecho “tradicional”⁶³ (positivista o no), que se ha preocupado por buscar la esencia de las cosas.

1.4 El pragmatismo conceptual y el neoconstitucionalismo

Al considerar las características del pragmatismo conceptual, el neoconstitucionalismo parece asumir una aproximación pragmatista definida. En aras de poder observar por qué, se debe examinar lo que viene a ser el neoconstitucionalismo⁶⁴.

El término neoconstitucionalismo, creado por Mauro Barberis, Suzanna Pozzolo y Paolo Comanducci en 1998, es un tanto problemático⁶⁵. El primer problema reside en el carácter extremadamente ambiguo y vago que presenta el uso de este neologismo, pues alberga la posibilidad de que el mismo se adopte en sentidos muy distintos, e incluso después de elegido, tampoco resultan claros los rasgos que han de estar presentes para que alguien pueda legítimamente considerarse adepto a la doctrina^{66 67}.

62 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 220.

63 Vid. nota de pie de página n. 14.

64 Existe quien entiende que el término sería apenas una crítica al positivismo: “*Independentemente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo. Tendo identificado como (neo) constitucionalista a abordagem de jusfilósofos como Ralf Dreier e Robert Alexy na Alemanha, Ronald Dworkin nos EUA, Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli na Itália e Carlos Santiago Nino na Argentina seria preferível abandonar o termo genérico e, por isso inexpressivo, de (neo)constitucionalismo, indicando o cerne da abordagem que se encontra na postura antipositivista. Temos aqui uma opção terminológica e substancial que nos parece convincente e foi endossada com clareza, na doutrina nacional por Écio Duarte.*” DIMOULIS, 2009, p. 223.

65 BARBERIS, 2011, p. 89-100. BARBERIS, 2006, p. 19.

66 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

67 “*Se entendermos o neoconstitucionalismo de acordo com a conhecida definição de Luis Prieto Sanchís, como uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica”, certamente eu não me considero um neoconstitucionalista. De todas as afirmações do professor espanhol, a única de que não discordo é aquela relacionada ao pluralismo de valores cujo reconhecimento, aliás, está longe de ser um privilégio dos neoconstitucionalistas. Contudo eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação*”

El neoconstitucionalismo se halla presente en las más variadas clases de debates jurídico-políticos, tales como: debates de filosofía política acerca de la mejor forma de organizar las instituciones democráticas; debates relacionados con la naturaleza de las normas y de su interpretación; debates metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y sobre el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; y debates sobre cómo se explica su relación con la moral. Esta tendencia del neoconstitucionalismo a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política, ayuda a visualizar el fenómeno como un cambio de paradigma en el estudio del Derecho, presentándose como una superación de los modelos tradicionales asociados al positivismo y al jusnaturalismo⁶⁸.

Sin embargo, las diferentes formas de entender el neoconstitucionalismo tienen un denominador común: el Estado Constitucional de Derecho⁶⁹. De una manera general, el neoconstitucionalismo se concentra en cómo funciona el Derecho en los Estados Constitucionales, sin proponerse extender la misma forma de funcionamiento a todos los sistemas jurídicos existentes⁷⁰.

Ahora bien, ¿Cuáles son los rasgos singulares del Estado Constitucional del Derecho? y ¿cuáles son las novedades aportadas por este modelo? Luís Prieto los ha sintetizado en los siguientes aspectos⁷¹: i) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución⁷²; ii) la rematerialización constitucional (la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también de normas sustantivas – procedentes de la moralidad que tienen la intención de trazar límites negativos y vínculos positivos a dichos poderes, para que

tentando racionalizar seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da Democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.” SARMENTO, 2009, p. 145-146.

68 Sobre el cambio de paradigma en el Derecho con el advenimiento del neoconstitucionalismo, *vid.* la ya tantas veces mencionada obra de GARCÍA FIGUEROA, 2009.

69 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

70 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 18.

71 PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

72 Sobre la fuerza normativa de la Constitución *vide* HÄBERLE, 1991.

estén en condiciones de decidir legítimamente); iii) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, en el sentido de que los derechos fundamentales y demás cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida en sociedad, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares⁷³; iv) rigidez constitucional^{74/75}.

Aquel que asume la doctrina neoconstitucionalista (aunque en realidad autores de diferentes matices abrazan el neoconstitucionalismo)⁷⁶ suele⁷⁷ reconocer la importancia del Derecho para mantener un cierto orden y que los seres humanos puedan aspirar a una convivencia razonable, sin dejar de mantenerse atento a determinadas transformaciones del ordenamiento jurídico, tales como la rematerialización o moralización del Derecho que se halla tras su constitucionalización y principalmente la consideración de los derechos y garantías constitucionales como un instrumento valioso para buscar la justicia⁷⁸.

73 Sobre la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en Brasil: SARMENTO, 2004 y STEINMETZ, 2004.

74 Luis Prieto Sanchís no cree que una especial rigidez sea condición para la supremacía constitucional, pero tampoco duda de que las distintas fórmulas que dificultan la reforma del texto contribuyen a fortalecer su rigor frente a los poderes constituidos. PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506. Ferrajoli considera que la rigidez no es una garantía constitucional, sino una característica estructural o esencial al propio concepto de Constitución. FERRAJOLI, 2007, p. 87 y ss.

75 GUASTINI, 1998, p. 185-206. García Figueroa se adhiere a la caracterización de Guastini y menciona siete características de un sistema jurídico constitucionalizado: 1) una Constitución rígida; 2) una garantía de la Constitución (control de constitucionalidad); 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) Sobreinterpretación de la Constitución (toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado); 5) la aplicación directa de la Constitución (eficacia sobre terceros, eficacia horizontal y eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el Derecho Privado); 6) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Vid. GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 63 y 64.

76 Prieto y Ferrajoli, por ejemplo, serían neoconstitucionalistas, pero profundamente comprometidos con el positivismo. Como afirma Figueroa, “puede parecer paradójico, pues el positivismo jurídico ha sido blanco de crítica habitual de las corrientes críticas, pero la tesis de la separación entre Derecho y moral es el instrumento del que se sirve el garantismo para mantener a toda costa el espíritu crítico de sus orígenes”. GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 82-83. Ferrajoli critica lo que llama “constitucionalismo principalista”. Afirma que sería tendencialmente iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. FERRAJOLI, 2011, p. 15-53.

77 Merece la pena consultar el blog “¿Cómo reconocer un neoconstitucionalista?” creado por el académico chileno J. Ignacio Nuñez disponible en <http://bloglegal.bcn.cl/como-reconocer-a-un-neoconstitucionalista-parte-vi-el-big-bang-de-las-lagunas-axiologicas>.

78 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 81.

La expresión “neoconstitucionalismo” corresponde “a la doctrina integral que reconstruye el modelo jurídico de los Estados Constitucionales con al menos dos propósitos”: por un lado, sacar conclusiones sobre la naturaleza del Derecho (plano conceptual), y por otro justificar normativamente este modelo (plano normativo). Por eso, es posible hacer referencia a un “neoconstitucionalismo conceptual” y a un “neoconstitucionalismo normativo”. El “neoconstitucionalismo conceptual” define una teoría del Derecho, en un sentido antipositivista, en la medida en que cuestiona de alguna manera la tesis de la separación entre moral y Derecho. El “neoconstitucionalismo normativo”, a su vez, define una política del Derecho y se contrapone al formalismo y al legalismo, o sea, se sitúa en alguna medida en contra de ciertos dogmas tales como la centralidad de las reglas, la omnipotencia del Poder Legislativo y los principios de la seguridad jurídica y separación de poderes. Desde este punto de vista, el “neoconstitucionalismo conceptual” y el “normativo” son teorías independientes entre sí⁷⁹. En resumen, se puede decir que existe el neoconstitucionalista antipositivista y antiformalista (Alfonso García Figueroa es un ejemplo), el neoconstitucionalista positivista y antiformalista (Luis Prieto) y el neoconstitucionalista positivista y formalista (Luigi Ferrajoli).

Si se considera que lo que distingue el “neoconstitucionalismo conceptual” es el hecho de que edifica su teoría del Derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los Estados constitucionales, cabe la distinción entre dos tipos de “neoconstitucionalismo conceptual”: un “neoconstitucionalismo conceptual de alcance general”, que obtiene “conclusiones acerca de la naturaleza del Derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los Estados constitucionales”⁸⁰ y

79 Como indica García Figueroa, “(a)unque los neoconstitucionalistas conceptuales suelen ser además neoconstitucionalistas normativos, no todos los neoconstitucionalistas normativos son genuinos neoconstitucionalistas conceptuales. Algunos autores, como Luigi Ferrajoli en Italia o Luis Prieto en España, defienden y justifican los ordenamientos jurídicos constitucionalizados (con fuertes contenidos morales, normas principales y jueces reforzados en su función), pero no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. En suma, algunos neoconstitucionalistas normativos no son neoconstitucionalistas conceptuales o al menos no lo son en medida bastante. Estos neoconstitucionalistas insuficientemente neoconstitucionalistas (“neoconstitucionalistas en sentido débil” podríamos decir) son una minoría, pero sus argumentos merecen sin duda toda la atención.” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 18.

80 *Ibidem*, p. 19. El siguiente fragmento de García Figueroa posibilita la mejor comprensión acerca de la distinción entre el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular y el de alcance general, al distinguir lo que es una teoría del Derecho de alcance particular y lo que es una teoría de alcance general: “[U]na teoría particular puede servir a dos propósitos diametralmente opuestos: o bien funcionar como

un “neoconstitucionalismo de alcance particular”, que limita “la validez de sus conclusiones a un conjunto de sistemas jurídicos concretos”⁸¹. El “neoconstitucionalismo conceptual” de Robert Alexy, por ejemplo, tiene pretensiones de alcance general, pues se propone llegar a conclusiones universales acerca del concepto de Derecho⁸². Por otro lado, Ronald Dworkin y Neil MacCormick, dos responsables más de suministrar las herramientas para la construcción aun no terminada del movimiento neoconstitucionalista⁸³, restringieron sus teorías a los Estados Unidos y a otros países de *Common Law*, respectivamente⁸⁴. El “neoconstitucionalismo conceptual” de estos autores tiende a replegarse más bien sobre un contexto particular.

El neoconstitucionalista conceptual, especialmente aquél de alcance particular, asume una posición claramente pragmatista (también en el sentido conceptual), al optar por proponer cuestiones tales como las que discuten cómo funcionan los distintos sistemas jurídicos y cómo los argumentamos, en vez de preguntar sobre ¿qué es el Derecho?, cuestión esta cargada de un esencialismo radical. Esto tal vez suceda porque el estudio del Derecho, desde una perspectiva argumentativa y diferente de su con-

test para una teoría general (de modo que la teoría particular se propone meramente *ilustrar* la general), o bien fijar una teoría particular del Derecho que, en efecto, renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos (no constitucionalizados). Llamemos al primer tipo de teoría particular “teoría particular de alcance general” y al segundo “teoría particular pura”. De este modo, si una teoría particular en su reconstrucción del modelo de Derecho en el Estado constitucional llega a la conclusión de que el Derecho constitucionalizado exhibe una vinculación necesaria con la moral, entonces caben dos interpretaciones de esa teoría. Si se interpreta como una teoría particular de alcance general, entonces la particular vinculación del Derecho constitucionalizado a la moral ilustra la teoría general según la cual todo Derecho está vinculado a la moral. Si se interpreta como una teoría particular pura, entonces se afirma que el Derecho constitucionalizado (y sólo él) está vinculado a la moral sin comprometerse con una teoría general. Por tanto, la primera vía del constitucionalismo considerado como una teoría particular de alcance general supone el anclaje del neoconstitucionalismo en alguna teoría general y ello supone el riesgo para las teorías particulares de alcance general de no escapar del paradigma positivista/jusnaturalista JP.” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 225 y 226.

81 *Ibidem*, p. 19.

82 *Idem*. Vid. también: “In this respect Alexy’s position is quite different. He thinks that we should not only ascertain a concept of Law, but also find out its very nature.” Traducción libre: “A este respecto, la posición de Alexy es muy diferente. Piensa que no solo debemos determinar un concepto de Derecho, sino también descubrir su propia naturaleza.” GARCÍA FIGUEROA, 2011, p. 110.

83 Los adeptos del neoconstitucionalismo se proclaman herederos de autores tan dispares como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli y Carlos Santiago Nino, y ninguno de estos se define hoy o se definieron en el pasado como neoconstitucionalistas. SARMENTO, 2009, p. 115.

84 MACCORMICK, 1978, p. 8. La doctrina de Dworkin también se dirige específicamente hacia el sistema jurídico norteamericano, como se nota en algunos puntos de su obra. DWORKIN, 1986, p. 2 y ss.

cepción como un mero sistema normativo, representa una negación, aunque no evidente, del esencialismo,

en la medida en que se produce un *desplazamiento desde una cuestión metafísica hacia una cuestión epistémico-representacional*. El desplazamiento desde la teoría del sistema jurídico hacia la teoría de la argumentación jurídica como marco fundamental de la teoría del Derecho representa una forma de rechazo al esencialismo⁸⁵.

Las teorías de la argumentación jurídica⁸⁶ han insistido en poner de manifiesto reiteradamente las insuficiencias tanto de la concepción formalista del razonamiento jurídico como de la concepción irracionalista y buscan situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos. Si tomamos en cuenta la teoría de Alexy, es posible afirmar que representa la sistematización y la reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas, para el ámbito específico del Derecho⁸⁷.

Lo que defiende Habermas en la teoría del discurso coincide a su vez con la crítica al subjetivismo que se encuentra en el corazón de la epistemología moderna, a la manera del pragmatista Peirce, que desarrolla una intersubjetividad social de la investigación, del conocimiento, de la comunicación y de la lógica. De la arquitectura filosófica de Peirce, Habermas extrae la idea de que una opinión final ha de ser alcanzada a través de un acuerdo indefinido y no forzado en el seno de una “comunidad de investigadores” ampliada idealmente en el tiempo y en el espacio⁸⁸. El examen de la idea de la “comunidad de investigadores” en la semiótica peirceana apunta hacia la caracterización del rasgo pragmatista de la teoría de la argumentación jurídica al tratarse ésta de un caso especial del discurso práctico general.

Además de los datos recién mencionados, el pragmatismo también se conecta con la teoría de la argumentación jurídica en la noción de que la

85 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 221 y 222.

86 ALEXY, (1978), 1993. MACCORMICK, 1978. GASCÓN ABELLÁN & GARCIA FIGUEROA, 2005, p. 45.

87 “Naturalmente, en mi versión de la teoría del discurso hay algunas diferencias respecto Habermas. Pero, la intención es la misma”. En ATIENZA, 2001, p. 675-676.

88 BERNSTEIN, 2010, p. 36.

búsqueda de una respuesta a través de la argumentación es algo incompatible con los ideales esencialistas. Como ya he afirmado, según el esencialismo, existiría un vínculo o nexo metafísico entre un término y la realidad aludida que los individuos deben simplemente captar y reconocer. El pragmatismo se opone a esta concepción y propone una comprensión de las cosas según convenciones (representaciones) atentas a su contexto. En este punto reside un encuentro entre el neoconstitucionalismo y la doctrina pragmatista. Quienes no admiten que pueda coexistir una pluralidad de conceptos de Derecho y creen que pueden determinar un concepto único de Derecho buscan desarrollar teorías generales supuestamente capaces de abarcar todos los sistemas normativos posibles. Sin embargo, lo que ocurre es que estas teorías generales son muy ambiciosas, al menos en el plano conceptual, y acaban, muchas veces, perdiendo la medida necesaria de utilidad.

El neoconstitucionalismo es una alternativa a las grandes teorías generales del paradigma jusnaturalista/positivista⁸⁹, que representa una forma de teoría particular relativa a un modelo jurídico concreto, que le singulariza. Por otro lado, el neoconstitucionalismo, al tomar el Derecho de los Estados constitucionales como el modelo central de su reconstrucción teórica, no necesariamente abdica de una teoría general. Todo depende del propósito con el que se desarrolle la reconstrucción de un Derecho en particular. Las teorías neoconstitucionalistas de Alexy y Ferrajoli, al extender los resultados de su investigación a todos los ordenamientos jurídicos⁹⁰ se encuadran en el paradigma jusnaturalista/positivista general. De todos modos, el cambio de paradigma hacia el cual las teorías neoconstitucionalistas

89 García Figueroa defiende que “solo superando el esencialismo, el objetualismo, el generalismo, así como la falta de atención a la dimensión dinámica, hermenéutica, argumentativa del Derecho, podrá el neoconstitucionalismo conceptual escapar del paradigma tradicional delineado por positivistas y no positivistas durante los últimos doscientos años de filosofía del Derecho y de hegemonía juspositivista.” Para él, “el problema clásico de las relaciones entre Derecho y moral puede ser contemplado en un cierto sentido como un pseudoproblema. Positivistas y no positivistas comparten, por encima de sus diferencias, un acervo común que hace posible un debate de “eternos retornos”. (...) En definitiva, constitucionalismo y constructivismo han convertido en gradual el fuerte dualismo Derecho/moral implícito en el acervo común de positivistas y no positivistas.” (GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 19 y 20).

90 “El no positivismo de Robert Alexy defiende la vinculación conceptual de Derecho y moral y entiende que la vinculación del Derecho a la moral que cabe reconocer entre los Estados constitucionales es una manifestación de la vinculación necesaria entre Derecho y moral (teoría general no positivista). En la misma dirección, pero en sentido opuesto, el positivismo crítico de Luigi Ferrajoli desarrolla una teoría particular del Derecho constitucionalizado, pero al mismo tiempo defiende que no existe una vinculación conceptual necesaria entre Derecho y moral (teoría general positivista).” GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 226.

se dirigen (incluso bajo las versiones de alcance general que no lo termina de consumir) posee un trasfondo filosófico que opone al esencialismo unas ideas notablemente pragmatistas. A propósito, cabe mencionar que Manuel Atienza se coloca a favor del pragmatismo a la hora de determinar una teoría del Derecho. Para él, “el pragmatismo (...) es, en un cierto nivel, la única filosofía del Derecho posible; digamos, el trasfondo último (la actitud metateórica) de cualquier teoría del Derecho” y que hace posible construir una teoría de la argumentación jurídica⁹¹.

El “neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular” tiene, así, una pretensión más contextualizada y localista tanto si se le compara con el “neoconstitucionalismo conceptual de alcance general” como a la teoría positivista del Derecho⁹², por cuanto se circunscribe a un modelo jurídico-político muy específico. Además, una propuesta menos universalista resultaría más moderada y provechosa (y por tanto más pragmática), principalmente si la comparamos a los propósitos esencialistas del neoconstitucionalismo de alcance general y así como con aquellos de la “doctrina tradicional”^{93 94}. Por tales motivos se puede concluir que el “neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular” se identifica con el pragmatismo jurídico conceptual.

5. Conclusión

En suma, creo haber comprobado que el planteamiento del pragmatismo conceptual corresponde a la búsqueda del concepto del Derecho según una visión antiesencialista que denuncia el carácter convencional de nuestros conceptos. A partir de esta propuesta antiesencialista, el pragmatismo conceptual infunde dudas razonables acerca de la propia utilidad de la pregunta sobre qué cosa viene a ser el Derecho, ya que no existiría un único concepto de lo que es el Derecho. Para la teoría pragmatista de los conceptos, es más ventajosa la reconstrucción del concepto de Derecho a

91 ATIENZA, 2006, p. 59.

92 A pesar de estar de acuerdo con tal conclusión, Prieto Sanchís alerta que en realidad, tampoco la teoría positivista del Derecho ha sido siempre tan universalista como se propuso. Con el paso del tiempo, se aprecia que muchas de sus tesis dependían del tipo de sistema jurídico propio del Estado legislativo del Derecho. Vid. PRIETO SANCHÍS, 2010, p. 461-506.

93 Vid. nota de pie de página n. 14.

94 GARCÍA FIGUEROA, 2009, p. 221.

partir de las propiedades de determinados sistemas jurídicos que intentar encontrar un concepto general del Derecho. Es en este punto, en especial, que el pragmatismo conceptual confluye con la teoría neoconstitucionalista del Derecho. Eso es así pues el neoconstitucionalismo conceptual, sobre todo aquél de alcance particular, ocupa una posición manifiestamente pragmatista al tratar de cuestiones tales como el funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos y como los argumentamos, en lugar de insistir en la pregunta sobre una presunta esencia del Derecho. El neoconstitucionalista es contextualista y se circunscribe a un modelo jurídico concreto, el del Estado Constitucional. No pretende ser, siguiendo así la senda marcada por el concepto pragmatista particular de Derecho, una teoría general que refleje todo y cualquier ordenamiento, lo que acerca, en definitiva, el neoconstitucionalismo del pragmatismo conceptual.

Referencias

- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ALEXY, R. Reflexions on How my Thinking about Law has Changed over the Years, texto presentado en el seminario dedicado al pensamiento del Profesor Robert Alexy. *The Tampere Club Series*, Vol. 4, 2011.
- ARGUELHES, D. W. y LEAL, F. Pragmatismo como (meta) teoría normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, M. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa* 24, 2001, pp. 671-687.
- ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- BARBERIS, M. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 7, 2006, pp. 18-30.
- BARBERIS, M. Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. *Doxa* 34, 2011, pp. 89-100.
- BAYÓN, J. C. Derecho, convenciones y controversia. In: NAVARRO, P. y REDONDO, M. C. (Comps.). *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- BERNSTEIN, R. *The Pragmatic Turn*. Cambridge/Malden: Polito Press, 2010.

- CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (Ed.). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.
- COLEMAN, J. *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- COPLESTON, F. *Historia de la filosofía*, v. 8. Barcelona: Ariel, 1985.
- DE LACAMPAGNE, C. *História da Filosofia no século XX*, trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- DICKENSTEIN, M. “Introducción: Pragmatism Then and Now”. In: DICKENSTEIN, M., (Ed.), *The Revival of Pragmatism: New Essays on social Thoughts, Law and Culture*. Durham y Londres: Duke University Press, 1998.
- DIMOULIS, D. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, D. (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DUGUIT, L. *El pragmatismo jurídico, conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*, trad. Agustín de Lázaro Álvarez. Madrid: Beltran, 1924.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- FAERNA, A. M. *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1996.
- FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II. Roma: Laterza, 2007.
- FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa* n. 34, 2011, pp. 15-53.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Criaturas de la moralidade: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, A. Law, Metaphysics and Nature. Alexy’s Journey into the Realm of Eternal Verities. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* n. 66, Bruxelles, 2011, pp. 109-129.
- GASCÓN ABELLÁN, M. G. & GARCIA FIGUEROA, A. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra, 2005.
- GREY, T. Judicial review and legal pragmatism. *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 473-511.
- GUASTINI, R. La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano. *Ragion pratica* 11 1998, pp. 185-206.
- HÁBERLE, P. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrio. México: Editora Nacional, 1980.
- HERDY, R. Habermas, pragmatismo e direito. *Kriterion: Revista de Filosofia* vol. 50, n. 119, Belo Horizonte, <http://dx.doi.org/10.1590/s0100-512x2009000100003>.
- KANTOROWICZ, H. *La definizione del diritto, Introduzione di Norberto Bobbio*, trad. Enrico di Robilant. Torino: Giappichelli, 1962.
- KELSEN, H. *Pure theory of law* (2nd edition), trad. M. Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.
- LITRENTO, O. L. *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MARMOR, A. *Social conventions: from language to Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- MORESO, J. J. PRIETO SANCHÍS, L. & BELTRAN, J. F. *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.
- OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. *The Meaning of the Meaning: a Study on the Influence of Language upon Thought and the Science of Symbolism* (1923). San Diego/Nueva York/Londres: Harcourt Brace Jovanovich Publishers, 1989.
- PECES-BARBA, G., et al. *Curso de teoría del Derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- PEIRCE, C. Some Consequences of Four Incapacities. In: HOUSER, N. & KLOESEL, C. (Ed.). *The Essential Peirce*, v. 1. Bloomington: Indiana University Press, 1992.
- PEIRCE, C. The First Rule of Logic. In: HOUSER, N. & KLOESEL, C. (Ed.). *The Essential Peirce*, vol. 2, Bloomington: Indiana University Press, 1998.
- PÉREZ OTERO, M. *Esbozo de la filosofía de Kripke*. Barcelona: Montesinos Ensayo, 2006.
- POPPER, K. *La miseria del historicismo*, trad. P. Schwarz. Madrid: Alianza, 1961.
- POSNER, R. "Pragmatic adjudication". In: DICKENSTEIN, M., (Ed.). *The Revival of Pragmatism: New Essays on social Thoughts, Law and Culture*. Durham y Londres: Duke University Press, 1998, pp. 235-253.
- POSNER, R. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

- PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010.
- ROCA PÉREZ, V. Derecho y razonamiento práctico. In: C. S. Nino, *Tese de doutorado defendida na Universidad de Alicante*, 2002, <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=9814>.
- RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009.
- SALDAÑA, Q. Estudio Preliminar. In: DUGUIT, L., *El pragmatismo jurídico, conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*. Madrid: F. Beltran, 1924.
- SANTAELLA, L. *O que é a semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- SANTOS DE MENDONÇA, J. V. *A captura democrática da constituição econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Rio de Janeiro (UERJ), 2010.
- TOULMIN, S. *Human understanding: the collective use and evolution of conceptions*. Princeton: Princeton University Press, 1972.

Recebido em 21 de julho de 2016.

Aprovado em 02 de janeiro de 2020.