

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



“EL DERECHO COMO CATEGORIA DE MEDIACION SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MODERNAS”

T E S I S
QUE PRESENTA
PARA LA OBTENCION DEL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO
CLAUDIA MERCEDES ZUBIA BELTRAN DEL RIO

DIRECTOR DE TESIS:
DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

MEXICO D.F., CIUDAD UNIVERSITARIA

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Claudia Mercedes

Eubia Salvan del Rio

FECHA: 26 Enero 2004

FIRMA: [Firma]

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 3 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO: LA MORAL Y EL DERECHO EN HABERMAS

| | |
|---|----|
| 1. La relación de la moral y el derecho..... | 13 |
| 1.1. La legitimidad por vía de la legalidad, un problema de normatividad del derecho..... | 21 |
| 1.2. Derecho y moral, una discusión contemporánea..... | 27 |

CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENSIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

| | |
|--|----|
| 2. Introducción..... | 45 |
| 2.1. La tensión entre facticidad y validez en el lenguaje..... | 46 |
| 2.1.2. Generalización de valores..... | 55 |
| 2.2. La tensión entre facticidad y validez en el derecho..... | 57 |
| 2.2.1. Sociedades complejas y economía capitalista..... | 59 |
| 2.2.2. La complejidad de la sociedad en la teoría de sistemas..... | 62 |
| 2.3. Validez y formalidad jurídica tradicional..... | 77 |
| 2.4. Procesos democráticos de creación del derecho..... | 85 |
| 2.5. Estado de derecho y democracia..... | 94 |

CAPÍTULO TERCERO: LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

| | | |
|-------------|--|------------|
| 3. | Introducción..... | 104 |
| 3.1. | El problema de la complejidad ante la búsqueda de integración de la sociedad..... | 106 |
| | 3.1.1. Integración social..... | 115 |
| 3.2. | El dominio del sistema económico..... | 118 |
| | 3.2.1. El derecho en sociedades dependientes del sistema económico..... | 120 |
| | 3.2.2. La actividad del Estado en un plano de dependencia respecto del sistema económico..... | 132 |
| | CONCLUSIONES..... | 143 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 152 |

El verdadero viaje de descubrimiento
no es descubrir nuevos paisajes,
sino ver con nuevos ojos.

Anónimo

INTRODUCCIÓN

Actualmente, los gobiernos de sociedades contemporáneas enfrentan el reto de coordinar y organizar planes de vida de individuos con intereses y fines tan diversos que aumenta la complejidad de sus relaciones. Esta complejidad se agrava aún más porque las sociedades contemporáneas se encuentran transitando por una etapa histórica denominada globalización. Tal etapa se caracteriza por el surgimiento de paradigmas que imponen a las sociedades una nueva forma de concebir la vida, al hombre, la economía, el poder, las relaciones sociales, la comunicación y, por supuesto, el derecho.

A través del derecho, las sociedades logran conciliar formas de vida e intereses muy diversos, por lo que tal medio de coordinación social será el objeto de estudio de este trabajo de tesis. En la mayoría de los sistemas jurídicos de las sociedades modernas, complejas y presas de los paradigmas impuestos por el sistema económico, el derecho suele entenderse como sólo un conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas y que aseguran su propio cumplimiento a través de sanciones, pasándose en ocasiones por alto la reflexión sobre el importante contenido filosófico y social que debe tener el sistema jurídico en su conjunto. Por ello, uno de mis objetivos primordiales en este trabajo de tesis es el de mostrar una forma distinta de concebir al derecho, no ya como un mero conjunto de normas jurídicas, sino como el producto de un procedimiento comunicativo entre los individuos de una sociedad que busca entenderse y coordinarse; como la forma misma de ser de la sociedad, cristalizada en disposiciones cuyo contenido cuente con la aprobación de todos sus creadores.

Para ello, se ha elegido un marco teórico muy particular: utilizaremos los estudios de Jürgen Habermas sobre derecho, filosofía y, por supuesto, teoría social. Habermas nace en Alemania en el año de 1929, fue miembro importante

de la escuela de Francfort y es considerado uno de los más grandes e influyentes pensadores contemporáneos.¹

La elección de este marco teórico se debe a que Jürgen Habermas expone y desarrolla con claridad los problemas a los que se enfrentan las sociedades tras haberse vuelto altamente complejas. En dos de sus libros, traducidos al español como *Teoría y Crítica de la Opinión Pública*, y *Teoría y Praxis*, la preocupación fundamental de Habermas es ofrecer una crítica ideológica de la filosofía burguesa desde un ágil análisis marxista; en su libro *Crisis de legitimación del capitalismo tardío* describe las dificultades del Estado neocapitalista para dotarse de legitimación. Para este autor, existe una contradicción insuperable entre la lógica del capital, dirigida a la obtención del beneficio privado y las necesidades de justificación pública que subyacen al ideal democrático. Así, el Estado intervencionista se encuentra en una incómoda y ambigua situación ya que, por una parte, no puede interferir en la lógica del beneficio del capital, pero, por otra, se ve impelido a involucrarse constantemente en la sociedad y la economía para evitar las disfunciones del sistema.²

En su libro *El Espacio Público* introduce por primera vez la categoría de "espacio público", misma que adquiere una importancia fundamental para la obra posterior del autor. El estudio desarrollado en esta obra ofrece un interesante rastreo histórico de la génesis de este concepto en la sociedad burguesa y su posterior evolución y deformación en el siglo XX. Habermas dota a este elemento de publicidad de un valor normativo: el poder solo puede legitimarse mediante discusiones públicas en el marco de prácticas deliberativas libres. El ciudadano no se limita a ser un sujeto de derechos; debe constituir y desarrollar su identidad política a través de relaciones intersubjetivas y buscar a través de ellas su reconocimiento y protagonismo político. En su obra de *Teoría de la Acción Comunicativa*, Habermas ofrece una teoría general de la racionalidad,

¹ Fernando Vallespín, "Habermas en doce mil palabras", en *Claves de razón práctica*, México, 2001, No. 114, Págs. 53-63, p. 59.

² *Ibidem*, pp. 54 y 55.

con el objetivo explícito de diferenciar dentro de ella las señas de identidad propias de la racionalidad comunicativa; desarrolla una presentación crítica de la dialéctica de la racionalización social como pauta fundamental de la evolución social moderna; y con ello, ofrece un concepto de sociedad construido a partir de la integración de un enfoque de teoría de la acción y otro sistémico. Finalmente, plantea un diagnóstico de la sociedad actual desde la afirmación de una situación supuestamente patológica; el imparable proceso de colonización del mundo de la vida por el sistema.³

Con su libro *Facticidad y validez*, Habermas puso en primer plano las reflexiones de teoría del derecho y de la democracia, ofreciendo una teoría normativa del Estado de Derecho y tratando de trasladar el mismo criterio de legitimidad procedimental que opera respecto de las cuestiones morales, a las decisiones "jurídicas" y "políticas" fundamentales, que hace extensivo a una justificación de la democracia deliberativa, apoyado siempre en las premisas básicas de los principios del discurso.⁴

De esta forma, Habermas selecciona al derecho como medio de integración de las sociedades altamente complejas en las que básicamente dominan dos tipos de acciones, aquellas orientadas al éxito, traducidas en la persecución de beneficios particulares y aquellas dirigidas al entendimiento, esto es, aquellas acciones en las que se busca lograr el entendimiento de la mayoría de los miembros de la sociedad.

³ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

⁴ Los principios del discurso que exponemos para explicar la forma en la que se argumentan ideas, se explicarán en el capítulo segundo; por lo pronto sólo diremos respecto del discurso que, en éste, como efectivo desempeño por medio de argumentos de las pretensiones de verdad y rectitud que el hablante no puede menos de entablar en los contextos de acción, los hablantes han de pretender inteligibilidad para lo que dicen, verdad para el contenido de lo que dicen o para las presuposiciones de existencia de lo que dicen cuando la acción de habla no es un acto de aserción; rectitud para sus acciones de habla en relación con el contexto normativo vigente e, indirectamente, para ese contexto normativo, y veracidad para sus actos de habla como expresión de lo que piensan. Cfr. Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 10.

Para ello, Habermas intenta justificar la necesaria institucionalización del principio del discurso y propone que las condiciones de elaboración y creación de normas jurídicas se sometan a los imperativos dictados por un proceso de deliberación procedimental sujeto a una serie de reglas formales. De esta forma, Habermas afirma que sólo son válidas aquellas normas en las que todos los afectados puedan consentir como participantes en un discurso racional, introduciendo con ello su idea de validez del derecho.⁵

Conforme a lo anterior, Habermas nos deja ver que en su opinión, el resultado del proceso de deliberación no es considerado racional porque coincida con una supuesta verdad moral objetiva, sino porque incorpora toda una serie de condiciones formales, lo que permite afirmar que, cualquiera que sea dicho resultado, posee ya una presunción de racionalidad; siendo entonces el procedimiento y las condiciones del mismo las que constituyen el fundamento de las normas, esto es, las que revisten de legitimidad a las normas.⁶

Considerando lo anterior, podemos afirmar que una razón de fondo para trabajar esta tesis con ayuda de las ideas de Habermas, es que él busca de alguna forma adaptar el principio de discurso del que hemos hablado, a las condiciones propias de las sociedades modernas, mismas que se caracterizan no sólo por la pérdida de un referente normativo unitario capaz de vincular a todos sus miembros, sino también por el notable aumento de la autonomía de los sistemas económico y administrativo, que amenazan con ahogar las lógicas comunicativas del *mundo de la vida*⁷.

La única forma que Habermas encuentra posible para trasladar su principio de legitimidad, apoyado en el principio del discurso, es el derecho. En términos de

⁵ Fernando Vallespín, "Habermas en doce mil palabras", *Op. cit.*, p. 60.

⁶ *Idem.*

⁷ Categoría creada por Habermas a través de la cual describe el lugar donde se produce el conjunto de interpretaciones intersubjetivas que constituyen un núcleo común de conocimientos implícitos que dotan de sentido a la existencia y constituyen el horizonte de cualquier entendimiento cognitivo y práctico. Esta categoría la veremos con detenimiento en el capítulo segundo.

este autor, sólo a través del derecho es posible incorporar la experiencia del reconocimiento mutuo y la igualdad propios de las relaciones a una sociedad integrada por personas que se relacionan anónimamente como extraños. Así, las instituciones jurídicas se convierten en el presupuesto necesario para mantener y reproducir los procesos comunicativos y velar por la integración normativa de la sociedad.⁸

El análisis que haremos del derecho, comprende el planteamiento de un aspecto importante: la validez del derecho, categoría que posee, en términos de Habermas, características muy diferentes al concepto de validez formal utilizado por la mayoría de los juristas.

Con la finalidad de iniciar un análisis del derecho, tendremos primero que recorrer algunos caminos previos e importantes que nos ofrece Habermas en su teoría social de la acción comunicativa; esto es, para apegarnos y explicar la idea de que el derecho es un importante mecanismo de integración de la sociedad cuando ésta por su complejidad presenta distorsiones en la coordinación de acciones de individuos con formas de vida tan diversas, tendremos que abordar una explicación de la forma en la que Habermas concibe el funcionamiento de una sociedad, basado siempre en el entendimiento, que a su vez se respalda en una forma particular de interactuar que el autor propone como "acción comunicativa". Esta acción comunicativa nos propone la idea de consenso, de evitar en lo posible cualquier tipo de comunicación que mantenga a los interlocutores en el anonimato; invita a exponer argumentos, debatir y decidir lo mejor para todos, evitando con ello el surgimiento de distorsiones en la comunicación y en el entendimiento.

El primer capítulo lo dedicaremos a delinear nuestro marco teórico, a través de la exposición de una discusión que durante años ha acaparado la atención de los

⁸ Fernando Vallespin, "Habermas en doce mil palabras", *Op. cit.*, p. 60.

filósofos y juristas: la relación entre la moral y el derecho, con la finalidad de entender con claridad la posición que en tal discusión ocupa Habermas; sólo explorando estas categorías podremos entender la idea de la tensión que se presenta en el derecho entre facticidad y validez, construcciones que definen con claridad la forma en la que Habermas concibe el derecho y la importancia que le asigna en sociedades como las que hemos mencionado. Este primer capítulo nos llevará a entender el procedimiento democrático que Habermas ofrece como pilar de la idea de validez del derecho, ya que expone su idea de una moral que ya no está inserta en el derecho, sino en los medios o mecanismos para crear el derecho, a través de los cuales se discuten esas cuestiones que interesan a todos y que se denominan cuestiones práctico-morales; esto es, Habermas explica la forma en la que las exigencias morales que antes se hacían al derecho, se trasladan precisamente a los medios mismos de creación del derecho. En este primer capítulo abordamos también lo referente a la necesidad de que las normas vengan suficientemente argumentadas y discutidas por todos los posibles afectados, a través de una práctica comunicativa que se ofrezca en los medios de producción del derecho, práctica que refleje de tal forma la cotidianeidad social, que sea capaz de conectar, por medio de normas jurídicas, necesidades y deseos concretos.

En el segundo capítulo nos dedicaremos a desentrañar la idea de facticidad y validez de Habermas, llegando hasta la exposición del principio democrático y del Estado de derecho, introduciéndonos en las dificultades de coordinación que presentan cierto tipo de sociedades que adolecen de dos problemas muy actuales: han alcanzado cierto grado de complejidad y se encuentran dominadas por el sistema económico liberal. Esta exposición nos abrirá el camino para resaltar y retomar nuevamente la importancia del derecho como mecanismo coordinador e integrador de este tipo de sociedades, haciendo constantemente la aclaración de que cuando hablamos de derecho y lo ofrecemos como solución, es siempre dentro del contexto de derecho dotado de la validez que reclama Habermas, aquella basada en el principio democrático de participación

de todos los posibles afectados, es decir, la legitimidad democrática. Como en este segundo capítulo se menciona constantemente que el derecho es un importante mecanismo de integración de sociedades que se han vuelto altamente complejas y que en adición a esto se encuentran dominadas por el sistema económico, se introduce la explicación de lo que se entiende por sociedad compleja y economía capitalista, con la finalidad de comprender la verdadera necesidad de que una sociedad cuente con un derecho capaz de enfrentar los problemas que presentan tal tipo de sociedades. Y en este contexto de complejidad y de sistemas dominantes, como el económico, se introduce una breve explicación de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, con la finalidad de contrastar, respecto del pensamiento de Habermas, la forma en que tal teoría concibe la sociedad y su complejidad, y la solución que para ello ofrece.

En este capítulo se analiza también lo que Habermas entiende por validez del derecho, contrastando tal idea con lo que hasta nuestros días de manera tradicional se ha entendido por validez del derecho. Esta exposición nos invita a reflexionar sobre la importancia de concebir al derecho no sólo como un conjunto de normas jurídicas dotadas de validez formal, sino como mecanismos de entendimiento entre individuos que han de ponerse de acuerdo y cristalizar su cotidiana actuación en principios que serán obedecidos por todos de común acuerdo. Todas estas ideas nos llevan a concluir el capítulo segundo con lo que Habermas nos trata de mostrar como una solución a los problemas de entendimiento que sufren sociedades tan complejas: los procesos democráticos de creación del derecho, en donde reflexionamos sobre la relación entre la autonomía pública y la autonomía privada del individuo, y la idea de autolegislación.

Una vez expuesta la problemática que presenta una sociedad compleja dominada por el sistema económico, en el tercer capítulo se explicará el papel que juega tanto el Estado como el Derecho en tales sociedades. La complejidad y la dependencia de las sociedades hacia el sistema económico la explicamos e

ilustramos con más detalle en este último capítulo, tomando algunos ejemplos de nuestro país. Esta complejidad nos invita a buscar en Habermas soluciones para lograr la integración de tales sociedades, destacándose por ello el papel que debe asumir el Estado cuando se enfrenta a un sistema económico liberal que lo domina y que transforma a la sociedad con sus propios paradigmas. Esta exposición tiene el objetivo de abordar las razones por las que el tipo de sociedades de las que hemos hablado a lo largo de nuestro trabajo, se alejan de la idea de validez del derecho de Habermas, y son por ello tales sociedades las idóneas para que las normas que regulan el mercado y el capital se impongan, obstruyendo los canales de comunicación a través de los cuales las sociedades se ponen de acuerdo y se entienden sobre la forma en la que desean vivir. También problemáticas de gran complejidad, que encierran cuestiones de carácter científico y tecnológico, cuyos resultados son de gran interés para el sistema económico, quedan en buena parte al margen de un verdadero control democrático, razón por la cual tal sistema de participación expuesto por Habermas, en el contexto de complejidad y dependencia, presenta deficiencias notables que deben ser superadas si es que se quiere lograr una verdadera integración de la sociedad.

Del contenido de los párrafos anteriores se desprende que el objetivo principal de este trabajo de tesis, es el exponer y discutir las posiciones teóricas de Jürgen Habermas respecto de las categorías jurídicas que él crea y considera idóneas para ser utilizadas en el seno de sociedades modernas que se han vuelto altamente complejas y que presentan problemáticas muy particulares que con precisión se exponen, y siguiéndose una dinámica explicativa del pensamiento de Habermas, y examinando la realidad y experiencia de los países dependientes del sistema económico, se adopta un método de análisis e inducción⁹. Por tales razones no se formuló de manera expresa una hipótesis a comprobar y, dado el inagotable campo de análisis que ofrece Habermas, se

⁹ Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1995, p. 64.

analizan sólo las categorías que por su amena y constante discusión en el círculo de lectores de filosofía del derecho y sociología jurídica, han sido consideradas como las más novedosas y controvertidas.

La información utilizada en el presente trabajo, consiste básicamente en libros y artículos expuestos en conferencias que con posterioridad se vaciaron a páginas electrónicas. Los libros que sobre Jürgen Habermas se utilizaron y se citan, corresponden a traducciones llevadas a cabo del idioma inglés al español, aclarándose que las traducciones que primeramente se hicieron del alemán al inglés fueron debidamente revisadas y autorizadas por el autor.

Debo dar las gracias a todas las personas que directa e indirectamente cooperaron en la discusión, estructuración y desarrollo del pensamiento jurídico de Habermas en los tres breves capítulos que serán expuestos.

Sería difícil mencionar a cada una de las personas que siguieron de cerca el desarrollo de este trabajo, sobre todo porque el mismo representa, además de un ejercicio académico, un esfuerzo personal y parte fundamental y decisiva de una etapa muy particular de mi vida, en la que una cantidad considerable de amigos, familiares y colaboradores mezclaron sus ideas a las mías y le dieron, sin percatarse de ello, dirección y sentido a estos tres capítulos que presento.

Pero, asumiendo el riesgo de omitir a alguien, mencionaré a las siguientes personas: a mi amigo Sandino Luna por su orientación y ayuda en la casi traducción que hicimos juntos del pensamiento Habermasiano. Al Doctor Eduardo Ramírez García, así como a mis compañeros del Comité Tutoral de Teoría del Derecho de la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Armando Escamilla, Ricardo Noverón, Arnulfo Moya y Rodolfo Godínez, por las lecturas que en cada sesión hicieron a los tres capítulos de tesis, ya que gracias a ello este trabajo se transformó en un texto comprensible e incluso digerible.

A mi Madre por darme todo y por escucharme una y otra vez hablar sobre lo mismo: los avances y modificaciones hechas a este trabajo de tesis; a Don Rogelio Luna y a Cristi por su intento constante en mostrarme el otro Habermas, ese que espero descubrir y describir en mis trabajos posteriores de doctorado. A mi amiga Jessica Garduño, quien cada lunes por la mañana preguntó sin desaliento sobre el avance que presenté la tesis durante el fin de semana.

A mi amigo Mario por estar siempre cerca y a mi hermana por su amor incondicional e incomparable. A mi familia por su interés de entender y discutir mis impresiones y posiciones personales respecto del derecho.

Y, por supuesto, agradezco con mucho afecto, respeto y admiración el interés, apoyo y consistencia del Doctor Juan Antonio Cruz Parceró, director de este trabajo de tesis y lector insistente de Habermas, gracias a quien las ideas propuestas tomaron forma y sentido. Gracias Juan por toda tu paciencia y disposición, y sobre todo por haberme permitido robar a tus actividades personales, horas que se bien, te eran invaluable.

CAPÍTULO PRIMERO: LA MORAL Y EL DERECHO EN HABERMAS

1. La relación de la moral y el derecho.

Para abordar con claridad el tema de la tensión entre facticidad y validez, será importante exponer en este primer capítulo la estrecha relación que el derecho guarda con algunas categorías importantes como la moral; de esta forma será más fácil comprender la peculiar concepción que Habermas tiene del derecho.

Cuando Habermas aborda el tema de la moral, introduce una reseña de la evolución que el derecho ha sufrido a través de la historia, hasta llegar a lo que hoy se conoce como la construcción del derecho en las sociedades modernas, ya que es en los sistemas jurídicos en donde interesa encontrar la transformación, que a la par del derecho, ha sufrido la moral social. Siguiendo la metodología del autor, empezaremos analizando a la moral de esta misma forma.

El proceso de racionalización que trae como consecuencia el nacimiento del derecho positivo, es consecuencia del desarrollo de una economía capitalista emergente y del nacimiento de un régimen burocrático traducido en un Estado territorial, y se extiende en Europa desde finales de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. Expliquemos este proceso tomando como base la antigua estructura trimembre del sistema jurídico Medieval.¹⁰

Según planteamientos de sociología jurídica comparada, el sistema jurídico de las sociedades premodernas se veía protegido y coronado por un derecho sacro que se encargaban de administrar, en términos exegéticos, especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de tal sistema jurídico la constituía el derecho burocrático, que en concordancia con el derecho sacro, era impuesto por el rey o emperador, quien era al mismo tiempo el juez supremo.

¹⁰ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Op. cit., p. 132.

Ambos tipos de derecho daban forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia provenía de las tradiciones jurídicas de cada etnia.

Según Habermas, en el medievo Europeo las cosas fueron algo distintas, ya que el derecho canónico de la Iglesia canónica significó el mantenimiento de la elevada técnica jurídica y conceptual del derecho romano clásico, a la vez que el derecho burocrático de los edictos y leyes imperiales; incluso antes del redescubrimiento del Hábeas Justinianum, conectaba al menos con la idea de lo que había sido el imperio romano. Pero básicamente en los rasgos fundamentales se repitió la estructura reconocida en todas las culturas superiores: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, en donde el derecho sacro se integraba en el orden del cosmos o en una historia de la salvación. Así, este derecho divino o natural no está a disposición del príncipe, sino mas bien representa el marco legitimador dentro del cual el príncipe, a través de las funciones de administración de justicia y de creación burocrática del derecho, ejerce su dominio profano.¹¹

También en el medievo se conserva el carácter tradicional del derecho, en el cual toda norma tiene su origen de validez en la divinidad, y no puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Habermas identifica una tensión interesante en la concepción tradicional del derecho: como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro, pues es la única forma de transmitir la legitimidad de ese derecho al poder profano, ya que del respeto al derecho sacro recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada sobre la base de una jerarquía de cargos, hace uso del derecho como medio que otorga a sus mandatos un carácter vinculante, a través de la expedición de edictos o de decretos. Así, el derecho como medio de ejercicio del poder burocrático, sólo puede cumplir

¹¹ *Ibidem*, p. 133.

funciones de orden y mantenimiento, y en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental lo sitúa por encima del príncipe, ya que éste al ejercer funciones de juez, debe respetarlo. Esta tensión, en términos de Habermas, permanece oculta mientras no se ataquen los fundamentos sacros del derecho, y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición se mantenga anclado de manera firme en la práctica cotidiana.¹²

El hombre, como ser en evolución, inicia la experiencia de un proceso de reflexión y problematización del mundo y de sí mismo, a través del cual las imágenes religiosas del mundo se desintegran en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado, y las tradiciones del derecho consuetudinario quedan absorbidas por un derecho de especialistas, los cuales hacen un uso moderno del derecho que elaboran, la estructura trimembre del sistema jurídico no tiene mas remedio que venirse abajo. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho burocrático; Habermas explica esta transformación de una manera muy simple:

*El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación del derecho sacro y se toma soberano. A ese poder político le compete ahora la tarea de llenar por su propia fuerza, mediante una actividad legislativa ejercida por el propio poder político, el hueco que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. De ahora en adelante, todo derecho tiene su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Establecimiento, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, gobernado políticamente; y lo siguen siendo aun después de diferenciarse institucionalmente en poderes del Estado.*¹³

¹² *Ibidem*, p. 134.

¹³ *Ibidem*, p. 135 y 136.

De esta forma, el individuo abandona una impresión colectiva del cosmos e inicia en la tierra una experiencia personal, como individuo único e irrepetible, con ello inicia también la práctica de un individualismo de proyectos personales de vida y un pluralismo de formas de vida colectivas.¹⁴

Habermas señala que esta nueva forma de concebir el mundo, tiene como condición previa el paso a una etapa postradicional de la conciencia moral, etapa que resultó posible merced a la racionalización ética de las imágenes del mundo. Pues sólo en esta etapa aparece un concepto formal de mundo social como totalidad de las relaciones interpersonales legítimamente reguladas. Así, el desencantamiento de la imagen religiosa del mundo y la decentración¹⁵ de la comprensión del mundo constituyen la condición previa que tiene que cumplirse para que la concepción sacra del derecho pueda ser transformada desde la perspectiva hipotética que ahora adoptan frente a él sujetos jurídicos en principio libres e iguales. Estos pueden acordar, al menos en principio, qué normas deben estar vigentes o cuales deben dejar de estarlo.¹⁶

Esta reflexión y problematización de que hablamos, no solamente se da al interior de los individuos, como cosa obvia, también las normas de convivencia se vuelven reflexivas, imponiéndose ahora ya no orientaciones de carácter divino para dar solución a las cosas del mundo, sino orientaciones valorativas de tipo universal, esto es, valoraciones que importan e influyen a todos como sociedad y no como sujetos pasivos esperando la manifestación de una voluntad desconocida. Esta reflexión y problematización crea una moral nueva, diferente, única de cada sociedad, los principios bajo los que se rigen no son revelados ya

¹⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, México, 1998, p. 164.

¹⁵ Esto puede consultarse en la *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, p. 249, en el apartado denominado "desencantamiento de las imágenes religioso- metafísicas del mundo y nacimiento de las estructuras de conciencia modernas"; es en este apartado en donde se explica de manera clara la unificadora y unitaria postura que se tenía sobre el mundo, refiriéndose a la naturaleza y a la sociedad en su conjunto, y es la racionalización y la forma objetiva de ver el mundo la que provoca esta decentración del mundo y de la sociedad.

¹⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Buenos Aires, 1989, tomo I, p. 333.

por autoridades divinas, se hacen y se acuerdan en la tierra para aplicarse en la tierra y para hacer posible un proyecto social acordado y, a su vez, un proyecto particular de vida que ha estructurado cada uno en lo particular.¹⁷

Con esa experiencia personal, individual de cada quien y a la vez social, al sentirse cada quien miembro de un grupo determinado, se toma conciencia de la distinción entre acciones autónomas y acciones heterónomas, experimentando la conciencia normativa una verdadera revolución.

Con este proceso de derrumbe y destrucción del derecho sacro, y con una tarea nueva encomendada a las sociedades y a sus sistemas políticos, referida a reconstruir sus proyectos sociales y personales de vida, dentro siempre de un marco jurídico determinado, surge una problemática nueva y diferente: toda vez que la validez del derecho sacro se sustentaba en principios de carácter divino, se genera un hueco, un vacío que penetra a las nuevas instituciones que pretenden fungir como organizadoras de las acciones humanas. Ello porque toda figura encaminada a regular interacciones entre individuos, debe contener una parte de incondicionalidad, es decir, debe permitir que por alguna razón los individuos la asuman y la acaten por mera convicción, como sucedía con el derecho sacro¹⁸.

Este vacío se traduce en una necesidad de justificación, en una necesidad de entender por qué si los motivos para obedecer ciertas normas, ya no son la imposición de Dios, si ya no vienen del cielo, las sociedades deben ordenarse bajo ciertos principios. Esta necesidad de justificación es la que a fin de cuentas determina la verdadera necesidad del derecho. Pero esta necesidad de justificación genera toda una revolución, porque surge también la necesidad de diseñar la forma idónea de organizarse para llenar ese vacío que ha dejado el orden divino tras venirse abajo.

¹⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 166.

¹⁸ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, *Op. cit.*, pp. 136 y 144.

Este reordenamiento de las sociedades trae consigo una nueva conciencia social que apunta a lograr una justificación universal de las cosas, justificación que le da al derecho el sentido de verdadero derecho y le da las cualidades para ser obedecido por convicción; ahora el derecho se busca y se obtiene a través de discursos morales, es decir, a través de relaciones de comunicación entre individuos que acuden a un espacio en el que se hacen valer aquellos argumentos que en un determinado momento pueden ser aceptados por todos aquellos que se encuentren involucrados, porque, a su vez, tales argumentos coinciden con el proyecto individual que cada uno se ha trazado para sí mismo.

La razón por la que hablamos aquí de discursos morales y no éticos, es porque al obedecer ahora la conciencia a principios universales, es decir, a principios compartidos por todos, se exige una perspectiva desligada de todo egocentrismo o etnocentrismo: una orientación ética se centra en el ejemplo de una vida satisfactoria, no fallida, cuya responsabilidad corresponde a cada quien en lo particular, ahora ese compromiso particular de cada quien de hacerse responsable de su vida, se liga a un proyecto social en donde se comparten convicciones y apreciaciones del mundo semejantes y arrojan a las sociedades a ir en busca de un proyecto compartido de vida, en donde se decide como se quiere vivir.¹⁹

Sin duda, con este derrumbe y destrucción del derecho sacro y con el surgimiento de esta nueva conciencia social de que hemos hablado, son ahora, en las sociedades modernas, las autoridades legislativas las encargadas de elaborar ese derecho que coordinará las acciones de los individuos en la sociedad. Por lo tanto, son éstas a quienes corresponde la responsabilidad de llenar ese vacío que deja el derecho sacro derrumbado y esto sólo se puede

¹⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 163.

lograr, como hemos visto, a través de disposiciones que vengan racionalmente motivadas a través de discursos morales.²⁰

¿Con qué más puede ser llenado ese vacío, si no con el respaldo mismo que da la moral de principios compartidos por todos? Esa moral de la que ahora está constituida la sociedad es la que debe a su vez construir los preceptos jurídicos que regulen sus interacciones, y esa misma moral debe generar un procedimiento racional en el que participen los involucrados con los argumentos adecuados.

Esto lleva a Habermas a la necesidad de analizar la relación entre moral y derecho, dándole a la moral un carácter peculiar dentro de los procesos de creación del derecho.

Habermas, reconociendo el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral, concibe a ésta no dentro de principios rectores de la vida en comunidad, sino descargada en un procedimiento a través del cual se argumentan las razones morales por las que determinados principios deben regir una sociedad y que las reglas que rigen tales procedimientos también se encuentren argumentadas con principios morales. Esta moral procedimental permite que las discusiones de creación del derecho se enfoquen a hacer valer todos aquellos principios morales que permitan a todos estar de acuerdo con una norma; si esto es posible, el derecho que ahí se genera es derecho racionalmente motivado y, por lo tanto, aceptado por la sociedad y obedecido por convicción, con independencia de la sanción que dentro de la norma se establezca.²¹

Habermas nos habla de la moral de la siguiente manera:

El punto de vista moral se traduce simplemente en un igual respeto por todos, en un igual miramiento por los intereses de todos, por lo que el

²⁰ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, *Op. cit.*, p. 163.

²¹ *Ibidem*, p. 167 y 168.

individuo desarrolla una conciencia moral regida por principios y orienta su acción por la idea de autolegislación o autonomía moral, que en términos de una sociedad justa esto significa una libertad política, traducida en una autolegislación democrática; así, las pretensiones normativas de las relaciones interpersonales reguladas en términos de legitimidad, pretensiones que ahora quedan netamente circunscritas, se ven arrastradas también por el remolino de la problematización.²²

De este modo, observamos con claridad la evolución en la conciencia moral en las sociedades modernas, así como la evolución que a su vez dicha moral genera en la estructuración de los órdenes políticos y en la creación del derecho. Esto es, cuando el individuo se hace consciente de la importancia de guardar un respeto por los intereses de cada quien, a efecto de que se respeten sus intereses y hacer posible su propio proyecto de vida, es cuando surge en cada quien la idea de autolegislación, es decir, de participar en las normas que han de regir a todos, traducida esta idea de autonomía moral en una autolegislación democrática.

Así, las oraciones²³ que se ofrecen para regular las interacciones de los individuos, entran en el círculo de la problematización, es decir, tienen que discutirse en términos de discursos morales que les den su carácter de normas racionalmente motivadas. Con esta nueva conciencia moral autónoma, traducida en un procedimiento democrático, se impone una lógica diferente que obedece a problemas éticos y morales específicos.

Debido a este nuevo modo de vida consciente de la personalidad individual que empuja al individuo a la autorrealización, la libertad y el aumento de oportunidades para satisfacer sus necesidades personales, ya no es posible

²² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 163.

²³ Denominadas por Habermas pretensiones de validez, y que veremos con detalle en el capítulo segundo en el apartado 2.1; las pretensiones de validez las explicaremos como la intención de verdad o validez que los individuos incluyen a las manifestaciones o exposiciones de sus ideas, a fin de lograr entenderse con los demás.

justificar alternativas a largo plazo, como antaño, sino normas que rijan planes de vida susceptibles de ser modificados a voluntad de los gobernados.²⁴

Los argumentos expresados revelan la imposibilidad de separar a la moral del derecho, aun y cuando la moral no se concibiera en términos procedimentales, como lo ha hecho el autor. Pero Habermas, para profundizar más en la relación forzosa entre derecho y moral, concebida ésta procedimentalmente, se plantea la necesidad de explicar cómo se puede legitimar la legalidad del derecho, es decir, cómo puede una sociedad considerar legítimos ciertos principios rectores de la vida diaria, una vez que estos han quedado positivizados, es decir, una vez que se han vuelto legales y por lo tanto obligatorios.

1.1. La legitimidad por vía de la legalidad, un problema de normatividad del derecho.

Para dar inicio a este análisis, citaremos una afirmación importante de Habermas:

Las razones que abonan la legitimidad al derecho, han de estar en concordancia con los principios morales de una justicia y solidaridad universalistas, así como con los principios éticos de un modo de vida tanto de los individuos como de los colectivos, conscientemente proyectado y asumido con responsabilidad.²⁵

Introduciéndonos en este tema, hay que mencionar una interrogante importante que Habermas se plantea y que nos explicará la moral procedimental en los estados modernos:

²⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 163.

²⁵ *Ibidem*, p. 164.

¿Puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, contar aún con la vinculante autoridad que antaño rodeaba al intangible derecho sacro?, ¿puede aún el derecho positivo obligar internamente?²⁶

En la reconstrucción de un nuevo derecho, despojado ya de sus bases sacras, la dominación política ya no puede en todo caso entenderse como poder legitimado jurídicamente; pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político pierde su fuerza legitimadora.²⁷

Habermas identifica la necesidad de revestir al derecho de un contenido que realmente lo legitime para ser aceptado y obedecido con el pleno convencimiento de las personas a quienes se dirige. Esta necesidad de una legitimación verdadera del derecho, la expresa Habermas de la siguiente manera:

El derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las aportaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral. Pero tan pronto como la vigencia del derecho pierde toda relación moral con los aspectos de justicia, se torna difusa la identidad del derecho mismo.²⁸

En este sentido, Habermas advierte, tras volverse el estado la única fuente del derecho, el peligro que existe de que éste pierda su carácter genuino de derecho, al ser reducido a mero instrumento de organización, perdiendo con ello su relación con los principios morales que sustentan la forma de actuar de una sociedad. Por ello, Habermas señala que al derecho sacro desencantado-y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia- hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener un momento de incondicionalidad.²⁹

²⁶ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, *Op. cit.*, p. 136.

²⁷ *Ibidem*, p. 143.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 144.

Esto significa que con la positivización del derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino todo lo contrario, se intensifica la necesidad de ésta, y como ya vimos, sólo a través de discursos en que se involucren cuestiones morales se puede lograr la creación de derecho racionalmente motivado³⁰.

Esto lleva a Habermas a adoptar una posición entre el iusnaturalismo y el positivismo formalista:

Los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente ha menester. Hay que mostrar cómo cabe estabilizar, en el interior del derecho positivo mismo, el punto de vista moral que representa la formación imparcial del juicio y la formación imparcial de la voluntad colectiva. No basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivizados como contenidos del derecho constitucional. La moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad.³¹

Habría que mostrar en términos de teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenentran discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales, con cuestiones relativas a su plasmación en normas y al control jurídico de ellas. Habría que aclarar en qué se distingue un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo, a su vez, el punto de vista moral se hace valer en las condiciones que los compromisos han de cumplir para poder ser considerados *fair*. Habría que reconstruir cómo habría de institucionalizarse por vía de procedimientos

³⁰ *Ibidem*, p. 145.

³¹ *Ibidem*, p. 154.

jurídicos la imparcialidad de las decisiones del poder legislativo, empezando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen la discusión parlamentaria, y acabando por el derecho electoral y la formación de la opinión pública en el espacio público político.³²

Como puede verse, para Habermas la motivación racional del derecho se consigue a través de los procedimientos de creación del mismo: El entrelazamiento del derecho y la moral se produce porque en el Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales.

La moral ya no se identifica con ningún derecho natural, sino con una moral procedimental:

La moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Más esta moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo, es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles.³³

Sin embargo, Habermas reconoce las limitaciones que presentan algunos procedimientos de esta naturaleza:

Que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico-moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida por ese poder) de intereses en pugna, de suerte que

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, p. 168 y 169.

las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos de una formación discursiva de la voluntad colectiva.³⁴

Esto significa entonces que el hecho de que exista un proceso parlamentario contemplado en las Constituciones para la toma de decisiones, no garantiza que efectivamente se estructuren discursos morales para la fundamentación de normas; este proceso parlamentario representa sólo un pequeño espacio de la vida pública. En realidad el parámetro que podemos utilizar para determinar si este proceso democrático se allega de discursos morales para la creación de un derecho racionalmente motivado, es el nivel de participación y el nivel de información de la sociedad a la que va dirigido el derecho. Como Habermas señala, la calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abran el espacio público-político con sus medios de comunicación y sus instituciones.³⁵

Así, sin respaldo religioso o metafísico, el derecho coercitivo, cortado a la medida de un comportamiento al que no se exige sino que se ajuste a la ley, sólo puede conservar ya su fuerza de integración social haciendo que los destinatarios de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como autores racionales de esas normas. Por este lado el derecho moderno se nutre de una solidaridad que se concentra en el papel de ciudadano y que en última instancia proviene de la acción comunicativa. La libertad comunicativa de los ciudadanos puede (como veremos) cobrar en la práctica organizada de la autodeterminación una forma mediada en múltiples aspectos por instituciones y procedimientos jurídicos, pero no puede ser sustituida por completo por el derecho coercitivo.³⁶

³⁴ *Ibidem*, p. 170 y 171.

³⁵ *Ibidem*, p. 172.

³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 95 y 96.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho puede imponerse por vía de que los discursos sobre objetivos políticos queden sujetos a las restricciones dimanantes del principio de que sus resultados sean susceptibles de un sentimiento general, es decir, a las restricciones del punto de vista moral que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas.³⁷

De esta forma, atendiendo al punto de vista moral, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye la única dimensión que queda en la que puede asegurarse el derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes.³⁸

Entendida entonces esta moral procedimental, y explicada a través de ésta la posibilidad de que un orden positivo sea legítimo, diremos que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental.³⁹

Siendo entonces la argumentación moral un procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad, cuando se analizan pretensiones de validez normativas (derecho), se utiliza este procedimiento, ya que quien argumenta la validez de estas pretensiones tiene que asumir las suposiciones idealizadoras⁴⁰ que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. A su vez, quien participe y argumente la validez de las pretensiones normativas, tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una

³⁷ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, *Op. cit.*, p. 158.

³⁸ *Ibidem*, p. 159.

³⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 545.

⁴⁰ Las idealizaciones que los individuos llevan a cabo de manera inconsciente en los actos de habla que realizan, se explican con claridad en el capítulo segundo, apartado 2.1.

búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos.⁴¹

De esta forma, una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Entonces, la fuerza legitimadora la tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias.⁴²

Según Habermas es aquí en donde radica la fuerza que legitima al derecho, en la forma en la que se crea éste, no propiamente en su contenido, ya que se supone que si el procedimiento a través del cual se crea el derecho es un procedimiento abierto en el cual, quienes son destinatarios del derecho, argumentan las razones por las que ciertas normas deben ser obedecidas, el contenido mismo del derecho se asume válido.

Entonces, concluimos que sólo puede haber legitimidad en la legalidad cuando el orden jurídico requiera forzosa y constantemente de una argumentación, surgida esta necesidad de la positivización del derecho. El orden jurídico tiene que reaccionar creando procedimientos precisos para argumentar en base a discursos morales.⁴³

1.2. Derecho y moral, una discusión contemporánea.

La posición habermasiana de vincular el derecho a la moral se incerta dentro de un amplio debate contemporáneo. Los estudiosos del derecho continúan dando razones para considerar, por un lado, la importancia de no hacer una separación tajante entre estas categorías, y por el otro, tratando de argumentar la

⁴¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 556.

⁴² *Ibidem*, p. 555.

⁴³ *Ibidem*, p. 557.

autonomía del derecho frente a la moral. Tal debate se explica desde dos posiciones contrarias: la tesis de la "separación" y la tesis de la "vinculación" de la moral al derecho.

La polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral.⁴⁴ Veamos ahora tales posiciones:

Como primer tesis de la vinculación, tenemos aquella referente a la **equivalencia entre derecho y justicia**, la cual señala que partiendo de la afirmación de que la ley positiva es sólo una aplicación a las circunstancias de cada sociedad de una ley natural basada a su vez en una ley eterna, se infiere que, en la medida en que aquella no derive de ésta última, deja de ser ley. Algunos de sus principales exponentes, como Agustín de Hipona y Francisco Suárez afirman que: " no es ley la que no es justa"⁴⁵. Como se observa, para esta tesis, es imposible desligar la ley de la justicia, y dado eso, resulta imposible concebir un concepto de derecho sin hacer mención a tal valor moral.

Sobre este argumento, la tesis de la separación sostiene que la tesis de la equivalencia entre derecho y moral parte de argumentos no racionales, mismos que convierten a la ciencia del derecho en una rama de la teología; o bien, parte de argumentos falaces que pretenden derivar conclusiones normativas a partir de enunciados descriptivos, ofreciendo únicamente razones de fe que resultan ser inaccesibles a quienes no las comparten, cometándose, por otro lado, una grave violación de reglas elementales de la lógica.⁴⁶

⁴⁴ Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y moral", en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 19.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 28.

Por otra parte, la tesis de la vinculación, referente a la **equivalencia entre ley injusta y ley corrupta** (expuesta por Tomás de Aquino), sostiene que: una ley injusta sería una corrupción de la Ley. En este sentido, para esta tesis las leyes injustas seguirían siendo leyes, aunque imperfectas, pero la injusticia afectaría el deber moral de obediencia y podría hasta eliminarlo totalmente.⁴⁷

Esta tesis es atacada por la tesis de la separación con el argumento de que en realidad introduce criterios de validez extraños al derecho, ya que una norma jurídica, por más injusta que pueda ser, no deja por ello de ser válida. Asimismo, la tesis de la separación señala que el hecho de que sus destinatarios la obedezcan por temor o por adhesión moral puede tener relevancia para la estabilidad del sistema jurídico en cuestión pero no para su calidad como orden coactivo positivo. Así, para la tesis de la separación, la validez de las normas jurídicas no es una cuestión de grado como podría ser la de su eficacia, esto es, una norma jurídica o es válida o no lo es. Sería un sin sentido decir que es más o menos válida. Además, introducir criterios de moralidad para determinar el supuesto grado de validez del derecho, significaría desconocer la naturaleza misma de la moralidad.⁴⁸

La tesis de la **equivalencia entre “punto de vista interno” y “punto de vista moral”**, sostiene que el “punto de vista interno” es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido, de acuerdo con Hart, del “punto de vista externo”. Ambos se refieren a las razones que pueden tenerse para obedecer el derecho. Así, en el caso del punto de vista externo, las razones para obedecer el derecho son de carácter prudencial, y dado que las razones para obedecer el derecho solo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista interno implica una adhesión a las normas del derecho por razones morales. Por ello, el punto de vista interno podría ser traducido, sin inconveniente semántico, como punto de vista moral.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

Como se observa, esta tesis considera que sin la presencia del punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe, o con otras palabras, todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral, esto es, habría una relación necesaria entre moral y derecho.⁴⁹

Sobre esta posición, la tesis de la separación argumenta que el punto de vista interno no tiene nada que ver con actitudes morales de la parte oficial del sistema. Esto es, si la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte las obedecen "puede decirse que el sistema jurídico existe"; el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no es necesario.⁵⁰

La tesis de la **relevancia esencial de la pretensión normativa del derecho**, pretendiendo argumentar la relación conceptual entre moral y derecho, sostiene que si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivización jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética. Sobre esta tesis, hace más de tres décadas que Theodor Viehweg sostuvo que ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo. De esta forma, para estas tesis, todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es justamente la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera.

Esta tesis, respecto a la pretensión de legitimidad que deben tener las autoridades de un sistema jurídico, sostiene que con tal pretensión de

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

legitimidad se tiene plena convicción de que lo propuesto es verdaderamente justo; tal y como ocurre con una pretensión de verdad que sustenta quien afirma creer en la verdad de una proposición descriptiva, esto es, quien cree en la verdad de *P* considera que *P* es verdadera. En el caso de las pretensiones de legitimidad ocurre lo mismo, no sería posible hacer las siguientes afirmaciones: "creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo", o, "Creo que mi sistema es legítimo pero no pretendo que lo sea."⁵¹

Contra esta tesis, Eugenio Bulygin señala que, en todo caso, los artículos de una Constitución son prescripciones y no descripciones. Si fueran descripciones podría predicarse su verdad o falsedad. En tanto prescripciones carecen simplemente de sentido porque: "no tiene sentido ordenar que una constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no lo tiene ordenar que un país debe ser rico o los árboles verdes. Ciertamente algunas constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles (.....) verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescritos u ordenados."

Así, según la tesis de la separación, en caso de que estos artículos no sean entendidos como prescripciones sino como declaraciones políticas, lo más que podría decirse es que el artículo que afirma la injusticia de la Constitución es expresión de una "falla política pero no conceptual". En conclusión, el argumento de la pretensión de corrección carece de fundamentación, y por lo tanto, la tesis de la vinculación parece "pender en el aire".⁵²

Otra importante tesis de la vinculación entre derecho y moral expone el **argumento de la razonabilidad práctica. Pretensión de razonabilidad**. Esta tesis afirma que si la institucionalización del derecho es algo razonable, dada nuestra condición humana, tal exigencia de razonabilidad requiere que el concepto mismo de derecho incluya elementos de moralidad. En este mismo

⁵¹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁵² *Ibidem*, p. 31.

sentido, Carlos Nino formuló lo que llamó "teorema fundamental de la teoría general del derecho", según el cual, entre las normas jurídicas y las morales existe una "relación de identidad de caso" por lo siguiente: "Hay casos de normas morales que son normas jurídicas puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de las clases morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial."⁵³

Sin embargo, contra esta tesis, Francisco Laporta argumenta que, partiendo de una concepción del sistema jurídico o del "derecho como un todo" en tanto la "unión de reglas primarias y secundarias que organizan el uso de la fuerza con pretensión de monopolio", sólo existe una relación conceptual entre derecho y moral si de este estado de cosas o actividad "se pudiera siempre predicar una naturaleza moral, es decir, fueran siempre un estado de cosas o una actividad moralmente buenos o moralmente correctos".⁵⁴

Finalmente, la tesis de vinculación referente a la **interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad**, sostiene que cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas). Según esta tesis, la historia presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la equidad (o de la dignidad humana, si se prefiere) ha tenido una variada intensidad sin que por ello la seguridad haya sido afectada.⁵⁵

Respecto de tales argumentos, la tesis de la separación sostiene que en realidad un estado de cosas al que se llame "paz" simplemente porque las agresiones entre particulares y la violencia privada no están permitidas o no se producen empíricamente no es, necesariamente, un estado de cosas moralmente valioso.

⁵³ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

Asimismo, dicha tesis señala que cabe preguntarse si un tal estado de cosas no asegura al menos la supervivencia y, por tanto, es instrumentalmente conveniente respecto de esa supervivencia meramente física. Pero aún si esto fuera así, no es muy seguro que de ello se pudiera inferir su carácter moralmente valioso⁵⁶.

Existen otros argumentos analíticos que utilizan tanto la tesis de la vinculación como la de la separación para reafirmar sus posiciones respecto a la vinculación conceptual que el derecho tiene con la moral. Ambas tesis se sostienen con un argumento normativo: cuando se señala que es necesaria la inclusión de elementos de la moral en el derecho, el objetivo es alcanzar cierto objetivo o cumplir una norma. Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse "normativamente necesarias".

Todas las teorías positivistas del derecho argumentan a favor de la tesis de la separación, en el sentido de que el concepto de derecho debe definirse sin incluir, en absoluto, ningún elemento de la moral, tomándose en cuenta solo dos elementos: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social. Por su parte, la tesis de la vinculación, al igual que la de la separación, también toma en cuenta los elementos de la decisión de la autoridad y de la efectividad social, sin embargo, define el concepto de derecho, como hemos visto, incluyendo elementos de la moral.⁵⁷

Así, para la tesis positivista de la separación, las exigencias de moralidad son exigencias que incumben a cada ser humano como ser autónomo. Los verdaderos valores morales son aquellos que se realizan en las decisiones libres y exentas de coacción de las personas que actúan conscientemente de acuerdo con principios a los que se someten voluntariamente. Así, la verdadera virtud

⁵⁶ *Ibidem*, p. 36 y 37.

⁵⁷ Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en Rodolfo Vazques, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 115 y 116.

moral no está constituida por una conformidad aparente hacia modelos de conducta externamente impuestos y respaldados por la amenaza de castigos legales; sino que está constituida por el libre autocompromiso con modelos de conducta y valores internamente aceptados y por decisiones motivadas por este autocompromiso. La disciplina moral es autodisciplina, no la disciplina de la policía, tribunales y prisiones.⁵⁸

Por lo anterior, la tesis positivista señala que precisamente el cultivo de valores morales verdaderos y de la verdadera virtud depende de la autodisciplina y no de la disciplina externa, circunstancia que exige libertad de elección. De esta forma, si principios morales son aquellos automáticamente aceptados por los individuos en tanto que personas morales independientes, es posible que el poder del Estado ejercido en nombre de modelos morales pueda prescribir normas en conflicto con uno u otro de los principios con los que una persona se compromete conscientemente al considerarlos sus principios morales. Por lo tanto, el efecto disuasorio del castigo colectivo no solo limita la libertad de decisión individual; opera como un elemento disuasorio directamente en contra de lo que uno considera que es correcto, o al menos como una fuerza coactiva en contra de que uno haga algo que en principio parece moralmente aceptable, y quizá preferible en determinado contexto. En conclusión, para la tesis de la separación, reprimir determinados modos de pensamiento y vivencias sobre la base de que están en conflicto con lo que las autoridades del Estado o las mayorías provisionalmente democráticas consideran moralmente verdadero, es contrario a la búsqueda de la verdad moral, que sólo puede establecerse mediante la libre discusión y experimentación, y a la independencia moral de los individuos que buscan la verdad.⁵⁹

En cambio, como hemos visto, la teoría de la vinculación sostiene que debemos identificar ciertos intereses de las personas (intereses privados) en el plano de

⁵⁸ Neil MacCormick, "En contra de la ausencia de fundamento moral", en Rodolfo Vazques, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, p.165.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 166.

individuos y en el plano de ciudadanos de un cuerpo político que tienen cierto bien común (el interés público), intereses que pueden verse afectados de forma negativa por las acciones humanas. En consecuencia, para esta tesis, estipular la aplicación del concepto "daño" con el fin de activar el principio del daño (principio que sostiene que el legislativo y los poderes coactivos del Estado pueden utilizarse legítimamente para impedir que unas personas dañen a otras), es necesario para determinar qué intereses deben ser protegidos. Ello conlleva necesariamente una toma de decisiones llevadas a cabo no obstante su carga moral. Así, la justificación de la tesis de la separación se allegó de un recurso al valor (moral) de respeto a las personas en tanto que agentes moralmente autónomos y, por tanto, al valor derivado de proteger a las personas frente a invasiones frente a su autonomía; por ello, se considera que, finalmente, construir una concepción sobre los intereses de los humanos en tanto que personas morales que requieren protección, significa elaborar el contenido de un valor moral fundamental.⁶⁰

Además, la tesis de la vinculación argumenta que cuando recurrimos a la consideración del interés público o del bien común, demostramos de nuevo que la cuestión de cuáles son los intereses que hay que proteger contra violaciones lesivas es una cuestión moral.

Pues bien, una vez expuestos brevemente los fundamentos a favor y en contra de la separación de la moral y el derecho, veamos la posición que sobre tal tema adopta Habermas. Para ello, utilizaremos los trabajos que Robert Alexy y Luis Prieto Sanchís han desarrollado sobre la idea de la moral en el derecho.

Robert Alexy, al igual que Habermas desarrolla una idea fundamental que irremediablemente lo obliga a conectar al derecho con la moral: la pretensión de corrección. Esta idea la describe Alexy de la siguiente forma:

⁶⁰ *Ibidem*, p. 171.

El punto decisivo es que una pretensión de corrección está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. La conexión entre el derecho y la moral se establece mediante ella. Ahora esto debe ser justificado. Si la justificación tiene éxito, entonces el positivismo fracasa en lo que se refiere a sistemas jurídicos, incluso en la combinación más favorable para ello, esto es, aquella compuesta por los conceptos de norma, observador y definición.⁶¹

Alexy afirma que esta idea de corrección, necesariamente lleva a una relación conceptual entre el derecho y la moral: las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero que no la satisfacen, son sistemas defectuosos.⁶²

Según este autor, dicha teoría se puede atacar por dos vías, una de ellas negando que las pretensiones de corrección estén conectadas conceptualmente al derecho, y la otra afirmando esta posibilidad pero sosteniendo que su contenido es trivial y no concluye implicaciones morales.⁶³

Alexy explica estas pretensiones de corrección a través de la teoría del discurso, pero en principio expone esta explicación a través de los argumentos que se ofrecen en los procedimientos judiciales:

La pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad. Ahora bien, se pueden concebir muchas maneras distintas de justificar las decisiones judiciales. El espectro va desde meras referencias a tradiciones o autoridades hasta la argumentación racional que considera todos los

⁶¹ Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *Op. cit.*, p. 127. Esta afirmación la hace Alexy con motivo de que opina que la tesis de la separación que ofrece la corriente positivista, define el concepto de derecho de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento moral.

⁶² *Ibidem*, p. 128.

⁶³ *Idem*.

aspectos. El punto decisivo es que la pretensión de justificabilidad permite una perspectiva crítica. La pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo. Sin embargo, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro. En este sentido, la pretensión de justificabilidad que se presenta necesariamente, significa, por sí misma, la posibilidad de establecer niveles de justificación más altos como los desarrollados en los sistemas jurídicos modernos.⁶⁴

Pero dejando de lado los procedimientos de argumentación en el ámbito de impartición de justicia, cualquier persona que justifique algo acepta, como mínimo, que la otra persona es un igual, al menos en discursos en los cuales no se ejerce la coerción. En estos discursos en los que se argumenta de igual a igual, quienes lo hacen son capaces de defender sus razones no solamente contra su adversario, sino contra cualquiera. Estas pretensiones de que habla Alexy, es decir, las pretensiones de igualdad, en primer término, y de universalidad, provienen, según el autor, de la base de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad.⁶⁵

En términos de Robert Alexy, esta es precisamente la ética discursiva, y es esta conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y generalizabilidad la que se transporta a las discusiones jurídicas, estableciendo una relación necesaria entre derecho y moral, directamente válida para los sistemas jurídicos modernos, y probablemente justificable para los sistemas jurídicos premodernos, dentro del marco de una teoría normativa de la evolución jurídica.⁶⁶

Entonces, siguiendo a este autor, al carácter abierto de los resultados de un proceso racional y a los resultados positivos que éste arroja, es factible la

⁶⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁶ *Idem*.

institucionalización de procedimientos de decisión como la legislación parlamentaria, de tal modo que los límites del discurso jurídico⁶⁷ no lo priven de su carácter de procedimiento racional. Esto es importante tomarlo en cuenta porque las decisiones jurídicas que aplican leyes no razonables o injustas, no satisfacen las pretensiones de corrección que estas normas plantean; y esto además es grave, ya que como fue explicado con anterioridad, cuando se resuelve un caso aplicando una norma injusta o no razonable, la decisión que se toma es jurídicamente válida. En todos estos casos en los que de hecho principios formales exigen la sumisión a leyes injustas o no razonables, las decisiones que se toman, en términos del autor, sufren de defectos jurídicos, pues no son decisiones jurídicamente perfectas.⁶⁸

Alexy plantea un procedimiento racional semejante al que Habermas ha estructurado con pretensiones de universalización. Este procedimiento, como ha sido explicado por Robert Alexy, propone una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La base de esta conexión se encuentra en la pretensión de corrección ya que, como vimos, esta pretensión tiene un carácter definitorio para los sistemas jurídicos en su conjunto. Para Alexy, el explicar esta pretensión de corrección dentro del marco de la teoría del discurso, deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista.⁶⁹

Expliquemos más claramente, a través de Luis Prieto Sanchís, la idea de la moral y el derecho que Habermas desarrolla:

⁶⁷ Según Robert Alexy, el discurso jurídico, al igual que el discurso práctico general, tiene sus límites en cuanto a que no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso particular. Por ello, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico es una pretensión limitada, relativa por pertenecer a un determinado momento temporal, y en la mayoría de los casos el procedimiento no puede ser realizado en la práctica; pero estas dificultades que ponen límites al discurso jurídico, no desacreditan el discurso jurídico, toda vez que el procedimiento discursivo cumple al menos una función negativa, es decir, señala límites que no pueden ser franqueados.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁶⁹ *Idem*.

Luis Prieto Sanchís, en *Constitucionalismo y Positivismo*, intenta explicar el planteamiento que Habermas hace sobre la moral y el derecho y la legitimidad de éste. En términos de Prieto Sanchís, lo que gráficamente Habermas denomina la emigración de la moral al seno del derecho positivo tiene justamente ese efecto: lo que antes era un juicio moral sobre la justicia de la norma se convierte ahora en un juicio jurídico sobre la validez de la misma, ocasionando que los problemas de fundamentación moral se desplacen y casi se circunscriban ahora al debate constituyente. Esto trae como consecuencia que al positivizarse el derecho, la argumentación de éste ya se ofreció en el proceso parlamentario, por lo que el manejo técnico del derecho queda ya libre de la carga de la argumentación.⁷⁰

Este autor opina que el valor moral se predica hoy de la norma de reconocimiento y, en suma, en los estados modernos, de la Constitución asentada en la democracia y en el respeto por los derechos: el sistema jurídico precisa en su conjunto de un anclaje en instituciones básicas capaces de legitimarlo.⁷¹ Para Habermas, en los estados Constitucionales estas instituciones básicas se han traducido, principalmente en los derechos fundamentales y en el principio de la soberanía popular.⁷²

Así, Prieto Sanchís opina que la legitimidad constitucional de las leyes, que es también una legitimidad de contenido y no sólo de procedimiento, obliga a matizar, pero quizás no desvirtúa por completo la afirmación de que, en último término, el nexo esencial entre moral y derecho está constituido por la autoridad, es decir, por el ropaje moral de la pretensión de corrección de la autoridad; esta pretensión de corrección significa, en términos de Habermas, que las autoridades encargadas de crear el derecho tienen que dirigirse con las pretensiones de validez suficientes que en último momento generen una reacción de conformidad general, misma que les da la legitimidad necesaria para

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 66.

⁷¹ *Ibidem*, p. 67.

⁷² Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, 1981, tomo II, p. 252.

ser respetadas por todos. Con posterioridad, Prieto Sanchís afirma que esta cuestión es indispensable porque en los actuales sistemas, hablando específicamente de los europeos, los jueces no están facultados para desaplicar, sin más una ley procedente de la autoridad y que sea contraria a lo esperado por la comunidad, por ejemplo, un principio de derecho. Cuando esto sucede, se debe invariablemente plantear una pregunta al Tribunal Constitucional.⁷³

Lo que Prieto Sanchís intenta decir con este ejemplo, respecto de los jueces que no pueden desaplicar una ley, es básicamente que se requiere que las normas jurídicas se ofrezcan ya como pretensiones de validez que se discutieron con suficientes argumentos en el proceso legislativo y que, por lo tanto, están racionalmente motivadas y han generado un sentimiento de aceptación general.

Si esto no es así, es decir, si la norma no deriva de un procedimiento racionalmente motivado, el juez en su momento no podrá desaplicar una ley, aunque esta genere un descontento en la sociedad y se considere injusta. Esto porque en los sistemas modernos la división de poderes especializa cada actividad que los gobiernos desempeñan en sus diversos ámbitos, impidiendo que un mismo órgano realice dos actividades de naturaleza diversa, en este caso impiden que el juez decida los casos y legisle al mismo tiempo.

Prieto Sanchís dice que existe una conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, de manera que en la definición de aquél resulta inexcusable constatar la presencia de un elemento de justicia y de obligatoriedad moral; justicia y obligatoriedad que, si bien ya no se exigen como requisitos de la existencia o validez de toda norma jurídica, si son, al menos, indispensables para la existencia del derecho en su conjunto: sin un mínimo de justicia o de pretensión de corrección moral, sencillamente no es posible hablar de derecho, sino acaso de la fuerza desnuda de una banda de malhechores. Dado que el

⁷³ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo Op. cit.*, p. 69 y 70.

derecho aparece como mínimamente justo, genera también una obligación moral de obediencia.⁷⁴

Cuando el autor hace esta afirmación, precisa la clase de moral a la que se refiere, y señala que se refiere a una moral social, y la define de la siguiente manera:

La moral social puede identificarse con la concepción de la justicia mayoritariamente sentida por la comunidad o, al menos, asumida por un grupo importante de quienes ejercen el poder de dictar normas y de aplicarlas, y esta moral en forma alguna resulta indiferente para la existencia del derecho como tal derecho.⁷⁵

Sin embargo, es aquí en donde Prieto Sanchís difiere de la forma tan particular con la que Habermas trabaja la moral. Cuando Habermas señala que, efectivamente el derecho tiene una relación estricta y necesaria con la moral, lo atribuye a la racionalización de los procedimientos a través de los cuales se genera este derecho y que por ello lo vinculan a aspectos morales. Esto es, Habermas no se refiere a que el derecho tiene una vinculación con la moral porque recoge todo el conjunto de valores que definen a una sociedad determinada, sino que el derecho tiene un contenido moral porque deriva de un procedimiento racional en el que todos los participantes han quedado de acuerdo, han motivado las razones por las que una disposición debe decir tal o cual cosa, asumiendo, a su vez, que esto sería aceptado por todos los posibles afectados. Esta racionalización del procedimiento es lo que vincula al derecho con la moral.

Entonces, no hay que confundir la propuesta de Habermas de ubicar a la moral dentro de los procedimientos mismos de creación del derecho, porque es esto lo

⁷⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 72.

que nos permitirá explicar con precisión la idea de Habermas de la tensión entre facticidad y validez en el derecho.

Con posterioridad, Prieto Sanchís afirma algo importante a saber y que Habermas ha dejado claro en su análisis de la moral:

Que la sola fuerza no es del todo funcional para el mantenimiento de un sistema de poder.... el convencimiento integra y fortalece el sistema, a la vez que hace menos necesario el uso de la fuerza (...). Esto significa que el mantenimiento del sistema jurídico no requiere únicamente fuerza, sino también legitimidad, es decir, requiere una razón o título en virtud del cual el poder dicta sus mandatos y recaba la obediencia a los mismos por parte de los destinatarios.⁷⁶

Y esta moral de que habla Prieto Sanchís, no podemos confundirla con la explicación que Habermas nos ha dado, ya que esta moral social, según Prieto Sanchís, funciona de la siguiente manera: todo sistema de legalidad, por de pronto, incorpora y realiza a través de sus normas un determinado sistema de legitimidad: detrás de todo derecho y de todo estado hay siempre una concepción del mundo, unos y otros valores, y por supuesto que, vinculados a ellos, unos u otros intereses" (...); lo que, desde luego, no impide el análisis crítico de los sistemas de legitimidad, tanto de los incorporados a una legislación positiva como de los aceptados y vividos como tales en una colectividad determinada. En suma, el derecho y el poder necesitan algún género de racionalización y de justificación para seguir afirmándose como hecho de fuerza, pero eso sí, vale cualquier género de justificación: el derecho necesariamente apela a la moral, pero a la moral social o a la de los operadores jurídicos, que históricamente ha presentado y presenta los más variados contenidos y perfiles, algunos que hoy nos parecen abiertamente inmorales.⁷⁷

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 72 y 73.

En el siguiente párrafo, Prieto Sanchís explica la moral procedimental de Habermas, pero nuevamente inserta esa moral social que él considera indispensable para cualquier orden jurídico. Este autor explica que esa moral procedimental de que habla Habermas es característica de los Estados modernos, o más bien se concibe a partir de una nueva concepción del derecho en los estados modernos, por lo que no podemos encontrarla en los ordenes jurídicos antiguos; sin embargo, según este autor, con lo que si ha debido y debe contar cualquier orden jurídico, (moderno o antiguo) es con esa moral social que recoge los valores de la sociedad y los incorpora al derecho.

Habermas recurre a la imagen de la emigración de la moral al interior del derecho para poner de relieve que el orden jurídico, mediante la racionalización que supone el proceso democrático, es un instrumento al servicio de la legitimidad y, en suma, de la realización de la moral procedimental asentada en la soberanía popular y en el respeto a los derechos. Sin embargo, y aunque a veces pueda parecer otra cosa, esa racionalidad procedimental de tipo ético (Habermas, 1987, p. 172) que encarna en el sistema jurídico no es propiamente una exigencia para la existencia de todo derecho, sino sólo un requisito del derecho moderno; éste no podría cumplir su función integradora, ni ser comprendido autónomamente de la política, si no incorporase lo que Nino llama "la moral positiva de la modernidad". Pero esto no significa que todo derecho haya de cumplir esa condición, pues en ese caso el derecho primitivo o el derecho medieval no merecerían el calificativo de órdenes jurídicos. Al parecer, lo que ha de satisfacer todo derecho es una cierta conexión con la moral, pero esta puede ser cualquier moral. La legitimidad representa una condición del derecho y que, por tanto, éste no puede ser concebido al margen por completo de la moral; pero de donde se deduce también que tanto aquella legitimidad como esta moral remiten a modelos históricos o socialmente vigentes, tan vigentes como pueda ser el derecho positivo; es decir, remiten a la moral social y no a la moral crítica.⁷⁸

⁷⁸ *Ibidem*, p. 75.

Y esto no significa que Habermas no contemple esa necesidad de que se recojan los valores que imperan en una sociedad; Habermas ofrece un tipo de procedimiento que sea racional, es decir, que cumpla con ciertas condiciones y principios básicos que permitan a los individuos de una sociedad sentirse autolegisados, es decir, trata de estructurar un modelo de procedimiento que genere en los individuos ese sentimiento de autolegisación, traducido este sentimiento en una aceptación general. Si esto sucede, implícitamente se está recogiendo toda esa cotidianeidad social que hace congruente al derecho con la forma de vivir de una sociedad. Ciertamente, para Habermas es importante ofrecer un procedimiento racional que permee a discursos morales y sirva para crear un derecho tal que logre una verdadera integración de la sociedad.

En resumen, podemos concluir que Habermas definitivamente vincula al derecho con la moral, pero tal conexión se centra ya en un plano en el que tratan de resolverse cuestiones fundamentales que ocupan a los Estados Constitucionales modernos. De esta forma, Habermas desarrolla una idea muy particular y novedosa sobre la relación que guarda el derecho con la moral, ubicando a esta no ya como fuente del derecho positivo, sino inmersa en procedimientos en los que participan todos los interesados en ponerse de acuerdo sobre las reglas que habrán de gobernarlos, en donde predomina invariablemente el mejor argumento.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENSIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

2. Introducción.

Quizá la forma más apropiada de abordar el tema de la tensión entre facticidad y validez en Habermas, es ayudándonos de su teoría de la acción comunicativa. Cuando analizamos la teoría de la acción comunicativa, encontramos que existe una idea constante en Habermas: "entenderse". En Habermas es manifiesta la preocupación de que las sociedades se entiendan y por ello no existe otro camino que el de la comunicación, misma que presupone la existencia del lenguaje. Pero esta necesidad de entenderse tiene una razón de fondo en Habermas, el entendimiento lleva a las sociedades a integrarse para coordinarse como grupo social con una identidad definida y, a su vez, hacer posible que cada quien, en coordinación con el grupo social al que pertenece, alcance los fines y metas que se ha propuesto en su proyecto personal de vida.

Esta necesidad de que una sociedad se entienda y se integre, es fundamental en las sociedades modernas que son presas del desarrollo económico y social impuesto por el capitalismo, al que no le han importado las consecuencias socialmente desintegradoras de tal desarrollo.⁷⁹

Detrás de estas consecuencias socialmente desintegradoras se esconde el uso de una razón práctica como una capacidad subjetiva referida a la felicidad individualmente entendida y en obediencia a una moral propia del individuo. Habermas desarrolla en la Teoría de la Acción Comunicativa un concepto de racionalidad que pretende ser capaz de emanciparse de los supuestos subjetivistas e individualistas que han atado a la filosofía y a la teoría social moderna. La Teoría de la Acción Comunicativa se ofrece como un buen sustituto de la razón práctica, diseñándose como un medio lingüístico mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, haciendo

⁷⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, *Op. cit.*, pp. 11 a 13.

posible la razón comunicativa y de esta forma, actuando como medio idóneo para lograr la finalidad antes mencionada, la integración social.⁸⁰

En este segundo capítulo, nuestra exposición de la tensión entre facticidad y validez descansará primordialmente en el análisis de los procesos de comunicación inscritos en una sociedad. Por ello, iniciaremos explicando la tensión entre facticidad y validez que se presenta en procesos básicos de comunicación, pasando después a explicar la tensión entre facticidad y validez en contextos de sociedades más complejas, para lo cual, nos basaremos en lo expuesto en la teoría de la acción comunicativa.

2.1. La tensión entre facticidad y validez en el lenguaje.

Ubicados en un plano básico de comunicación, imaginemos a varios individuos que platican o exponen una situación determinada, manifestando sus ideas y posturas sobre cualquier asunto. Cuando los hablantes expresan sus ideas, quienes comparten la conversación, pedirán que lo que se dice se argumente con suficientes razones, criticando lo que ha sido expuesto y hasta presentando ideas diferentes, para lo cual tendrán también que exponerse los argumentos y razones que respaldan tales posturas. De esta forma los individuos se comunican y se ponen de acuerdo sobre eso que les interesa y que han elegido como tema de discusión.

Cuando los sujetos afirman sus ideas ante una comunidad de habla, vinculan a éstas siempre una pretensión, una intención de verdad, dando a conocer con ello su convicción de que en caso necesario, ese enunciado puede fundamentarse, es decir, puede defenderse con todas las razones que lo respaldan. Es por ello por lo que una pretensión de validez se relaciona directamente con la idea de argumentación, por llevar siempre implícita la intención de argumentar lo que se afirma. Todo aquello que se exprese sin un

⁸⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 63 a 65.

mínimo de pretensión de validez, carecerá en su momento de buenas razones para ser argumentado y defendido contra cualquier crítica o ataque. Son entonces los mismos hablantes quienes generan la tensión entre facticidad y validez, pues son ellos los que tienen la capacidad de comunicarse, haciendo uso de todas las reglas del lenguaje que les son conocidas.⁸¹

Manuel Atienza explica de forma clara lo que Habermas expone como una pretensión de validez. Para este autor, en todo acto de habla dirigido a la comprensión mutua, el hablante pretende que lo dicho por él sea válido o verdadero, erigiendo con ello una pretensión de validez. En este sentido, en términos de Atienza, el significado de una pretensión de validez varía de acuerdo a la forma en la que sea planteada, dependiendo del tipo de acto de habla de que se trate. Así, hay actos de habla constatativos, que son los que afirman, refieren o narran, en cuyo caso, el hablante pretende que su enunciado sea verdadero; hay actos de habla regulativos, que son a través de los cuales se exige, se manda o se amonesta, pretendiéndose en este caso que lo mandado o exigido sea correcto; hay también actos de habla representativos, mismos que revelan, descubren, admiten, engañan, etc., en cuyos casos se pretende que lo que se diga sea sincero o veraz. En todos estos actos de habla se plantea siempre una pretensión de inteligibilidad. Manuel Atienza señala que en los actos de habla consensuales, en resumen, se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez: a) el hablante tiene que elegir una expresión inteligible para que el hablante y el oyente puedan entenderse entre sí; b) el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; c) el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en su emisiones (confiar en él); d) el hablante tiene que emitir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y

⁸¹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, *Op. cit.*, p. 25 y 26.

oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido.⁸²

Es de gran importancia mencionar aunque sea brevemente que Habermas, al desarrollar su trabajo de la tensión entre facticidad y validez en el lenguaje, se inspira en la teoría de los actos de habla de John Austin. Austin introduce por vez primera un concepto que lo llevó a construcciones teóricas más elaboradas: la emisión ejecutiva, realizativa o preformativa. Austin distingue dos tipos de expresiones: 1) expresiones constatativas y 2) expresiones ejecutivas (preformativas). Mientras que las primeras sirven para describir los hechos y las cosas-pudiendo ser, en consecuencia, verdaderas o falsas-, las segundas se utilizan, no para decir cómo son las cosas, sino para ejecutar alguna acción.⁸³

Pero Austin dio un giro en sus ideas reconsiderando que decir algo es hacer algo, y desarrolló tales ideas a través de su teoría de los actos del habla, misma que se resume de la siguiente forma:

Austin distingue tres tipos de actos que podemos realizar cuando proferimos una emisión:

- 1) Acto locutivo o locucionario, es decir, el acto de decirlo, el acto que consiste en emitir ciertos sonidos con cierta entonación o acentuación (aspecto fonético), sonidos que pertenecen a un vocabulario y que se emiten siguiendo cierta construcción (aspecto fático), teniendo además asignado cierto sentido y referencia (aspecto rético).

- 2) Acto elocutivo o ilocucionario, es decir, el acto que llevamos a cabo al decir algo, como puede ser prometer, advertir, afirmar, felicitar, bautizar,

⁸² Manuel Atienza, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Cuadernos y Debates No. 31, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 180.

⁸³ Juan Ramón de Páramo Argüelles, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. p. 11.

saludar, insultar, definir, amenazar, etc. En este caso se habla también de fuerza elocutiva como característica del acto locutivo.

- 3) Acto perlocutivo o perlocucionario, es decir, el acto que llevamos a cabo porque decimos algo, por ejemplo intimidar, convencer, ofender, apenar, etc. Así pues, este acto consiste simplemente en los efectos que tienen nuestros actos lingüísticos.

Y bien, inspirado Habermas en el trabajo de Austin que hemos esbozado muy brevemente, señala que una pretensión de validez, al pretender ser verdadera, correcta, veraz e inteligible, se liga estrechamente a lo que la misma sociedad ha considerado como verdadero, correcto, veraz e inteligible. Esta circunstancia nos indica que la idea de verdad que lleva implícita una pretensión de validez, se respalda en las creencias propias de la sociedad de que se trate y desde la cual se plantean las pretensiones de validez. Esto significa que por encima de las representaciones privadas de un individuo, existe un mundo de nociones e ideas ya elaboradas conforme a las cuales ha de organizarse. El individuo cuenta con todo un reino intelectual del que participa, pero que lo sobrepasa⁸⁴. Estas afirmaciones nos conducen inevitablemente a la explicación de "el mundo de la vida".

Quienes hablan, es decir, quienes participan en un proceso de comunicación con la finalidad de ponerse de acuerdo sobre algo, siempre presuponen de manera inconsciente ciertas circunstancias que les son indispensables para poder comunicarse; Habermas llama a esta forma de presuponer de manera inconsciente, una "idealización". Los sujetos al comunicarse, inevitablemente atribuyen a sus expresiones significados idénticos, asocian a sus manifestaciones una pretensión de validez que trasciende el contexto⁸⁵, suponen

⁸⁴ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp. 104 y 105.

⁸⁵ Trascender el contexto significa que los hablantes se apartan de sus consideraciones particulares y se sitúan en un terreno común de presuposiciones que respaldan en todo momento la comunicación sin que los mismos hablantes se percaten de ello.

a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, tanto frente a sí mismos como frente a los demás, etc.⁸⁶

Sobre estas idealizaciones que los sujetos llevan a cabo, vale la pena una explicación detallada, ya que es aquí donde encontraremos la tensión entre facticidad y validez:

a) Una de las idealizaciones fundamentales que se lleva a cabo por quienes hablan, consiste en que dentro del proceso de comunicación, quienes actúan comunicativamente deben hacerlo dentro de un contexto de significados idénticos; esto se traduce en que los hablantes se apartan de sus representaciones personales al comunicarse, por encontrarse ya inconscientemente en un contexto de idealizaciones en donde lo que se habla significa lo mismo para todos. Habermas llama a esta actividad inconsciente de los hablantes una "idealidad de significado"; esta idealidad de significado se presenta en el momento conforme al que el pensamiento trasciende los límites de la conciencia empírica individual y el momento de independencia del contenido del pensamiento respecto de la corriente de vivencias de un individuo. Esta es una presuposición que tiene que asumirse porque los miembros de una comunidad de lenguaje han de partir en la práctica de que hablantes y oyentes pueden entender de forma idéntica una expresión gramatical.⁸⁷

Aquí cabe preguntarnos cómo es posible esta primera idealización, es decir, cómo pueden mantenerse significados idénticos. Sobre esta interrogante, podemos decir que lo que a un pensamiento que exponemos lo distinguimos como universal, es decir, le permite ser entendido de manera inmediata por la comunidad de lenguaje a la cual va dirigido, es ese uso común de signos lingüísticos y reglas gramaticales.⁸⁸

⁸⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*. *Op. cit.*, p. 66.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.*

b) En un acto de habla en el que los participantes buscan entenderse sobre algo, surge siempre la necesidad de que lo que se afirme sea verdadero o válido, según el acto de habla de que se trate, como ya explicamos con anterioridad. Esta idealidad la ha llamado Habermas "idealidad de verdad veritativa". Habermas afirma que todo pensamiento exige una ulterior determinación: cabe preguntar si es verdadero o falso.⁸⁹

El único camino para comprobar la verdad o validez de lo que se dice, es el de la argumentación. Los individuos que busquen entenderse entrarán siempre en una dinámica de argumentación para respaldar las pretensiones de validez que han expuesto. En esta argumentación, al igual que en la idealidad del significado, los hablantes trascienden los criterios particulares del entendimiento mutuo. Esto significa que la argumentación tiene que respaldarse y de hecho se respalda en la referencia a un terreno común de pensamientos, pero independiente de las vivencias de cada uno en particular.⁹⁰ Es aquí cuando Habermas nos introduce a la idea del mundo de la vida:

El mundo como conjunto de los hechos posibles se constituye solamente para una comunidad de interpretación cuyos miembros se entienden entre sí sobre algo en el mundo dentro de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido.⁹¹

Como vemos, la necesidad de que los hablantes argumenten⁹² lo que afirman, los traslada forzosamente al terreno del "mundo de la vida", y este es aquel en el que los hablantes se sitúan inconscientemente cuando dialogan, es aquel en el que se plantean recíprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con ese mundo objetivo que pertenece a todos los que hablan, ya que en él

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

⁹² Ver Aienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Op. cit., pp. 181 y 182.

pueden criticar y exhibir los fundamentos de sus pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo.

Para Habermas la argumentación no representa sólo una serie de proposiciones, la argumentación para él es de suma importancia porque representa una serie de actos de habla que se traducen en un tipo de interacción que genera comunicación. Y es importante entender la argumentación de esta forma porque con esta comunicación que la argumentación genera, los participantes se someten a sí mismos a la "coacción no coactiva" del mejor argumento, con la finalidad de llegar a un acuerdo. Y lo importante es que este acuerdo representa un "consenso racional", resultado no de las consideraciones particulares de los hablantes, sino resultado de haberse sometido dichos hablantes al peso de la evidencia y a la fuerza de la argumentación. El acuerdo al que se llegue, será un acuerdo objetivamente válido porque cualquier sujeto racional puede estar de acuerdo con él.⁹³

Fernando Vallespín entiende el mundo de la vida de Habermas como el lugar donde se produce el conjunto de interpretaciones intersubjetivas que constituyen un núcleo común de conocimientos implícitos, mismos que contribuyen a dotar de sentido a la existencia y que constituyen el horizonte de cualquier entendimiento cognitivo y práctico.⁹⁴

Así, el mundo de la vida es un mundo de realidad que el adulto da simplemente por descontado, es decir, ni siquiera se percata de que cuenta con él. Y por descontado debe entenderse aquello que vivimos sin cuestionarlo a cada momento, esto es, aproblemático.⁹⁵ Ese mundo de la vida constituye un contexto mediato, en relación con aquello que en una situación se dice, con aquello de que en una situación se habla, o con aquello que en una situación se

⁹³ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 179.

⁹⁴ Fernando Vallespín, "Habermas en doce mil palabras", *Op. cit.*, p. 58.

⁹⁵ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 186.

discute, y que ciertamente resulta accesible en principio, pero que no pertenece al ámbito de relevancia temáticamente delimitado de una situación de acción.

Esto significa que las situaciones poseen siempre un horizonte⁹⁶ que se desplaza con el tema, pero son limitados los fragmentos del mundo de la vida que caen dentro del horizonte de una situación, constituyendo un contexto de acción orientada al entendimiento que puede ser tematizado⁹⁷ y aparecer bajo la categoría de saber. Así, el mundo de la vida aparece como un depósito de autoevidencias o de convicciones incuestionadas de las que los participantes en la comunicación hacen uso en los procesos cooperativos de interpretación. El mundo de la vida se transmite culturalmente y se organiza lingüísticamente.⁹⁸

El mundo de la vida nos sirve para explicar la forma en la que se presenta la tensión entre facticidad y validez. Cuando los hablantes inconscientemente penetran en ese mundo de la vida y formulan los argumentos para probar sus pretensiones de validez, esas idealizaciones que forman el mundo de la vida son un influjo que penetra en la acción comunicativa, es decir, penetra en el terreno de lo fáctico, y al formar el entorno en el que los hablantes se desplazan, las idealizaciones ponen límites a los participantes, presionando su campo de acción y obligándolos a moverse en un horizonte delimitado de saber⁹⁹; así, la idea entra en tensión con la realidad en búsqueda de un verdadero entendimiento, como diría Habermas:¹⁰⁰

⁹⁶ Cuando Habermas habla de un horizonte, se refiere a todo un contexto cultural que hay detrás del individuo, ver *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, *Op. cit.*, pp. 33 y 36.

⁹⁷ Habermas utiliza el término tematizar como sinónimo de problematizar, es decir, todo aquello que es susceptible de discutirse se tematiza, se vuelve controvertido, se tiene que argumentar sobre eso que se dice porque se ha convertido en tema de una situación determinada.

⁹⁸ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp. 174, 176 y 179.

⁹⁹ Y esta delimitación de saber se debe a que el individuo entabla tres tipos de relaciones en el mundo: el sujeto puede relacionarse con algo que tiene lugar o puede ser producido en el mundo objetivo; con algo que es reconocido en el mundo social compartido por todos los miembros de un colectivo; o con algo que los otros actores atribuyen al mundo subjetivo del hablante, al que éste tiene acceso privilegiado.

¹⁰⁰ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 66.

Una vez que los significados y pensamientos han sido hipostatizados convirtiéndolos en objetos ideales, las relaciones entre los mundos, tanto la relación de la exposición de los hechos, como la relación de la aprehensión y enjuiciamiento de los pensamientos, plantean arduos y pertinaces problemas.¹⁰¹

El mundo de la vida como depósito de autoevidencias, como marco de referencia en el que los individuos de una sociedad se mueven sin percatarse de ello, representa un mecanismo único a través del cual el individuo en particular y la sociedad en su conjunto, evolucionan en un tiempo y en un espacio determinado.

El mundo de la vida se reproduce en las sociedades a través de la cultura, encargándose de que las nuevas situaciones que se presenten queden puestas en relación con los estados del mundo ya existentes: asegura la continuidad de la tradición y da coherencia al saber que se utiliza en la práctica comunicativa cotidiana.¹⁰²

Como hemos visto, el mundo de la vida es también un integrador de la sociedad, ya que se encarga de que las situaciones nuevas que se presenten en la dimensión del espacio social queden conectadas con los estados del mundo ya existentes, cuidando que las acciones de los individuos queden coordinadas a través de relaciones interpersonales legítimamente reguladas y dando continuidad a la identidad de los grupos, reflejada ésta en la práctica comunicativa cotidiana.¹⁰³

Y finalmente, el mundo de la vida influye de manera directa en la socialización de los individuos, encargándose de que las nuevas situaciones que se producen en la dimensión del tiempo histórico queden conectadas con los estados del

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰² *Ibidem*, p. 200.

¹⁰³ *Idem*.

mundo ya existentes, asegurando a las generaciones siguientes la adquisición de capacidades generalizadas de acción y sintoniza las vidas individuales con las formas de vida colectivas.¹⁰⁴

Por todo lo que hemos ya expuesto sobre el mundo de la vida, es fácil comprender que en éste se establezca la tensión entre facticidad y validez, toda vez que al estar los individuos inmersos en un contexto común de mundo de la vida (en donde existen situaciones y patrones de conducta asumidos por todos), al integrarse, socializarse y compartirse la cultura a través de él, se disminuye la posibilidad de disenso, toda vez que la validez de determinadas ideas o afirmaciones se nos impone por ese mundo de la vida que corresponde al mundo de las idealizaciones inconscientes que hemos asumido como miembros de una sociedad.

2.1. 2. Generalización de valores.

Hasta aquí hemos podido concluir que en procesos sencillos de comunicación los disensos que pueda haber entre hablantes sobre una situación determinada, quedan apagados en ese mundo de la vida que se encuentra detrás de todo hablante y al que éste se refiere sin percatarse de ello. Sin embargo cabe preguntarnos si a través de la comunicación y con ayuda de ese mundo de la vida común pueden evitarse disensos entre grupos más complejos que tratan de entenderse, o bien es importante comentar qué sucede en sociedades grandes en las que el mundo de la vida ya no es el mismo para todos.

Efectivamente, con la estructura de las sociedades modernas, se crean muchas y muy diversas formas de vida, surgiendo con ello mundos de la vida muy diversos, lo que ya no permite que a través de estos se establezca la tensión que hemos venido explicando, aumentando cada vez más el riesgo de disenso

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 201.

y de que los procesos de comunicación se rompan y se diluya el entendimiento. Habermas explica esta problemática que presentan las sociedades modernas, en cuanto a lo complejo de sus estructuras que ya no permiten el entendimiento y la coordinación de acciones a través de procesos simples de comunicación, exponiendo el proceso de generalización de los valores.

La generalización de los valores consiste en que las orientaciones valorativas que se exigen a los individuos en la sociedad, se hacen cada vez más generales y formales en el curso de la misma evolución de la sociedad. Esto obedece a una necesidad que exige la estructura social de una evolución moral y jurídica que asegura el consenso para los casos de conflicto. Y esto es comprensible porque ni siquiera los sistemas de interacción más simples funcionan sin un cierto grado de orientaciones de acción generalizadas. En toda sociedad se plantea el problema básico de la coordinación de la acción, como veremos a continuación.¹⁰⁵

La sociedad civil moderna exige un nivel más elevado de generalización de los valores. En la medida en que la eticidad tradicional se escinde en moralidad y legalidad, para el ámbito de las relaciones privadas se exige la aplicación autónoma de principios universales, y para la esfera profesional la obediencia al derecho positivamente estatuido. Y mientras que en el origen los motivos de los agentes son controlados por las orientaciones valorativas concretas propias de los roles de parentesco, la generalización de motivos y valores llega finalmente tan lejos, que la obediencia abstracta al derecho es la única condición normativa que el actor ha de cumplir en los ámbitos de acción formalmente organizados.¹⁰⁶

Esta generalización de los valores origina en el plano de la interacción dos tendencias contrapuestas: por una parte, aumenta la generalización de motivos y valores; y por la otra, se desliga la acción comunicativa de patrones normativos

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 253.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 254.

de comportamiento concretos. Con esta desconexión, la carga de la integración social se desplaza hacia los procesos lingüísticos de formación de consenso.¹⁰⁷

La generalización de los valores es una forma de coordinación que resulta necesaria para desencadenar el potencial de racionalidad que la acción comunicativa trae consigo. Esto nos ayuda a entender la evolución de la moral y el derecho, de la que la generalización de los valores depende como un aspecto de la racionalización del mundo de la vida.¹⁰⁸

Cuando se separa la acción comunicativa de las orientaciones particulares de valor, se presenta simultáneamente la separación entre acción orientada al éxito y acción orientada al entendimiento. Con la generalización de motivos y valores queda abierto el camino para la formación de subsistemas de acción racional con arreglo a fines. Con esta separación de acciones orientadas al éxito y acciones orientadas al entendimiento, crece la necesidad de coordinación, para lo cual puede echarse mano, o bien del entendimiento lingüístico, o bien de mecanismos que suplan las deficiencias en la comunicación y reduzcan los riesgos de disentimiento. Pero ya vimos que el mecanismo de integración a través de procesos de comunicación basados en el lenguaje, sólo es posible en grupos pequeños, por lo que Habermas ofrece el derecho como mecanismo idóneo de integración de las sociedades modernas.¹⁰⁹

2.2. La tensión entre facticidad y validez en el derecho.

La necesidad de generalizar los valores nos explicó la razón por la cual en sociedades desarrolladas estructuralmente, ya no es posible respaldar el entendimiento únicamente en procesos de comunicación que a su vez se respaldan en un mundo de la vida común que se transmite a través de la cultura

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Para Habermas la racionalización del mundo de la vida significa la transformación del mundo de la vida y que resulta de la creciente diferenciación entre cultura, sociedad y personalidad, Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp. 254 y 255.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 255.

y la socialización. La complejidad de las sociedades impone una multiplicación de tareas y de roles, mismos que generan una diversidad de intereses; en esta diversidad de intereses la acción comunicativa, como ya vimos con anterioridad, queda liberada, desligándose de esos espacios concretos de comunicación en los que se podía exigir un tipo determinado de comportamiento, tal y como lo advierte Habermas:¹¹⁰

Cuanto más aumenta la complejidad de la sociedad y se ensancha la perspectiva inicialmente restringida en términos etnocéntricos, con tanta más fuerza se produce una pluralización de las formas de vida y una individualización de las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida.¹¹¹

Así, las sociedades modernas se enfrentan a un serio problema: el de cómo coordinar las acciones en un orden social en el que, desde el punto de vista de los actores mismos, se establece una clara diferenciación entre la acción comunicativa (tras haberse vuelto difícil de utilizar para lograr el consenso en grupos cada vez más grandes), y relaciones regidas por interacciones que buscan únicamente la satisfacción de intereses personales de los individuos, denominadas por Habermas interacciones de tipo estratégico. Con esta pluralización de formas de vida, las certezas del mundo de la vida ya no son suficientes para lograr la integración de la sociedad.¹¹²

Planteado este escenario, advertimos que la creciente necesidad de integración social excede las capacidades que hasta ahora nos había ofrecido una acción comunicativa encaminada al entendimiento. Si tomamos en cuenta que este entendimiento es a lo único a lo que cabe recurrir para lograr la integración de

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 87.

¹¹² *Ibidem*, pp. 87 y 88.

las sociedades modernas basadas en la economía¹¹³, en las que socioestructuralmente son imprescindibles todas esas acciones orientadas al éxito personal de los individuos, llegaremos a la conclusión de que se requiere insertar la acción comunicativa en contextos más seguros que aquellos del mundo de la vida.¹¹⁴

Pero antes de entrar al análisis del derecho como mecanismo idóneo para regular las acciones de individuos integrantes de sociedades modernas, es importante mencionar qué debemos entender por una sociedad compleja o estructuralmente diferenciada y, a su vez, qué significa que este tipo de sociedades se encuentren basadas en la economía.

2.2.1. Sociedades complejas y economía capitalista.

Habermas señala que la diferenciación¹¹⁵ de la estructura social proviene en gran parte del ámbito de reproducción material. Los sistemas sociales precisan de coordinación para llevar a cabo acciones de intercambio, a efecto de atender correctamente el aspecto material del mundo de la vida, referente a la producción y distribución de bienes.¹¹⁶

De esta forma, a medida que la economía en los gastos y la eficacia en la utilización de los medios se convierten en criterios intuitivos de la solución satisfactoria de tareas, se estimula la identificación y especificación funcional de las tareas de los miembros y la correspondiente diferenciación de los resultados, trayendo como consecuencia la división del trabajo.¹¹⁷

¹¹³ Hablar de sociedades basadas en la economía, es hablar de sociedades en las que los individuos que las integran se dirigen a alcanzar su propio éxito y no el entendimiento y el consenso general sobre un proyecto de vida compartido.

¹¹⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 88.

¹¹⁵ Cuando Habermas habla de diferenciación, lo hace utilizando tal término como sinónimo de complejidad, de agravamiento, la diferenciación de una sociedad se explica con ese brinco que convierte a una sociedad sencilla, pequeña, agrupada, organizada exitosamente, en compleja y difícil de organizar por su multiplicidad de roles y actividades a las que ha quedado sometida.

¹¹⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 255.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 226.

Lo que para los miembros de una sociedad aparece como una simple división del trabajo, inducida por las tareas tan diferentes que cada uno tiene a su cargo, desde una perspectiva de la estructura del sistema social en su conjunto, o sea desde una perspectiva sistémica,¹¹⁸ se trata de un incremento de la complejidad social. De esta forma, en términos de Habermas, los mecanismos para que una sociedad primitiva aumente su complejidad, son el poder y el intercambio.¹¹⁹

En estas sociedades complejas, el sistema económico capitalista marca la eclosión de un nuevo nivel de diferenciación sistémica; debe su nacimiento a un nuevo mecanismo: al medio de control sistémico que es el dinero.

Como se observa, es importante contar con una descripción del significado de un sistema económico capitalista, a efecto de comprender la razón por la que Habermas advierte la necesidad de integración social de sociedades basadas en la economía, y esta descripción podemos organizarla de la siguiente manera:

- La economía capitalista ya no puede entenderse como un orden institucional, lo que se institucionaliza es el medio de cambio¹²⁰, mientras que el sistema diferenciado a través de ese medio representa en su conjunto un fragmento de la sociedad exento de contenido normativo.¹²¹

¹¹⁸ Habermas para explicar la diferenciación de la estructura social utiliza la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, ya que esta teoría identifica a la sociedad organizada o dividida en sistemas cerrados; sin embargo, es importante dejar claro que esta teoría de sistemas se contrapone a lo expuesto por la teoría de la acción comunicativa de Habermas, ya que la teoría de sistemas supone que las discusiones pueden comprenderse más adecuadamente a partir de una aproximación de la teoría de sistemas más bien que a partir de una teoría del lenguaje, en razón de que una aproximación a partir de la teoría de sistemas no se detiene en la exigencia de condiciones ideales sino que puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso. En el apartado siguiente abordaremos brevemente el significado de la complejidad para la teoría de sistemas.

¹¹⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp. 226 y 227.

¹²⁰ Esto significa que se crean los instrumentos jurídicos necesarios para hacer posible el desarrollo y expansión del capitalismo.

¹²¹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 242.

- Mercados internos y externos los hay ya en las sociedades tradicionales, pero sólo con el capitalismo surge un sistema económico que hace transitar por canales monetarios, lo mismo el tráfico interno entre empresas que el intercambio de éstas con sus entornos no económicos, es decir, la esfera doméstica y el Estado.¹²²

- La institucionalización del trabajo asalariado, por un lado, y la del Estado Fiscal, por otro, le es tan esencial a la nueva forma de producción como el nacimiento de la empresa capitalista. Sólo cuando el dinero se transforma en un medio de intercambio, produce éste efectos generadores de estructuras.¹²³

- La economía sólo puede constituirse como subsistema gobernado monetariamente en la medida en que regula el intercambio con sus entornos sociales a través del medio dinero. Esos entornos se forman para procurar el asentamiento del proceso de producción sobre el trabajo asalariado y el acoplamiento retroalimentativo del aparato estatal con la producción a través del cobro de impuestos.¹²⁴

- A través de los impuestos, el aparato del Estado se hace dependiente del subsistema economía, obligándolo a una reorganización que conduce, entre otras cosas, a que el poder político quede asimilado a la estructura de un medio de control sistémico, el poder queda asimilado al dinero.¹²⁵

De esta forma, y dada la libre capacidad de los grupos para organizarse en empresas, estas realizan el principio de la asociación voluntaria, que es lo que posibilita formas autónomas de organización. En este sentido, se establecen

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Idem.*

determinadas condiciones que sólo quien las acepta y las asume puede convertirse en miembro de esos grupos formalmente organizados.¹²⁶

La consecuencia es que las organizaciones convertidas así en autónomas se independizan totalmente, a través de esos requisitos y condiciones aceptadas en bloque que imponen para asociarse a ellas, de los contextos comunicativamente estructurados del mundo de la vida, de las orientaciones valorativas concretas y de las disposiciones concretas de acción, siempre virtualmente conflictivas de las personas que las componen, las cuales se ven así desplazadas y convertidas en tan solo una parte de la organización.¹²⁷

Habermas sostiene que en estas sociedades, la moral y el derecho tienen la función de encauzar los conflictos abiertos a efecto de que no sufra quebranto el fundamento de la acción orientada al entendimiento y con ello la integración social del mundo de la vida, como veremos a continuación.¹²⁸

Pero la complejidad de una sociedad puede también analizarse desde el punto de vista sistémico, esto es, analizando a la sociedad como un sistema. Niklas Luhmann aborda la complejidad de las sociedades modernas a través de su teoría de sistemas, que aunque no es intención de este trabajo de tesis abordar con profundidad la Teoría de Sistemas de Luhmann, si veremos brevemente sus posiciones fundamentales. Veamos entonces el contenido de tal posición teórica.

2.2.2. La complejidad de la sociedad en la teoría de sistemas.

Previo al análisis de la descripción que Luhmann hace sobre los sistemas sociales y la complejidad de éstos, es importante mencionar brevemente que tal pensamiento se desarrolla en apego a la Teoría General de Sistemas y sus principales postulados, como veremos a continuación. La Teoría General de

¹²⁶ *Ibidem*, p. 243.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 254.

Sistemas, basada en una matemática simplificada, nace como un agregado conceptual altamente complejo y con pretensión de ser aplicable a todas las ciencias bajo dos premisas fundamentales: a) concebir la realidad como el producto de una variedad de sistemas que operan de manera simultánea, y b) aceptar el carácter necesariamente correlativo del conocimiento científico con respecto a la realidad.¹²⁹

La primer premisa supone ya una complejidad, toda vez que se asume la existencia del sistema, y toda construcción teórico-sistémica involucra elementos, relaciones selectivas y estados resultantes de esas relaciones selectivas entre los elementos. Paralelamente, la realidad recreada por la teoría es igualmente compleja al ser el producto de ese orden de relaciones elementales. El segundo compromiso, ordenado en el inciso b) es la derivación epistemológica resultante de la propia teoría de sistemas: si la realidad es concebida bajo la forma del producto de una serie finita de relaciones entre variables, una única perspectiva de observación- incluida la teoría general de sistemas- no es capaz de abarcarla en su totalidad pues supone siempre una serie de decisiones arbitrarias conscientes o inconscientes por parte del observador que intervienen en su interacción con la realidad a observar.¹³⁰

Pues bien, expuestos los principales principios con los que parte su desarrollo la Teoría General de Sistemas, abordemos la teoría de Luhmann. Este pensador desarrolla su teoría basado, principalmente, en la teoría de la autopoiesis de Maturana, la cual sostiene la posición de que ningún cambio de estado en el sistema puede ser generado desde fuera, ya que es el propio sistema el que por referencia a su propia organización y estructura "traduce" la complejidad proveniente del entorno a su propia complejidad y determina sus propias operaciones. De esta forma, para la teoría de la autopoiesis el sistema está

¹²⁹ Antonio Berthier, "La sociología de la complejidad de Niklas Luhmann", *conferencia dictada en la Universidad Autónoma Metropolitana- Azcapotzalco*, (13 de noviembre de 2001): 7 páginas, p.2. En línea. Tomado de la página inicial de Conocimiento y Sociedad. <http://www.conocimientoy sociedad.com>. (25 de junio de 2003).

¹³⁰ *Idem*.

“estructuralmente determinado”, su relación con el entorno es de presuposición mutua, no puede existir uno sin el otro, se encuentran acoplados y en muchos sentidos co- evolucionan pero nunca podrá establecerse entre ellos una relación causal. Maturana acuñó el término autopoiesis para designar esta estructura que se autodetermina y se autoproduce bajo la condición de su clausura con respecto a cualquier intervención externa. La teoría de la autopoiesis ha revolucionado la forma de abstraer a los sistemas dentro de diferentes campos de aplicación de las llamadas ciencias cognitivas.¹³¹

Bajo esta idea de autopoiesis del chileno Maturana, Luhmann trabaja ampliamente los sistemas sociales, con la pretensión de reconstruir la teoría de sistemas en tanto que aparato conceptual capaz de generar descripciones lo suficientemente complejas como para aspirar a absorber la complejidad de la sociedad moderna. Sin embargo, tal reconstrucción se encuentra subordinada a su verdadero y legítimo objetivo: brindar a la sociología un nuevo instrumento de observación con un grado mayor de complejidad y abstracción que le permita redefinir su objeto de estudio.¹³²

Para Luhmann, a diferencia de Habermas respecto del planteamiento que éste hace del mundo de la vida, el individuo participa de la sociedad, pero la sociología no puede colocarlo como principio explicativo del orden social en tanto que siempre supone “algo más” que sociedad: un sistema orgánico acoplado a una conciencia o sistema psíquico. Así, lo social no puede reducirse a lo orgánico ni a lo psíquico aunque presuponga la existencia de organismos y conciencias para poder existir. El mismo problema presenta la acción y sus esquemas de interpretación, ya que no toda la acción parece ser social y su interpretación de sentido hace depender a la sociología de elementos psicológicos externos a la acción misma como son las motivaciones, las

¹³¹ *Ibidem*, p. 3.

¹³² *Ibidem*, p. 4.

orientaciones racionales, los valores y las determinaciones irracionales no específicas.¹³³

Por lo anterior, según Luhmann, toda pretensión explicativa de lo social debe tomar la decisión de aislar un elemento al cual pueda atribuirse un carácter eminentemente social, y en este caso, para Luhmann, tal elemento es la comunicación, ya que presupone al menos dos conciencias dispuestas a comunicarse y a participar de un orden que no puede reducirse a un proceso psíquico, orgánico ni de ningún otro tipo. Así, la comunicación genera la suficiente certidumbre sobre sí misma como para poder aislarse de su entorno y constituirse en un orden autónomo inagotable. Los individuos no ofrecen esta garantía de estabilidad debido al alto grado de contingencia que presentan sus decisiones y sus acciones. Muy difícilmente las conciencias pueden coincidir, para ello se requiere de un elemento intermedio que establezca e indique las orientaciones posibles, reduciendo así la contingencia de las decisiones individuales a un nivel que pueda ofrecer mayor garantía de estabilidad. Ese elemento es la comunicación, una ganancia adquirida por vía evolutiva que restringe las condiciones de participación individual en la sociedad a través de un orden de sentido. Este orden supone, como hemos establecido desde el inicio, complejidad desarrollada, selectividad en las relaciones que se pueden actualizar como comunicación.¹³⁴

De esta forma, para Luhmann, la sociedad es un sistema de comunicación, una operación que se enlaza de manera selectiva con operaciones del mismo tipo, esto es, con más comunicación. Dado que es un sistema clausurado, es decir, cerrado, ningún elemento externo puede determinarla, solo la propia comunicación puede determinar su operación pues todo cuanto observa como sistema, todo cuanto distingue en su entorno solo puede distinguirlo bajo la forma de comunicación. Por lo anterior, la complejidad que supone el entorno de

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Idem.*

la sociedad es reducida a la complejidad del sistema al actualizarse comunicación acerca de prácticamente cualquier cosa, ya que todo puede ser tema de comunicación.¹³⁵

Al enlazarse, la comunicación genera redundancias de sí logrando con ello la reproducción de la sociedad; así, la autorreferencia se hace evidente en el hecho de que toda comunicación es, en última instancia, la actualización selectiva de expectativas comunicativas que conforman en su conjunto la estructura del sistema: la comunicación se produce siempre con referencia a sí misma. Dado que la comunicación es el único elemento que participa en la red de su propia producción, podemos decir que es un sistema autoproducido, esto es, autopoietico.¹³⁶

De esta forma, como el sistema es autopoietico, se observa a sí mismo y opera sus descripciones, autogenera su propio ambiente, y reintroduce constantemente las descripciones (observaciones) anteriores. En este sentido, el sistema es un constructor de realidades de segundo orden (producto de observaciones de observaciones) incapacitado para observar la distinción mediante la cual observa.¹³⁷

Lo anterior podemos resumirlo de la siguiente forma: según Luhmann, al operar el sistema social, éste observa su entorno, con ello pone una diferencia bajo la forma de una distinción que a la vez produce una indicación, al hacer esto, el sistema genera para sí un conocimiento y construye realidades. El conocimiento es una construcción producto de las distinciones operadas por diferentes observadores de segundo orden donde cada construcción lleva la responsabilidad de asumirse limitada por su horizonte de posibilidad y donde la

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 4.

realidad, cualquiera que sea su estatuto ontológico, lleva la función negativa de discriminar aquellas construcciones que se ajustan a ella.¹³⁸

Con base en lo anterior, Luhmann entiende la complejidad como la sobreabundancia de relaciones, de posibilidades, de conexiones, de modo que ya no sea posible plantear una correspondencia lineal de elemento con elemento. Según este autor, el problema central de nuestra sociedad es, precisamente, el aumento de su propia complejidad, esto es, lo que él mismo llama “el aumento de la diferenciación de una sociedad”. En forma paralela a ese aumento, se precisa que la misma sociedad debe poseer instrumentos que permitan reducir la complejidad. En este sentido, para Luhmann la complejidad sólo puede reducirse en tanto se de una mayor complejidad. Veamos como se explica esta aparente contradicción.¹³⁹

Existen sistemas con la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones de su entorno. Esto es, los sistemas no solo se orientan ocasionalmente o por adaptación hacia su entorno, sino de manera estructural, y no podrían existir sin el entorno. Los sistemas se constituyen y se mantienen a través de la producción y el mantenimiento de una diferencia con respecto al entorno, y utilizan sus límites para regular esta diferencia. Sin la diferencia respecto al entorno ni siquiera existiría la autorreferencia, pues la diferencia es la premisa para la función de las operaciones autorreferenciales. En este sentido, el mantenimiento del límite significa el mantenimiento del sistema.¹⁴⁰

El entorno consigue su unidad sólo a partir del sistema, y en su relación con el sistema. El entorno, por consiguiente, no es un sistema. Cada sistema tiene uno diferente, ya que cada sistema sólo puede ponerse a sí mismo fuera de su

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 16 y 17.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 44 y 51.

propio entorno. Por ello no hay autorreflexión y menos aún capacidad de acción en el entorno.¹⁴¹

Así, para Luhmann cada sistema funcionalmente diferenciado opera dentro de su propio ámbito de función ("medio") a través del establecimiento de códigos y programas ("forma"). Por ejemplo, el sistema político opera en el medio del poder, y su función específica consiste en proporcionar al sistema social la capacidad de decidir de una manera colectivamente vinculante. Así, el sistema político opera mediante el código gobierno /oposición (quien detenta cargos y poder, gobierna).¹⁴²

De esta forma, la sociedad es el sistema social omnicompreensivo que ordena todas las comunicaciones posibles entre los hombres. Los hombres, las distintas personas individuales, participan en todos los subsistemas funcionalmente diferenciados, pero no caben totalmente en ninguno de ellos ni en la misma sociedad. El desarrollo social puede ser comprendido como una ampliación de los rendimientos comunicativos. Como resultado de este desarrollo, han aparecido una pluralidad de sistemas sociales que combinan una alta sensibilidad para determinadas cuestiones con indiferencia hacia todo lo demás. El sistema de la sociedad transforma profundamente su propio entorno y modifica así los presupuestos sobre los que descansa su propia diferenciación. Por lo anterior, una sociedad organizada en subsistemas no dispone de ningún órgano central, siendo entonces una sociedad sin vértice ni centro como punto de referencia para orientaciones semánticas o pragmáticas; en vez de ello, dispone de una redificación cursiva de observaciones y descripciones como modo de construcción social. Por ello, para Luhmann la sociedad no se representa a sí misma por uno de sus propios sistemas, por lo que no puede

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴² Juan Luis Pintos, "Política y complejidad en la teoría sistémica de Niklas Luhman: la libertad como selección", *Santiago de Compostela*, (marzo de 1998), 3 páginas, p. 1. En línea. Tomado de la página <http://web.usc.es/jlpintos/articulos/politicaluhmann.htm>. (25 de junio de 2003).

centrarse exclusivamente ni sobre la política, ni sobre la economía o la religión.¹⁴³

Dado lo anterior, la complejidad para Luhmann es una diferenciación del sistema, derivado de una repetición de la constitución de sistemas en el interior de sistemas, y a su vez, dentro de los sistemas se puede dar una posterior diferenciación de otras diferencias sistema/ entorno. De esta manera, la diferencia sistema/ entorno se reduplica, y el sistema en su conjunto se automultiplica como una multiplicidad de diferencias sistema/ entorno. La diferenciación sistémica es, por tanto, un procedimiento para aumentar la complejidad.¹⁴⁴

Pero tal complejidad tiene una solución para Luhmann, ya que la diferenciación ofrece la posibilidad de ser contemplada como unidad, toda vez que, en cierto modo, la diferencia mantiene unido lo diferente, por oposición a lo no diferente. Así, en la medida en que la diferenciación se reproduce a un principio unitario, se puede interpretar la unidad del sistema a partir del principio de construcción de su diferenciación. Mediante la diferenciación, el sistema gana en sistematización y, además de su mera identidad, gana una segunda constitución de su unidad. El sistema puede alcanzar su unidad como primacía de una determinada forma de diferenciación, por ejemplo, como igualdad de sus subsistemas, como simple serie, como jerarquía, como diferencia entre centro y periferia, como diferenciación de sistema de función. Y es aquí donde Luhmann afirma que unas formas más exigentes de diferenciación sistémica representan al mismo tiempo unas adquisiciones evolutivas centrales que, de tener éxito, estabilizan los sistemas en un nivel más alto de complejidad.¹⁴⁵

Pareciera entonces existir un contradicción en la posición de Luhmann al sostener éste que la complejidad de la sociedad encuentra solución o se

¹⁴³ *Ibidem*, p. 1 y 2.

¹⁴⁴ Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Op. cit., p. 54.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

estabiliza con la existencia de un mayor grado de complejidad; sin embargo, Luhmann resuelve esta aparente contradicción exponiendo que la complejidad de los sistemas se reduce cuando éstos con motivo de su diferenciación se vuelven más complejos porque se desmembran formando unidades más pequeñas y específicas en las que se reduce la complejidad por su propia simplicidad.

Para comprender la posición de Luhmann, deben enfocarse varios conceptos de manera diferente a como han sido planteados por Habermas, por ejemplo, debe asimilarse que para Luhmann la comunicación, a diferencia de Habermas, no requiere la transmisión de información de una a otra conciencia, ya que para este autor, los sistemas psíquicos que participan en la comunicación son, como ya mencionamos, autorreferentes y, por lo tanto, cerrados en ellos mismos y mutuamente inaccesibles. Así, ninguna conciencia puede anexar sus operaciones a las de otra conciencia; ninguna conciencia puede ser la prolongación de otra. Ante tal posición, cabe plantear las siguientes interrogantes, para la teoría de sistemas, si no existe conexión entre personas, o, mejor, entre sistemas psíquicos, cómo se explica la conciencia de conocimientos? Se puede evitar la idea de un traspaso de información entre un emisor y un receptor?. La respuesta que ofrece esta teoría es sí, para Luhmann la sociedad se concibe como el conjunto de todas las comunicaciones posibles, pero sin olvidar que desde esta perspectiva sistémica, la sociedad no está hecha por hombres, sino por comunicaciones. Esta sorprendente y original afirmación, que rompe con toda la tradición sociológica anterior, y con el planteamiento que hasta ahora habíamos expuesto de Habermas, se desprende lógicamente de una posición sistémica muy particular: los hombres son el entorno de la sociedad, por lo tanto, la sociedad es un sistema autorreferente que no ve los demás sistemas a no ser desde su propia perspectiva, y los medios de comunicación, que son los procedimientos técnicos que aseguran la máxima

información, permiten ir más allá de las comunicaciones directas, con lo que se amplía constantemente el sistema social.¹⁴⁶

Así, debido a la autorreferencia propia de todos los sistemas, los medios de comunicación convierten las cuestiones políticas, sanitarias o de cualquier otra naturaleza en comunicaciones realizadas según la clausura interna del sistema. Es decir, de aceptar esta idea sistémica, debemos abandonar la idea de que la prensa, la radio o la televisión son instrumentos que sirven para mejorar la cohesión social o para realizar el conjunto de funciones que se les atribuye, cuestión también planteada por Habermas. Así, en términos de Luhmann, podríamos decir que el sistema comunicativo, al igual que cualquier otro sistema de la sociedad, actúa para alcanzar sus propias finalidades.¹⁴⁷

Hasta ahora encontramos una diferencia radical entre la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría de la acción comunicativa de Habermas. Luhmann plantea el aumento de complejidad en los sistemas sociales para estabilizar, paradójicamente, la misma problemática de la complejidad existente; Habermas en cambio ofrece el derecho como mecanismo al que se puede recurrir para lograr el consenso cuando el mecanismo del entendimiento ha fracasado en el ámbito de la regulación normativa de la comunicación cotidiana, es decir, cuando la complejidad de la sociedad es tan grande que la coordinación de las acciones no se produce y tal falta de coordinación puede provocar hasta un enfrentamiento violento.¹⁴⁸

Habermas propone la regulación normativa de interacciones estratégicas en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo o entenderse, y la razón por la que Habermas ofrece al derecho como el único

¹⁴⁶ Jordi Berrio, "Niklas Luhmann (2000) la realidad de los medios de masas", *Universidad Iberoamericana*, (año 2000): 6 páginas, p 3. En línea. Tomado de la Página de portal de la comunicación, <http://www.portalcomunicacion.com/portalcomcast/pdf/berrio.pdf>. (26 de junio de 2003).

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 242.

mecanismo con posibilidades de integrar a las sociedades, la manifiesta de la siguiente manera: ¹⁴⁹

En condiciones modernas de sociedades complejas que en bastos ámbitos de interacción exigen una acción regida por intereses y, por tanto, normativamente neutralizada, surge esa situación paradójica en la que la acción comunicativa, suelta, deslimitada, ni puede quitarse de encima el encargo que ahora recibe de asegurar y operar la integración social, ni tampoco puede pretender desempeñarlo en serio. Si se decide a echar mano de sus propios recursos, la acción comunicativa sólo puede domesticar el riesgo de disenso que lleva en su seno aumentando ese riesgo, a saber, estableciendo duraderamente discursos. Ahora bien, si se considera qué aspecto podría tener un mecanismo con el que una comunicación, ahora deslimitada, pudiese quedar descargada, o sustancialmente eximida de operaciones relativas a integración social, entonces como salida plausible de este callejón sin salida ofrécese la completa positivización del derecho que hasta entonces había venido entrelazado con una eticidad convencional apoyada en la dimensión de lo sacro: habría que inventar un sistema de reglas que asocie, a la vez que diferencie en términos de división del trabajo, ambas estrategias a saber, la estrategia de limitar y la estrategia de deslimitar el riesgo de disenso que la acción comunicativa lleva en su seno. ¹⁵⁰

Manuel Atienza opina al respecto que es necesario establecer un sistema jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esa laguna de racionalidad que existe como consecuencia de los límites propios del discurso. ¹⁵¹

¹⁴⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 88 y 89.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

¹⁵¹ Siguiendo a Alexy, el discurso práctico general tiene límites toda vez que las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica, ni tampoco que, en caso de que se alcance dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo. Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, *Op. cit.*, pp. 191 y 192. Es importante mencionar que con esta opinión, Manuel Atienza sigue a Robert Alexy en el sentido de que la necesidad del discurso jurídico surge precisamente de la debilidad de las reglas y formas del discurso práctico general. La debilidad de estas reglas y formas consiste en que las mismas definen un procedimiento de decisión en que en numerosos casos no lleva a ningún resultado y que, si lleva a un resultado, no garantiza ninguna seguridad

El derecho, entonces, resulta justificado discursivamente, tanto en su dimensión propiamente normativa, es decir, como conjunto de normas que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas pueden imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas por convicción propia.¹⁵²

Cuando Habermas propone un sistema de reglas integradoras en el contexto de una sociedad compleja, advertimos que dichas normas deben tener un doble objetivo, por un lado, coordinar todas esas acciones estratégicas que los individuos llevarán a cabo para lograr su propio éxito y que son ya inevitables en este tipo de sociedades y, por el otro, lograr la integración de la sociedad, es decir, una conciliación del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, buscando que los individuos a través de este instrumento que representan las normas, logren entenderse como sociedad.

Tras esta observación, notamos que dichas normas tienen una paradójica naturaleza y parten de la premisa de que en las sociedades modernas, facticidad y validez se han separado para los propios individuos como dos dimensiones que se excluyen entre sí de la siguiente manera: los actores que actúan orientándose por su propio éxito, evaluarán los hechos y situaciones bajo sus propias preferencias individuales, mientras que los actores que actúan para entenderse, comprenden los hechos y situaciones desde una perspectiva de negociación y consenso a la luz de pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas.¹⁵³

definitiva. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 273.

¹⁵³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 89.

Y para lograr que el derecho, como instrumento de integración de la sociedad sirva en estas dos dimensiones que hemos planteado, se le exigen dos condiciones: a) las normas tienen que revestirse de sanciones para que quienes actúen estratégicamente, en búsqueda de sus propios intereses, observen el comportamiento esperado por la norma, temiendo la sanción que ésta misma establece; y b) las normas tienen que representar pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas, ya que imponen obligaciones específicas a sus destinatarios, y dichas obligaciones sólo se justifican sobre la base de un convencimiento auténtico de los sujetos a quienes van dirigidas.¹⁵⁴

Estas reglas que se proponen para poder regular, tanto las orientaciones al éxito, como las orientaciones al entendimiento, representan, en términos del autor, una alternativa completa. Estas reglas deben de satisfacer dos condiciones diversas, que son las que se han planteado, que por un lado signifiquen restricciones para que quien actúe estratégicamente se vea en la necesidad de efectuar en su comportamiento la adaptación que objetivamente se desea y se especifica en la norma y, por otro, que dichas reglas integren a la sociedad porque representan pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas, producto de un acuerdo racionalmente motivado. Por otro lado, facticidad y validez generan una tensión en el derecho y a la vez se complementan. De esta forma, quien actúa estratégicamente pretende alcanzar su propio éxito sin buscar estar satisfecho con la norma por razones que interesan a todos los miembros de la sociedad en la que vive, sin embargo, tendrá que obedecer las normas estatuidas, aunque sea por temor a la sanción a la que puede hacerse acreedor en caso de desobediencia. Asimismo, quien actúe siguiendo una norma por considerar que ésta representa una forma de coordinarse con el resto de la sociedad en la que vive, actuará siempre por convicción y respeto a la Ley y se sentirá creador mismo de la norma que sigue.

¹⁵⁴ *Idem.*

De forma muy simple, hemos dado ya una explicación de la tensión entre facticidad y validez que se presenta en el derecho. Así, Habermas ha presentado la facticidad como la obligatoriedad artificial de que se recubre al derecho, esto es, es la coerción de que se encuentran cubiertas las normas jurídicas para lograr su obediencia y hacer efectiva esta obediencia a través de una sanción, y cuya determinación y aplicación corre a cargo exclusivamente del aparato estatal. La validez se propone como la legitimidad de que debe estar revestido el derecho, pero no legitimidad en su concepción tradicional, es decir formal¹⁵⁵, sino una legitimidad respaldada en una motivación racional de la norma que haga posible la aceptación del derecho por parte de todos aquellos hacia los que va dirigido, tal y como lo afirma Habermas:

El tipo de normas buscado tendría que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima.¹⁵⁶

Así, para Habermas, la validez del derecho se compone de una doble modalidad: facticidad coercitiva y validez legítima.

Habermas utiliza el concepto de legalidad de Kant para explicar este complejo modo de validez del derecho basado, por un lado, en la coerción y, por otro, en la legitimidad. Este concepto kantiano de legalidad se elaboró sobre la base de los llamados derechos subjetivos.¹⁵⁷

Para Kant la relación entre facticidad y validez, estabilizada en la validez jurídica, se presenta como la conexión interna que el propio derecho funda entre coerción y libertad. El derecho está ligado de por sí con la facultad de ejercer coerción, pero esta coerción sólo se justifica como un impedir que

¹⁵⁵ Esta validez formal es aquella que planteaba Kelsen como la sola existencia de la norma jurídica, es decir, la norma es válida por su sola existencia y los individuos deben adecuar su comportamiento a lo estrictamente establecido en las normas. Ver Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1997, p. 25.

¹⁵⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Op. cit., p. 89.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 90.

se ponga un impedimento a la libertad, es decir, sólo se justifica desde el propósito de oponerse y resistir a las intrusiones en la libertad de cada uno.

Esta interna conexión de libertad y coerción general de cada uno se expresa en el tipo de pretensión de validez del derecho.

Así, las condiciones de coerción sólo necesitan ser percibidas por los destinatarios como un motivo empírico para un comportamiento conforme con la regla; pues una acción por deber, es decir, la obediencia al derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción. Pero, por otro lado, una conciliación del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios. Si bien las pretensiones fundadas en derechos van asociadas con facultades de ejercer coerción, han de poder ser seguidas también en todo momento por la pretensión normativa de validez que les es inherente, es decir, por respeto a la ley.¹⁵⁸

Y es con este concepto kantiano de legalidad con el que Habermas resuelve la paradójica naturaleza de las normas que hemos descrito con anterioridad: las normas jurídicas son a la vez, aunque en aspectos distintos, leyes coercitivas y leyes de libertad.

Pero esta forma de validez del derecho ya la había explicado Habermas desde la perspectiva de la acción: los dos componentes de la validez jurídica, es decir, coerción y libertad, dejan a discreción de los destinatarios la perspectiva que hayan de adoptar como actores.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

¹⁵⁹ *Idem*.

Son entonces los derechos subjetivos un buen ejemplo para explicar esta aparente contradicción que existe al interior de las normas que coordinan las acciones de los individuos de una sociedad. Pero esto no significa que solamente los derechos subjetivos tengan esta doble modalidad que representa para Habermas la validez jurídica. El derecho en general debe revestirse de esta validez legítima de que nos ha hablado Habermas.

Para comprender la importancia de la idea que Habermas sostiene sobre la validez del derecho, es preciso exponer brevemente lo que durante algunos años ha sido considerado por algunas corrientes del derecho, como validez. Y esto es importante porque algunas corrientes que trabajaron ampliamente esta cualidad del derecho, influyeron decisivamente en la creación y tratamiento del derecho en las sociedades modernas.

2.3. Validez y formalidad jurídica tradicional.

Habermas otorga a la validez un contenido muy particular y diferente a lo que comúnmente los juristas entienden cuando se habla de validez del derecho; la categoría misma de validez es de extrema ambigüedad, ya que se ha utilizado con diversos significados para calificar a las normas y al sistema jurídico en su conjunto, como veremos a continuación.

Los iusnaturalistas, por ejemplo, entendieron y explicaron la validez como una fuerza u obligatoriedad de que está revestido el derecho; esta fuerza traducida en obligatoriedad inherente a un orden jurídico consiste, según esta corriente, en que las obligaciones jurídicas (por ejemplo la obligación de pagar una deuda), no son meros deberes jurídicos que derivan de la amenaza de las sanciones jurídicas, sino también deberes morales. La obligación de obedecer el derecho es un deber moral hacia el sistema jurídico, no es un deber jurídico conforme al sistema. De esta forma, el deber hacia el sistema no deriva del sistema en sí, o del sistema mismo, sino que tiene que surgir de reglas o principios que están

fuera de él; significando entonces que la validez o fuerza obligatoria no es realmente una cualidad inherente al sistema jurídico, sino algo derivado de los principios del derecho natural.¹⁶⁰

Por otra parte, dentro de la corriente positivista del derecho predomina una idea fundamental acerca de la validez del derecho de la cual fue Kelsen, su defensor más representativo. Según Kelsen un sistema jurídico establecido, como tal, posee validez en el sentido normativo de la palabra. La existencia de una norma es su validez; que una norma posea validez significa "que los individuos deben comportarse como la norma lo estipula". Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. La idea de un deber de obedecer el derecho solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la fuerza obligatoria, inherente al derecho.¹⁶¹

También se sostiene que Kelsen utiliza un concepto descriptivo de validez. Esta interpretación se refiere a que en realidad para Kelsen la validez jurídica se refiere a la vigencia de las normas, esto es, la vigencia de unas normas es lo que hace que en un territorio determinado se obedezcan sólo dichas normas y no otras.¹⁶²

Este último significado de validez podría generar confusión en cuanto a cuál de los significados descriptivos utiliza Kelsen, ya que a veces pareciera identificar la validez con la existencia de las normas, otras con su pertenencia a algún sistema, otras con el hecho de que haya otra norma que autorice su dictado o que declare obligatoria su observancia, otras con su vigencia o eficacia. Sin embargo, puede darse coherencia a lo anterior considerando que, desde el punto de vista descriptivo del derecho, para Kelsen la validez de una norma es

¹⁶⁰ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, *Op. cit.*, pp. 16 y 17.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶² Carlos Santiago, Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 132 a 139.

idéntica a su existencia y que ésta depende de su pertenencia a un sistema jurídico vigente, la que a su vez depende de que el dictado de la norma esté autorizado por otra norma del sistema.¹⁶³

Alf Ross ha desarrollado una crítica al concepto normativo y descriptivo de validez de Kelsen. Respecto del concepto normativo, Alf Ross afirma que para Kelsen el significado de comportarse como la norma lo requiere es el siguiente: el significado subjetivo de la norma es también objetivo, lo que equivale a decir que la norma expresa una verdadera obligación: a los individuos no sólo se les ordena comportarse de cierta manera sino que ellos “realmente”, en “verdad”, “objetivamente”, deben hacer lo requerido por la norma. Pero la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural. Una idea que solo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes.¹⁶⁴

Respecto del concepto descriptivo de validez, Alf Ross señala que Kelsen representó la estructura del sistema jurídico con la imagen de una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la norma básica que otorga validez a las normas o disposiciones siguientes. De esta forma, estas leyes de segundo nivel otorgan validez a otras normas inferiores y así sucesivamente. Todo esto presupone que las normas de los niveles inferiores de la pirámide fueron sancionadas de conformidad con las prescripciones de normas o leyes generales superiores. En este sentido, si una norma es sancionada sin seguir los requerimientos establecidos por normas válidas superiores del sistema, no es una norma válida del sistema.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

¹⁶⁴ *Idem*.

Según Alf Ross, para Kelsen una norma es válida si ésta existe como tal, si tiene fuerza obligatoria y pertenece al sistema jurídico.¹⁶⁵

Esta corriente positivista influyó fuertemente en la concepción del derecho en diversos países, también en México. Durante años, juristas y estudiosos del derecho han considerado que la validez de una norma consiste en su existencia, esto es, que por el sólo hecho de existir, como producto del procedimiento que para tal efecto se haya establecido, es válida, y por ello los individuos de una sociedad están obligados a obedecerla. La existencia se confunde con la validez.

Habermas llama a este tipo de validez expuesta por el positivismo, una validez fáctica, entendida en el sentido de que vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene dicha fuerza o vigor mientras ello no ocurra.

Este tipo de validez fáctica o social es lo que para Habermas representa la simple "vigencia" de una norma. Sin embargo, afirma que por el contrario la legitimidad de una regla es independiente de su imposición o implementación fáctica. Aquí es en donde Habermas introduce su concepción de validez, configurándola en términos de legitimidad. En este sentido, la legitimidad de una norma y, consecuentemente su validez, se mide por la *desempeñabilidad o resulubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales.*¹⁶⁶

¹⁶⁵ Miguel Carbonell, *Teoría de la constitución*, UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 262 y 263.

¹⁶⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 92.

Con esta última cita Habermas resalta la importancia de que una norma o conjunto de normas se presenten bajo la forma de una pretensión de validez, esto es, que cuenten con elementos tales que al proponerse como guías para la coordinación de acciones, cuenten con un respaldo tal que puedan ser justificadas desde cualquier punto de vista con las suficientes razones para ello. Esta es la premisa más importante, aunque Habermas no deja de reconocer que las normas jurídicas, por lo menos deben haber sido producidas en un procedimiento legislativo considerado racional o cuando menos que tales normas hayan sido justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales. Aquí podemos resaltar la importancia que Habermas otorga a los espacios en donde se discuten las normas que regirán a una sociedad, esto es, aún y cuando la norma o conjunto de normas no se presenten como una pretensión de validez, si son producidas dentro de un procedimiento aceptado como racional o por lo menos fueron discutidas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales, las normas podrán ser consideradas como válidas.

Continuando con nuestra exposición sobre la validez, podemos decir que Habermas diferencia claramente ambos polos, por un lado, la validez fáctica de la norma, que se traduce en su vigencia y en su obligatoriedad por estar respaldada con una sanción en caso de que llegara a ocurrir lo contrario a lo que la misma establece y, por el otro, la validez legítima de la norma, que es aquella que asegura que todos los destinatarios de la norma tengan la posibilidad de estar de acuerdo con ella, procurando procedimientos racionales, a través de los cuales se discuta la norma entre los posibles afectados por la misma.

Para Habermas esa obediencia al derecho, que actúa con independencia de una sanción que pudiera llegar a hacerse efectiva, no proviene de principios superiores, naturales con los que el individuo nace y que le obligan a cumplir ciertas obligaciones. Tampoco proviene de la obligatoriedad de que se reviste la norma por el simple hecho de tener vigencia.

La validez para Habermas adquiere una complejidad superior, al requerir dicha validez que los posibles afectados por ella, participen y discutan la misma a través de procedimientos racionales. Esto lo deja claro Habermas al afirmar:

Son válidas aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.¹⁶⁷

Esta concepción de validez nos remite a lo que expusimos anteriormente respecto a la "tensión entre facticidad y validez"; en este tema se aclaró que para Habermas la validez en el derecho se reviste de esos dos elementos que son: por un lado, la obligatoriedad de las normas que permiten que en caso de requerirse se pueda exigir al individuo su cumplimiento y, por el otro, que las normas deriven de un procedimiento racionalmente motivado, esto es, que los individuos a los que se dirigen tales normas las hayan aceptado en el proceso a través del cual fueron creadas y que, por lo tanto, den cumplimiento a las mismas por respeto a la ley y no por el temor de ser sancionados conforme lo dispone la misma norma. Pues es entonces de este segundo aspecto de la validez del que nos haremos cargo ahora.

Esta validez de que Habermas nos habla no tiene nada que ver la forma gramatical que los preceptos universales contienen; esa pretensión de que una norma es en interés de todos por igual, tiene un sentido de aceptabilidad

¹⁶⁷ Habermas señala que cuando utiliza la palabra "válido", se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; por "normas de acción" entiende las expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. Asimismo, llama "afectado" a cualquier persona a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas; y, finalmente, por "discurso" entiende toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios, hagan posible el libre procesamiento de temas y contribuciones, de deformaciones y razones. Indirectamente esa expresión se refiere también a las negociaciones, en la medida en que éstas vengán reguladas también por procedimientos discursivamente fundados. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 172 y 173.

racional: todos los posibles afectados tienen que poder aceptarla por buenas razones, es decir, por razones ajenas al temor de recibir una sanción. Esto sólo se logra, como ya hemos expuesto, a través de procesos en los que no se imprima coerción alguna y se argumente, por parte de los participantes, con toda la libertad.¹⁶⁸

Entonces, si los discursos constituyen el lugar en el que se puede formar una voluntad racional, la legitimidad, esto es, la validez del derecho, se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales, los miembros de una comunidad jurídica deben poder tener la oportunidad de examinar si la norma de que se trata encuentra, o podría encontrar, la aceptación de todos los posibles afectados.¹⁶⁹

Por lo tanto, sólo pueden pretender validez jurídica las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar la aceptación de todos los individuos a los que tales normas se dirigen. Esto lleva a Habermas a afirmar que el principio democrático explica la forma en la que puede llevarse a cabo la práctica de la autodeterminación de los miembros de una sociedad en que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales que entraron a dicha sociedad de manera voluntaria.¹⁷⁰

Sobre esta idea de validez, Evaristo Prieto Navarro opina que:

El carácter racional de la validez normativa, que representa el núcleo de la legitimidad, y su contrastación en el interior de discursos en que se defienden pretensiones de validez hacen necesario el concurso de razones y argumentos. Éstas no valen en razón de su sentido funcional para el mantenimiento de una presunta estabilidad social, sino únicamente sobre

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 168.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 175, Ver Capítulo II, tema 2.2.2 de la tesis, en donde hemos abordado ya lo concerniente a los procesos democráticos de creación del derecho en un Estado de Derecho.

la base de su bondad racional, de su mayor o menor susceptibilidad de crear consenso en virtud de la calidad de su sustento intelectual.¹⁷¹

Esta posibilidad de que los individuos de una sociedad discutan las normas o decidan sobre las normas de las que son destinatarios y sobre las cuales regirán su conducta, genera en ellos un sentimiento de autolegislación. Esta autolegislación de que hemos hablado ya, es importante porque sólo ese sentimiento, consistente en sentirse creador de las normas que regirán sus conductas, puede lograr una obediencia al derecho por simple respeto y convicción, lo que le da al derecho su verdadera validez.

Es por ello por lo que Habermas señala que el espacio legislativo, ese en donde se producen las normas que la sociedad necesita, es el auténtico espacio de la integración social. Si de tal espacio derivan normas que sean capaces de ser obedecidas por respeto, cada miembro de la sociedad utilizará el derecho como un verdadero mecanismo de comunicación que sea capaz de impedir que la sociedad se desintegre, dando a cada quien lo que le corresponde en ese constante interactuar de individuos y permitiendo conectar las necesidades de cada uno con las necesidades del colectivo social.

Toda esta explicación que hemos expuesto sobre la idea de validez del derecho en Habermas, no nos deja más remedio que llegar a un punto fundamental: esa característica unión de coerción fáctica y validez traducida en legitimidad, exige un proceso de producción del derecho en el que los ciudadanos implicados participen no sólo en el papel de sujetos jurídicos que actúan orientándose al propio éxito, sino en el papel de sujetos que buscan entenderse y coordinar sus acciones dentro del grupo social en el que viven.¹⁷² Este proceso de producción del derecho lo explicaremos a continuación.

¹⁷¹ Evaristo Prieto Navarro, "La reflexión sociológica sobre la legitimidad", en Elías Díaz y José Luis Colomer, *Estado, justicia, derechos, la reflexión sociológica sobre la legitimidad*, Filosofía y pensamiento, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 143.

¹⁷² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 94 y 95.

Para finalizar esta exposición de la idea de validez de Habermas, precisaremos que la idea tradicional de validez, que hemos definido en este capítulo como aquella que garantiza que las normas surjan en cumplimiento a las formalidades establecidas para tal efecto, es también importante considerarla como la otra parte de la validez de una norma, a efecto de que invariablemente para la producción de normas se respeten las formalidades establecidas específicamente en los preceptos constitucionales respectivos, vinculadas tales formalidades a los principios democráticos que faciliten la participación de todos los posibles afectados. Esto es, consideramos oportuno aclarar que no existe intención alguna en resaltar la importancia de una idea de validez u otra, sino de plantear la relevancia de que ambas ideas de validez coexistan. Lo anterior en razón de que la validez tradicional hasta ahora entendida por los juristas, llevada a la práctica como tal, y la que expone Habermas, son compatibles en la medida en que las formalidades reproduzcan los requisitos de racionalidad sugeridos por Habermas. Sólo entraría en conflicto en la medida en que los procedimientos no sean democráticos o establezcan requisitos irracionales, en ese caso la validez fáctica se opondrá a la validez como legitimidad y la integración social estará en riesgo.

2.4. Procesos democráticos de creación del Derecho.

Las leyes coercitivas acreditan su legitimidad como leyes de la libertad en el mismo proceso de producción del derecho, pero en esta positivización del derecho vuelve a reproducirse la tensión entre facticidad y validez, aunque de forma distinta que en la dimensión de la validez de normas ya estatuidas y que hemos explicado anteriormente.¹⁷³

Habermas explica esta tensión al interior del procedimiento de producción de normas, señalando que la facticidad de la producción del derecho se distingue

¹⁷³ *Ibidem*, p. 95.

de la imposición del derecho por vía de sanción en la medida en que la permisión de recurrir a la coerción jurídica-que se da en el proceso de producción de normas-ha de derivarse de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador. La positividad del derecho lleva implícita la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas. Así, la positividad del derecho no expresa la facticidad de una voluntad arbitraria por parte del legislador, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos.¹⁷⁴

Pero ahora, es importante explicar de qué forma pueden los ciudadanos participar en la discusión de normas que rijan su actuar en la sociedad. Hay que explicar de qué forma los ciudadanos pueden hacer efectivo ese sentimiento de autolegislación de que Habermas nos habla:

En la medida en que los derechos de participación y de comunicación son ingrediente esencial de un procedimiento de producción de normas, que quepa considerar eficaz a efectos de fundar legitimación, tales derechos subjetivos no pueden ni percibirse ni tornarse efectivos a título de derechos de sujetos privados aislados, sino que más bien ha de vérselos y tornárselos efectivos en la actitud de participantes que en una práctica de entendimiento intersubjetivo, actúan orientándose al entendimiento. De ahí que el concepto mismo de derecho moderno, derecho que agudiza la tensión entre facticidad y validez, lleve ya en germen la idea democrática desarrollada por Rousseau y Kant, a saber, que la pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido de derechos subjetivos sólo puede desempeñarse o resolverse mediante la capacidad de integración social aneja a la voluntad concordante y unida de todos los ciudadanos libres e iguales.¹⁷⁵

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

Como vemos, aquí aparece ya un ingrediente esencial para nuestra explicación: los derechos de participación y de comunicación, es decir, los derechos políticos y las libertades de conocimiento y expresión que deben tener los ciudadanos para discutir y consensar los derechos que van a otorgarse recíprocamente. Estos derechos de participación solamente se actualizan como tales a través de un procedimiento democrático. Por ello, tales derechos de participación exigen una explicación de la relación estrecha entre autonomía pública y autonomía privada, ya que es el proceso democrático el que debe asegurar simultáneamente estas autonomías¹⁷⁶ y, sobre todo, porque hemos expuesto ya la importancia que Habermas otorga al procedimiento democrático de creación del derecho como fuente de legitimidad del mismo; Habermas plantea la siguiente interrogante: ¿qué es lo que confiere a este procedimiento su fuerza legitimadora?¹⁷⁷.

La respuesta la encontramos en esos derechos de participación que hacen posible el procedimiento democrático. Y ello porque el procedimiento democrático de producción del derecho tiene la finalidad de que los ciudadanos hagan uso de sus derechos de comunicación y participación orientados ambos al bien común. Estos derechos, como derechos políticos, por su naturaleza, se limitan a otorgar espacios de libertad de arbitrio y no se puede obligar a los individuos a que hagan uso de ellos, esto sólo puede ser sugerido.

Pero, pese a esta estructura, estos derechos sólo pueden abrir las fuentes de legitimación de la formación discursiva de la opinión y la voluntad si es que los ciudadanos no emplean exclusivamente sus libertades comunicativas como libertades subjetivas de acción para la persecución de sus propios intereses, sino que las emplean como libertades comunicativas para los fines de un "uso público de la razón". Y aquí volvemos a encontrar esa parte importante que da al derecho su grado máximo de legitimidad: el derecho sólo puede mantenerse

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 648.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 646.

como legítimo si los ciudadanos salen de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptan la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia.¹⁷⁸ Podemos afirmar entonces que los órdenes jurídicos modernos sólo pueden obtener su legitimación de la idea de autodeterminación, y esto significa que los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del derecho.¹⁷⁹

Con esta idea se llega a la clave de la validez del derecho de Habermas: la legitimidad, entendida como la susceptibilidad que las normas tienen de representar demandas socialmente generalizables por medio de deliberaciones. Tal legitimidad se vincula a las condiciones ideales de una comunicación expandida que abarca a todos los afectados, reales o potenciales. A la luz de esto, un sistema político mide su legitimidad tomando como base el carácter deliberativo de la gestación de normas de acción que tiene lugar en su interior.¹⁸⁰

Antes de entrar al análisis de la relación entre autonomía pública y autonomía privada, es importante hacer una reflexión. Habermas nos ha planteado su concepción de validez del derecho, de la cual hemos desprendido que los miembros de una sociedad a quienes se dirigen las normas que han sido propuestas para regir determinada conducta, deben participar en la discusión y argumentación del contenido y conveniencia de las mismas. Si esto sucede, el derecho que de este proceso derive, es considerado derecho válido. Sin embargo, del último párrafo que hemos citado, se observa que existe una condición más para que se configure este tipo de validez propuesta por Habermas: los individuos que participan en la discusión de las normas, deben hacerlo con la finalidad de entenderse, esto es, en el papel de sujetos que buscan la integración de la sociedad a través de principios rectores que logren que la sociedad se entienda, se coordine e interactúe sin dificultades. Si los sujetos que participan en la formación de la voluntad colectiva lo hacen en una

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 660.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 647.

¹⁸⁰ Evaristo Prieto Navarro, "La reflexión sociológica sobre la legitimidad", *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

posición de sujetos que persiguen su propio bien, su propio beneficio, el derecho que de ahí surja servirá, para tales participantes, solamente como un medio de obtener sus propios intereses, y no como un canal de comunicación que sirva al entendimiento.

Esta exigencia propuesta por Habermas para otorgarle al derecho la categoría de "válido", nos pone en la dificultad de preguntarnos de qué forma podemos reconocer cuándo los individuos que participan en los procesos de formación de la voluntad, están actuando en una actitud o en otra, es decir, en una actitud de sujetos que buscan entenderse por el bien de toda la comunidad, o en una actitud de sujetos que persiguen sus propios fines.

Para aclarar esta inquietud, es importante ayudarnos de la idea de razón pública desarrollada por John Rawls. Rawls señala que la razón pública es característica de un pueblo democrático, es la razón de sus ciudadanos, de aquellos que comparten la calidad de ciudadanía en pie de igualdad. El objeto de tal razón es el bien público: lo que requiere la concepción de la justicia de la estructura básica de la sociedad, de las instituciones, y de los propósitos y finalidades a los que deben servir. Por tanto, explica Rawls que la razón pública es pública de tres maneras: como la razón de los ciudadanos como tales, es la razón de lo público; su objeto es el bien público y sus asuntos son los de la justicia fundamental, y su naturaleza y contenido son públicos, dados por los principios e ideales que expresa la concepción de la sociedad acerca de la justicia política, y conducidos a la vista de todos sobre esta base. Sin embargo, Rawls aclara que no es materia de ley el que los ciudadanos entiendan y honren de tal forma a la razón pública, ya que ésta, como concepción ideal de la ciudadanía para un régimen constitucional democrático, presenta las cosas como debieran ser, considerando que el pueblo, como una sociedad justa y bien ordenada, las alentaría a ser.¹⁸¹

¹⁸¹ John Rawls, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 204 y 205.

Rawls explica esta idea de la siguiente forma:

La unión del deber de civilidad con los grandes valores de lo político nos da el ideal de ciudadanos que se gobiernan a sí mismos de maneras en que cada cual espera razonablemente que los demás las aceptarán. Y este ideal, a su vez, se apoya en doctrinas comprensivas que profesan personas razonables. Los ciudadanos suscriben el ideal de la razón pública, no como resultado de un compromiso político, como sería el caso de un *modus vivendi*, sino desde el interior de sus propias doctrinas razonables.¹⁸²

Esto significa entonces, que bajo los principios de justicia y rectitud de una sociedad democrática, se da por sentado que los ciudadanos, en su calidad de ser quienes diseñan las normas que habrán de gobernarlos, se dirigirán siempre bajo el principio de razón pública, enfocados a la consecución del bien común, mismo que ha sido creado en el individuo como un fin primordial, en atención a los valores que la misma sociedad se ha encargado de permear a sus individuos.

Y esto es importante porque el ideal de la razón pública se aplica a los ciudadanos cuando emprenden la defensa política de algún asunto en el foro público. Entonces, la razón pública se aplica a los militantes de los partidos políticos, a los candidatos en sus campañas y a otros grupos que los apoyan; aplicándose también a la manera en que los ciudadanos han de votar en las elecciones cuando están en juego los elementos constitucionales esenciales y los asuntos de justicia básica. Así, el ideal de la razón pública no sólo rige al discurso público de las elecciones en lo que se refiere a los asuntos de esas cuestiones fundamentales, sino que también rige la forma en que los ciudadanos depositarán su voto acerca de esas cuestiones. Rawls afirma que de otra manera, se correría el riesgo de que el discurso público fuera hipócrita: los

¹⁸² *Ibidem*, p. 209.

ciudadanos hablarán en público de cierta manera y votarán en forma diferente.¹⁸³

Por ello, esta condición de razón pública es fundamental en el proceso de integración social que hemos descrito en párrafos anteriores, ya que en términos de Habermas, los legisladores deben salir de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptar la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia, haciendo uso, como hemos visto, de su razón pública.

Es importante también destacar la diferencia entre las razones públicas y las no públicas, para dejar claro que el individuo no siempre actúa ejecutando o haciendo valer razones de carácter público. Las razones no públicas, en términos de Rawls, a diferencia de las que ya hemos explicado en los párrafos anteriores, integran las muchas razones de la sociedad civil que pertenecen a lo que Rawls denomina "trasfondo cultural"¹⁸⁴, en contraste con la cultura política pública. Rawls explica esta idea señalando que en una sociedad democrática, el poder no público, por ejemplo el poder de la iglesia sobre sus fieles, se acepta por los individuos libremente. Esto es:

En el caso del poder eclesiástico, puesto que la apostasía y la herejía no son delitos conforme a la ley civil, quienes ya no pueden reconocer a una autoridad de la iglesia pueden dejar de pertenecer a esa iglesia sin que los persiga el poder del Estado. Cualesquiera doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales que profesemos, también son aceptadas libremente hablando en términos políticos; porque, dadas la libertad de

¹⁸³ *Ibidem*, p. 206.

¹⁸⁴ Que para este autor comprende aquellas doctrinas de toda clase, religiosas, filosóficas y morales de la sociedad civil, perteneciendo éstas a la cultura de lo social y no de lo político. El trasfondo cultural se traduce en la cultura de la vida diaria, circunscrita a sus muchas asociaciones: iglesias y universidades,, sociedades culturales y científicas, clubes y equipos deportivos, etc. *Ibidem*, p. 38.

conciencia y la libertad de pensamiento, nos imponemos tal doctrina a nosotros mismos.¹⁸⁵

Esto significa que como ciudadanos libres e iguales, profesamos una u otra doctrina si consideramos que lo hacemos desde el interior de nuestra competencia política, especificada por nuestros derechos y libertades constitucionales, pero no en ejercicio de estos ni haciendo efectiva una idea de bien común.

Bien, una vez expuesta la idea de razón pública de John Rawls, continuemos con la explicación de la relación entre autonomía pública y autonomía privada. Cuando hablamos de autonomía pública y autonomía privada, queremos decir con ello que el ejercicio de la autonomía jurídica se ramifica en el uso público de las libertades comunicativas y el uso privado de las libertades subjetivas.¹⁸⁶

Este doble uso significa que los derechos subjetivos privados no pueden formularse de forma adecuada, ni mucho menos imponerse políticamente si antes no se han aclarado en discusiones públicas los aspectos que en cada caso resulten relevantes para el tratamiento igual o desigual de casos típicos y no se ha movilizad o poder comunicativo para que se tenga en cuenta la nueva interpretación que hacen de sus necesidades. En pocas palabras, para que los ciudadanos puedan ellos mismos darse los derechos que requieren para convivir y hacer posible su proyecto individual y social de vida, se requiere que previamente cuenten con otro tipo de derechos que les permitan llevar a cabo esa discusión en la que determinen lo que consideran como mejor y justo dentro de la sociedad en la que viven.¹⁸⁷

Esto nos lleva a concluir dos cosas: que la comprensión procedimentalista del derecho considera seriamente que los presupuestos comunicativos y las

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 210 y 211.

¹⁸⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 649.

¹⁸⁷ *Idem*.

condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación; y que la autonomía pública y la autonomía privada se presuponen una a la otra.¹⁸⁸

Esta presuposición entre autonomía pública y autonomía privada no puede introducirnos en el callejón sin salida que propone el planteamiento: ¿cuáles derechos se otorgan entonces primero?, simplemente debemos suponer que una sociedad debe contar con derechos de comunicación y de participación para poder autodeterminarse y darse los derechos que necesita para convivir, ya que es en esta posibilidad de participación en donde radica la certeza de que siempre tendrán los ciudadanos la posibilidad de autodeterminarse, es decir, de decidir lo que por consenso han determinado como mejor para todos.

Para Habermas el principio de discurso debe cobrar forma jurídica:

Para una praxis dadora de Constitución no basta introducir un "principio de discurso" a cuya luz los ciudadanos puedan juzgar si el derecho que establecen es legítimo. Antes es menester institucionalizar a su vez jurídicamente precisamente aquellas formas de comunicación en las que haya de poder formarse de modo discursivo una voluntad política racional. Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un principio de democracia.¹⁸⁹

Así entonces, los individuos como sujetos jurídicos anclan en el medio mismo que representa el derecho ese ejercicio de la autolegislación; institucionalizan a su vez jurídicamente los presupuestos comunicativos y los procedimientos de un proceso político de formación de la opinión y la voluntad, en el que el principio de discurso cobra aplicación. Habermas afirma que el establecimiento del código jurídico (justo/ injusto jurídicos) con el que opera el derecho iniciado con el derecho general a libertades subjetivas de acción, ha de completarse mediante

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 648.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 653.

la introducción de esos derechos de comunicación y participación que garanticen un uso público de las libertades comunicativas con iguales oportunidades para todos. Por esta vía el principio de discurso cobra la forma jurídica de " principio democrático".¹⁹⁰

Con ello la idea contrafáctica de susceptibilidad universal de asentimiento (que sería lo que define a la legitimidad de las normas) no queda absorbida y neutralizada por la facticidad de la institucionalización jurídica de discursos públicos.¹⁹¹

Esta afirmación de Habermas nos indica que aún y cuando a través de los medios que ofrece el derecho se institucionalizan las formas de participación de los ciudadanos, el principio de discurso no queda, por así decir, congelado en normas jurídicas, sino que cobra la naturaleza de un principio democrático que a través de la práctica constante del mismo, ofrece iguales oportunidades y permite la interacción a través de discursos morales que presuponen ya un asentimiento general.

Pero ahora nos vemos ante la necesidad de explicar de que forma es posible que se establezcan procedimientos democráticos, es decir, tenemos que dejar claro bajo que contextos puede permitirse la institucionalización de un procedimiento democrático de la naturaleza que hemos expuesto. Para ello, tendremos que abordar brevemente el Estado de Derecho como aquel que permite el establecimiento de procesos democráticos.

2.5. Estado de Derecho y democracia.

La conexión interna entre estado de derecho y democracia se explican porque las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente, y esta relación se expone

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 656.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 657.

así porque la autonomía privada del miembro de la sociedad civil queda garantizada por los derechos del hombre (los clásicos derechos a la libertad, a la vida y a la propiedad) y por las leyes, mientras que la autonomía política del ciudadano se deduce del principio de soberanía popular y cobra forma en la autolegislación democrática.¹⁹²

Habermas expone la existencia de un nexo interno y conceptual entre Estado de Derecho y Democracia, desde cinco ideas fundamentales.

a. **Desde el mismo concepto de derecho moderno.** En las constituciones de las sociedades occidentales se ha hecho uso de un concepto jurídico que a la vez tiene en cuenta su carácter positivo y las garantías de la libertad del derecho coercitivo. La circunstancia de que las formas protegidas mediante la amenaza de sanciones del Estado dependen de las decisiones en sí modificables de un legislador político, se halla vinculada a la exigencia de legitimación consistente en que un derecho regulado debe garantizar homogéneamente la autonomía de todas las personas jurídicas. Además el procedimiento democrático de la promulgación de leyes debe satisfacer también la misma exigencia. Así, se produce un nexo conceptual entre el carácter coercitivo y la modificabilidad del derecho positivo con el modo jurídico de producción de legitimidad; y desde el punto de vista normativo existe no sólo una relación histórico-causal entre teoría de derecho y de la democracia, sino un nexo interno y conceptual. De hecho, tal nexo interno se encuentra profundamente radicado en los presupuestos de nuestra praxis jurídica cotidiana. Así, en el modo de validez propia del derecho se abrazan la facticidad que supone la imposición del derecho por el Estado y la fuerza fundante de la legitimidad, que caracteriza un procedimiento legislativo con pretensión de ser racional, puesto que fundamenta la libertad. Esto se

¹⁹² *Ibidem*, p. 652.

manifiesta en la propia ambivalencia, con la que el derecho se dirige a aquellos a los que concierne y de los que espera obediencia.¹⁹³

b. Desde la relación complementaria entre derecho positivo y moral autónoma. Respecto de este punto, a través del cual se presupone una estrecha relación entre el Estado de derecho y la democracia, Habermas afirma que el universo moral limitado en el espacio social y en el tiempo histórico se extiende a todas las personas naturales en la complejidad de su historia vital; la misma moral protege la integridad de los particulares plenamente individualizados. Frente a ello la comunidad jurídica, localizada en el espacio y en el tiempo, protege la integridad de sus miembros precisamente en cuanto éstos asumen el status, creado artificialmente, de portadores de derechos subjetivos. Por tanto, entre derecho y moral existe una relación más bien de complementariedad que de subordinación.¹⁹⁴

Habermas explica que la práctica legislativa que justifica las normas requiere de una ramificada red de discursos y negociaciones- y no solo de discursos morales-. Por ello, el derecho de validez positiva, legitimamente promulgado y reclamable, es capaz de desembarazar a las personas que juzgan y actúan moralmente de las serias exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas de una moral superpuesta totalmente a la conciencia subjetiva. De esta forma, el derecho puede compensar las debilidades de una moral muy exigente, que si se contemplan las consecuencias empíricas solo proporciona resultados cognoscitivamente indeterminados y motivacionalmente inciertos. De esta forma, la vinculación de las normas jurídicas no queda sólo referida a los procesos de formación de la opinión y del juicio, sino también a las conclusiones

¹⁹³ Jürgen Habermas, "El nexo interno entre Estado de derecho y democracia", en José Antonio Gimbernat, *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, pp. 24 y 25.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 26. Ver capítulo primero de la tesis en el que se desarrolla a detalle la relación entre moral y derecho para Habermas.

colectivamente vinculantes, nacidas de las instancias que legislan y aplican el derecho.¹⁹⁵

c. Desde la mediación entre la soberanía popular y los derechos humanos.

Para Habermas, el principio de la soberanía del pueblo se expresa en los derechos de comunicación y participación, que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos; el dominio de la ley, por su parte, se expresa en aquellos clásicos derechos fundamentales que garantizan la autonomía privada de los ciudadanos. Por ello, la autonomía política de los ciudadanos debe expresarse en la auto-organización de una comunidad que crea sus leyes a través de la voluntad soberana del pueblo. La autonomía privada de los ciudadanos debe cobrar forma en los derechos fundamentales que garantizan el dominio anónimo de las leyes.¹⁹⁶

Así, los derechos humanos deben su legitimidad al resultado de la autocomprensión ética y a la autodeterminación soberana de una comunidad política; en el otro caso ellos mismos deben constituir límites legítimos que impiden a la voluntad soberana del pueblo la intervención en sus esferas subjetivas de libertad que son intocables. Habermas señala que para poder entender esta idea, debemos recurrir al punto de vista de la teoría del discurso, ya que es el único que proporciona fuerza legitimadora al procedimiento legislativo. Sin profundizar en este aspecto, que ha sido ya tratado con anterioridad, citaremos textualmente lo que Habermas dice al respecto.

...precisamente pueden pretender legitimidad los ordenamientos en los que todos los posibles concernidos podrían aceptarlos como participantes de un discurso racional. Si ahora discursos y negociaciones, cuya limpieza, por otra parte, se basa en el procedimiento fundado discursivamente, configuran un lugar en el que se puede constituir una voluntad política racional, entonces aquella presunción de racionalidad que debe

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 29.

fundamentar el procedimiento democrático, debe fundamentarse únicamente en un cuadro comunicativo muy elaborado: se trata de definir las condiciones en las que pueden institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una legítima acción legislatora.¹⁹⁷

Por ello, para Habermas, el nexo interno entre derechos humanos y soberanía popular consiste en que a través de los derechos humanos deben cumplirse las exigencias de una institucionalización jurídica de una práctica ciudadana del uso público de libertades comunicativas, lo que lleva a Habermas a concluir que los derechos humanos que posibilitan el ejercicio de la soberanía popular no pueden ser impuestos a esta práctica legislativa como una limitación de fuera.¹⁹⁸ Esto es, para Habermas los derechos humanos representan garantías autoconstitutivas de un proceso democrático, no reglas que vienen desde fuera a insertarse en el sistema jurídico constituido por el sistema democrático.

d. Desde la relación entre autonomía privada y la pública. Habermas expone que los derechos humanos pueden ser bien fundados desde la perspectiva moral, pero no pueden imponerse de forma paternalista a un soberano. La idea de la autonomía jurídica de los ciudadanos exige que los afectados por el derecho puedan entenderse a sí mismos como sus autores.

Con esto se explica el hecho de que los ciudadanos solo pueden hacer un uso apropiado de su autonomía pública si son suficientemente independientes, en razón de una autonomía privada, asegurada igualitariamente; y a la vez sólo pueden alcanzar una regulación capaz de consenso de su autonomía privada, si como ciudadanos hacen un uso apropiado de su autonomía política.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 29 y 30.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

Así, con la creciente desigualdad de las posiciones económicas de poder, de fortuna y de la situación social, un Estado de Derecho, en vinculación con la democracia, debe especificar en su contenido las normas existentes del derecho privado, y debe introducir derechos fundamentales de carácter social que fundamenten las pretensiones de una repartición más justa de la riqueza producida socialmente y además garanticen una protección mejor ante los riesgos producidos socialmente.²⁰⁰

e. Finalmente, otra explicación que Habermas brinda para afirmar el nexo interno entre Estado de derecho y democracia, es aquella relacionada con las **políticas feministas de la igualdad**.

Sobre este tema tan controvertido, Habermas afirma que la clasificación de las funciones de los sexos y de las diferencias derivadas de los mismos, afecta a estratos elementales de los supuestos culturales de una sociedad. Y ha sido el feminismo radical el que ha logrado aflorar a la conciencia el carácter falible, revisable y fundamentalmente discutible de estos supuestos. Tal feminismo insiste en que deben aclararse las perspectivas bajo las cuales se hacen relevantes las diferencias entre experiencias y situaciones de vida de (determinados grupos) mujeres y hombres, a fin de una utilización en igualdad de oportunidades de las libertades subjetivas de acción en la esfera pública política, y ciertamente en el debate público acerca de la interpretación adecuada de las necesidades y criterios válidos. Así, en este combate por la igualdad de las mujeres, se demuestra especialmente bien el necesario giro en la comprensión jurídica paradigmática.²⁰¹

De esta forma, para Habermas, en lugar de la disputa de si la autonomía de las personas jurídicas se asegura mejor mediante las libertades subjetivas para la competitividad de las personas privadas, o a través de las pretensiones de

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 33.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 34.

actuación, objetivamente garantizadas a favor de los clientes por parte de las burocracias de los Estados del bienestar, surge una concepción procedimental, según la cual, el proceso democrático debe asegurar a la vez la autonomía pública y la privada: los derechos subjetivos, de que las mujeres deben ver generalizada una configuración privada y autónoma de sus vidas, no pueden ser formulados adecuadamente si antes los interesados no han participado en discusiones públicas, que permitan articular y fundamentar las perspectivas relevantes para el trato igual y desigual en los casos tipo. Ello porque en un Estado de derecho, la autonomía privada de los ciudadanos de derechos iguales, sólo puede quedar asegurada si se activa su autonomía de ciudadanos del Estado.²⁰²

La exposición de Habermas nos lleva a concluir que la posibilidad de coexistencia de libertades públicas y libertades privadas solo es posible en estados que se dan una Constitución que haga efectivos tales derechos a sus gobernados, esto es, en un auténtico Estado de Derecho, que Habermas entiende del siguiente modo:

La configuración del Estado de Derecho puede entenderse como la secuencia básicamente abierta de dispositivos, precauciones y cautelas aconsejados por la experiencia contra el avasallamiento del sistema jurídico por el poder ilegítimo de los estados de cosas, es decir, de las circunstancias y relaciones sociales y políticas, que contradiga la autocomprensión normativa del derecho. Se trata aquí de una relación externa (percibida desde el punto del sistema jurídico) entre facticidad y validez, una tensión entre norma y realidad, que representa ella misma un desafío a que se la elabore normativamente.²⁰³

Para Habermas, con la idea de Estado de derecho se pone en marcha una forma de autoaplicación del derecho, cuya finalidad es hacer valer la autonomía

²⁰² *Idem.*

²⁰³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 101 y 102.

política frente a la facticidad del poder no manifiesto que se introduce en el derecho.²⁰⁴

De esta forma, Habermas plantea una necesidad de legitimación más compleja por parte de los órganos estatales encargados de institucionalizar sanciones, de ejecutarlas y de cumplir los planes y proyectos de una sociedad. Esto es, si los derechos que han sido configurados por la sociedad, han de ser exigidos a través de una sanción, debe entonces presuponerse una capacidad de sanción por parte de una organización que disponga de medios para el empleo legítimo de la violencia, esta instancia debe estar facultada por ese todo que constituye la sociedad. El estado pone aquí en juego su capacidad de organización y autoorganización para mantener hacia el exterior y hacia el interior la identidad de la convivencia jurídicamente organizada.²⁰⁵

También el derecho a la protección de esos derechos individuales a que cada individuo se ha hecho acreedor, se funda en derechos que otorguen la posibilidad de una justicia que juzgue de forma independiente e imparcial. Esto presupone el establecimiento de una administración de justicia organizada por el estado, haciendo uso de su poder de sanción y perfeccionando, precisando y organizando el derecho.²⁰⁶

La formación de la voluntad política, por su parte, instituida como poder legislativo y que ya analizamos con anterioridad, se ve remitida y depende de un poder ejecutivo que pueda implementar los programas acordados.²⁰⁷

Como no es nuestra intención abordar con profundidad lo referente al Estado de Derecho, sólo podemos decir, a manera de síntesis, que Habermas lo considera indispensable como poder de sanción, como poder de organización y como

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 200.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

²⁰⁷ *Idem.*

poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia, y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que deben implementarse. Pero sobre todo, es indispensable que un Estado de Derecho incluya la posibilidad de que los individuos que integran a la sociedad determinen, a través de disposiciones jurídicas, la forma en la que quieren vivir y organizarse. Si esto no sucede, los individuos no se sentirán creadores de las normas que los rigen y, por lo tanto, su obediencia a las mismas será, en el mejor de los casos, por temor a la imposición de las sanciones que para tal efecto las normas establecen, o por alcanzar sus fines sin importar si están de acuerdo o no con tales normas, pero nunca con la intención de contribuir a la integración social, al entendimiento y al logro de los fines de la sociedad en su conjunto.

Por lo pronto, sólo nos interesa el análisis referente a la formación de la opinión colectiva, que se traduce en normas que actúan como mecanismos de integración social dotadas de validez. Sin embargo, no debemos dejar de reflexionar, aunque sea de manera breve, sobre esta forma integral en la que Habermas concibe el funcionamiento de un Estado.

Al parecer, no basta con que en el ámbito de producción de normas a través de consenso, se genere derecho válido, ya que finalmente no son los individuos de la sociedad los encargados de administrarlo de la mejor forma, es el estado el que a través de su estructura y funcionamiento administra ese derecho de manera correcta o no. Debe administrar justicia de manera correcta y ejecutar de la mejor forma los planes y programas que la sociedad se ha trazado para lograr la satisfacción material de sus fines. Si esto no se logra, poco será lo que la validez del derecho pueda aportar para lograr la integración de la sociedad.

Esta situación se agrava, como hemos ya brevemente mencionado, en las sociedades modernas que dependen de una manera considerable de la

economía, misma que como veremos en nuestro siguiente capítulo, obliga al Estado a institucionalizar normas que permitan a la misma continuar actuando sobre su propia lógica, rompiendo la idea que hemos expuesto de una comunidad jurídica que se da sus propias normas y se entiende y coordina a través de ellas.

Como vemos, la validez del derecho es sólo uno de los elementos importantes para que una sociedad funcione adecuadamente, pero de hecho es la base para ello, partiendo de la idea del derecho de Habermas como mecanismo de comunicación y coordinación entre individuos.

En nuestro siguiente capítulo abordaremos lo referente a la importancia de que en una sociedad el derecho funcione como un mecanismo de integración de la sociedad, sobre todo porque plantearemos una expectativa de integración de la sociedad en ámbitos complejos en los que debe partirse de la imposibilidad de entenderse a través de procesos simples de comunicación, como consecuencia de un marcado desarrollo económico en el que predominan fines y metas cuya naturaleza es de carácter económico.

CAPÍTULO TERCERO: LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

3. Introducción.

Con lo que hasta ahora hemos expuesto, podemos afirmar que Habermas otorga al derecho un papel preponderante para alcanzar la integración de individuos que interactúan en sociedades que se han vuelto muy complejas, en las que se combinan tanto acciones orientadas al entendimiento como acciones orientadas al éxito. Este capítulo lo dedicaremos a analizar si este tipo de sociedades complejas y dominadas por el sistema económico, se apegan al concepto de validez del derecho de Habermas.

Para llevar a cabo tal análisis se retomarán las categorías a través de las cuales desarrollamos el pensamiento jurídico de Habermas, como son la tensión entre facticidad y validez en el derecho, la integración social, la integración sistémica y los medios de control sistémicos.

Del análisis a tales categorías llegaremos a planteamientos importantes, tales como: a) la función que tiene el derecho en las sociedades modernas, explicando con ello; b) la forma tan particular en la que el derecho actúa como un mecanismo de comunicación que integra a la sociedad cuando ésta se ha vuelto altamente compleja y se encuentra dominada por el sistema económico, observando con ello también que; c) este tipo de sociedades dominadas por el sistema económico se apartan del principio de validez del derecho de Habermas, y que; d) la tensión entre facticidad y validez en el derecho, planteada por Habermas, se agrava considerablemente en este tipo de sociedades; Por lo anterior, desarrollando este análisis; e) se resaltará la importancia de que el Estado, a través de su potestad de ente que organiza y dirige las actividades de una sociedad, y dado el dominio del sistema económico, procure crear los medios a través de los cuales los ciudadanos participen en la toma de

decisiones y ejecute correctamente los planes y programas que la misma sociedad se ha propuesto alcanzar en cada uno de sus tres niveles, es decir, en la administración de los recursos, en la impartición de justicia y en la producción de normas integradoras de la sociedad.

Enumeremos brevemente lo que hasta ahora Habermas nos ha expuesto sobre las ideas que acabamos de mencionar:

- a) Habermas desarrolla una idea procedimentalista de la moral, ya no inmersa en el derecho, sino traducida en un procedimiento racional en el que se discutan cuestiones que interesan a todos.
- b) El derecho en las sociedades modernas, el cual queda positivizado a través de normas generales, es legítimo en la medida en que descansa en procesos racionales de producción de normas en los que participan todos los posibles afectados.
- c) Ese derecho que surge de procesos racionales de participación, y dada la complejidad de las sociedades modernas, debe cumplir dos condiciones: por un lado, derivar de un procedimiento racionalmente motivado para que quienes actúen con la finalidad de entenderse, se sientan autores de las normas y las acaten por respeto a la ley; y, por el otro, ese derecho debe venir cubierto de una sanción para que quienes actúen con la finalidad de alcanzar su propio éxito, puedan ser sancionados en caso de desacato y lograr con ello una obediencia media de la norma.
- d) La validez del derecho para Habermas radica precisamente en que el derecho cumpla con las dos condiciones expuestas en el inciso anterior; pero, sobre todo, pone especial énfasis en la importancia de que tal derecho surja de un proceso racional en el que todos los posibles afectados hayan participado libremente.

e) El derecho concebido en esos términos, actúa como un mecanismo de integración de la sociedad.

Como se advierte, será importante retomar brevemente algunos temas fundamentales ya tratados en nuestro trabajo, con ellos explicaremos claramente lo que nos hemos propuesto.

3.1. El problema de la complejidad ante la búsqueda de integración de la sociedad.

Uno de los aspectos que nos hemos propuesto explicar en este capítulo, es lo referente a que sociedades que se han vuelto altamente complejas y que se encuentran dominadas por el sistema económico, se apartan de la idea de validez del derecho expuesta por Habermas, razón por la cual es importante plantear, en primer término, lo referente a tal complejidad y dominación.

Cuando Habermas habla del cambio de una sociedad simple a una sociedad compleja, explica que la aparición de medios de control es lo que empuja a las sociedades a tal transformación; la aparición paulatina de estos medios de control se debe a que la base de los mismos es empírica²⁰⁸ y no normativa como lo es la base del derecho, que también actúa como un medio de control y coordinación de las acciones de los individuos²⁰⁹. La base empírica de los medios de control los hace arraigarse aún más en las estructuras de las sociedades, porque son éstas las que otorgan a tales medios de control sistémicos un valor específico, sin que esta circunstancia se haga manifiesta.

²⁰⁸ Esta expresión de Habermas se refiere a que los medios de control sistémicos surgen de la cotidianeidad del interactuar social, es decir, de una realidad que no se consensúa, como en el caso del derecho, sino que de hecho se acostumbra.

²⁰⁹ Ver, p. 37 a 46.

Estos medios de control los denomina Habermas *medios de control sistémicos*, ya que los mismos aparecen como consecuencia de la reproducción material del mundo de la vida, esto es, aparecen en el ámbito de coordinación y organización de los individuos para sostener el sistema social en su aspecto material, económico; esta aparición de medios de control sistémicos es consecuencia, en gran parte, de una racionalización del mundo de la vida, es decir, se debe a una evolución que presenta el plano simbólico del mundo de la vida, como explicaremos con posterioridad.

En este plano material del mundo de la vida, la aparición de los medios de control sistémicos se debe a que los sistemas sociales, por más sencillos que sean, mantienen relaciones de intercambio con su entorno natural y social, precisando para ello de una adecuada coordinación. Esto es, los individuos integrantes de un sistema social determinado, aparte de compartir una cultura común, de darse principios para convivir y de formar la personalidad de sus miembros para integrarlos posteriormente a la sociedad, requieren producir y distribuir bienes, asignar a cada individuo tareas o actividades de diversa naturaleza y resolver los conflictos internos que se presenten.

Todas estas tareas exigen cooperación para lograr el intercambio y la distribución adecuada de tareas; de esta forma, la eficiencia en la administración de los bienes y el éxito en la utilización de medios para organizarse, logran convertirse en criterios intuitivos para la solución satisfactoria de tareas y para la diferenciación o especificación de resultados. Esta circunstancia exige, por una parte, la delegación de facultades de mando o poder en personas que se encarguen de las tareas de organización, y por la otra, el establecimiento de relaciones de intercambio, derivadas de la necesidad de contar con otros bienes de diferente naturaleza y hacer circular los productos obtenidos.²¹⁰

²¹⁰ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, 255.

Estas relaciones que Habermas llama de “poder” y de “intercambio”, se convierten en mecanismos con los que las sociedades aumentan su diferenciación, como consecuencia de la necesidad de especializar las actividades que los individuos desarrollan, volviéndose la sociedad en su conjunto cada vez más compleja.²¹¹

En las sociedades tradicionales existen también relaciones de intercambio, así como la práctica de organizar a los grupos por parte de quienes gozan del prestigio y autoridad necesarios para hacerlo; sin embargo, estos tipos de coordinación de la acción no se transforman aún en medios de control sistémicos y las sociedades no se vuelven complejas, sino hasta que tales medios se separan de las estructuras del mundo de la vida, a través de las cuales se logra la integración social; esto es, tales medios se convierten en medios de control sistémicos cuando los mismos dejan de ser parte de las costumbres y de la forma de ser de los individuos.

Respecto a la actividad de organizar a la sociedad para cumplir funciones específicas, este control sistémico ocurre en el momento en que la misma sociedad se fragmenta en clases sociales que se pueden ensamblar competentemente tareas especializadas y hablarse de una verdadera diferenciación de la sociedad. Como hemos mencionado, la organización y coordinación de grupos se presenta también en las sociedades primitivas, pero no en forma de poder político, como en las sociedades modernas, ya que el tamaño y desarrollo de tales sociedades no permite aún la constitución de un Estado; las sociedades primitivas continúan organizándose a través del prestigio generalizado con que cuenta uno o algunos de los individuos que dirigen el grupo. En las sociedades modernas, en cambio, la colectividad asegura su capacidad de acción a través de la organización, consiguiendo que las

²¹¹ *Ibidem*, p. 277.

decisiones del investido de facultades de mando sean aceptadas por los otros participantes en la interacción como premisas de sus propias decisiones.²¹²

De esta manera, cuando se forma un poder político diferente a aquel poder que obtiene su autoridad del prestigio de los grupos de descendencia dominantes, basando ahora su autoridad en el uso de medios de sanción jurídica, el mecanismo del poder se desliga de las estructuras del parentesco y se convierte en núcleo de cristalización de una nueva institución: el Estado.²¹³

En las sociedades primitivas la actividad del intercambio se desarrolla como un intercambio ritual de objetos valiosos que sirve a los fines de la integración social, al igual que el intercambio de mujeres, que es parte de la cultura y por lo tanto se encuentra plenamente anclado en el mundo de la vida.²¹⁴ Pero como hemos mencionado, es en el marco de sociedades organizadas a través del Estado, que surgen mercados de bienes que se rigen a través de relaciones de intercambio generalizadas simbólicamente, esto es, a través del medio dinero; cuando las relaciones de intercambio empiezan a regularse a través de este medio de control, las mismas se apartan de las estructuras del mundo de la vida.

En síntesis, estas actividades se convierten en medios de control cuando su práctica obedece a un proceso de racionalización de los sujetos, proceso que sugiere tales actividades como la mejor forma de obtener beneficios óptimos en su desempeño, circunstancia que no sucede cuando forman parte de las estructuras del mundo de la vida; en este ámbito se sugieren de forma espontánea, casi por costumbre, por tradición.

Mencionaremos brevemente las características específicas que tienen el dinero y el poder para actuar y ser considerados como verdaderos medios de control de ciertas acciones de una sociedad y volverla altamente compleja.

²¹² *Ibidem*, pp. 228 y 229.

²¹³ *Ibidem*, p. 233.

²¹⁴ *Idem*.

- a. El medio dinero cuenta con una característica muy particular: tiene las propiedades de un código, gracias al cual pueden transmitirse informaciones de un emisor a un receptor. De esta forma, el dinero permite la generalización y transmisión de expresiones simbólicas que llevan inscrita una estructura de preferencias. Con esta estructura de preferencias, los actores actúan orientados por las consecuencias de sus acciones, es decir, calculando el éxito de la acción. Esto trae como consecuencia que este medio se independice de los procesos de formación de consenso, estos simplemente ya no se requieren. El valor que en este medio se generaliza es la *utilidad*, y ese valor generalizado compromete a todos por igual y en todo momento.²¹⁵
- b. Por su parte, el poder como medio de control, representa la materialización simbólica de masas de valor, sin tener él mismo un valor intrínseco. Los intereses del poder podemos circunscribirlos a la necesidad de movilizar el potencial necesario para la consecución de fines colectivos. En este medio de control, el valor generalizado es precisamente la eficacia en la realización de esos fines. La realización de este valor se respalda en la posesión de medios de sanción que pueden utilizarse, bien para amenazar con sanciones, o bien para hacer uso de una violencia directa.²¹⁶

Estos mecanismos sistémicos, como ya se ha dicho, carecen de un contenido normativo y se forman sin consenso; coordinan las acciones de los individuos orientados a alcanzar sus propios fines, sustituyendo de esta forma al lenguaje y desconectándose de los contextos del mundo de la vida; éste ya no sirve para dar respaldo a las acciones de los individuos a través de sus diversos componentes.²¹⁷ Por ello, requieren institucionalizarse para anclarse en el mundo de la vida, así, el medio de control dinero, que es el medio que domina al sistema económico, fue el primer medio en quedar institucionalizado. Con la

²¹⁵ *Ibidem*, p. 377.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 383.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 259.

forma de producción capitalista, fue la economía la primera en diferenciarse como un subsistema funcionalmente especificado.²¹⁸

El medio “dinero” queda institucionalizado a través de instituciones de derecho privado como son la propiedad y el contrato, ubicadas estas figuras jurídicas al amparo del derecho civil, institución que garantiza las libertades subjetivas privadas de los individuos.²¹⁹ Por su parte, el poder queda institucionalizado a través de la organización del derecho público, en donde se crean cargos específicos a través de los cuales se organizan las diferentes actividades del Estado.²²⁰

Es importante mencionar que, dada la diversidad de los ámbitos en los que interviene el sistema económico en la actualidad, la actividad de este sistema (dominado por el medio de control dinero), no queda anclada únicamente a través del derecho privado, único ejemplo citado por Habermas; este medio dinero se ancla en el mundo de la vida también a través de diversas instituciones que en síntesis abarcan todos los ámbitos de actividad de los sujetos, como lo es por ejemplo las disposiciones Constitucionales que derivan en asuntos de carácter laboral, educación, transportes, comunicación, impuestos, banca, legislación relativa a las empresas, tratados internacionales y diversas instituciones que protegen derechos muy específicos.

De manera muy sencilla hemos expuesto el proceso a través del cual las sociedades adquieren su complejidad desarrollando su ámbito material, sin embargo, no debemos olvidar que es la racionalización del mundo de la vida lo que provoca que ambos espacios adquieran complejidad, es decir, al racionalizarse el mundo de la vida, él mismo provoca una diferenciación en sus estructuras, como lo son la cultura, la integración social y la personalidad, y a su vez, provoca la diferenciación del sistema social en su ámbito material.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 143.

²²⁰ *Ibidem*, p. 386.

Para brindar esta explicación, no es necesario volver al análisis del mundo de la vida, éste ya lo llevamos a cabo en el segundo capítulo; sin embargo, si requerimos recordar brevemente algunas de las ideas fundamentales del mundo de la vida para entender de qué forma es éste el que provoca la complejidad de la sociedad en ambos planos, tanto en el simbólico como en el material.

El mundo de la vida no es sólo la cultura que una sociedad comparte y que transmite de generación a generación. El mundo de la vida es un contexto presente irrebalsable e inagotable, a través del cual el individuo actúa sin percatarse de ello. En el mundo de la vida suceden muchas cosas respecto de sus diversos componentes (cultura, integración social y personalidad), una de ellas es la transmisión de la cultura a las nuevas generaciones, también en el mundo de la vida se socializan los individuos para compartir un conjunto ilimitado de situaciones y perspectivas comunes de forma coordinada; y es en el mundo de la vida en donde el individuo aprende, adquiere su personalidad y se forma.

Esta enumeración de procesos que se presentan en los componentes del mundo de la vida, nos muestra porqué una vez diferenciadas todas las actividades llevadas a cabo en ese plano simbólico que representa el mundo de la vida, la sociedad adquiera cierta complejidad.²²¹

La diferenciación en los procesos de cultura y de sociedad o integración social, se manifiesta en un creciente desacoplamiento entre el sistema institucional y las imágenes del mundo transmitidas culturalmente; la diferenciación en los procesos de integración social y personalidad se manifiesta en que aumenta considerablemente el riesgo de disentimiento (el riesgo de no ponerse de acuerdo), en el establecimiento de relaciones interpersonales, y en lo que se refiere a la cultura se manifiesta en que la renovación de tradiciones depende

²²¹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp. 200 y 201.

cada vez en mayor grado de la disponibilidad a la crítica y de la capacidad innovadora de los individuos.²²²

Lo anterior significa que en el plano de la cultura, la tradición que garantiza la identidad de los individuos, se separa del contenido del que están entretejidas las imágenes del mundo socialmente compartidas. Esta tradición se reduce a elementos formales muy generales, tales como conceptos de mundo, presupuestos de la comunicación, procedimientos argumentativos, valores fundamentales abstractos, etc.

Asimismo, en el plano de la sociedad se cristalizan principios universales, dejando atrás los contextos particulares, de esta forma, en las sociedades modernas se implantan principios jurídicos y morales que cada vez están menos recortados a la medida de formas de vida concretas. Y en el plano del sistema de la personalidad, las estructuras de conocimiento adquiridas en el proceso de socialización, se emancipan cada vez más del saber cultural con que inicialmente estaban integradas en el "pensamiento concreto".²²³

Con la diferenciación del mundo de la vida, surge también la necesidad estructural de una evolución moral y jurídica que apunta a una generalización de valores. Esta generalización de valores la definimos como una tendencia a que las orientaciones valorativas que institucionalmente se exigen a los individuos, se tornen cada vez más generales y formales²²⁴. Esta tendencia se debe a que cualquier sistema de interacción entre individuos requiere para su funcionamiento, un mínimo de generalización en la orientación de la acción de los sujetos.²²⁵

²²² *Ibidem*, p. 207.

²²³ *Idem*.

²²⁴ Ver apartado 2.1.1, p. 34 y s.s.

²²⁵ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 253.

La racionalización y diferenciación de las estructuras del mundo de la vida, que trae como consecuencia la aparición de medios de control sistémicos y una necesidad de generalizar los valores, provoca que en el proceso de interacción de los individuos se separe la acción orientada al entendimiento y la acción orientada al éxito, circunstancia que hemos mencionado al principio del capítulo como una característica peculiar de una sociedad compleja; con esta doble modalidad de acción de los individuos, se abre la puerta para la formación de subsistemas de acción racionales con arreglo a fines, quedando la acción de los individuos asentada sobre medios de comunicación deslingüistizados.²²⁶

Esta circunstancia provoca una separación de los mecanismos de coordinación de la acción, ya que sobre la base de orientaciones de acción cada vez más generalizadas se teje una red más grande de interacciones que escapan a un control normativo directo y tienen que ser coordinadas por otras vías.²²⁷

La doble modalidad genera que, como cosa obvia, las acciones orientadas al entendimiento se coordinen a través de mecanismos de comunicación que permiten a los individuos llegar a un consenso sobre algo; y que las acciones que se dirigen a alcanzar el propio éxito se coordinen a través de mecanismos sistémicos como los que hemos explicado con anterioridad: el dinero y el poder.²²⁸

El proceso a través del cual las sociedades se vuelven complejas, adquiere relevancia porque con él se ataca a las estructuras de la integración social que se encuentran en el seno del mundo de la vida. Esto es, la integración social es el plano en el que los individuos se ponen de acuerdo para fijar normas y principios a través de los cuales logren coordinar su constante interactuar, por lo

²²⁶ Cuando Habermas utiliza la palabra "deslingüistizado", lo hace en el sentido de contraposición a lo que es en su teoría de la acción comunicativa, concibe como un medio de entendimiento basado en la comunicación de los individuos. Estos medios "deslingüistizados" se apartan de todo proceso de entendimiento basado en un mecanismo de comunicación.

²²⁷ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, p. 255.

²²⁸ *Idem.*

que si surgen otros medios no normativos a través de las cuales se orientan las valoraciones y por lo tanto las acciones de los individuos, el campo en el que se logra la integración social se ve afectado seriamente.

Esta explicación que hemos brindado sobre la forma en la que las sociedades se vuelven complejas, se dirige a desarrollar nuestra idea de que las sociedades altamente complejas que se encuentran en dependencia respecto del sistema económico, se apartan de la idea de validez del derecho expuesta por Habermas; pero para tal desarrollo, requerimos también explicar en que consiste el dominio del sistema económico sobre las sociedades. Antes de ello, explicaremos la forma en la que la complejidad de las sociedades, tras la aparición de los medios de control sistémicos, afecta seriamente el campo en el que la sociedad se integra.

3.1.1. Integración social.

Las formas de integración sistémica que hemos expuesto representan un serio problema en las sociedades modernas, toda vez que las formas de integración social dependientes del consenso, quedan desplazadas y sustituidas por formas anónimas de socialización en las que los individuos sólo comparten la intención de alcanzar sus fines.²²⁹

Los medios de control, como formas de integración sistémica, afectan a la integración social porque la coordinación de las acciones de los individuos a través de medios anónimos y deslingüistizados, como son el dinero y el poder, son diferentes a la forma de organizarse a través del consenso; en el consenso se razona, se argumenta lo mejor para todos, se llega a un arreglo para lograr el entendimiento; de esta forma, el consenso se cristaliza en derecho, lográndose con ello la integración de la sociedad, traducida en una conciliación del arbitrio de cada uno con el de los demás. Los medios de control, en cambio, actúan de

²²⁹ *Ibidem*, p. 263.

tal forma que permanecen siempre presentes sin percibirse subjetivamente, utilizando la estructura comunicativa del mundo de la vida para cobrar vigencia y utilidad en la sociedad. En los medios de control no existe el consenso ni el entendimiento.

Esta modalidad de los medios de control de permanecer ocultos, ataca los ámbitos de acción de grupos socialmente integrados a través del derecho, poniendo en peligro, por ello, el ámbito de la integración social. Habermas llama a esta capacidad de ocultarse de los medios una "violencia estructural", misma que, sin hacerse manifiesta como tal, se apodera de la forma de la intersubjetividad del entendimiento entre los individuos.²³⁰

La violencia estructural, según Habermas, se ejerce a través de una restricción sistemática de la comunicación; queda anclada de tal modo en las condiciones formales de la acción comunicativa, que para los participantes en la comunicación la conexión de mundo objetivo, mundo social y mundo subjetivo queda prejuzgada de forma típica.²³¹ Las restricciones que se introducen en los procesos de comunicación cotidianos, representan instrumentos invisibles que ayudan a los medios de control sistémicos a arraigarse en el mundo de la vida a través de la práctica comunicativa, generando con ello una violencia estructural.

Pero recordemos que los medios de control que hemos expuesto no se quedan siempre sin una estructura normativa, ya que hemos mencionado que los mismos se anclan en el mundo, creando primero una violencia estructural que pasa inadvertida e institucionalizándose después. Es por ello por lo que en sociedades tan complejas es muy importante tomar en cuenta la propuesta de Habermas en el sentido de reforzar el campo de la integración social, procurando que las normas que utilizan los individuos para coordinar sus acciones, tanto las encaminadas al entendimiento como las dirigidas al éxito,

²³⁰ *Ibidem*, p. 264.

²³¹ *Idem*.

cuenten con dos características fundamentales: que, por un lado, vengan racionalmente motivadas, esto es, que todos los posibles afectados hayan participado en ellas y, por el otro, que estén revestidas de una sanción, para que quien actúe estratégicamente, es decir, en búsqueda de su beneficio personal, se encuentre obligado a dar cumplimiento al acuerdo social alcanzado. Estas dos condiciones del derecho permitirán que, por un lado, se esquive la trampa de anclar los medios de control en el mundo de la vida a través de una violencia estructural que es invisible y, por el otro, que, dado que su institucionalización depende del consenso, su aprobación quede sujeta a la aceptación de los posibles afectados, imprimiendo además una sanción que en caso de desobediencia pueda ser aplicada.

Sin embargo, surge un problema característico de las sociedades modernas, y consiste en que éstas se han vuelto tan complejas que la sociedad misma se ha fragmentado ya en clases sociales muy diversas. Los intereses de las diferentes clases sociales son tan variados que incluso las acciones racionales con arreglo a fines se encuentran en pugna con los diversos valores compartidos por los diferentes grupos sociales; esto se debe principalmente al dominio que cobra el sistema económico en la sociedad, mismo que representa un serio problema cuya solución corresponde al derecho.

Esto nos invita entonces a resolver el problema de cómo en sociedades complejas, dominadas por el sistema económico puede lograrse la integración social, es decir, conciliar el arbitrio de cada uno con el resto de la sociedad.

Podríamos decir, en principio, que tal integración se logra sólo a través del mecanismo integrador del derecho, pero tal derecho, en sociedades tan complejas como las que hemos descrito, adquiere una modalidad muy particular: el derecho, en este tipo de sociedades tan diferenciadas y complejas, actúa como un medio de comunicación entre el sistema y el mundo de la vida, llevando mensajes de un ámbito al otro, con la finalidad de que los individuos que actúan

desde diversos planos se entiendan, se comuniquen, interactúen y logren vivir integrados, siempre con el riesgo de perder el equilibrio en la transmisión y traducción de mensajes de un plano al otro; principalmente con el riesgo de que sea el sistema el que domine la comunicación con el mundo de la vida.

Pero para lograr explicar con claridad esta idea, es necesario destacar la peculiaridad de esas sociedades en las que el ámbito material del mundo de la vida queda totalmente separado del plano simbólico del mundo de la vida, en donde descansan la cultura, la sociedad en su forma de integrarse y la personalidad.

El tipo de sociedades al que nos referimos, como ya hemos mencionado, son aquellas dominadas totalmente por el sistema económico, y en ellas el derecho sirve para canalizar, o bien la influencia del mundo de la vida sobre los ámbitos de acción formalmente organizados, o, a la inversa, la influencia del sistema sobre los ámbitos de acción estructurados comunicativamente.²³²

Explicar la forma en la que el sistema económico puede llegar a dominar una sociedad compleja, nos permitirá también comprender con claridad las razones por las que tales sociedades no se apegan a la idea de validez del derecho planteada por Habermas.

3.2. El dominio del sistema económico.

En sociedades dominadas por la economía surge un problema: es el sistema económico el que, por lo menos en la mayoría de los ámbitos, determina los derechos que una sociedad debe darse, obstruyendo los canales de comunicación y provocando una manifiesta imposición de reglas.

²³² *Ibidem*, p. 261.

Veamos cómo sucede esto: en las sociedades organizadas estatalmente, el dinero se transforma en un medio de intercambio entre sistemas de acción, produciendo dicho medio efectos generadores de estructuras. De esta forma, la economía se constituye como un subsistema gobernado a través del dinero en cuanto empieza a regular el intercambio con sus entornos sociales, y esos entornos se forman gracias al asentamiento del proceso de producción sobre el trabajo asalariado y al acoplamiento retroalimentativo del aparato estatal con la producción a través del cobro de impuestos. De esta manera, el Estado se hace dependiente de la economía, regida por un medio de control sistémico, obligando al Estado a una significativa reorganización que conduce, entre otras consecuencias, a que el poder político quede asimilado a la estructura de un medio de control sistémico, esto es, el poder queda asimilado al dinero.²³³

Tal dependencia del Estado hacia el sistema económico genera una espiral de consecuencias que afectan directamente aquellos ámbitos en los que se crea y aplica el derecho. La reorganización del Estado implica, inclusive, una nueva perspectiva de los fines mismos de la sociedad, y no puede ser de otra forma, si es el Estado el que a través de su organización hace posible el logro de los fines que una sociedad se ha propuesto. Los fines de una sociedad, que basados en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, planteamos en dirección a que la sociedad se entienda, interactúe y se identifique, con una nueva perspectiva basada en la lógica del sistema económico, cambian y son sustituidos por la persecución de fines de naturaleza eminentemente material.

La forma de entrelazamiento de la economía con el Estado, gobernados ambos subsistemas por medios de control sistémicos como el dinero y el poder, nos indica la dependencia del Estado respecto del sistema económico, y aquí hablamos ya de un Estado organizado a través del establecimiento de cargos públicos para actuar en tres niveles específicos, la administración del estado a

²³³ *Ibidem*, p. 242.

través de la ejecución de planes y programas, la creación de normas y la impartición de justicia.

Esta dependencia obliga al Estado a institucionalizar, a través del aparato encargado para ello y en el que se lleva a cabo la integración social, toda disposición que le haga falta al sistema económico para subsistir e imponerse sobre la lógica de cualquier subsistema que forme parte de su entorno. Desde esta perspectiva, el Estado no tiene más remedio que quedar subordinado a los caprichos y necesidades de la economía, si es que quiere mantener segura la subsistencia material del sistema social en su conjunto.

Dicha circunstancia nos invita a plantear dos interrogantes fundamentales, por una parte, qué sucede con el derecho que surge de este tipo de sociedades, es decir, qué clase de derecho es y qué papel juega, ya que en un principio planteamos al derecho como un mecanismo de comunicación; esto nos permitirá verificar el apego o desapego de las sociedades complejas y dominadas por el sistema económico a la idea de validez del derecho de Habermas; y por la otra, cómo actúa un Estado que depende totalmente del sistema económico, esto es, cómo hace posibles los proyectos necesarios para que una sociedad cubra todas sus necesidades y se desarrolle en un ambiente de igualdad y prosperidad en todos sus ámbitos.

3.2.1. El derecho en sociedades dependientes del sistema económico.

En este nuevo contexto de complejidad y dependencia, tal y como lo mencionamos en el apartado anterior, el derecho adopta el papel de un mecanismo transformador en el circuito de comunicación entre sistema y mundo de la vida²³⁴ que abarca la sociedad global. Como mecanismo transformador, el

²³⁴ Aunque en el desarrollo de los dos primeros apartados de este capítulo explicamos implícitamente lo que entendemos por sistema y mundo de la vida en relación uno con el otro, es importante hacer una breve precisión: cuando hablamos de una distancia entre el mundo de la vida y el sistema, nos referimos a que el primero lo ubicamos como plano simbólico de la

derecho da a los mensajes procedentes del mundo de la vida una forma tal que puedan ser entendidos por los códigos especiales con que opera el Estado regulado por una Administración dominada por el medio poder y una economía regida, controlada y gobernada por el dinero.²³⁵

Esto significa que la sociedad, tras haberse vuelto tan compleja y dependiente del sistema económico, requiere de un mecanismo que comunique a un mundo de la vida que ya no se conecta de manera natural y espontánea con los diversos sistemas de acción existentes, ya que éstos se gobiernan por sus propios medios de control.

Aunado a esta complejidad social que convierte al derecho en un simple transformador de la comunicación entre sistema y mundo de la vida, con el riesgo latente de que domine la comunicación del sistema hacia el mundo de la vida, se nos presenta la circunstancia relativa a que, dada la dependencia hacia el sistema económico, no todos los procesos de creación de normas, por la naturaleza de las mismas, permiten la participación de todos los futuros afectados. Lo anterior implica que solamente se podrá permitir la intervención o participación de los posibles afectados en la creación de aquellas disposiciones que no afecten la libre actuación del capital y la lógica con la que se mueve y desarrolla; todo aquello que represente el aumento de ganancias será ajeno a la reflexión y se sustraerá de cualquier cuestionamiento por parte de los posibles afectados.

sociedad, en el que interactúan los tres componentes estructurales del mundo de la vida: la cultura, la integración social o sociedad y la personalidad; en pocas palabras es el plano en donde el individuo se forma como tal. El sistema lo ubicamos como el plano de la sociedad en donde se coordinan actividades y competencias para satisfacer las necesidades económicas y organizacionales de la sociedad. Esto significa entonces que cuando hablamos de una separación o falta de entendimiento entre ambos planos, nos referimos a que el plano en el que se logran los fines económicos y se organiza la sociedad para lograr fines de carácter material, se aparta y aleja del plano en donde puede lograrse el entendimiento.

²³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 146.

Lo anterior puede constatarse a través de un sinnúmero de ejemplos. Tal es el caso de la firma entre México, Estados Unidos y Canadá del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este tratado, que significa una importante injerencia del capital extranjero en nuestro país, proveniente de Estados Unidos y Canadá, fue negociado y ratificado al margen de toda discusión pública.

El Tratado fue patrocinado por las organizaciones comerciales más poderosas de México, Canadá y Estados Unidos, incluyendo el Business Table de Estados Unidos y su equivalente mexicano, el Centro Coordinador Empresarial (CCE) (formado por treinta y cinco miembros que al parecer, a la fecha de firma del tratado, poseían valores equivalentes a una cuarta parte del PIB en México). Uno de los mayores atractivos del TLCAN, es que prometía eliminar en un plazo de quince años las barreras aduanales a los productos total o principalmente originados en cualquiera de los tres países del TLCAN. Los patrocinadores del TLCAN creían que esto fortalecería su "competitividad" frente a las crecientes potencias económicas de Japón y la Unión Europea. Declaraban que el TLCAN auguraba un mercado de 6 billones de dólares para 363 millones de consumidores, o una quinta parte del comercio mundial, y una elevación correspondiente en los salarios y empleos de los trabajadores. La llamaban una situación "ganar- ganar- ganar" para los tres países.²³⁶

Sin embargo, la realidad fue otra, el TLC consagró en su clausulado disposiciones que imposibilitaron y continúan imposibilitando a los pequeños y medianos comerciantes mexicanos para competir en el mercado con sus adversarios, quienes, en resumidas cuentas, son grandes capitales que cuentan con significativas ventajas sobre el resto de los participantes, tales como mano de obra barata, entre otras muchas. La aceptación de estas condiciones se debe a la imperiosa necesidad que imponen los poseedores de capitales en el mundo,

²³⁶James Cockcroft, *La esperanza de México*, Siglo XXI editores, México, 2001, pp. 267 y 268.

de penetrar de manera más directa a países subdesarrollados en los que no existe competencia alguna.

Más de dos millones de mexicanos perdieron sus empleos durante los dos primeros años de la instrumentación del TLCAN (1994-1996). Una sexta parte de los empleos perdidos fueron en el sector manufacturero moderno, que fue incapaz de competir con la importación de productos extranjeros más baratos. Más de 28 mil empresas mexicanas fueron a la quiebra. Los bancos también quebraron, mientras que la deuda de los consumidores alcanzó proporciones alarmantes. El salario mínimo bajó a niveles inferiores a los de 1981, el último año antes de la introducción formal de políticas económicas neoliberales.²³⁷

Con este ejemplo surgen diversas reflexiones; en primer término, podemos advertir la forma en la que los intereses del capital penetran haciendo uso y aprovechándose de marcos normativos omisos, como el mexicano, el que no establece ningún tipo de participación por parte de los ciudadanos para intervenir en negociaciones internacionales que finalmente les afectan de manera directa, ya que se supone que es el gobierno quien representa los intereses de la sociedad.

También el capitalismo hace uso de la flexibilidad de los sistemas jurídicos de países en vías de desarrollo como el nuestro, ya que tales países, en su afán de desarrollarse rápidamente, permiten el establecimiento de cualquier tipo de normas que aseguran la libertad de desplazamiento y expansión del capital, sin prever las consecuencias de ello, es decir, sin salvaguardar la seguridad y la estabilidad económica de la sociedad en su conjunto.

Asimismo, se advierte la forma en la que el sistema económico ataca al mundo de la vida, volviendo al derecho ya no un mecanismo de interacción y entendimiento, sino un simple transformador en el proceso de comunicación

²³⁷ *Ibidem*, p. 350.

entre sistemas y de éstos con el mundo de la vida, y cuando decimos que ataca al mundo de la vida, nos referimos a la doble posibilidad de influencia entre sistema y mundo de la vida, que ya hemos explicado antes.

De esta forma, las instituciones actúan como marco institucional que somete el mantenimiento del sistema a las restricciones normativas del mundo de la vida; por otra parte, las instituciones jurídicas actúan como la base que subordina el mundo de la vida a las coacciones sistémicas de la reproducción material y que de este modo lo mediatiza o utiliza.²³⁸

Son entonces las instituciones de derecho público y de derecho privado las que posibilitan el establecimiento de mercados y el establecimiento y funcionamiento del poder estatal. Las operaciones de estos sistemas, diferenciados ya del mundo de la vida, se desarrollan entonces a través de las formas que les presta el derecho.²³⁹

Y esta actividad tan particular del derecho de prestar a los medios de control las formas idóneas para anclarse en el mundo de la vida, la identifica Habermas cuando nos expone las funciones a las que se reduce el derecho en las sociedades modernas:

- a. *Los medios de regulación o control que son el dinero y el poder administrativo quedan anclados en el mundo de la vida a través de la institucionalización jurídica de mercados y de organizaciones burocráticas;*
- b. *Simultáneamente, contextos de integración, en los que los conflictos que se presentan podían ser solucionados hasta ahora en términos éticos, es decir, sobre la base de la costumbre, la lealtad o la confianza, son objeto de juridificación, es decir, se los reorganiza en términos formales;*

²³⁸ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *Op. cit.*, pp 261 y 262.

²³⁹ *Idem.*

c. *De esta forma, los implicados en el caso de conflicto pueden apelar a títulos jurídicos.*²⁴⁰

Como el mismo Habermas puntualiza en el primer inciso, las exigencias propias del funcionamiento del sistema económico son tan fuertes que requieren servirse, y por ello se sirven de la fuerza legitimadora del derecho, imponiéndose a través de normas jurídicas obligatorias que se independizan de la voluntad de los individuos que forman la sociedad.

Esto se agrava si tomamos en cuenta la idea que hemos expuesto referente a que en las sociedades modernas el sistema económico cobra tal fuerza que se vuelve independiente incluso del aparato estatal. Como el Estado, visto como el lugar de donde formalmente surge el derecho, para asegurar el desarrollo material del mundo de la vida, depende de un sistema económico que funciona sobre su propia lógica y que determina la estructura del orden social, el derecho resulta ser, en estos casos, un medio equívoco de integración de la sociedad.²⁴¹

Habermas explica esta circunstancia de la siguiente forma:

Como medio de organización de un poder político que está referido a los imperativos funcionales de un sistema económico diferenciado y atendido a su propia lógica, el cual acaba determinando la estructura del orden social, el derecho moderno resulta ser, precisamente por esa razón, un medio profundamente equívoco de integración de la sociedad. Muy a menudo el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad, y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si lo que el derecho opera en lo tocante a integración de la sociedad, es decir, las operaciones del sistema jurídico en lo tocante

²⁴⁰ *Ibidem.* p. 140.

²⁴¹ *Idem.*

a integración, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de los ciudadanos, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural y, apoyadas sobre esa base material, generan ellas mismas la necesaria lealtad de la población.²⁴²

Esta cita de Habermas y el ejemplo que hemos expuesto sobre la forma en la que se aprobó y puso en marcha el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, nos muestran que entonces en sociedades complejas como la nuestra, no todas las normas jurídicas son resultado de un proceso democrático, dados los intereses del sistema económico; proceso que hemos expuesto en el capítulo segundo, en el cual todos los posibles afectados expresan su voluntad racional en busca de una integración de la sociedad.

La parte del derecho que regula lo referente a la estructura y funcionamiento del Estado, así como al funcionamiento de la economía a través de mercados, no tiene su base en un consenso social; sin embargo, sí está cubierta de una obligatoriedad impuesta por la fuerza. De aquí podemos derivar que este tipo de derecho no goza de una legitimidad en términos de la idea de legitimidad expuesta por Habermas, ya que no deriva de una aceptación generalizada de la sociedad, sino de una obligatoriedad impuesta en la que no se permitió la participación de todos los posibles afectados.

En teoría, las operaciones de integración sistémica que el sistema económico y el aparato estatal efectúan, respectivamente, a través del dinero y del poder administrativo, deberían quedar conectadas con el proceso de integración social que representa la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos, al amparo de un derecho constitucional basado en el consenso social. Sin embargo, la práctica nos muestra que esto no es así.²⁴³

²⁴² *Ibidem*, p.103.

²⁴³ *Idem*.

En realidad la participación de los ciudadanos en este tipo de normas, cuyo contenido toca los intereses del sistema económico o del Estado, es profundamente limitada, toda vez que la economía y el Estado desarrollan una lógica sistemática propia, empujando a los ciudadanos al papel periférico de simples miembros de la organización, no como verdaderos creadores de las normas que los gobiernan.

Tanto la economía como el Estado, en el contexto de dependencia ya descrito, tienden a cerrarse contra sus propios entornos, obedeciendo sólo a los imperativos impuestos por la lógica del dinero y del poder. El funcionamiento de tales sistemas hace añicos el modelo que antes veníamos planteando de una comunidad jurídica que se autodetermina a través de la participación de todos en lo que les concierne como ciudadanos.²⁴⁴

Los argumentos que hasta ahora hemos desarrollado, así como el importante ejemplo del TLCAN, nos invitan a analizar si el tipo de sociedades de que hemos hablado, que se han vuelto complejas y que se encuentran dominadas por el sistema económico, se apegan a la idea de validez jurídica de Habermas.

La idea de validez del derecho la planteamos en nuestra explicación de la tensión entre facticidad y validez que se presenta en el derecho, según Habermas, y partiendo de esta idea, podemos sostener que en sociedades complejas dominadas por el sistema económico, la tensión entre facticidad y validez en el derecho se agrava considerablemente y, por lo tanto, tales sociedades se apartan de la idea de validez expuesta. Esto se debe a que en tales sociedades, facticidad y validez se han separado para los propios individuos como dos dimensiones que se excluyen entre sí, predominando en este caso la facticidad en el derecho, ya que en las sociedades complejas de las que hemos hablado, la sanción que se imprime a las normas es cada vez más

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 146.

severa, pues en estos casos es la forma más eficaz de obediencia, dada la ausencia de consenso respecto de ellas.²⁴⁵

Esta facticidad impuesta entra en constante tensión con la legitimidad de que debería estar revestido el derecho, en términos de la idea de validez habermasiana. En cambio, en términos de la idea tradicional de validez²⁴⁶, el derecho no entra en tensión, ya que la validez del mismo no gira en torno a una idea de participación ciudadana.

Sin embargo, es importante destacar que existen casos en los que las sociedades como las que hemos expuesto, casi de manera accidental practican actividades que se apegan al planteamiento de Habermas de participación y discusión de los afectados por determinadas normas. En estos excepcionales casos la tensión disminuye; un ejemplo de ello es la actual discusión sobre la reforma eléctrica en México, tema que en estos momentos se encuentra abierto al debate. Si bien es cierto que no existe una verdadera participación y discusión por parte de la ciudadanía sobre la conveniencia o inconveniencia de la reforma eléctrica, ya que es la ciudadanía la que se verá afectada o beneficiada por tal reforma, si es cierto que su discusión por parte de las esferas involucradas directamente en tal reforma, ha impedido que la injerencia de capitales extranjeros en el sector eléctrico se introduzca bruscamente por imposición de unos cuantos interesados, como ha ocurrido en muchos otros ámbitos.

Seguramente estas discusiones sobre la reforma eléctrica, aunque no involucran a todos los posibles afectados, lograrán que, de llevarse a cabo tal reforma, se logren salvaguardar algunos intereses fundamentales de la sociedad.

²⁴⁵ Puede tomarse como ejemplo las sanciones que en la actualidad se han impuesto a las normas que regulan los derechos de propiedad, mismas que son superiores a algunos otros delitos de importancia para la sociedad.

²⁴⁶ Ver capítulo segundo, páginas 46 a 53, en donde se expone la idea tradicional o clásica de validez jurídica.

Las normas que surgen de la necesidad de los capitales de expandirse con libertad (en términos de la idea de validez del derecho de Habermas), no cumplen con una de las condiciones más importantes expuestas por este autor: que dichas normas integren a la sociedad porque representan pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas, producto de un acuerdo racionalmente motivado de los sujetos afectados.

El concepto de validez de Habermas nos hace entender de que forma las sociedades complejas, dominadas por el sistema económico no responden a la necesidad de procurarse normas que generen en los individuos un sentimiento de autolegislación que provoque una obediencia al derecho por convicción y no por temor a la sanción que contiene.

Los individuos pertenecientes a sociedades modernas, dominadas por el sistema económico no se sienten creadores de las normas, por lo que el cumplimiento que se de a las mismas- en la medida en la que esto se logre- se hará tan sólo por temor a las sanciones que puedan derivar de su incumplimiento, y no por respeto y convicción a la ley.

Esta idea podemos también ilustrarla con otro importante ejemplo consistente en un acontecimiento reciente que provocó una gran desconfianza por parte de la sociedad hacia el aparato encargado de impartir justicia en México. Nos referimos al fallo histórico que pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 1998 sobre el llamado caso del "anatocismo". Esta figura jurídica consiste en el cobro de intereses sobre el saldo de intereses ya generados respecto de un determinado capital adeudado.

El 7 de octubre de 1998, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 31/98, sentando 14 tesis jurisprudenciales y 6 tesis aisladas; todas estas tesis derivaron de diversos juicios relacionados, entre otras controversias, con cláusulas establecidas en contratos celebrados entre los

bancos y los particulares, a través de las cuales estos últimos se obligaron a pagar intereses sobre intereses que tuvieran ya vencidos respecto del capital total.²⁴⁷

Dada la ambigüedad para configurar esta figura jurídica y con motivo de diversas resoluciones en sentidos contrarios respecto a la posibilidad de cobro, por parte de los bancos, de intereses sobre los intereses ya generados, se procedió al análisis de esta problemática²⁴⁸.

Este fue un caso típico en el que los dueños de capitales, sostenedores del sistema económico y convertidos ahora en banqueros, se hicieron acreedores al cobro de tales intereses que, en términos de la legislación antes citada, eran improcedentes; sin embargo, con su aplicación, las cantidades que en un principio fueron prestadas a particulares, incrementaron su monto real de manera significativa.

Presionada principalmente por el Estado, y éste a su vez presionado por los banqueros, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió su resolución en el sentido de que el cobro de intereses sobre los intereses ya generados por los deudores, no correspondía a la figura del anatocismo, prohibida por nuestra legislación y que, por lo tanto, el cobro de tales intereses era procedente.

Esta decisión causó desilusión y desconfianza hacia el sistema jurídico mismo, ya que una vez más los intereses económicos influyeron decisivamente en la forma de interpretar las normas por parte de uno de los poderes más importantes del Estado, la Suprema Corte de Justicia, encargada de velar por la justicia y la equidad de toda sociedad.

²⁴⁷ Juventino Castro V, *La suprema corte de justicia ante la ley injusta*, Porrúa, México, 1998, p. VII.

²⁴⁸ La problemática se relacionó directamente al contenido del Código de Comercio, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley de Instituciones de Crédito.

Esta decisión ocasionó que los banqueros se fortalecieran económicamente, y que los deudores-que en su mayoría pertenecían a sectores muy desprotegidos como el agrícola y pequeños productores-se obligaran a pagar cantidades estratosféricas que los llevaron a la quiebra. En pocas palabras, en este ejemplo tan simple, la justicia favoreció al sistema económico y predominó el dinero sobre la Ley y la justicia social.

Estos ejemplos que hemos citado, tanto el relacionado con la aprobación de un Tratado desventajoso para la mayoría de la sociedad sin que ésta haya sido tomada en cuenta, como el relacionado con las decisiones que toman los aparatos del Estado encargados de impartir justicia e integrar a la sociedad a través de normas jurídicas, en evidente protección hacia el sistema económico, nos muestran que dichas normas se apartan de la idea de validez planteada por Habermas.

Lo anterior nos conduce a afirmar que en las sociedades dominadas por el sistema económico, a) no existen las condiciones idóneas para que estas sociedades generen normas que cumplan con la función de integración social; b) la producción de derecho válido en términos habermasianos significa una evidente restricción a la lógica del capitalismo, que consiste en ignorar la opinión de todos los posibles afectados; c) el derecho de tales sociedades presenta una fuerte tensión entre facticidad y validez, dominando en la mayoría de los casos la facticidad del entorno que impone determinadas condiciones, carente por ello de legitimidad social; y d) las normas creadas en este tipo de sociedades aumentan considerablemente sus sanciones, el cumplimiento del derecho se hace depender más de la fuerza que del convencimiento.

La dependencia de los Estados hacia el sistema económico, además de lo antes expuesto, afecta también su función en cuanto al cumplimiento de planes y programas para satisfacer las necesidades de la sociedad.

Es importante entonces que abordemos lo relativo a cómo funciona un Estado dominado por la economía, esto es, cómo trabaja en la realidad y, dado este análisis, resaltar la importancia de la forma en la que un Estado debe actuar cuando se encuentra inevitablemente inmerso en un contexto de sociedades tan complejas como las que hasta ahora hemos mencionado. Esto significa que deberemos forzosamente de abordar la idea de la forma en la que debe actuar el Estado para lograr un equilibrio entre los intereses del capital que está depositado en unas cuantas manos y los intereses de los miembros de la sociedad a la que gobierna y organiza.

Asimismo, destacaremos la importancia de que los Estados cuyas sociedades se encuentran dominadas por el sistema económico, procuren proteger a sus gobernados revistiendo al derecho de las dos características planteadas por Habermas en su idea de validez del derecho. Sólo esta medida logrará la coordinación entre individuos que viven en sociedades tan complejas en las que el riesgo de no entenderse es muy elevado.

3.2.2. La actividad del Estado en un plano de dependencia respecto del sistema económico.

Este último apartado lo dedicaremos a desarrollar una de las interrogantes que nos planteamos en el punto anterior, relativa a cómo actúa un Estado que depende totalmente del sistema económico, esto es, cómo hace posibles los proyectos necesarios para que una sociedad cubra todas sus necesidades y se desarrolle en un ambiente de igualdad y prosperidad en todos sus ámbitos.

Esta interrogante es importante abordarla porque ya hemos deducido que las sociedades dominadas por el sistema económico se apartan de la idea de validez habermasiana. Si esto es así, hablamos entonces de que tales sociedades no se apegan a las ideas del principio democrático de creación del derecho, validez del derecho, sentimiento de autolegislación e integración social.

Lo importante de esta conclusión es que podemos advertir que el hecho de que tales sociedades se aparten de las ideas hasta ahora expuestas, genera en el Estado mismo ciertas consecuencias importantes, mismas que explicaremos en este apartado recurriendo a algunos ejemplos.

Debemos puntualizar que, bajo la perspectiva que hasta ahora hemos expuesto, los Estados en su afán de desarrollar su aspecto material, brindan oportunidades sin límite a los dueños de grandes capitales, olvidándose del compromiso que como Estados han asumido de cumplir las estrategias fundamentales para lograr el desarrollo integral del grupo social al cual gobiernan.

En nuestro país, esta afirmación se constata con claridad si mencionamos algunos ejemplos tomados de los años de 1994 a 1998; estos ejemplos muestran las consecuencias de que un Estado otorgue al capital una libertad desmedida, olvidando dar prioridad a planes, programas y políticas sociales importantes que aminoren el impacto que provoca el dominio del sistema económico.

En el período antes mencionado es cuando en nuestro país se hizo sentir con mayor fuerza la dependencia del Estado hacia el sistema económico, ya que es en tal período en el que se llevaron a cabo innumerables privatizaciones y se firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; durante este período se realizaron al pie de la letra los deseos del Fondo Monetario Internacional y de los capitalistas mexicanos y extranjeros. Se eliminó en una parte muy considerable la normatividad relativa a requerir un porcentaje mínimo del 51% de propiedad mexicana en industrias estratégicas; asimismo, los impuestos a las corporaciones se redujeron de manera importante, permitiendo su establecimiento en el país al menor costo.²⁴⁹

²⁴⁹ James Cockcroft, *La esperanza de México*, Op. cit., p. 341.

En esta misma lógica de permitir la entrada de capitales, se impuso un 2% del impuesto sobre el capital dirigido a las medianas y pequeñas empresas y un 15% de impuesto sobre las ventas, afectando al público en general y haciendo a dichas empresas poco competitivas con las grandes, que como ya mencionamos, se encontraban libres del pago del impuesto.²⁵⁰

Todas estas medidas ya desfavorables para la sociedad mexicana, se acompañaron de otras decisiones más drásticas, tales como que se recortara considerablemente el gasto social, perjudicando con ello a la población en general, incluyendo ya a los ciudadanos de clases intermedias. El INEGI informó que desde 1981 y hasta mediados de 1993, la clase media mexicana había experimentado en promedio una disminución del 50% en los salarios reales; esta opinión se reforzó con numerosos informes del Banco Mundial y de las Naciones Unidas, mismos que advirtieron que México estaba cayendo por debajo del promedio latinoamericano en las áreas de educación y salud. Esto significaba que menos niños terminaban la escuela primaria, mientras que más adolescentes abandonaban la secundaria. El número de personas que vivían por debajo de la línea oficial de pobreza colocaban a México entre los diez casos peores de América Latina. Los mexicanos comían menos de casi todo, incluyendo tortillas. Las cifras de la tasa de mortandad infantil, que habían disminuido antes del comienzo de este período, subieron nuevamente.²⁵¹

Uno de los impactos de la libre circulación del capital fue, entre otros, que se redujo el número de empleos en la manufactura y otros dentro de la economía, con la supuesta y equívoca finalidad de facilitar el ahorro de capital en salarios. Millones de trabajadores fueron despedidos o no pudieron encontrar un trabajo regular, al tiempo que las cifras de desempleo y subempleo se elevaban dramáticamente. Sin embargo el gobierno reportó bajas cifras de gente

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 342.

²⁵¹ *Idem*.

desempleada, utilizando el erróneo criterio de considerar "empleado" a cualquiera que trabajase con o sin salario, durante una hora a la semana.²⁵²

Frente a las reducidas oportunidades educativas de México y la ausencia de programas que soportaran el impacto del desempleo, más de dos tercios de la fuerza de trabajo mexicana buscaba su supervivencia económica en el llamado sector informal y emprendían estrategias de supervivencia individuales o familiares, de esta forma creció considerablemente el flujo migratorio hacia los Estados Unidos, en busca de mejores oportunidades.²⁵³

Los partidarios del libre mercado, que a su vez ostentaban cargos públicos, dirigían planes y programas que no ayudaban a eliminar la desigualdad ni los problemas de pobreza; eliminaron los precios subvencionados para la mayor parte de los productos alimenticios básicos. Bajo las reglas del TLCAN, empezó una fase de quince años sin subvenciones a los precios de diversos productos, como el maíz.²⁵⁴

Antes de la firma del TLCAN, el artículo 27 de la Constitución había sido reformado para concluir con la distribución de tierras a los campesinos y para permitir la privatización de los ejidos, una causa todavía más importante del levantamiento zapatista en un Estado en donde cerca de un tercio de la población vivía en ejidos.²⁵⁵

De esta forma, en la República Mexicana, cerca de 28,000 ejidos fueron dejados a su propio riesgo, y eran ejidos que ocupaban casi la mitad de las tierras agrícolas de México, producían más de la mitad de los suministros alimentarios y sostenían a más de 3 millones de familias. La reforma al artículo 27

²⁵² *Ibidem.* p. 344.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ *Ibidem.* p. 345.

²⁵⁵ *Idem.*

Constitucional alertó sobre las políticas económicas que se aplicarían en los próximos años y dio paso a un acelerado empobrecimiento del sector agrario.

Las privatizaciones también ocuparon un lugar importante, en 1990 se vendió la compañía telefónica Telmex y en 1991 se vendió el más poderoso banco de la nación, Banamex.²⁵⁶

Debido a que los dueños del capital estaban acostumbrados a obtener la mayor parte de sus ganancias mediante la explotación de la mano de obra con bajos salarios y a no pagar impuestos, la elevación del capital y la tecnología en el desarrollo económico desigual de México fue dejado principalmente a la comunidad inversionista extranjera (sobre todo estadounidense). Hasta 1994, la economía mexicana experimentó cambios estructurales muy profundos, producidos por el dominio del capital monopolístico nacional y extranjero y por los cambios en la economía mundial.²⁵⁷

Estas circunstancias no se presentan solamente en nuestro país, el dominio del sistema económico abraza en la actualidad a todas las comunidades del mundo, por lo que la pobreza existente en la actualidad es responsabilidad de los Estado que dirigen la actuación de las sociedades contemporáneas.

Pero otra consecuencia del dominio del sistema económico es que, como hemos ya advertido, no solamente los individuos, los grupos y las clases sociales se subordinan a los intereses del capital, sino que en definitiva las mismas actividades productivas y creadoras- el trabajo- quedan subordinadas a actividades no productivas, por excelencia de acumulación. Esto ha provocado que ahora el progreso tecnológico al servicio del capital ha limitado aún más las posibilidades de opción y realización de las personas al colocar en situación extrema a millones de trabajadores en todo el mundo, vía la mayor

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 347 y 348.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 348.

desocupación de la fuerza de trabajo mundial en la historia del capitalismo, incluso mayor que bajo la gran depresión de los años treinta.²⁵⁸

Esto ha provocado una sobreexplotación del trabajo por los inversionistas extranjeros y no solo es tolerada por los países "receptores", sino que es además promovida como medio para la creación de nuevas fuentes de trabajo, frecuentemente con mejores condiciones que las proporcionadas por las inversiones nacionales; esto sucede en todo el mundo.²⁵⁹

Aunado a lo anterior, la tecnología contemporánea no se han orientado sino excepcionalmente a la solución de los problemas sociales de las mayorías (salvo en ciertos casos de atención médica y prevención de las enfermedades). Su atención primordial, su capacidad de renovación e inventiva, se ha orientado casi exclusivamente a elevar la productividad y la eficiencia de los aparatos de producción, distribución y consumo- es decir, a maximizar las ganancias en el menor tiempo posible- y no a la plena realización de los individuos o grupos.²⁶⁰

La respuesta que enfrentan los Estados que permiten actuar sin límites a la lógica del sistema económico, en completo olvido de las necesidades sociales más generales, es la destacada diversificación social en organizaciones cívicas o políticas con diversos fines: defensa de los derechos humanos; defensa de los derechos de las etnias; luchas por la igualdad de género; lucha por la preservación del medio ambiente, etc. Este último objetivo ha cobrado gran relevancia, ya que el cuidado del medio ambiente resulta ser particularmente incompatible en una economía de mercado salvaje como la actual, en la que los procesos de desregulación buscan abandonar cualquier actividad al libre funcionamiento de los agentes de la competencia.²⁶¹

²⁵⁸ Víctor Flores Olea, *Crítica de la globalidad, dominación y liberación en nuestro tiempo*, FCE, México, 2000. pp. 299 y 301.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 307.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 315.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 323 y 329.

Estos ejemplos nos ilustran de manera muy clara la forma en la que actúan los Estados dominados por el sistema económico, empeñados en dejar crecer dicho sistema sin freno alguno. Sin duda las consecuencias se traducen en una deficiente administración del Estado en sus tres actividades principales, administración y ejecución de planes y programas, creación de normas e impartición de justicia.

Los Estados suelen reaccionar de manera contraria a como debieran cuando se encuentran absorbidos por las reglas del dinero y del libre comercio. Esta forma contraria consiste en descuidar e incluso abandonar programas que sirven cuando menos para aminorar el impacto que provoca la libertad de comercio y la relación comercial con países que cuentan con una gran capacidad de competencia y expansión.

Así, en la medida en que la formación de normas jurídicas a través de la expresión de voluntad y participación de la sociedad pierde el contacto con un proceso espontáneo, no coercitivo en el que se articulan las necesidades sociales, es decir, en la medida en que la formación de normas jurídicas se aparta de la idea de Habermas de que todos los posibles afectados deben participar para elegir aquellas normas que han de gobernarlos, los Estados en la administración de recursos y en la ejecución de planes y programas, pierden parámetros para actuar conforme a la voluntad de la sociedad en su conjunto, situación que trae como consecuencia que el Estado se desvincule de la sociedad y establezca sus propios parámetros de actuación.²⁶²

Y en un Estado que se programa a sí mismo sin escuchar a todos los involucrados, se pone en tela de juicio la legitimidad de su orden jurídico, ya que el mismo queda regido por criterios que surgen contingentemente y al azar de los procesos de verdadera participación.

²⁶² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, p. 515.

Las instancias estatales que llevan a cabo actividades que deben atender a la consecución de fines colectivos, se autonomizan de la sociedad atendiendo en primer término las necesidades de los dueños del capital, dando lugar a una administración de bienes colectivos en la que la selección de los fines ya no queda controlada por proyectos dirigidos a satisfacer las necesidades de la sociedad.

Hoy saltan a la vista tales tendencias hacia una autonomización del poder ilegítimo, y como advertimos ya en el segundo apartado, si un Estado permite que su sistema económico sea el que determine a la sociedad en la mayoría de sus ámbitos, es sumamente difícil que el Estado mismo se apegue a ideas como las que nos ha expuesto Habermas sobre la validez del derecho, integración social, procesos democráticos de creación del derecho, autolegislación, etc; asimismo, será muy ineficaz la actividad que lleve a cabo el Estado en la ejecución de planes y programas para el abatimiento a la pobreza y el cumplimiento y satisfacción de fines colectivos.

Y esto en razón de que, por ejemplo, en nuestro país no contamos con medios de participación adecuados y el sistema de representación que tenemos en la actualidad desconecta totalmente al representante de sus representados. Esto significa que la verdadera intención de los ciudadanos no llega a quienes los representan en las instancias en donde se toman las decisiones y se votan las leyes. Los mecanismos de participación con los que podría hacerse escuchar la voz de los ciudadanos -en ausencia de una verdadera representación de sus Diputados y Senadores -requieren una inversión muy grande de recursos, circunstancia muy poco viable para países en vías de desarrollo que requieren canalizar sus recursos a planes prioritarios.

Esto significa que un Estado que se encuentra dominado por el sistema económico, difícilmente se apegará a los principios que hemos desarrollado en este trabajo. Y esto es así porque en resumidas cuentas tal dependencia genera

pobreza y atraso; y la escasez de recursos impide la aplicación de mecanismos de control en la toma de decisiones fundamentales para la sociedad.

Dado que en las sociedades en subdesarrollo no existen los medios idóneos para participar, los ciudadanos no tienen la menor injerencia en las decisiones o creación de normas de ninguna naturaleza y menos aquellas de naturaleza económica.

Todas estas reflexiones nos indican la importancia que cobra el sistema jurídico en las sociedades contemporáneas, las cuales requieren equilibrar las desigualdades existentes y frenar la lógica desmedida del sistema económico en beneficio de la integración de la misma sociedad.

Desgraciadamente, el mismo sistema económico ha conducido a una reconcepción del derecho en su aplicación cotidiana.

Actualmente, bajo la lógica del sistema económico, diversas disposiciones constitucionales que protegen tanto garantías individuales como sociales, son consideradas como una barrera significativa al proceso de desarrollo económico, dado que dentro de tal lógica, las instituciones jurídicas son cruciales para reducir los costos de transacción y promover la especialización en el trabajo de acuerdo a las ventajas comparativas que cada agente económico posee. El sistema económico considera al marco jurídico de una sociedad como el instrumento a través del cual los individuos y las organizaciones definen con claridad los derechos de propiedad sobre los recursos que cada uno de los agentes económicos posee, permitiendo a tales agentes económicos apropiarse del flujo neto de ingresos que se deriva de la utilización de los recursos, ya sean físicos o humanos. Otra finalidad importante del derecho, en términos del sistema económico, es determinar las condiciones de entrada y el nivel de competencia que existe en cada mercado, así como contribuir a la creación de nuevos mercados. En pocas palabras, para el sistema económico la principal

función del derecho es la definición de los derechos de propiedad, entendiendo estos como las relaciones de comportamiento entre los agentes económicos, sancionadas legalmente, y que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización. Estas relaciones, o sea las económicas, especifican las normas de comportamiento respecto a los bienes que cada agente económico debe observar en su interacción con los otros agentes económicos que componen la sociedad.²⁶³

Para el sistema económico, son las relaciones entre los agentes privados y el Estado las que dieron origen a la Constitución, considerada esta última como el cuerpo legal que limita el poder coercitivo del gobierno, definiendo su ámbito de acción a través de la división de poderes. Así, para la lógica del capital, la Constitución, así como las leyes que se derivan de los preceptos constitucionales, tienen que diseñarse tomando siempre en consideración el impacto económico que puedan tener, de manera tal que en su diseño no se entorpezca el intercambio voluntario y la asignación eficiente de recursos, además de que deben estar limitados en todo aspecto y tiempo al respeto de los derechos privados de propiedad.²⁶⁴

Sin duda una de las tareas a desarrollar por los Estados, es redefinir la concepción del derecho, concibiendo a éste como la forma en la que una sociedad se organiza, como el mecanismo a través del cual los individuos se entienden y conviven, procurando siempre equilibrar el arbitrio de cada uno con el de los demás. El derecho debe ser replanteado como la forma de ser de una sociedad, como el producto de un consenso racional en el que se busca el bienestar de todos. El derecho debe dejar de usarse como herramienta para permitir el libre intercambio desmedido; actualmente saltan ya a la vista las consecuencias de que el derecho no sea ya concebido como un mecanismo de comunicación entre sujetos que comparten un proyecto común. La pobreza, la

²⁶³ Isaac Katz, *La constitución y el desarrollo económico de México*, Cal y Arena, México 1999, pp. 37 y 38.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 40 y 41.

contaminación, la desigualdad, el desempleo y muchos otros fenómenos nos demuestran que el derecho debe retomar su lugar como mecanismo de integración de la sociedad.

Las sociedades modernas no se apegan al principio de validez del derecho planteado por Habermas, aún y cuando éste representa una verdadera solución para atacar la fragmentación de tales sociedades.

CONCLUSIONES

En los tres capítulos desarrollados en el presente trabajo de tesis, se expuso brevemente el pensamiento jurídico de Jürgen Habermas. En la estructura de tal pensamiento se distinguió una evolución importante en el tratamiento y estructuración de ideas fundamentales como la moral, el derecho, la legitimidad, la participación de la sociedad, y los procesos de creación del derecho.

La exposición de diversos planteamientos de naturaleza social y jurídica de Habermas, nos trasladaron a un punto central de su trabajo: la validez que recubre al derecho que se crea y experimenta en sociedades modernas. Tal derecho, de ser válido, se compone de dos partes fundamentales: la facticidad de una sanción para lograr el cumplimiento medio de la norma y la legitimidad consistente en que la norma debe ser producto de un procedimiento racionalmente motivado en el que todos los posibles afectados hayan participado. Con esta idea, Habermas impone exigencias serias no ya al derecho mismo, sino a los mecanismos a través de los cuales se crea éste; de tal forma, la moral que antes se concebía inscrita en el derecho, se exige ahora al procedimiento creador del mismo, esto es, la legitimidad del derecho no descansa ya en una moral que lo recubra, sino en un procedimiento de fundamentación de normas. En este sentido, apegándonos a la idea de validez de Habermas, el derecho de una sociedad es válido sólo si el mismo fue creado o es producto de un procedimiento racionalmente motivado en el que participaron los interesados o posibles afectados.

Con esta idea de validez del derecho advertimos que las sociedades actuales, dominadas por el sistema económico e inmersas en complejos procesos de interacciones, y además regidas por paradigmas impuestos por novedosos avances científicos y tecnológicos, cuentan con una diversidad de normas que en términos de la idea de validez antes descrita, son inválidas porque no fueron

producto de un procedimiento racionalmente motivado en el que participaron todos los posibles afectados.

Esta determinante afirmación encuentra respaldo y nos traslada a las ideas vertidas en el capítulo segundo de este trabajo, en donde expusimos que el sistema económico, tras imponer una serie de paradigmas muy particulares, genera un ambiente de complejidad en las interacciones que la sociedad guarda entre sí y con respecto a las instituciones encargadas de la conducción de los asuntos de interés público, tanto que el sistema económico mismo traslada a los individuos a un plano periférico en el que no se les toma en cuenta para decidir sobre los asuntos que les importan directamente y que pueden llegar a afectarles seriamente.

El mismo Habermas se ha percatado de que el interés del sistema económico ha provocado desenvolvimientos científicos y tecnológicos que en buena parte quedan al margen de todo control democrático; lo mismo sucede con aquellos ámbitos de carácter económico que requieren regulación, cuya naturaleza no es precisamente científica o tecnológica, pero que de alguna forma importan y afectan a toda una sociedad y benefician de manera significativa a los dueños de los capitales. Por ello, existen decisiones que se toman dentro del ámbito de la economía que afectan a la ciencia y la tecnología, y que traducidos a la práctica pueden tener consecuencias imprevisibles para todos los ciudadanos, en buena parte no queridas. Un ejemplo de ello son los asuntos actualmente controvertidos respecto de la producción y suministro de energía eléctrica, el uso del espacio radioeléctrico, el uso de productos transgénicos, y la aplicación de cláusulas de rubros específicos del TLCAN que resultan desventajosas para determinados sectores. Tales temas, desgraciadamente, en muy raras ocasiones se sujetan a los principios de la democracia, y por lo tanto, las normas que surgen, son inválidas en términos de la idea de validez habermasiana.

Estas limitaciones que se presentan para aplicar a cualquier tipo de norma el principio democrático de creación de normas y de toma de decisiones, las identifica Habermas como un verdadero peligro de caer en una “expertocracia”, en cuyo caso, muchos ámbitos de la sociedad corren el peligro de quedar en buena parte en manos de expertos o de los dueños del capital.²⁶⁵

Cass R. Sunstein nos habla de estas limitaciones de los sistemas democráticos de la siguiente forma:

... la democracia exige la intrusión en los mercados. La extendida separación entre elecciones políticas y elecciones de consumo presenta algo parecido a un rompecabezas. De hecho, tal separación da lugar a la impresión de que el orden de mercado es antidemocrático y de que las elecciones llevadas a cabo mediante los procesos políticos son una mejor base para la ordenación social.²⁶⁶

Habermas no resuelve esta deficiencia que muestran los sistemas democráticos de sociedades en las que predomina la lógica del sistema económico, sin embargo, afirma que en la democracia los expertos no deben tener ningún privilegio político, y que no hay ninguna cuestión tan especializada que, en la medida en que sea políticamente relevante, no se pueda traducir al lenguaje común, y ello de forma tan clara que las alternativas manejadas por los expertos también puedan discutirse racionalmente en un espacio público mucho más amplio.²⁶⁷

La idea de validez de Habermas nos lleva a concluir que las sociedades actuales, por sus características particulares de complejidad y dependencia respecto del sistema económico, no se apegan a tal idea de validez, y que

²⁶⁵ Jürgen Habermas, *Más allá del estado nacional*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 150 y 151.

²⁶⁶ Sunstein Cass R., “Las funciones de las normas regulativas”, en *Isonomía- Revista de teoría y filosofía del derecho*, ITAM, Fontamara, México, octubre 2002, No. 17, Págs. 43 a 68, pp. 56 y 57.

²⁶⁷ *Idem.*

consecuentemente muchos ámbitos de regulación escapan a la práctica democrática de toma de decisiones; dicha idea nos sugiere también que cualquier cuestión relevante para la sociedad debe hacerse del conocimiento de ésta, a través del procedimiento democrático de creación de normas, para que sea la sociedad la que decida sobre las alternativas que han de adoptarse para la consecución de fines concretos.

Ante tales deficiencias y limitaciones de los sistemas democráticos actuales, Habermas no ofrece alternativas para discutir en ámbitos democráticos cuestiones tan complejas y relevantes como aquellas de carácter económico, científico y tecnológico, que simplemente escapan del ámbito de conocimiento y participación de la sociedad. Como vimos en el capítulo segundo, este tipo de normas terminan imponiéndose a la sociedad, aprobándose por un grupo reducido de individuos, aun y cuando tales normas afectan de manera importante el plan de vida de toda una sociedad.

Con independencia de este vacío que nos deja Habermas en su exposición, sí nos aclara la importancia de que los sistemas jurídicos no sostengan su arraigo en la sociedad haciendo uso únicamente del poder de la sanción a través de la cual se hace cumplir el derecho. Sobre esta incompleta forma de hacer respetar el derecho, Habermas apela a la validez de que debe revestirse el derecho, aquella apegada a la idea de participación de todos los ciudadanos, para que éstos se sientan creadores de la norma y la acepten con total disposición y respeto.

Esta idea de Habermas encuentra sustento en la explicación que él mismo proporciona sobre la forma en que la validez entra en tensión con la facticidad de que está revestido el derecho. La explicación de la idea de tensión entre facticidad y validez en el derecho, no hace más que explicar la razón por la cual una norma jurídica debe estar no solamente revestida de sanción, sino gozar de

una convicción derivada de la condición de que tal norma fue creada por todos los interesados y afectados.

El que una norma jurídica goce de convicción por parte de la sociedad, por haber sido ésta la creadora de la misma, presupone para Habermas la existencia del Estado de Derecho, institución que finalmente es la única que reconoce derechos fundamentales a los ciudadanos, y les permite que opinen sobre lo que les conviene en espacios de comunicación bien determinados.

De esta forma, la carga de la integración social se traslada a los procesos lingüísticos de formación de consenso. Con la descripción del sistema capitalista y su forma de dominar a las sociedades a través de la expansión, crecimiento y fortalecimiento del sistema económico, aunado todo esto a un desarrollo acelerado de la ciencia y la tecnología, se destacó en este trabajo de tesis la imposibilidad de que el derecho cumpla con una de las condiciones expuestas por Habermas, en el sentido de que todas las normas que puedan llegar a afectar a la sociedad, sean sometidas al procedimiento democrático a través del cual se toma en cuenta a todos los posibles afectados.

Sin embargo, en el proceso democrático de creación de normas que describe Habermas cuando plantea su idea de validez, identificamos otro problema importante, referente a las deficiencias prácticas que tales procedimientos democráticos han venido presentando. En la mayoría de los Estados contemporáneos se habla de una verdadera participación de los individuos a través de la representación que los mismos tienen en la toma de decisiones a través de los legisladores que integran el poder encargado de la creación de las normas. Sin embargo, la forma en la que hasta ahora, a través de procedimientos democráticos, se ha venido representando a los ciudadanos, es altamente deficiente e ineficaz, ya que tales sistemas de representación no se traducen en un sentimiento de autolegislación por parte de los ciudadanos. Esto es, los posibles afectados no sienten que participaron en la creación de normas.

En este mismo sentido, y dada esta crisis de representación de los sistemas democráticos actuales, habría que poner en duda también la eficacia de las normas que de tales sistemas surgen y que dominan alguno de los ámbitos antes descritos, como el económico, principalmente. Con los ejemplos que hemos expuesto hasta ahora, como el referente a la imposición que se llevó a cabo respecto del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, por mencionar alguno, observamos que no siempre las normas procuran de manera primordial el bienestar y la seguridad de la sociedad.

En repetidas ocasiones se han externado diversas fallas de que adolece el sistema democrático de representación, tales como:

- Los integrantes del poder legislativo carecen de conocimientos suficientes para propiciar una discusión profunda y racional sobre las normas que han de crearse.
- En algunas ocasiones, los miembros del poder legislativo se encuentran sujetos a la voluntad del poder ejecutivo para brindarle las normas que requiera en la administración de recursos, dando total libertad al capital para expandirse aun a costa del poco beneficio o perjuicio que ello pueda ocasionar a la sociedad.
- Los integrantes del poder que legisla se olvidan por completo de la circunscripción territorial que representan, no existiendo mecanismos para obligarlos a cumplir con efectividad sus obligaciones como representantes.
- Los representantes son movidos por intereses partidistas y por intereses de grupos de poder que se convierten en intereses corporativos, alejándose los mismos de los intereses sociales.

Estas deficiencias sugieren que el Estado como conjunto de instituciones y la sociedad deben replantear la forma en la que funcionan los sistemas democráticos actuales, a través de los cuales se crean las normas que rigen a la sociedad; toda vez que tales procedimientos, con sus deficiencias, provocan que las normas jurídicas que regulan cuestiones complejas y de interés general, no representen beneficios a la sociedad, y por ello su cumplimiento se logre a través de la imposición, apartándose todo ello de la idea de validez del derecho expuesta por Habermas.

Las consideraciones antes expuestas, nos conducen a concluir con una idea fundamental: las sociedades modernas que cuentan con las características de complejidad y dependencia hacia el sistema económico, no se apegan a la idea de validez del derecho de Habermas, ello por la necesidad de los capitales de expandirse sin la necesidad de aprobación de la sociedad. De esta forma, el sistema económico se ancla en el sistema jurídico de una sociedad, a través de las formas jurídicas que le proporciona el Estado. Se rompe aquí la idea de entendimiento planteada por Habermas; el derecho, en estos casos, ya no sirve para que una sociedad se entienda y se coordine, en última instancia sirva para que, dada la complejidad de la sociedad y la dependencia de la misma hacia el sistema económico, se transmitan mensajes de un plano a otro, esto es, el derecho actúa como un simple traductor entre el sistema económico y el mundo de la vida.

Por ello, se concluye también con la necesidad de que los Estados establezcan mecanismos a través de los cuales se tome verdaderamente en cuenta a los gobernados, sobre todo en la creación de normas y en la toma de decisiones fundamentales que definen el rumbo de la sociedad. Es importante también que los Estados redefinan la función que el derecho tiene en una sociedad, sugiriéndose en este caso que el derecho no sea considerado por la estructura del Estado sólo como un conjunto de normas jurídicas que regulan la actuación de los individuos que forman la sociedad. Si el derecho se concibe como la

forma en la que todo integrante social quiere organizarse para entenderse con los miembros de su grupo social, para lograr sus planes colectivos y personales de vida, entonces el derecho verdaderamente surgirá de la sociedad y su obediencia por convicción y respeto estará garantizada.

Una consecuencia determinante para la sociedad, de que el sistema económico sea el que defina (en diversos ámbitos de relevancia) las normas que una sociedad ha de darse, es que se crean una serie de normas también generales que Habermas llama "materializadas", formuladas para dirigirse a un número indefinido de destinatarios, y que contienen cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, o contienen finalidades concretas, pero que dejan a la administración un ancho margen de discrecionalidad. Sobre esta idea, Habermas menciona:

A consecuencia de la evolución hacia un creciente intervencionismo estatal, cada vez son más los ámbitos jurídicos que se han materializado, con el resultado de que una administración planificadora, encargada de hacer múltiples prestaciones y configurar múltiples ámbitos, cada vez puede restringirse menos a la implementación técnica de normas generales y suficientemente definidas²⁶⁸.

En este sentido, según Habermas, los administradores tienen que hacer elecciones valorativas que van mucho más allá de cualquier definición de su competencia técnica. La discrecionalidad administrativa a la hora de escoger entre valores sociales en pugna, socava así el modelo tradicional de la legitimidad administrativa, que entendía la administración como una simple correa de transmisión.

Por otra parte, continuando con la idea de validez de Habermas, se observa también que cuando el autor expone tal idea, hace a un lado la idea de validez

²⁶⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *Op. cit.*, pp. 258 y 259.

formal (misma que expusimos en el capítulo segundo como aquella que garantiza que las normas surjan en cumplimiento a las formalidades establecidas para tal efecto), traduciéndola a simple vigencia de la norma, cuando en realidad también es importante considerarla como la otra parte de la validez de una norma, a efecto de que invariablemente para la producción de normas se respeten las formalidades establecidas específicamente en los preceptos constitucionales respectivos, vinculadas tales formalidades a los principios democráticos que faciliten la participación de todos los posibles afectados. No se ha sugerido que la validez formal sea más importante que la idea de validez desarrollada en el sentido de que todos los posibles afectados hayan dado su consentimiento, tal y como lo expone Habermas; simplemente plantea la importancia de que ambas ideas de validez coexistan y se observen en lo posible, sin que una idea de validez sustituya a la otra.

En todo caso, y en términos de lo planteado en el párrafo anterior, la validez tradicional hasta ahora trabajada por los juristas, y la que expone Habermas, son compatibles en la medida en que las formalidades reproduzcan los requisitos de racionalidad sugeridos por Habermas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
2. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
3. Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución*, UNAM, Porrúa, México, 2000.
4. Castro V., Juventino, *La suprema corte de justicia ante la ley injusta*, Porrúa, México, 1998.
5. Cockcroft, James, *La esperanza de México*, Siglo XXI editores, México, 2001.
6. De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
7. Díaz, Elías, Colmener, José Luis, *Estado, justicia, derechos*, Filosofía y pensamiento, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
8. Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1995.
9. Flores Olea, Víctor, *Crítica de la globalidad, dominación y liberación en nuestro tiempo*, FCE, México, 2000.

10. Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
11. Gimbernat, José Antonio, *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.
12. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, México, 1998.
13. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo I, Taurus, Buenos Aires, 1989.
14. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II, Taurus, Buenos Aires, 1989.
15. Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado Nacional*, Trotta, Madrid, 2001.
16. Katz, Isaac, *La constitución y el desarrollo económico de México*, Cal y Arena, México, 1999.
17. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
18. Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1997.
19. Prieto, Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.
20. Rawls, John, *Liberalismo Político*, FCE, México, 1996.

21. Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1997.
22. Vallespín, Fernando, "Habermas en doce mil palabras", en *Claves de razón práctica*, No. 114, México, 2001,.
23. Vazquez, Rodolfo, *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998.

Hemerografía

24. Antonio Berthier, "La sociología de la complejidad de Niklas Luhmann", *conferencia dictada en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco*, (13 de noviembre de 2001): 7 páginas, p.2. En línea. Tomado de la página inicial de Conocimiento y Sociedad. <http://www.conocimientoysoiedad.com>. (25 de junio de 2003).
25. Jordi Berrio, "Niklas Luhmann (2000) la realidad de los medios de masas", *Universidad Iberoamericana*, (año 2000): 6 páginas, p 3. En línea. Tomado de la Página de portal de la comunicación, <http://www.portalcomunicacion.com/portalcomcast/pdf/berrio.pdf>. (26 de junio de 2003).
26. Juan Luis Pintos, "Política y complejidad en la teoría sistémica de Niklas Luhman: la libertad como selección", *Santiago de Compostela*, (marzo de 1998), 3 páginas, p. 1. En línea. Tomado de la página <http://web.usc.es/jlpintos/articulos/politicaluhmann.htm>. (25 de junio de 2003).