

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES
MODERNAS”**

TESIS QUE PRESENTA PARA LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE DOCTORA EN DERECHO CLAUDIA
MERCEDES ZUBIA BELTRÁN DEL RÍO

**DIRECTOR DE TESIS:
DIRECTORES ADJUNTOS:**

**DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO
DRA. LETICIA BONIFAZ ALFONZO
DR. MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ**

México D.F, Ciudad Universitaria, junio de 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

A Mercedes y Fidel

*A veces de noche,
enciendo una luz para no ver.*

Anónimo

Esta tesis la dedico a mis padres: Mercedes y Fidel porque fue de ellos de quienes recibí mis primeras lecciones de justicia. Esta es la mejor forma que encuentro de agradecerles el haber inculcado en mi con todo rigor los valores fundamentales sobre los que ahora intento incansablemente que gire mi vida: la justicia por supuesto, el trabajo, la honestidad, la solidaridad, la objetividad, la paciencia y la lucha por las causas de los otros, aunque en apariencia no me incumban. Gracias a mis hermanos Jesús, Paty, Adrián, Saúl y Adolfo por quererme tanto.

Agradezco al Dr. Miguel Carbonell Sánchez, a la Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo, a la Doctora Arcelia Quintana Adriano y al Dr. José Ramón Narváez su generosidad y disponibilidad para leer, comentar y corregir este trabajo de Tesis.

Tres agradecimientos finales fundamentales:

Gracias Juan, por haber dirigido este trabajo de tesis con admirable paciencia e indulgencia. Gracias por tus días invertidos, por tu inspiración, por tu solidaridad y tu fe en mí y en todos los que trabajamos para y por el derecho.

Gracias a Oscar, mi mejor amigo, mi esposo, por creer en mí, por ayudarme a caminar en la oscuridad y por contagiarme de su amor por la vida, la música, el derecho y las causas imposibles.

Gracias a mi hijo Oscarito (Tató), quien con su inteligencia y genuino interés por el mundo, se ha convertido en una fresca e inagotable fuente de inspiración, fe y lucha.

INDICE:

INTRODUCCIÓN		2
CAPÍTULO 1	ESTUDIOS JURIDICOS DE JURGEN HABERMAS: SOBRE LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN Y SOBRE EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES MODERNAS.	
1.1	Sobre la comunicación	
1.1.1	La idea de tensión entre facticidad y validez en el contexto del entendimiento	20
1.1.2	La tensión entre facticidad y validez en el lenguaje	22
1.2	Sobre el Derecho	
1.2.1	La relación de la moral y el derecho	32
1.2.1.1	La legitimidad por vía de la legalidad, un problema de normatividad del derecho	40
1.2.1.2	Derecho y moral, una discusión contemporánea: la posición de Habermas	47
1.2.1.3	Generalización de valores	64
1.2.2	La tensión entre facticidad y validez en el derecho	66
1.2.2.1	Validez y formalidad jurídica tradicional	73
1.2.2.2	Procesos democráticos de creación del derecho	82
1.2.2.3	Estado de derecho y democracia	91
1.2.2.4	Sociedades complejas y economía capitalista	103
1.2.2.5	La complejidad de la sociedad en la teoría de sistemas	120
CAPÍTULO 2	ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO: LA IDEA DE LEGITIMIDAD FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LAS SOCIEDADES.	
2.1	Críticas a las Instituciones Actuales	
2.1.1	Sobre los sistemas democráticos de representación	131
2.1.1.1	Sobre el funcionamiento del Estado	144

4.1.3.1 invasión de competencias entre poderes del Estado	260
4.1.3.2 el problema de la ponderación	263
4.1.3.3 el poder y la superioridad de los jueces	268
4.1.3.4 una contradicción con la práctica democrática	272
4.1. 4 La aparente paradoja entre Estado democrático y justicia constitucional	281

CAPÍTULO 5 CONCLUSIONES FINALES Y REVISIÓN DE HIPÓTESIS.

5.1 Conclusiones finales y revisión de hipótesis

5.1.1 Una síntesis de los capítulos ofrecidos	289
5.1. 2 Retomando las hipótesis	291
5.1. 3 Reflexiones y consideraciones finales	303

Bibliografía	309
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Mucho antes de tener contacto por primera vez con la obra de Jürgen Habermas, antes incluso de haber escuchado sobre la valiosa aportación que este autor ha hecho al campo de la teoría social y del derecho, tenía la idea de que existía una notoria diferencia entre el contenido de las normas jurídicas y la realidad que la sociedad vive cotidianamente.

Esta sospecha se alojó en mi mente desde muy temprana edad; mi padre acostumbraba recibir en nuestra casa a viajeros en busca de una suerte mejor que pasaban por el norte del país para cruzar la frontera desde nuestro Estado, Chihuahua; entre otros no menos importantes, también recibíamos a Tarahumaras que bajaban de la Sierra para vender en la Ciudad a un valor ridículo sus hiervas curativas. Todos ellos tenían una historia muy diferente a la de nuestra familia, y todos ellos compartían una serie de reclamos comunes: olvido, marginación, indiferencia e injusticia por parte de lo que ellos llamaban “nuestros gobernantes”.

Desde entonces empecé a reflexionar ¿qué es el derecho?, ¿qué finalidad tiene?, ¿quién o quiénes lo hacen?, ¿quién decide su contenido?, ¿porqué el derecho les sirve a unos y a otros no?, ¿qué pasa con aquéllos que se quedan fuera del amparo de las leyes? Años después, estas interrogantes me llevaron a inscribirme en la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

No fue sino hasta el último año de la carrera de derecho, que tuve contacto por primera vez con la obra de Habermas, me di cuenta de que había descubierto la brújula para ese proyecto de investigación que en algún momento tendría que dar inicio.

Una vez titulada y matriculada en la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro del programa de Maestría en Derecho Constitucional y

Administrativo, desarrollé algunos trabajos sencillos en los que plasmé mis tempranas inquietudes, las cuales años después se convirtieron en este trabajo de Tesis Doctoral que el lector tiene en sus manos. Casi todas mis interrogantes tienen ya una respuesta, y el largo camino de reflexiones que hubo que trazar y seguir para su búsqueda, es digno de compartirse con quienes se plantean las mismas dudas. Así, para el desarrollo de este proyecto de investigación elegí como marco teórico algunos importantes trabajos realizados por Habermas.

Habermas nació en Dusseldorf Alemania un 18 de junio de 1929, creció en el pueblo de Gummersbach, al este de Cologne Alemania. Estudió en la Universidad de Gottingen, Zurich y en Bonn, en donde cursó su doctorado y en 1954 defendió la tesis doctoral titulada "El Absoluto y la historia: De las discrepancias en el pensamiento de Schelling", que aún hoy se mantiene inédita.

Posteriormente trabajó como periodista y en el año de 1956 fue contratado como asistente de Theodor W. Adorno en el Instituto de Investigaciones Sociales en Frankfurt, conocido como la escuela de Frankfurt. En 1961 completó su tratado sobre la transformación estructural de la esfera pública, trabajo que lo capacitó para obtener una cátedra en las universidades alemanas. Este tratado contenía un estudio sobre el significado político de la esfera pública en la sociedad burguesa, su desarrollo y su supuesta decadencia. En el año de 1971 Habermas se convierte en director del Instituto Max Plant en Starnberg, continuando ahí su prolífera carrera como autor.¹

En 1982 Habermas regresó a su antiguo trabajo de profesor en Frankfurt donde permaneció hasta su jubilación en 1994. No obstante, permanece como docente especialmente en calidad de "Permanent Visiting Professor" de la Northwestern University (Evanston, Illinois) y como "Theodor Heuss Professor" de la The New School (Nueva York).²

¹ Erik O. Eriksen, Jarle Weigard, *Understanding Habermas, Communicating action and deliberative democracy*, Continuum, Boston, 2004, p. 5.

² *Idem.*

Durante los ochentas, noventas y el nuevo milenio, Habermas ha producido un flujo continuo de nuevas colecciones de artículos de tópicos diversos como la filosofía moral, la teoría política, la epistemología, análisis sobre la modernidad, comentarios sobre la situación política; asimismo, ha recibido innumerables reconocimientos como el Premio Gottfried Wilhelm Leibniz de la Deutsche Forschungsgemeinschaft, recibido en 1986 y considerado como la máxima distinción en el ámbito alemán de investigación. En 2001 obtuvo el Premio de la Paz que conceden los libreros alemanes y en 2003, el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales.

En cuanto a la carrera académica e intelectual de Habermas, podemos decir que ésta se encuentra vinculada a la escuela de Frankfurt, en la cual alrededor de 1930 se creó un ambiente interdisciplinario conocido como la tradición de la teoría crítica. La escuela de Frankfurt contaba con pensadores de la talla de Max Horkheimer, Theodor Adorno, y Herber Marcuse.

La escuela tuvo que mudarse a los Estados Unidos cuando Hitler llegó al poder en 1933, restableciéndose parcialmente durante el período de la posguerra.

Durante este caótico período, Horkheimer y Adorno mostraron estar cada vez mas desilusionados del mundo que los rodeaba. Adorno comenzó a articular un modo de pensar que él llamó una dialéctica negativa, la cual se resistía a utilizar cualquier pensamiento positivo sobre la ética y la política. Horkheimer se inclinó cada vez más hacia la teología.³

Habermas por su parte se opuso a estos cambios negativos de dirección; a pesar de ser el primer asistente de Adorno y de hacerse cargo del profesorado de Horkheimer, estableció diferencias claras y significativas entre él y los miembros de la primera generación de la escuela de Frankfurt: Habermas rompió con los principios de la teoría crítica de dicha escuela al expresar, entre otras cosas, su deseo de revisar por completo el viejo modelo de la subestructura de Marx, y atribuir un significado independiente para la

³ Stephen K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, USA, 1995, p. 4 y 5.

superestructura de fenómenos tales como los argumentos, las normas y las verdades científicas. Habermas se distanció notablemente del pesimismo cultural que poco a poco llegó a caracterizar a la escuela de Frankfurt.⁴

Así, a partir de 1960 Habermas definió para sí mismo un camino que, en su espíritu y compromiso, en un sentido fundamental no ha cambiado hasta ahora. Habermas partió de la necesidad de clarificar o crear un concepto distintivo de la racionalidad, y de afirmar la noción de una sociedad justa o emancipada.⁵

Por lo anterior, el viaje filosófico de Habermas inició fundamentalmente con una desviación concreta de las posiciones de Horkheimer y Adorno. Su proyecto inicial tuvo un componente principal: se impuso la enorme tarea de desarrollar una concepción más amplia de la razón, la cual no se reduce únicamente a beneficios individuales o cálculos técnicos. Con esta concepción, según Habermas, se podría empezar a pensar en el contorno de una sociedad racional.⁶

Así, mientras que la escuela de Frankfurt centró su atención en el peligroso predominio de la razón instrumental en la sociedad contemporánea, Habermas se dirigió a esbozar un proyecto político capaz de crear una vida social más equilibrada en la que cada dimensión de la razón reciba la atención que le corresponde.⁷

Bajo este proyecto personal trazado por Habermas, podría decirse que se distinguen tres momentos fundamentales en la teoría del autor: un primer momento en el cual Habermas publicó su obra "Conocimiento e interés" y se centró en exponer la existencia de tres formas de interés cognitivo, que a su vez proporcionan tres formas diferentes de acción y derivan, por ende, en diferentes dimensiones de existencia humana. Un segundo momento de la teoría de Habermas se dirige a corregir y redireccionar sus investigaciones sobre el conocimiento y lo llevan a escribir y publicar su obra "Teoría de la

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁷ John Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*, FCE, México, 2006, p. 19.

Acción Comunicativa”, la cual resuelve algunos cabos que quedaron sueltos en sus anteriores investigaciones, y propone un modelo que permite analizar la sociedad como dos formas de racionalidad que están en juego simultáneamente: la racionalidad sustantiva del mundo de la vida y la racionalidad formal del sistema. Habermas elabora una síntesis entre la visión del que estudia a la sociedad como un conglomerado de sistemas complejos donde el actor desaparece transformado en procesos (sistema-racional-burocrático), y por otro lado, también incluye el análisis sociológico que da primacía al actor, como creador inteligente pero a la vez sumergido en la subjetividad de los significados del mundo de la vida. Esto es, Habermas deja establecido que la sociedad es, a la vez, mundo de la vida y sistema.⁸

Un tercer momento en la teoría de Habermas, se identifica con las cuestiones que el autor encara en torno al tema de la democracia. Este tema de la democracia, cuando menos hasta 1980, no fue abordado con mucha profundidad por el autor; finalmente en 1992, Habermas pone en contexto este tópico a través de un análisis detallado en torno a las instituciones políticas, el cual derivó en una de sus obras más contundentes: *Facticidad y validez: las contribuciones a una teoría del discurso de la ley y la democracia*.⁹

Esta obra en realidad constituye una modificación a lo descrito en materia de democracia en la teoría de la acción comunicativa, en la cual Habermas originalmente previó un estado administrativo normativamente obtuso y monolítico. En este nuevo análisis Habermas describe ya un Estado diferenciado cuya multiplicidad de sitios para la deliberación y la toma de decisiones está ampliamente justificada por la racionalidad comunicativa. En este Estado, cada sitio, sin embargo, debe considerarse cuidadosamente en términos del nivel discursivo de los debates públicos que ocurren allí. Así, para Habermas la democracia discursiva requiere una interacción continua y variada

⁸ Dews, Peter, *Habermas: A critical reader*, Blackwell, USA, 1999, p. 4 y ss.

⁹ Erik O. Eriksen, Jarle Weigard, *Understanding Habermas, Communicating action and deliberative democracy*, cit, p. 11.

con motivo de una multiplicidad de esferas públicas emergentes de toda la sociedad civil y un amplio espectro de las instituciones políticas formales.¹⁰

En síntesis, Habermas es considerado uno de los más grandes e influyentes pensadores contemporáneos; este autor expone y desarrolla con profundidad los problemas a los que se enfrentan las sociedades tras haberse vuelto altamente complejas; particularmente en su libro *Crisis de legitimación del capitalismo tardío (Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus. Frankfurt am Main)* describe las dificultades del Estado Neocapitalista para dotarse de legitimación.

La obra de Habermas es sumamente importante para el desarrollo de este trabajo porque para él 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; Habermas sostiene que 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 parte, se ve impelido a involucrarse constantemente en la sociedad y la economía para evitar las disfunciones del sistema.

Estas ideas aportan suficientes elementos de análisis para el tratamiento de las hipótesis de investigación siguientes:

1. En términos de la idea sustantiva y procedimental de legitimidad, algunas Instituciones Jurídicas que regulan el funcionamiento y organización de las sociedades actuales, no están legitimadas frente a los individuos cuya conducta pretenden normar, en razón de haberse creado a espaldas de éstos, y con la finalidad de atender intereses de grupos particulares.
2. Tomando como universalizable la idea de “validez del derecho” propuesta por Jürgen Habermas, algunas instituciones jurídicas creadas

¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

en nuestro país, no cumplen con los elementos que constituyen las categorías de “válido” o “legítimo”, frente a la sociedad a la que organizan.

3. En muchos casos, el sistema económico es el principal causante de la falta de legitimidad de las normas, dado que es el que principalmente solicita la creación y reforma de éstas, excluyendo de la producción legislativa la participación de los demás grupos sociales interesados.

Bajo el respaldo del trabajo de Habermas, tales planteamientos se trazaron y desarrollaron sobre la idea fundamental de que el derecho que rige las sociedades actuales, en muchas ocasiones pareciera tener la intención de servir de soporte legitimador para la libre actuación de las grandes corporaciones económicas, olvidándose de salvaguardar la dignidad de los individuos ante la fuerza avasalladora del capital global distribuido en unas pocas manos, lo cual permite inferir la inminente existencia de serios problemas de legitimidad al interior del derecho.

En este sentido, el marco teórico elegido ofrece el soporte necesario para desarrollar los planteamientos propuestos. Habermas ofrece temas de suma relevancia, como la idea de *espacio público*; además de ofrecer un interesante rastreo histórico de la génesis de este concepto en la sociedad burguesa y su posterior evolución y deformación en el siglo XX, dota a esta categoría de un valor normativo: el poder solo puede legitimarse mediante discusiones públicas en el marco de prácticas deliberativas libres, de tal forma que para Habermas 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.

También será medular para nuestro trabajo de tesis la obra de Habermas titulada *Teoría de la Acción Comunicativa (Theorie des Kommunikativen Handelns)* en la cual el autor encuentra las señas de identidad propias de la racionalidad comunicativa, y desarrolla una presentación crítica de la dialéctica de la racionalización social como pauta fundamental de la evolución social

moderna. Con ello, Habermas ofrece un concepto de sociedad construido a partir de la integración de un enfoque de teoría de la acción y otro sistémico, y plantea un diagnóstico de la sociedad actual desde la afirmación de una situación supuestamente patológica; el imparable proceso de colonización del mundo de la vida¹¹ por el sistema.

Otra de las obras de Habermas que son medulares en nuestra investigación, es *Facticidad y validez (Faktizität und Geltung)* la cual es fundamental porque en ella se ponen en primer plano las reflexiones de teoría del derecho y democracia, y se ofrece una teoría normativa del Estado de Derecho, trasladando el mismo criterio de legitimidad procedimental que opera respecto de las cuestiones morales, a las decisiones “jurídicas” y “políticas” fundamentales, de tal forma que el criterio de legitimidad procedimental en el ámbito de las decisiones jurídicas y políticas, justifican la democracia deliberativa, con apoyo siempre en las premisas básicas de los principios del discurso.¹²

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.

En estos textos, Habermas también justifica la necesaria institucionalización del principio del discurso y propone que las condiciones de elaboración y creación

¹¹ El mundo de la vida es una categoría creada por Habermas a través de la cual describe el lugar en donde se produce el conjunto de interpretaciones que los individuos constituyen como 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 analizaremos con detenimiento en el primer capítulo.

¹² En el capítulo segundo expondremos los principios del discurso, con la finalidad de explicar la forma en la que se argumentan las ideas. A manera de síntesis diremos que dentro del discurso los hablantes exponen todos los argumentos suficientes para respaldar su dicho. En este espacio, quienes hablan pretenden inteligibilidad para lo que dicen; verdad para el contenido de lo que dicen; rectitud para sus acciones de habla en relación con el contexto normativo vigente 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.

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, 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.

Con ayuda de este marco teórico, lograremos desarrollar una idea fundamental: 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, los elementos que revisten de legitimidad a las normas.

Habermas intenta 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.

Estas ideas inciden directamente en el propósito de nuestra investigación, ya que en ellas se advierte que el único instrumento que Habermas encuentra idóneo para trasladar su principio de legitimidad, apoyado en el principio del discurso, es el derecho: 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.

El análisis que haremos del derecho, comprende tanto su evolución como 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 positivistas.

Con la finalidad de iniciar un análisis de los problemas de legitimidad que presenta actualmente el derecho, tendremos que recorrer algunos caminos previos 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.

Haciendo uso de todas estas ideas, el primer capítulo lo dedicaremos a delinear nuestro marco teórico, exponiendo la importancia que tiene para Habermas la comunicación por la complejidad que ésta puede adquirir en grupos cada vez más complejos que buscan entenderse sobre algo; ello nos ayudará a comprender la razón por la que Habermas identifica el espacio de creación del derecho, como aquel lugar de auténtica integración social, por ser éste el espacio de comunicación más importante que una sociedad comparte. Este planteamiento, que en Habermas es fundamental, nos permitirá dar inicio a la exposición de todas las ideas que sobre el derecho ha desarrollado este autor: abordaremos primero una discusión que durante años ha acaparado la atención de los 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 altamente complejas. 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 de éste.

En el primer capítulo abordamos también lo referente a la idea de Habermas de que actualmente existe una imperiosa 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 cotidianidad social, que sea capaz de conectar, por medio de normas jurídicas, necesidades y deseos concretos.

El análisis de la relación entre facticidad y validez del derecho nos llevará a exponer tanto el principio democrático de creación del derecho y los alcances de un Estado de derecho, introduciéndonos en las dificultades de coordinación que presentan las sociedades que 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. Como en este primer capítulo mencionaremos reiteradamente que el derecho es un importante mecanismo de integración de sociedades que se han vuelto altamente complejas y que se encuentran dominadas por el sistema económico, incorporaremos 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, ello nos ayudará a entender e identificar en los capítulos subsecuentes, los problemas de legitimidad a los que se enfrenta actualmente el derecho. 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.

Analizaremos lo que Habermas entiende por validez del derecho, contrastando tal idea con lo que hasta nuestros días de manera tradicional se ha entendido por tal categoría. Esta exposición nos invitará, a lo largo de la tesis, 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 primer capítulo 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, incluyendo la importancia de la oportuna participación del Estado en la articulación y funcionamiento de la sociedad.

Ya delineado nuestro marco teórico con las ideas de Habermas, el segundo capítulo lo dedicaremos a adentrarnos en los problemas de desarticulación a los que se enfrentan las sociedades altamente complejas, pasando del plano normativo empleado en el primer capítulo, a uno empírico, con el objetivo de criticar con suficientes argumentos, la forma en la que actúan las sociedades actuales tras sufrir la constante deformación y colonización de sus instituciones por parte del sistema económico. Estas críticas nos llevarán inevitablemente a formular diferentes reflexiones sobre la eficacia de los sistemas democráticos representativos y, por ende, a reflexionar sobre la forma en la que el Estado articula estos sistemas democráticos para la correcta toma de decisiones en

beneficio de la sociedad. Estos cuestionamientos nos enfrentarán con las diferentes ideas que las sociedades comparten respecto de lo que debe entenderse por “legitimidad”.

También abordaremos las distintas posiciones que sobre esta idea los estudiosos del derecho han adoptado, explicándose ésta desde tres perspectivas: procedimental, funcional y sustantiva: analizaremos la evolución que dicha categoría ha sufrido a la par de las transformaciones de las sociedades, en términos de Max Weber. Estas medulares diferencias nos permitirán entender que lo que para un Estado puede entenderse como legítimo, para otro podría no serlo, ello en función de la idea de legitimidad que la sociedad comparta, pero también estas reflexiones nos muestran que, con independencia de lo que se entienda por legítimo, el derecho que vincula moralmente a los individuos, es aquél que surge como producto del consenso de éstos.

Esencialmente la idea funcional del derecho es la que guarda congruencia con la lógica que mueve al sistema económico, por ello en este mismo capítulo confrontaremos las diferencias conceptuales tan grandes que existen entre la idea sustantiva de legitimidad y la idea funcional, y la estrecha relación de esta última con la lógica del sistema capitalista liberal.

Expuestas estas diferentes perspectivas desde las que se desarrolla actualmente la idea de democracia y de legitimidad, es más fácil abordar en el tercer capítulo los problemas concretos de legitimidad a los que se enfrentan algunas instituciones jurídicas vigentes en nuestro país, dadas las diferentes posiciones que se han tomado respecto de la categoría a la que nos hemos referido en párrafos anteriores.

Para ello, en este capítulo expondremos con puntualidad el alcance de algunas normas jurídicas mexicanas en cuya creación no participaron los posibles afectados, sino que son producto de una propuesta formulada por reducidos grupos con intereses muy particulares. Algunos ordenamientos que serán analizados en este capítulo son el Tratado de Libre Comercio de América del

Norte, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley de la Propiedad Industrial y finalmente la Ley Federal de Radio y Televisión. El análisis de estos ordenamientos nos conducirá también a reflexionar sobre el hecho de que en muchas ocasiones es también la misma complejidad o especialización de la materia que se pretende regular, lo que provoca que las disposiciones en cuestión se propongan, analicen y discutan por grupos reducidos, excluyéndose a los afectados.

Estas consideraciones nos permiten afirmar que el modelo de democracia hasta ahora utilizado, e incluso el que nos propone Habermas, en un contexto de complejidad y dependencia social, presentan dificultades para ejercerse con éxito y eficiencia, debiendo ser superados sus defectos si lo que se pretende es lograr una verdadera integración de la sociedad. Esta reflexión final nos permitirá formular algunas conclusiones importantes, sobre las que sentaremos las primeras ideas de nuestro cuarto capítulo.

Este capítulo cuarto tiene por objeto, una vez asumidos los problemas de legitimidad que ofrecen algunas normas, explicar la forma en la que hasta ahora, se ha contrarrestado o tratado de aminorar tal problemática.

Con este objetivo, abordamos y explicamos el importante trabajo de interpretación constitucional de normas que realizan los Tribunales Constitucionales, y exponemos las razones por las que estos órganos pueden considerarse verdaderos espacios públicos permanentes de comunicación, ya que ante tales Tribunales o instancias se exponen los argumentos y contrarrazones para suponer la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, dándose una oportunidad de intervención a quienes no participaron o no fueron escuchados en el proceso de creación de la norma en cuestión. No obstante la importancia del trabajo que realizan los Tribunales Constitucionales, destacamos también los diferentes argumentos que en contra del poder y actuación de los Tribunales Constitucionales, han vertido quienes consideran a éstos como usurpadores de la actividad del poder legislativo. Estas ideas las confrontamos con la posición de quienes, por el contrario, consideran la actuación de los Tribunales Constitucionales un valioso contrapeso que

equilibra el “imperio de la ley” y permite que acudan a participar aquéllos que no fueron tomados en cuenta en el foro de creación o reforma de la norma jurídica controvertida.

Sobre este tema, nos adentramos también en las posibles contradicciones que pudiera representar para los Estados democráticos el aminorar los problemas de legitimidad con ayuda de la interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales, ya que ello, por un lado, hace manifiesta la imposibilidad de dichos Estados de garantizar principios de democracia efectiva y, por el otro, deja claro que aún en tales Estados puede llegar a favorecerse a ciertos grupos aún a costa del perjuicio del resto de los ciudadanos, lo cual, en teoría, no debiera ocurrir en los Estados considerados como democráticos.

Concluimos el capítulo cuarto destacando que aun y con todas las voces que se han manifestado en contra del trabajo de interpretación de los Tribunales constitucionales, dicho trabajo no riñe de forma alguna con la idea de validez del derecho expuesta por Habermas. Por el contrario, la idea de validez del derecho expuesta por este autor, hace necesaria la existencia de mecanismos de control como éste, de tal forma que las voces que no fueron escuchadas en el proceso democrático de creación del derecho, encuentran en los Tribunales Constitucionales el foro o espacio de comunicación al cual pueden acudir para exponer sus argumentos.

Finalmente, estructuramos un capítulo quinto para, a modo de conclusión, sintetizar cada una de las reflexiones plasmadas en la tesis y para atender a cada una de las hipótesis formuladas, las cuales se confrontan con los argumentos vertidos en cada uno de los cuatro capítulos. Este apartado de conclusiones no solamente tiene por objeto ofrecer un cierre correcto y oportuno a los diferentes argumentos expuestos, también tiene la intención de reflexionar sobre la responsabilidad de los ciudadanos y del Estado frente a las instituciones jurídicas que nos gobiernan; pretende hacer mención a algunas posiciones críticas muy actuales que se centran en la necesidad de dar una nueva concepción no sólo al derecho, sino a las sociedades mismas, aceptando la configuración de una nueva y compleja realidad sobre la que se

debe pensar y actuar. En este capítulo final, ante la complejidad social, económica y política que nos rodea, se ofrece la opción de adoptar una posición optimista y propositiva, responsable y consciente del nuevo entorno que debemos regular, dejando claro que cualquier base debe sentarse con el propósito de lograr el entendimiento y la integración de las sociedades.

a los diferentes argumentos expuestos, también tiene la intención de reflexionar sobre la responsabilidad de los ciudadanos y del Estado frente a las instituciones jurídicas que nos gobiernan; pretende hacer mención a algunas posiciones críticas muy actuales que se centran en la necesidad de dar una nueva concepción no sólo al derecho, sino a las sociedades mismas, aceptando la configuración de una nueva y compleja realidad sobre la que se debe pensar y actuar. En este capítulo final, ante la complejidad social, económica y política que nos rodea, se ofrece la opción de adoptar una posición optimista y propositiva, responsable y consciente del nuevo entorno que debemos regular, dejando claro que cualquier base debe sentarse con el propósito de lograr el entendimiento y la integración de las sociedades.

Esta tesis la dedico a mis padres: Mercedes y Fidel porque fue de ellos de quienes recibí mis primeras lecciones de justicia. Esta es la mejor forma que encuentro de agradecerles el haber inculcado en mí con todo rigor los valores fundamentales sobre los que ahora intento incansablemente que gire mi vida: la justicia por supuesto, el trabajo, la honestidad, la solidaridad, la objetividad, la paciencia y la lucha por las causas de los otros, aunque en apariencia no me incumban. Gracias a mis hermanos Jesús, Paty, Adrián, Saúl y Adolfo por quererme tanto.

Agradezco al Dr. Miguel Carbonell Sánchez, a la Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo, a la Doctora Arcelia Quintana Adriano y al Dr. José Ramón Narváez su generosidad y disponibilidad para leer, comentar y corregir este trabajo de Tesis.

Tres agradecimientos finales fundamentales:

Gracias Juan, por haber dirigido este trabajo de tesis con admirable paciencia e indulgencia. Gracias por tus días invertidos, por tu inspiración, por tu solidaridad y tu fe en mí y en todos los que trabajamos para y por el derecho.

Gracias a Oscar, mi mejor amigo, mi esposo, por creer en mí, por ayudarme a caminar en la oscuridad y por contagiarme de su amor por la vida, la música, el derecho y las causas imposibles.

Gracias a mi hijo Oscarito (Tató), quien con su inteligencia y genuino interés por el mundo, se ha convertido en una fresca e inagotable fuente de inspiración, fe y lucha.

CAPÍTULO 1

ESTUDIOS JURIDICOS DE JURGEN HABERMAS: SOBRE LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN Y SOBRE EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES MODERNAS.

Sumario: 1.1 Sobre la Comunicación. 1.1.1 La idea de tensión entre facticidad y validez en el contexto del entendimiento. 1.1.2. La tensión entre facticidad y validez en el lenguaje. 1.2 Sobre el Derecho. 1.2.1 La relación de la moral y el derecho. 1.2.1.1 La legitimidad por vía de la legalidad, un problema de normatividad del derecho. 1.2.1.2 Derecho y moral, una discusión contemporánea: la posición de Habermas. 1.2.1.3 Generalización de valores. 1.2.2 La tensión entre facticidad y validez en el derecho. 1.2.2.1 Validez y formalidad jurídica tradicional. 1.2.2.2 Procesos democráticos de creación del derecho. 1.2.2.3 Estado de derecho y democracia. 1.2.2.4 Sociedades complejas y economía capitalista. 1.2.2.5 La complejidad de la sociedad en la teoría de sistemas.

1.1 Sobre la Comunicación

1.1.1 La idea de tensión entre facticidad y validez en el contexto del entendimiento

Quizá parezca extraño que este trabajo de tesis inicie con la descripción de aspectos relacionados con la comunicación; sin embargo, quien conoce el pensamiento de Jürgen Habermas, sabe que es imposible abordar la obra del autor sin analizar, cuando menos brevemente, lo que ha desarrollado sobre los procesos de comunicación que se desarrollan desde los grupos más simples hasta los que son considerados altamente complejos. Sólo este modesto acercamiento a la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas, nos permitirá entender el tratamiento tan peculiar que el autor le otorga al derecho. Ello porque 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 creciente necesidad de entendimiento e integración, es fundamental en las sociedades modernas actuales, por encontrarse presas del desarrollo económico y social impuesto por el capitalismo, al que no le han importado las consecuencias socialmente desintegradoras de tal desarrollo.¹³

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 posible la razón comunicativa y de esta forma, actuando como medio idóneo para lograr la finalidad antes mencionada, la integración social.¹⁴

Nuestra exposición de la tensión entre facticidad y validez, tanto en el lenguaje como en el derecho, 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.

¹³ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Buenos Aires, 1989, tomo I pp. 11 a 13.

¹⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, México, 1998, pp. 63 a 65.

1.1.2 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 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.¹⁵

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

¹⁵ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, *cit.* pp. 25 y 26.

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 oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido.¹⁶

Es importante mencionar que Habermas, al desarrollar su idea de la tensión entre facticidad y validez en el lenguaje, se inspira en la teoría de los actos de habla de John Austin. Austin introdujo por vez primera un concepto que lo llevó a construcciones teóricas más elaboradas: la emisión ejecutiva, realizativa o preformativa. Austin distinguió dos tipos de expresiones: 1) expresiones

¹⁶ Manuel Atienza, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Cuadernos y Debates No. 31, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 180.

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.¹⁷

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

- A) 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).
- B) Acto elocutivo o ilocucionario, es decir, el acto que llevamos a cabo al decir algo, como puede ser prometer, advertir, afirmar, felicitar, bautizar, saludar, insultar, definir, amenazar, etc. En este caso se habla también de fuerza elocutiva como característica del acto locutivo.
- C) 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.

¹⁷ Juan Ramón de Páramo Argüelles, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. p. 11.

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 sobrepasa¹⁸. 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 contexto¹⁹, suponen a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, tanto frente a sí mismos como frente a los demás, etc.²⁰

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:

¹⁸ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Buenos Aires, 1989, tomo II, pp. 104 y 105.

¹⁹ 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.

²⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. cit.* p. 66.

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.²¹

Aquí cabe preguntarnos cómo es posible esta primera idealización, es decir, cómo pueden mantenerse significados idénticos. Sobre esta interrogante, podemos decir que lo que distingue como universal a un pensamiento que exponemos, es decir, lo que le permite a un pensamiento ser entendido de manera inmediata por la comunidad de lenguaje a la cual va dirigido, es el uso común de signos lingüísticos y reglas gramaticales.²²

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”.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

Habermas afirma que todo pensamiento exige una ulterior determinación: cabe preguntar si es verdadero o falso.²³

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.²⁴ 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.²⁵

Como vemos, la necesidad de que los hablantes argumenten lo que afirman²⁶, 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 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

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, p. 76.

²⁵ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

²⁶ Ver Manuel Atienza *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, cit. pp. 181 y 182.

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.²⁷

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.²⁸

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.²⁹ 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 discute, y que ciertamente resulta accesible en principio, pero que no pertenece al ámbito de relevancia temáticamente delimitado de una situación de acción.

²⁷ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* p. 179.

²⁸ Fernando Vallespín, “Habermas en doce mil palabras”, en *Claves de razón práctica*, No. 114, Madrid, 2001, p. 58.

²⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* p. 186.

En este contexto del mundo de la vida, las situaciones poseen siempre un horizonte³⁰ 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 tematizado³¹ 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.³²

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 saber;³³ así, la idea entra en tensión con la realidad en búsqueda de un verdadero entendimiento, como diría Habermas:³⁴

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

³⁰ 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, *cit.* pp. 33 y 36.

³¹ 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.

³² Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* pp. 174, 176 y 179.

³³ 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.

³⁴ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* p. 66.

y enjuiciamiento de los pensamientos, plantean arduos y pertinaces problemas.³⁵

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, evoluciona en un tiempo y en un espacio determinado.

La cultura es un mecanismo de reproducción importante para el mundo de la vida, ya que es ésta la encargada de que las nuevas situaciones que se presenten queden puestas en relación con los estados del mundo ya existentes: la cultura asegura la continuidad de la tradición y da coherencia al saber que se utiliza en la práctica comunicativa cotidiana.³⁶

De esta forma, el mundo de la vida resulta ser también un agente 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, la cual se refleja en la práctica comunicativa cotidiana.³⁷

Lo anterior significa que 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 mundo ya existentes, asegurando a las generaciones siguientes la

³⁵ *Ibidem*, p. 75.

³⁶ *Ibidem*, p. 200.

³⁷ *Idem*.

adquisición de capacidades generalizadas de acción y sintoniza las vidas individuales con las formas de vida colectivas.³⁸

Por todo lo que hemos expresado, es fácil comprender el que la tensión entre facticidad y validez se establezca a través ó gracias al mundo de la vida, ya 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. Habermas, como veremos en los siguientes apartados, también aborda la tensión entre facticidad y validez que se presenta en el derecho, por ser éste un espacio de comunicación mucho más complejo que el de simples grupos de diálogo.

Por ello, estas son las ideas básicas que requerimos tener presentes para entender lo que Habermas, en los siguientes apartados, entiende como una tensión entre facticidad y validez en el derecho. También requerimos hacer uso de estas ideas para comprender las razones por las que el autor considera que debe ponerse especial interés en los procedimientos de creación del derecho, ya que según Habermas, éstos deben representar para la sociedad verdaderos espacios de comunicación, entendimiento e integración.

Y como ahora pasaremos a ocuparnos del derecho, iniciemos con una breve exposición que hace Habermas de la evolución de esta categoría hasta nuestros días, y de su estrecha relación con la moral; ambos aspectos nos podrán introducir con posterioridad a la compleja idea de la tensión entre facticidad y validez en el derecho.

³⁸ *Ibidem*, p. 201.

1.2 Sobre el Derecho

1.2.1 La relación de la moral y el derecho

Una forma sencilla de abordar la idea de derecho de Habermas, es hablando de la estrecha relación de la moral con el derecho; ello nos ayudará a entender las categorías de facticidad y validez tanto en el lenguaje como en el derecho, planteadas novedosamente por este autor.

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.

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.³⁹

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 exegeticos, especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de tal sistema jurídico la constituía el

³⁹ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, cit. p. 132.

derecho burocrático, que en concordancia con el derecho sacro, era impuesto por el rey o emperador, quien era al mismo tiempo el juez supremo.

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 medioevo 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 *Habeas 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 más 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.⁴⁰

También en el medioevo 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

⁴⁰ *Ibidem*, p. 133.

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 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.⁴¹

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 más 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 clara:

El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación del derecho sacro y se torna 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

⁴¹ *Ibidem*, p. 134.

lo siguen siendo aun después de diferenciarse institucionalmente en poderes del Estado.⁴²

De esta forma, el individuo abandona una impresión colectiva del cosmos e inicia en la tierra una experiencia personal, como individuo único e irreplicable, con ello inicia también la práctica de un individualismo de proyectos personales de vida y un pluralismo de formas de vida colectivas.⁴³

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 descentración⁴⁴ 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.⁴⁵

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

⁴² *Ibidem*, pp. 135 y 136.

⁴³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 164.

⁴⁴ 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 descentración del mundo y de la sociedad.

⁴⁵ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, cit. p. 333.

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 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.⁴⁶

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 sacro⁴⁷.

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

⁴⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 166.

⁴⁷ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, cit. pp. 136 y 144.

diseñar la forma idónea de organizarse para llenar ese vacío que ha dejado el orden divino tras venirse abajo.

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, 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.⁴⁸

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

⁴⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 163.

lograr, como hemos visto, a través de disposiciones que vengan racionalmente motivadas a través de discursos morales.⁴⁹

¿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 inmersa 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.⁵⁰

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

⁴⁹ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, cit. p. 163.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 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.⁵¹

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 oraciones que se ofrecen para regular las interacciones de los individuos⁵², 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

⁵¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 163.

⁵² Denominadas por Habermas pretensiones de validez y que se refieren básicamente a 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.⁵³

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 aún 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. Ello nos lleva a desarrollar uno de los temas fundamentales de los trabajos de Habermas: la legitimidad por vía de la legalidad.

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

Habermas afirma que *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.*⁵⁴

Esta afirmación se complementa con una interrogante importante que Habermas se plantea y que nos explicará la moral procedimental en los estados modernos:

⁵³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 163.

⁵⁴ *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?⁵⁵

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.⁵⁶

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 diciendo que:

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.⁵⁷

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.⁵⁸

⁵⁵ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, cit. p. 136.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 143.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *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 motivado⁵⁹.

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 trascendadora de un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad.⁶⁰

Habría que mostrar en términos de teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetran 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

⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁰ *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.⁶¹

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. Mas 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.⁶²

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

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Ibidem*, pp. 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.⁶³

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 para Habermas, 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.⁶⁴

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.⁶⁵

⁶³ *Ibidem*, pp. 170 y 171.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *cit*, pp. 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.⁶⁶

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.⁶⁷

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.**⁶⁸

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 idealizadoras 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

⁶⁶ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, cit. p. 158.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 159.

⁶⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 545.

búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos.⁶⁹

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.⁷⁰

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.⁷¹

Una vez aclaradas las razones por las que cabe considerar legítima a una legalidad que impone limitaciones y libertades a la sociedad, es importante que demos fin al tema del derecho y la moral, ya que aún es tema de amplios debates en los que Habermas otorga también su punto de vista, tal y como vimos en los apartados anteriores.

⁶⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit, p. 556.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 555.

⁷¹ *Ibidem*, p. 557.

1.2.1.2 Derecho y moral, una discusión contemporánea: la posición de Habermas

La posición habermasiana de vincular el derecho a la moral se inserta 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 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.⁷² Veamos 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”⁷³. 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.

⁷² Ernesto Garzón Valdés, “Derecho y moral”, en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 19.

⁷³ *Ibidem*, p. 20.

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, cometiéndose, por otro lado, una grave violación de reglas elementales de la lógica.⁷⁴

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.⁷⁵

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.⁷⁶

⁷⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 28.

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. 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.⁷⁷

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.⁷⁸

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

⁷⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 29.

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 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.”⁷⁹

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

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

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”.⁸⁰

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 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.”⁸¹

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”.⁸²

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

⁸⁰ *Ibidem*, p. 31.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁸² *Ibidem*, pp. 34 y 35.

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.⁸³

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.

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 valioso⁸⁴.

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

⁸³ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 36 y 37.

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.⁸⁵

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 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.⁸⁶

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

⁸⁵ Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 115 y 116.

⁸⁶ Neil MacCormick, "En contra de la ausencia de fundamento moral", en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, p.165.

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.⁸⁷

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 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.⁸⁸

⁸⁷ *Ibidem*, p. 166.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 171.

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:

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.⁸⁹

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.⁹⁰

⁸⁹ Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *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.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 128.

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.⁹¹

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 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 contra argumentos 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.⁹²

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

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Ibidem*, p. 131.

universalidad, provienen, según el autor, de la base de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad.⁹³

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.⁹⁴

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 institucionalización de procedimientos de decisión como la legislación parlamentaria, de tal modo que los límites del discurso jurídico⁹⁵ 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.⁹⁶

⁹³ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 133.

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.⁹⁷

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

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.⁹⁸

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

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 66.

precisa en su conjunto de un anclaje en instituciones básicas capaces de legitimarlo.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

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 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.¹⁰¹

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.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁰ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* p. 252.

¹⁰¹ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo cit*, pp. 69 y 70.

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 derecho aparece como mínimamente justo, genera también una obligación moral de obediencia.¹⁰²

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.¹⁰³

¹⁰² *Ibidem*, p. 71.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 72.

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 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.¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Idem.*

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.¹⁰⁵

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

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

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.¹⁰⁶

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.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 75.

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.

1.2.1.3 Generalización de valores

Hasta aquí hemos podido concluir que en procesos sencillos de comunicación los disentimientos 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 disentimientos 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 disentimiento 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:¹⁰⁷

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.¹⁰⁸

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 de comportamiento concretos. Con esta desconexión, la carga de la integración social se desplaza hacia los procesos lingüísticos de formación de consenso.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 253.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 254.

¹⁰⁹ *Idem*.

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.¹¹⁰

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.¹¹¹

1.2.2 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 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,

¹¹⁰ 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, *cit.* pp. 254 y 255.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 255.

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.¹¹²

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.¹¹³

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.¹¹⁴

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 las sociedades modernas basadas en la economía,¹¹⁵ en las que socioestructuralmente son imprescindibles todas esas acciones orientadas al éxito personal de los individuos, llegaremos a la conclusión de que se requiere

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 87.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

¹¹⁵ 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.

insertar la acción comunicativa en contextos más seguros que aquellos del mundo de la vida.¹¹⁶

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 mecanismo con posibilidades de integrar a las sociedades, la manifiesta de la siguiente manera: ¹¹⁷

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.¹¹⁸

¹¹⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 88.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp 88 y 89.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

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.¹¹⁹

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 seguir las por convicción propia.¹²⁰

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

¹¹⁹ 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*, 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 definitiva. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. p. 273.

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.¹²¹

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.¹²²

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,

¹²¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 89.

¹²² *Idem*.

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.

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 formal¹²³, 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.¹²⁴

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

¹²³ 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.

¹²⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 89.

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.¹²⁵

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 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.¹²⁶

¹²⁵ *Ibidem*, p. 90.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

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.¹²⁷

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.

1.2.2.1 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

¹²⁷ *Idem.*

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.¹²⁸

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.¹²⁹

¹²⁸ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit. pp. 16 y 17.

¹²⁹ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, 1995, pp 34 a 37.

Así, para Kelsen el que una norma valga, quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun y cuando entre la validez y la efectividad pueda haber cierta relación.¹³⁰

También 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.¹³¹

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 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.¹³²

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

¹³⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2002, pp. 24 y 25.

¹³¹ Carlos Santiago, Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 132 a 139.

¹³² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado cit.* pp. 43 a 58.

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.¹³³

Respecto del concepto descriptivo de validez, 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 sistema¹³⁴.

En este sentido, para Kelsen una norma es válida si ésta existe como tal, si tiene fuerza obligatoria y pertenece al sistema jurídico.¹³⁵

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

¹³³ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit. pp. 25 y 26.

¹³⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado* cit. pp.146 y 147.

¹³⁵ Miguel Carbonell, *Teoría de la constitución*, UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 262 y 263.

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.*¹³⁶

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.

¹³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 92.

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.¹³⁷

¹³⁷ 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*, cit, pp. 172 y 173.

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 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.¹³⁸

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.¹³⁹

¹³⁸ *Ibidem*, p. 168.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 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.¹⁴⁰

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 la base de su bondad racional, de su mayor o menor susceptibilidad de crear consenso en virtud de la calidad de su sustento intelectual.¹⁴¹

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.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 175, Ver Capítulo I, apartado IX, en donde se aborda lo concerniente a los procesos democráticos de creación del derecho en un Estado de Derecho.

¹⁴¹ 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.

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.¹⁴² Este proceso de producción del derecho lo explicaremos a continuación.

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

¹⁴² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. pp. 94 y 95.

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.

De los apartados antes expuestos, se observa la preocupación y el interés que Habermas otorga a los aspectos procedimentales de creación del derecho, ya que según este autor, es en los procedimientos de creación del derecho en donde descansa la fundamental y difícil tarea de integración de las sociedades, a través del uso de una racionalidad comunicativa que incluya a todos los posibles afectados. Veamos lo que Habermas opina sobre los procedimientos de creación del derecho.

1.2.2.2 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.¹⁴³

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

¹⁴³ *Ibidem*, p. 95.

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.¹⁴⁴

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.¹⁴⁵

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 acordar los derechos que van a otorgarse recíprocamente. Estos derechos de participación solamente se actualizan como tales a través de un

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

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 autonomías¹⁴⁶ 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?¹⁴⁷.

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 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.¹⁴⁸ Podemos afirmar entonces que los órdenes jurídicos modernos sólo pueden obtener su legitimación de la idea de

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 648.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 646.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 660.

autodeterminación, y esto significa que los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del derecho.¹⁴⁹

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.¹⁵⁰

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 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.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 647.

¹⁵⁰ Evaristo Prieto Navarro, "La reflexión sociológica sobre la legitimidad", en Elías Díaz y José Luis Colomer, *cit*, pp. 140 y 141.

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; esta idea precisa 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.¹⁵¹

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 si mismos de maneras en que

¹⁵¹ John Rawls, *Liberalismo político*, FCE, México, 1996, pp. 204 y 205.

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.¹⁵²

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 ciudadanos hablarán en público de cierta manera y votarán en forma diferente.¹⁵³

¹⁵² *Ibidem*, p. 209.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 206.

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”¹⁵⁴, 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 conciencia y la libertad de pensamiento, nos imponemos tal doctrina a nosotros mismos.¹⁵⁵

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 210 y 211.

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.¹⁵⁶

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.¹⁵⁷

Esto nos lleva a concluir dos cosas: que la comprensión procedimentalista del derecho considera seriamente que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la

¹⁵⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 649.

¹⁵⁷ *Idem*.

voluntad constituyen la única fuente de legitimación; y que la autonomía pública y la autonomía privada se presuponen una a la otra.¹⁵⁸

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.¹⁵⁹

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 la introducción de esos derechos de comunicación y participación que garanticen

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 648.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 653.

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”.¹⁶⁰

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.¹⁶¹

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 qué forma- según Habermas- 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.

1.2.2.3 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 así porque la autonomía privada del miembro de la sociedad civil queda

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 656.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 657.

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.¹⁶²

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 manifiesta en la propia ambivalencia, con la que el derecho se dirige a aquellos a los que concierne y de los que espera obediencia.¹⁶³

¹⁶² *Ibidem*, p. 652.

¹⁶³ 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.

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.¹⁶⁴

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, legítimamente 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 colectivamente vinculantes, nacidas de las instancias que legislan y aplican el derecho.¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 26. Ver capítulo primero, apartado I, en donde se desarrolla a detalle la relación entre moral y derecho para Habermas.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

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.¹⁶⁶

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 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

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 29.

formas de comunicación necesarias para una legítima acción legisladora.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

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

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 31.

producida socialmente y además garanticen una protección mejor ante los riesgos producidos socialmente.¹⁷⁰

e) Desde la perspectiva de las políticas feministas de igualdad. Habermas expone esta perspectiva con la finalidad de afirmar el nexo interno entre Estado de derecho y democracia.

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.¹⁷¹

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 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

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 34.

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.¹⁷²

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.¹⁷³

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 política frente a la facticidad del poder no manifiesto que se introduce en el derecho.¹⁷⁴

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. pp. 101 y 102.

¹⁷⁴ *Idem.*

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.¹⁷⁵

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.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷

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 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

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 200.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

¹⁷⁷ *Idem*.

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.

Pero las ideas de Habermas, expuestas hasta ahora, entran en aprietos cuando él mismo identifica un problema fundamental en el derecho y en los mecanismos y fenómenos que definen a éste. Hasta aquí, Habermas ha seleccionado 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; ello significa que, dada la importancia que tiene el derecho en este tipo de sociedades, el espacio o foro del que emana tal derecho, adquiere una gran importancia, y así lo expresa Habermas abiertamente en la exposición de sus ideas. Pero, al mismo tiempo, Habermas identifica un gran problema o déficit tanto del derecho emanado en este tipo de sociedades, como de los espacios o foros de donde surge el mismo. Y es importante describir este planteamiento, ya que ello nos permitirá llegar a identificar con más habilidad los problemas de legitimidad que actualmente presenta el derecho, y que veremos de manera más puntual en nuestro segundo capítulo.

Habermas afirma que las sociedades modernas no solamente se integran a través de mecanismos como los valores, las normas y los procesos de entendimiento, sino también sistémicamente, o sea a través de mercados y de poder ampliado administrativamente. Así, el dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, sino objetivamente, esto es, de alguna forma a espaldas de los participantes. Pero es

por vía de institucionalización jurídica que ambos medios quedan anclados en los órdenes y esferas del mundo de la vida integrados a través de la acción comunicativa. De esta forma, según Habermas, el derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social, y por medio de una práctica de la autodeterminación, exige de los ciudadanos el ejercicio en común de sus libertades comunicativas, adquiriendo su capacidad de integración social nada más y nada menos que de las fuentes de la solidaridad social.¹⁷⁸

Por otro lado, nos dice Habermas que son las instituciones de derecho público y de derecho privado las que posibilitan el establecimiento de mercados y la organización del poder del estado, ya que las operaciones del sistema económico y del sistema administrativo, que se distinguen perfectamente de los componentes sociales del mundo de la vida, cobran vida gracias a las formas que les presta el derecho.¹⁷⁹

De esta forma, según el autor, el derecho forma una especie de engranaje tanto con el dinero como con el poder administrativo y con la solidaridad, elaborando imperativos de muy diversa procedencia y naturaleza. Y a pesar de que, como ya hemos señalado, Habermas selecciona al derecho como medio de integración de las sociedades altamente complejas, se percata de que en los imperativos funcionales del aparato estatal, del sistema económico y de otros ámbitos sociales se imponen con frecuencia constelaciones de intereses *normativamente no filtradas*, debido a que son las más fuertes y pueden servirse de la fuerza legitimadora que la forma jurídica posee, con el fin de disimular o encubrir que la capacidad que tienen de imponerse es puramente fáctica. Habermas sintetiza esta problemática 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 atenido a su propia lógica, el cual acaba determinando la estructura del orden social,

¹⁷⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. pp. 101 y 102.

¹⁷⁹ *Idem.*

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 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.¹⁸⁰

Ciertamente, un derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a integración social, no tiene más remedio que verse sometido a la presión profana de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente, se ve sometido a una coerción, por así decir, idealista, que le obliga a legitimar esos imperativos.¹⁸¹

Esta grave problemática nos obliga ahora a profundizar en lo referente a las sociedades complejas, ya que hasta aquí sólo hemos dicho, de manera muy sencilla, que son aquellas en las que, dada la diferenciación de roles y tareas de los individuos, se separan notablemente dos tipos de acciones, las orientadas al éxito y las orientadas al entendimiento. También es importante que exponamos de qué forma concreta el sistema económico capitalista liberal domina a las sociedades con su propia lógica, y las múltiples implicaciones de ello.

A continuación abordaremos estos dos fundamentales temas, lo que nos permitirá, por un lado, abordar de lleno en nuestro siguiente capítulo los problemas de legitimidad a que se enfrenta el derecho en la actualidad; y por el otro, entender con claridad el sentido verdadero de las ideas de Habermas expuestas hasta ahora, y sabremos porqué todas ellas se dirigen a resaltar la

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Idem.*

urgente necesidad de que las sociedades actuales se entiendan, integrándose en redes bien articuladas de individuos que de manera responsable velen por la seguridad y protección de los intereses de sus miembros.

1.2.2.4 Sociedades complejas y economía capitalista

Habermas señala que la diferenciación¹⁸² 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.¹⁸³

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.¹⁸⁴

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,¹⁸⁵ se trata de un incremento de la complejidad

¹⁸² 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.

¹⁸³ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit*, p. 255.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 226.

¹⁸⁵ 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 supuesto 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

social. De esta forma, en términos de Habermas, los mecanismos para que una sociedad primitiva aumente su complejidad, son el poder y el intercambio.¹⁸⁶

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 empírica¹⁸⁷ 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 individuos¹⁸⁸. 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.

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

alternativas del discurso. En el apartado siguiente abordaremos brevemente el significado de la complejidad para la teoría de sistemas.

¹⁸⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* pp. 226 y 227.

¹⁸⁷ 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.

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. Así, se 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.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰

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.

¹⁸⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, cit. 255.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 277.

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 decisiones del investido de facultades de mando sean aceptadas por los otros participantes en la interacción como premisas de sus propias decisiones.¹⁹¹

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.¹⁹²

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.¹⁹³ 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;

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 228 y 229.

¹⁹² *Ibidem*, p. 233.

¹⁹³ *Idem*.

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.

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.¹⁹⁴

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

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 377.

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.¹⁹⁵

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.¹⁹⁶ 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 forma de producción capitalista, fue la economía la primera en diferenciarse como un subsistema funcionalmente especificado.¹⁹⁷

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.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹

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

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 383.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 259.

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 143.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 386.

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, según Habermas, 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.

Para brindar esta explicación, no es necesario volver al análisis del mundo de la vida, éste ya lo llevamos a cabo con anterioridad; sin embargo, sí 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 irrebutable 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 adquiere cierta complejidad.²⁰⁰

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 disentiimiento (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 cada vez en mayor grado de la disponibilidad a la crítica y de la capacidad innovadora de los individuos.²⁰¹

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 entrelazadas 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

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

²⁰¹ *Ibidem*, p. 207.

socialización, se emancipan cada vez más del saber cultural con que inicialmente estaban integradas en el “pensamiento concreto”.²⁰²

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 formales.²⁰³ 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.²⁰⁴

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.²⁰⁵

Según Habermas, 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

²⁰² *Idem.*

²⁰³ Ver apartado VI.

²⁰⁴ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit.* p. 253.

²⁰⁵ 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.

interacciones que escapan a un control normativo directo y tienen que ser coordinadas por otras vías.²⁰⁶

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.²⁰⁷

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 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.

Como se observa, es el sistema económico con su expansión y evolución el que, principalmente, ha influido en la complejidad de las sociedades modernas. Por ello, veamos como se comporta el sistema económico capitalista liberal que impera en las sociedades actuales; de esta forma, comprenderemos las razones por las que Habermas advierte la necesidad de integración de las sociedades basadas fundamentalmente en el sistema económico.

Entre el siglo XVI y finales del siglo XVIII, surge un paradigma de modernidad como un proyecto principalmente socio- cultural, al mismo tiempo que aparece el capitalismo como el modo de producción dominante en las sociedades. Este

²⁰⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, cit. p. 255.

²⁰⁷ *Idem.*

modo de producción capitalista, imperante hasta nuestros días, se ha desarrollado en tres etapas fundamentales. La primera de ellas, denominada de “capitalismo liberal”, cubrió el siglo XIX en su totalidad, y en ella se encuentran ya importantes contradicciones internas de sus propios principios, por ejemplo, contradicciones entre solidaridad e identidad, entre justicia y autonomía, entre igualdad y libertad, etc. Dadas estas contradicciones, se descompone el pilar de la regulación y fracasa la idea de un desarrollo equilibrado y combinado de los principios del Estado, del mercado y de la comunidad, produciéndose un vacío ideológico con tres fenómenos importantes que observamos hasta nuestros días: a) el desarrollo sin precedentes del principio del mercado; b) la atrofia casi absoluta del principio de la comunidad, reduciéndose a una estructura dualista compuesta por dos elementos igualmente abstractos: la sociedad civil, entendida como una agregación competitiva de intereses particulares y el individuo, entendido formalmente como ciudadano libre e igual; y c) el desarrollo ambiguo del principio del Estado; ello como consecuencia de los dos primeros fenómenos descritos. En resumen, es en este primer período en el que se pone en movimiento el proceso social de exclusión y concentración, acentuándose cada vez más las contradicciones antes mencionadas.²⁰⁸

El segundo período del capitalismo, denominado “capitalismo organizado”, se caracteriza por reconocer la idea de que el déficit de las promesas incumplidas es tanto inevitable como irreversible. Así, el Estado incrementa y estrecha sus vínculos tanto con el mercado a través de una interpretación cada vez más creciente entre las burocracias estatales y los grandes monopolios, como con la comunidad a través de la incorporación política de amplios sectores de la clase trabajadora, incrementándose la intervención del Estado en las formas del consumo colectivo, en sanidad y educación, en el espacio empresarial y en la

²⁰⁸ Boaventura de Sousa Santos, “La transición Posmoderna: derecho y política”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 6, Madrid 1989, pp. 227, 228 y 229.

legislación social; en síntesis, el Estado se convierte en un verdadero Estado de bienestar.²⁰⁹

El tercer período del capitalismo, que impera hasta nuestros días, es conocido por algunos autores como el “capitalismo desorganizado”. Este período, dada su vigencia, resulta ser el más difícil de analizar, y en él, el principio del mercado se ha convertido ya en hegemónico, imponiéndose sobre el principio del Estado y el principio de la comunidad, intentando colonizarlos. En este período es realmente dramático el crecimiento de los mercados mundiales, y va aparejado con la aparición de sistemas de producción universales y agentes económicos que finalmente socavan la capacidad del Estado para regular el mercado a nivel nacional. En este período se expande tanto el mercado como los productos y se incrementan considerablemente las elecciones de los individuos, particularizándose los gustos. Se presenta una profunda y acelerada difusión de la información, reproduciéndose con ello infinitas posibilidades de expansión del capital. La relación de salario se vuelve más flexible y precaria, y los mecanismos de corporativismo que se desarrollaron en el período del Estado benefactor, tales como leyes laborales, tribunales industriales, negociación colectiva, etc., pierden valor y, los sindicatos, cuyos miembros disminuyen, pierden capacidad de negociación.²¹⁰

Todas estas circunstancias parecen indicar que frente al sistema económico liberal, llamado capitalismo, el Estado parece descuidar la unidad de análisis y perder la capacidad y la voluntad política de regular la producción y la reproducción social. Por ello, el Estado se convierte en un aparato más débil externamente y menos eficiente internamente, volviéndose por ello, paradójicamente, más autoritario, actuando a través de una serie de burocracias

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 230 y 231.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

mal integradas, cada una ejerciendo su propio microdespotismo frente a la creciente falta de poder político de los ciudadanos.²¹¹

Así, estas tres etapas del capitalismo nos muestran lo compleja que puede volverse una sociedad, y podemos resumir varias características concretas del sistema económico capitalista liberal:

A) La economía capitalista ya no se entiende como un orden institucional, lo que se institucionaliza es el medio de cambio²¹², mientras que el sistema diferenciado a través de ese medio representa en su conjunto un fragmento de la sociedad exento de contenido normativo.²¹³

B) 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.²¹⁴

C) La institucionalización del trabajo asalariado, por un lado, y la del Estado Fiscal, por otro, le es tan esencial a esta forma de producción capitalista como el nacimiento de la empresa. Sólo cuando el dinero se transforma en un medio de intercambio, produce éste efectos generadores de estructuras.²¹⁵

D) 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

²¹¹ *Ibidem*, p. 234.

²¹² Esto significa que se crean los instrumentos jurídicos necesarios para hacer posible el desarrollo y expansión del capitalismo.

²¹³ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo II, *cit*, p. 242.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ *Idem*.

acoplamiento retroalimentativo del aparato estatal con la producción a través del cobro de impuestos.²¹⁶

E) 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.²¹⁷

F) 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 determinadas condiciones que sólo quien las acepta y las asume puede convertirse en miembro de esos grupos formalmente organizados.²¹⁸

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.²¹⁹

a) El mercado económico contamina al mercado político, y así, el mercado político hoy en día es cada vez más económico, las ideologías desaparecen, los votos y las posiciones políticas de los partidos tienen precio.²²⁰

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ *Ibidem*, p. 243.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ Boaventura De Sousa Santos, "Globalización y Democracia", Conferencia central dictada en Cartagena de Indias, Colombia, el 16 de junio de 2003, Foro Social Mundial Temático: 17 páginas, p. 6 y 7. En línea. Tomado de la página: <<http://www.fsmt.org.co/ponencias2.htm>> (30 de abril de 2004).

- b) La democracia representativa se muestra extremadamente vulnerable a la fuerza de los grandes poderes económicos, y esto es el resultado del proceso que ha creado la contaminación entre el mercado económico y el político, que se refleja en las privatizaciones de los servicios públicos, las leyes de financiación de los partidos, la mediatización de la política, dando todo esto un poder enorme a los grandes actores económicos.²²¹
- c) Se establecen mercados de capitales más allá de las naciones y de sus fronteras, dándose una creciente expansión de las multinacionales con poder de negociación a escala planetaria, y una importancia creciente de los acuerdos comerciales entre naciones que permiten la formación de grandes bloques económicos regionales que terminan imponiéndose a los derechos nacionales basados en un derecho internacional del comercio.²²²
- d) Se crea una red de localismos globalizados y de globalismos localizados en la que los países centrales- primer mundo- se especializan en localismos globalizados, o sea en la globalización propiamente dicha y a los países periféricos- países en desarrollo, empobrecidos o de tercer mundo- se les imponen los globalismos localizados, se les obliga a vivir en escenarios donde se desestructuran todos sus parámetros culturales, su idiosincrasia, sus formas de vida, y se le reconstruyen a la manera destructiva creativa que tiene el capitalismo, construyéndoseles una historia y una cultura que permita y no cuestione la dominación hegemónica, que es lo que ahora se denomina globalización desde arriba.²²³

²²¹ *Idem.*

²²² Silvana Verónica Ribotta, "Globalización versus derechos humanos", tomado del Instituto de Gobernabilidad de Cataluña, No. 3, año 2003, Vol. 1: 4 páginas, p. 2. En línea. Tomado de la página:<http://www.revistafuturos.info/futuros_globalizacion1.htm> (30 de abril de 2004).

²²³ *Ibidem*, p. 3.

- e) Se pone en crisis al Estado Nación, ya que no se habla de una relación interestatal sino transestatal donde no hay apertura de fronteras sino desaparición de estas o, al menos, permeabilidad de las decisiones políticas y económicas y desterritorialización de las relaciones sociales en general, que se extiende a todos los aspectos de la realidad social, económica, política y cultural.²²⁴
- f) Se asocia al funcionamiento de los mercados, del Estado y de la sociedad en general, el principio de eficiencia.
- g) Los actores principales del capitalismo avanzado son organizaciones que con independencia de su estatus formal, han adquirido importantes atributos de poder público. De las organizaciones “privadas” con estatus público, ninguna es más importante que la gran empresa, y sus decisiones sobre inversión, empleo y producción tienen importantes consecuencias en la asignación y distribución, por lo que repercuten en la esfera pública.²²⁵
- h) La regulación económica de los mercados en el capitalismo avanzado puede describirse como una actividad de interdependencia de organizaciones poderosas que comparten importantes características públicas.²²⁶
- i) Aunque mucha de la regulación económica tiene lugar mediante la creación de reglas, y la implementación de estándares, ello tiene lugar dentro del marco de una intervención mucho más difusa, vinculada con un amplio rango de objetivos no explícitos, y a menudo contradictorios. La regulación económica basada en reglas no es una actividad aislada, sino que se

²²⁴ *Ibidem*, p. 2.

²²⁵ Leight Hancher y Michael Morán, “La Organización del Espacio Regulatorio”, *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 17, ITAM, México, Octubre 2002, p. 15.

²²⁶ *Ibidem*, p. 16.

entreteteje en una red de intervención más amplia. La estructura del conjunto viene marcada por un alto nivel de complejidad social y administrativa.²²⁷

- j) Cuando se habla de las políticas de regulación económica en el capitalismo avanzado, se habla de un conjunto de relaciones dominadas por grandes organizaciones. Estas organizaciones complejas, las grandes corporaciones, las asociaciones de representantes, las agencias regulativas, los departamentos centrales del Estado, están organizadas como jerarquías administrativas cuyo método de actuación está determinado por procedimientos operativos estandarizados. Es mediante estos procedimientos institucionales- esto es, mediante la aplicación rutinaria de prácticas establecidas- y no a través de elecciones individuales, como se decide quien entra y quién no es admitido dentro del espacio regulativo. Y como las reglas del comportamiento organizacional suelen tener carácter rutinario, la exclusión tiende a ser sistemática.²²⁸
- k) Las estructuras organizacionales poderosas no solo dictan, mediante sus procedimientos operativos estándar, cómo han de hacerse las cosas sino que también imponen las creencias acerca de qué puede hacerse.²²⁹

Como vemos, según Habermas es el sistema económico el que con su lógica de mercado vuelve a las sociedades altamente complejas. En la última década, ha despertado un profundo interés de análisis y debate esa complejidad que han alcanzado las sociedades. Muchas son las ideas que se han desarrollado sobre ello, pero sobre todo, se ha puesto especial interés en formular diferentes alternativas para aminorar o contrarrestar tal complejidad.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²²⁹ *Ibidem*, p. 30.

Un importante planteamiento sobre la complejidad de las sociedades, es el que expone Niklas Luhmann a través de su Teoría de Sistemas. Aunque esta Teoría difiere en algunos aspectos de las ideas de Habermas, es importante que abordemos sus principales postulados, ello, junto con las ideas que hemos expuesto hasta ahora, nos permitirá comprender los alcances de tal complejidad y la importancia de abordarla para evitar el desmantelamiento y desarticulación del engranaje social.

1.2.2.5 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 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.²³⁰

La primera 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

²³⁰ 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).

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.²³¹

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 “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.²³²

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

²³¹ *Idem.*

²³² *Ibidem*, p. 3.

observación con un grado mayor de complejidad y abstracción que le permita redefinir su objeto de estudio.²³³

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 orientaciones racionales, los valores y las determinaciones irracionales no específicas.²³⁴

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

²³³ *Ibidem*, p. 4.

²³⁴ *Idem*.

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.²³⁵

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 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.²³⁶

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.²³⁷

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

²³⁵ *Idem.*

²³⁶ *Idem.*

²³⁷ *Ibidem*, p. 5.

sistema es un constructor de realidades de segundo orden (producto de observaciones de observaciones) incapacitado para observar la distinción mediante la cual observa.²³⁸

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 realidad, cualquiera que sea su estatuto ontológico, lleva la función negativa de discriminar aquellas construcciones que se ajustan a ella.²³⁹

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.²⁴⁰

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,

²³⁸ *Ibidem*, p. 4.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 16 y 17.

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.²⁴¹

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 propio entorno. Por ello no hay autorreflexión y menos aún capacidad de acción en el entorno.²⁴²

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).²⁴³

De esta forma, la sociedad es el sistema social omnicomprensivo 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, ha

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 44 y 51.

²⁴² *Ibidem*, p. 52.

²⁴³ Juan Luis Pintos, “Política y complejidad en la teoría sistémica de Niklas Luhmann: 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).

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 centrarse exclusivamente ni sobre la política, ni sobre la economía o la religión.²⁴⁴

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.²⁴⁵

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

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

²⁴⁵ Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, cit. p. 54.

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.²⁴⁶

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

Como advertimos al inicio de este apartado, existen divergencias en la forma en la que Luhmann y Habermas conciben los elementos que intervienen en la estructura y funcionamiento de una sociedad, por ejemplo, para Luhmann la comunicación, a diferencia de Habermas, no requiere la transmisión de información de una a otra conciencia, ya 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.

Siguiendo las ideas de Habermas, podríamos plantear las siguientes interrogantes: si no existe conexión entre personas, o mejor, entre sistemas psíquicos, cómo se explica la conciencia de conocimientos? Se puede evitar la

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

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 formulada por Habermas, se dirige a establecer una posición muy peculiar: 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.²⁴⁷

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.²⁴⁸

Hasta ahora, echando mano de las ideas de Habermas, podemos concluir este primer capítulo dejando establecidas varias ideas importantes, que serán la materia prima para el diseño de los capítulos siguientes: las sociedades se integran a través del entendimiento; dicho entendimiento se logra a través del uso de códigos de comunicación entre los integrantes de la sociedad; un

²⁴⁷ 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).

²⁴⁸ *Idem*.

mecanismo importante que ha creado la sociedad y que utiliza para entenderse es el derecho; el derecho resulta ser precisamente el producto de ese entendimiento entre los individuos, y en él descansa la responsabilidad de que una sociedad cuente siempre con los instrumentos idóneos y actuales para comunicarse, aún y cuando existan diferencias entre los sujetos interesados en la comunicación; el derecho crea redes estables y duraderas de comunicación; el entendimiento social ayuda a que la sociedad se articule y preserve; algunas prácticas sociales han adquirido mayor relevancia y atención, ya que las mismas se dirigen a satisfacer aspectos puramente materiales; estas prácticas han colaborado a que las sociedades adquieran una complejidad tal, que la misma atenta en contra de la misma integración social.

En nuestro próximo capítulo entenderemos de manera más clara la forma en la que una sociedad compleja manifiesta sus problemas de comunicación, y el alcance que tales problemas pueden tener.

Traeremos a la realidad actual las ideas de Habermas, intentando que éstas no pierdan su aplicación y vigencia, abordando el análisis de algunas instituciones que resultan ser fundamentales, ya que sobre las mismas, las sociedades articulan su operación, con la finalidad de corroborar si, como hemos sostenido hasta ahora con ayuda de las ideas de Habermas, la moral y el derecho verdaderamente 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.²⁴⁹

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 254.

CAPÍTULO 2

ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO: LA IDEA DE LEGITIMIDAD FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LAS SOCIEDADES.

Sumario. 2.1. Críticas a las Instituciones Actuales. 2.1.1 Sobre los sistemas democráticos de representación. 2.1.1.1 Sobre el funcionamiento del Estado. 2.2. La idea de Legitimidad desde sus diferentes perspectivas. 2.2.1 Las primeras ideas de legitimidad: estudios de Max Weber. 2.2.2 La legitimidad y los sistemas democráticos de creación del derecho. 2.2.2.1 La legitimidad en términos de la idea procedimental. 2.2.2.2 La legitimidad en términos de la idea sustantiva. 2.2.2.3 La legitimidad en términos de la idea funcional. 2.2.3 La legitimidad y la lógica del sistema capitalista.

Exponiendo el pensamiento de Habermas, hemos pretendido aproximarnos a la problemática que representa para el derecho, el que las sociedades se hayan vuelto altamente complejas, y por ello planteamos lo que tal autor visualiza como una solución: la creación de espacios apropiados de comunicación para que todos los posibles afectados participen en el diseño de las normas que han de darse. Pero echando un vistazo a algunos importantes estudios de filosofía política, advertimos que la complejidad de las sociedades actuales representa mucho más que una simple falta de coordinación entre los actores sociales, parece significar un verdadero cambio de paradigmas, esto es, parecieran enfrentarse las sociedades a la conclusión de la modernidad, y aproximarse velozmente al fenómeno histórico denominado “posmodernidad”.

Por ello, es importante que por un momento nos centremos en el análisis de algunos problemas que presentan las instituciones actuales, esto nos ayudará a exponer con claridad uno de los problemas más complejos a los que, según este trabajo de tesis, se enfrenta el derecho en la actualidad, la falta de “legitimidad” frente a la sociedad que pretende organizar y regular.

De esta forma, brevemente pasaremos del plano normativo hasta ahora expuesto, a un plano empírico descriptivo, bajo el cual será más fácil advertir la situación real bajo la que opera el sistema democrático de representación vigente en casi todas las sociedades actuales.

2.1 Críticas a las Instituciones Actuales

2.1.1 Sobre los sistemas democráticos de representación

Haciendo uso de las ideas de Habermas, explicamos en qué consiste un sistema democrático de creación del derecho, en tanto método de adopción de las decisiones colectivas, que puede conducir a distintos contenidos para esas mismas decisiones, esto es, a diversos órdenes sociales y económicos.²⁵⁰ Pero como el sistema económico afecta la totalidad de los ámbitos de actuación de los individuos, en el sistema democrático, a través del cual todos los ciudadanos de una sociedad definen las normas que han de gobernarlos, se presentan también graves dificultades, tal y como lo explicaremos a continuación.

La democracia representativa liberal, vigente hoy en la mayoría de los países del mundo, surge precisamente con el capitalismo y se basa en la idea de dos mercados: el mercado económico que ya hemos explicado, en el que se cambian valores que tienen precio; y el mercado político de las ideas e ideologías, donde se cambian valores que no tienen precio económico. Por ello se dice que es precisamente la democracia la que ejerce cierta tensión entre el mercado económico y el político, ya que en el económico los empresarios luchan por controlar a los trabajadores desde dos perspectivas, como ciudadanos y como consumidores; y en el mercado político, la lucha es por el control de la vida ciudadana a través de las ideas. Y es precisamente en estos dos mercados en donde se presenta la problemática principal de la que adolecen actualmente los

²⁵⁰ Agustín Squella, "Democracia e igualdad en América Latina", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, Madrid 1987, p. 372.

sistemas democráticos liberales: a partir de los años 80, principalmente, se aceleró el proceso de contaminación del mercado económico respecto del político, poniéndose en peligro las ideologías hasta entonces planteadas y atribuyéndose un precio a los votos y a las posiciones políticas de los partidos. Así, la democracia representativa se ha mostrado extremadamente vulnerable a la fuerza de los grandes agentes económicos, como resultado de esta contaminación de la que hablamos, reflejada también en las privatizaciones de los servicios públicos, las leyes de financiación de los partidos, la mediatización de la política, etc, otorgándose con ello un poder importante a los grandes actores económicos y sociales que, de alguna forma, ejercen funciones políticas privadas.²⁵¹

Por lo anterior, actualmente el consenso está determinado más significativamente por factores económicos tales como los equilibrios de los balances comerciales y la especulación sobre el valor de las monedas. El control de estos movimientos ya no está en manos de las fuerzas políticas, tradicionalmente concebidas como las representantes de la soberanía, y el consenso ya no se determina mediante los mecanismos tradicionales de mediación política, sino por otros medios. El gobierno y la política llegan ahora a estar completamente integrados en el sistema de dominio transnacional, de tal forma que los controles se articulan a través de una serie de cuerpos y funciones transnacionales.²⁵²

Y este poder que se otorga a los actores económicos adquiere gran relevancia porque en las democracias representativas liberales los ciudadanos no toman decisiones políticas, sino que eligen a sus representantes, o sea a quienes en su nombre tomarán las decisiones políticas, por ello el voto tiene una característica muy ambigua y peligrosa: es un acto de participación política que implica una renuncia a la participación política, lo que trae como consecuencia que muchas

²⁵¹ Boaventura De Sousa Santos, "Globalización y Democracia", *cit*, pp. 5 y 6.

²⁵² Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 284.

de las importantes decisiones que afectan a los ciudadanos no pasan por los congresos o parlamentos, y muchas veces ni por los partidos, sino que pasan por las acciones de estos actores directos a través de las instituciones del Estado, esto es, se elimina la participación ciudadana, destruyendo las condiciones mismas de participación, porque se trata de una democracia tutelada, restringida, que siente en la participación ciudadana un riesgo. Aunque los partidos llegaren a proponer o a decidir alguna cuestión relevante, siempre que pueden, los agentes económicos controlan estas decisiones. Esto nos indica una verdadera crisis de los sistemas liberales de representación democrática, cuya vulnerabilidad a los intereses económicos ha creado varias consecuencias dramáticamente desintegradoras: las poblaciones desechables, los grupos de desplazados cuya información y participación es nula, etc. Esto deriva también en una crisis institucional que se explica de la siguiente forma: existe una verdadera deficiencia en la representación, con lo cual los ciudadanos se sienten muy distantes de los representantes; y por ello, existe una deficiencia en la participación de los ciudadanos, quienes por ello en muchas ocasiones no votan, se abstienen.²⁵³

Pareciera entonces que esta concepción de democracia no es ya efectiva en este tipo de sociedades en las que predomina la lógica del sistema económico, pero otro de los grandes problemas es que este tipo de democracia es monocultural, es decir, no acepta criterios multiculturales de democracia, por ejemplo no acepta que las autoridades tradicionales de África o que las comunidades indígenas de Latinoamérica puedan crear formas alternativas de democracia. Ello ha significado que en los últimos veinte años se hayan perdido u olvidado una serie de concepciones de democracia que existían, como la democracia desarrollista, la democracia popular de los países del este, etc; por ello, hoy se afirma que el mundo ha perdido demodiversidad, en razón de que el

²⁵³ Boaventura De Sousa Santos, "Globalización y Democracia", *cit.*, pp. 6 y 7.

sistema capitalista liberal ha impuesto un solo concepto: el de la democracia representativa liberal.²⁵⁴

Esta influencia tan determinante que en el campo de la representación ejercen los actores económicos sobre los partidos políticos, ha cambiado la naturaleza que éstos tenían en antaño, ya que de tener una función integradora de las poblaciones, se transformaron hoy, en muchos casos, en sistemas de reclutamiento de élites para distribuir recursos, violando sistemáticamente sus promesas electorales, invocando imperativos globales.

Particularmente, en nuestro país identificamos algunos problemas muy específicos, alojados en el espacio de la representación:

- a) Los integrantes del poder legislativo carecen de conocimientos suficientes para propiciar una discusión profunda y racional sobre las normas que han de crearse.
- b) 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.
- c) 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.
- d) Los representantes son movidos por intereses partidistas y por intereses de grupos de poder que se convierten en intereses corporativos, alejándose de los intereses de la sociedad a la que representan.

²⁵⁴ *Idem.*

De esta forma, se han dejado de garantizar los supuestos de la participación de los ciudadanos, y por eso cuando los partidos violan sus promesas no hay nada por hacer.²⁵⁵ Esto ocurre en nuestro país y en la mayoría de los países en vías de desarrollo que han adoptado este sistema democrático de representación.

Por todo ello, se observa con claridad que el peso del mercado colabora de manera significativa en la destrucción de los lazos sociales, introduciendo un alto grado de desestructuración respecto de la idea moderna de sociedad y sus prácticas, desvirtuando el ámbito público, desvinculando socialmente a sus miembros, y cegando las alternativas posibles a una vida colectiva justa y racional.²⁵⁶

Así, las transformaciones globales, provocadas por el sistema económico liberal, han influido incluso en nuestra forma de concebir la comunidad política y, en particular, la comunidad política democrática. Las políticas electorales y las urnas se encuentran en el núcleo del proceso mediante el cual se otorga consentimiento y legitimidad a un gobierno en las democracias liberales. Pero cuando se toma el pulso de la opinión de la sociedad respecto de su gobierno y de sus representantes, entran en serios problemas las ideas relativas a que el consentimiento legitima al gobierno y que el voto es el mecanismo indicado por el cual se confiere autoridad periódicamente a un gobierno.²⁵⁷

Habermas identifica otro gran problema que se suma a la actual escasa participación de los individuos en la toma de decisiones: los intereses y necesidades particulares de los agentes económicos han provocado

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 7.

²⁵⁶ Juan Aguirre de la Hoz, "Sobre reinventar la democracia. Reinventar el Estado de Boaventura de Sousa Santos", *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 16, ITAM, México, Abril 2002, pp. 203 y ss.

²⁵⁷ David Held, "Hay que regular la globalización? La reinención de la política", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, UNAM, México, 2003, segunda edición, p. 41.

desenvolvimientos científicos y tecnológicos que, en buena parte quedan al margen de todo control democrático, dado su complejidad. 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, las cuestiones del espacio, la experimentación genética etc. Tales temas, dada su complejidad, desgraciadamente, en muy raras ocasiones se sujetan a un verdadero proceso democrático de definición, esto es, rara vez se sujetan al consenso de la mayoría, por carecer ésta de los conocimientos suficientes para participar en este complejo y especializado diálogo.

Esta complejidad en los temas a tratar, implica serias limitaciones para seguir con rigor el principio democrático de creación de normas y de toma de decisiones, y Habermas advierte ello como un verdadero peligro de caer en una “expertocracia”, en cuyo caso, muchos ámbitos de la sociedad corren el riesgo de quedar en buena parte en manos de expertos o de los dueños del capital.²⁵⁸

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.²⁵⁹

²⁵⁸ Jürgen Habermas, *Más allá del estado nacional*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 150 y 151.

²⁵⁹ Sunstein Cass R., “Las funciones de las normas regulativas”, *Isonomía* Revista de teoría y filosofía del derecho, No. 17, ITAM, Fontamara, México, octubre 2002, No. 17, pp. 56 y 57.

Sobre esta misma idea, Danilo Zolo sostiene que, en términos de Bobbio, las razones de esta problemática se deben a que el proyecto de la democracia política fue concebido para una sociedad mucho menos compleja que la que hoy existe. El proyecto de la democracia nunca ha sido realizado a causa de la aparición de obstáculos imprevistos, que no podían preverse, dado que fueron provocados por las transformaciones que hicieron a la sociedad industrial mucho más compleja de lo que era. Así, según estos pensadores, los autores clásicos del pensamiento democrático nunca predijeron, ya que nunca estuvieron en condiciones de hacerlo, que el desarrollo tecnológico conduciría, casi inevitablemente, a un gobierno de técnicos, en contraste directo con el principio subyacente de la democracia, que plantea como hipótesis que “todos están en condiciones de tomar decisiones acerca de todo”. Por ello, es inevitable que la extrema dificultad técnica de los problemas políticos del presente recree una vez más un alejamiento de los *arcana imperii*, del conocimiento del público general compuesto de ciudadanos que no tienen la suficiente información científica o técnica como para entenderlos.²⁶⁰

Pero, Danilo Zolo expone otra problemática a la que se enfrentan los sistemas democráticos vigentes, y que él llama la *neutralización del consenso*, considerada por este autor un “riesgo evolutivo” de las sociedades actuales.

Según este pensador, la neutralización del consenso se refiere a una escasez relativa de atención socialmente disponible para el sistema político. Esto es, el aumento de la diferenciación funcional en las sociedades de elevado desarrollo tecnológico, lleva a un incremento en la cantidad de atención exigida a cada ciudadano. Pero el resultado es una escasez relativa de la cantidad de atención socialmente disponible, debido a que existen una gran cantidad de temas de información, conocimiento y experiencia que rodean a los agentes individuales

²⁶⁰ Danilo Zolo, *Democracia y complejidad, un enfoque realista*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1992, pp. 138 y 139.

con un flujo creciente de estímulos y demandas prescriptivas que “consumen” una cuota cada vez mayor de su potencial de atención consciente. Y ello es grave porque parece haber una confirmación empírica de que el período de atención del *homo sapiens* es un recurso limitado con poca elasticidad, ya sea desde un punto de vista individual o uno evolutivo²⁶¹.

Así, al parecer, las sociedades actuales se encuentran ante un verdadero cuello de botella evolutivo, en el que el espectro aparentemente infinito de propagandas y técnicas publicitarias mediante las cuales se transmite la comunicación pública en las sociedades de la información, presenta una retroalimentación positiva masiva; y cuanto más atenuado se vuelve el período de atención del “ciudadano- consumidor”, con más insistencia están los productores de comunicación social obligados a exigirla, hasta que el problema está cerca de asumir proporciones alarmantes.

Esta problemática nos explica las razones por las que la comunicación pública, en muchas ocasiones, recurre a técnicas inocuas de persuasión que son repetitivas y subliminales, y es que se enfrenta a individuos sobrecargados de información con un déficit importante de atención. Estos métodos alcanzan su objetivo al convertirse en rutinas psicológicas que provocan un mínimo de tensión en la atención consciente del receptor, quienes tienden a conceder al subsistema político una cuota decreciente de su atención consciente, protegiéndose de la sobrecarga de información relegando al nivel de ruido de fondo a todo lo que va más allá de la esfera de la experiencia cotidiana, dando preferencia a la información que induce impulsos emotivos primarios, como la relacionada con el sexo, la música, el deporte, la salud, los viajes, la vestimenta, etc. Por ello, la información política carga con problemas cada vez más

²⁶¹ Según Danilo Zolo, los períodos de atención varían muy poco de un individuo a otro, y no aumentan significativamente con el aumento del conocimiento y la aptitud intelectual, y tampoco pueden ser reemplazados tecnológicamente. Por otra parte, las condiciones biológicas y neurológicas subyacentes de atención no parecen haber sufrido ninguna modificación significativa en la evolución de la especie durante los milenios recientes, aunque ha habido un aumento enorme, en especial en el transcurso del último siglo, en la necesidad social de prestar atención.

especializados y, por lo tanto, se ve, en comparación, castigada, ya que sus formas más “racionales” no representan una atracción inmediata para los individuos. En este sentido, los temas públicos quedan excluidos de las preferencias de los individuos a favor de mensajes que son puramente sugestivos o espectaculares. La consecuencia dramática de todo esto es que el sistema político termina, la mayoría de las ocasiones, operando sin ser observado, en una especie de penumbra en la que “las terceras partes”, es decir, la vasta mayoría constituida por quienes no están directamente involucrados en una transacción política específica, son espectadores crónicamente distraídos, que siempre tienen algún otro objeto que compite por su atención y que, por consiguiente, “se abstienen”. En esas condiciones, según Danilo Zolo, resulta muy poco probable que pueda establecerse un consenso pleno, simultáneo y difundido sobre cuestiones políticas específicas, y se refuerza naturalmente la tendencia del sistema político a economizar tanto como sea posible en la búsqueda de un consenso efectivo y a hallar, en cambio, sustitutos institucionales y procesales del mismo.²⁶²

Todos estos complejos problemas han provocado que, de manera obvia, también se haya generado una nueva noción del derecho o, más bien, una nueva forma de participación de los Estados y un nuevo diseño de la producción de normas e instrumentos legales de coerción, de tal forma que las nuevas figuras jurídicas revelan una tendencia a la regulación centralizada y unitaria, tanto del mercado mundial como de las relaciones globales de poder, circunstancias que nos plantean ahora la problemática de explicar la fuente de legitimidad de una soberanía ya no nacional, sino supranacional.²⁶³

Esta tendencia a crear un orden de soberanía supranacional, significa tanto un sistema como una jerarquía, una construcción centralizada de normas y una extendida producción de legitimidad, difundida a lo largo y ancho del espacio

²⁶² Danilo Zolo, *Democracia y complejidad, un enfoque realista*, cit, pp. 171 y 172.

²⁶³ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, pp. 26 y 27.

mundial, y se traduce en el reconocimiento de que sólo un poder relativamente autónomo respecto de los Estados-nación soberanos puede funcionar como el centro del nuevo orden mundial, ejerciendo sobre él una regulación efectiva y, cuando es necesario, la coerción. Pero, entonces tendríamos que preguntarnos si en este contexto, es adecuado continuar empleando el término jurídico “derecho”, ya que ahora resulta incorrecto llamar derecho a una serie de técnicas que, fundadas en un estado de excepción permanente y en un poder de policía, reducen el derecho y la ley a una cuestión de mera efectividad. A través de la transformación que provoca hoy este derecho supranacional, el capital económico tiende, directa o indirectamente, a penetrar en la ley nacional de los Estados-nación y a reconfigurarla; por lo tanto, el derecho supranacional sobredetermina decisivamente el derecho doméstico.²⁶⁴

Michael Hardt y Antonio Negri opinan que la legitimación de tal orden global supranacional no nace de acuerdos internacionales previamente existentes, ni tampoco del funcionamiento de las primeras organizaciones supranacionales embrionarias que sí fueron creadas en virtud de tratados basados en el derecho internacional. La legitimación nace, al menos en parte, de las industrias de la comunicación, esto es, de la transformación del nuevo modo de producción en una máquina. Es una forma de legitimación que no se fundamenta en nada exterior a sí misma y que se propone incesantemente una y otra vez, desarrollando su propio lenguaje de autovalidación.²⁶⁵

Así, estos pensadores opinan que cuando Habermas desarrolló el concepto de acción comunicativa y demostró tan convincentemente su forma productiva y las consecuencias ontológicas que derivan de ello, aún se situaba en un punto de vida exterior a estos efectos de globalización, un punto de vista y verdad que podía oponerse a la colonización informativa del ser. Sin embargo, actualmente **la producción comunicativa y la construcción de la legitimación del nuevo**

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 30, 32 y 33.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 46.

orden mundial marchan juntas y ya no pueden separarse. Este nuevo orden es autovalidante, autoformador, esto es, sistémico, ya que constituye tejidos sociales que excluyen o quitan efectividad a toda contradicción, creando situaciones en las cuales la diferencia, antes neutralizada coercitivamente, parece quedar absorbida en un juego insignificante de equilibrios autogeneradores y autorreguladores. En esta coincidencia de producción a través del lenguaje, la producción lingüística de la realidad, y el lenguaje de la autovalidación estriba una clave fundamental para comprender la efectividad, la validez y la legitimación de este tipo de derecho imperial. Este nuevo marco de legitimidad incluye nuevas formas y nuevas articulaciones del ejercicio de la fuerza legítima.²⁶⁶

Según Hardt y Negri, una vez rebasada la idea de Habermas de los espacios de comunicación social, lo que sustenta las diversas políticas de las nuevas segmentaciones es una **política de la comunicación**, pero en cuyo caso, el contenido fundamental de la información que presentan las enormes empresas para ello dispuestas, es el **miedo constante a la pobreza y la angustia ante el futuro**, lo cual provoca, a favor del capital, una lucha entre los pobres por obtener trabajo y bienes. Así, bajo esta visión, el espacio de comunicación está completamente desterritorializado, manifestándose como la forma de producción capitalista en la que el capital logró someter a la sociedad por entero y globalmente a su régimen, suprimiendo todo camino alternativo.²⁶⁷

Estos complejos problemas han sido ya identificados y ampliamente analizados por pensadores de todo el mundo, por ello, actualmente se realizan importantes esfuerzos por elaborar una idea nueva de la democracia, con miras a crear una democracia de mayor calidad, proponiéndose la puesta en marcha de iniciativas populares, de presupuestos participativos, como en algunas ciudades brasileñas,

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 310 y 317.

de la planeación participativa, como en algunos estados de India, o como alguna de las formas de democracia de África del Sur o de Mozambique.²⁶⁸

Agustín Squella opina que a pesar de su indesmentible resonancia utópica, quizá no esté del todo desacertado el viejo lema revolucionario: libertad, igualdad, fraternidad, ya que la fraternidad como unión entre ciudadanos y buena correspondencia entre los que lo son o a lo menos se tratan como hermanos, puede constituir el puente que se necesita tender entre los valores de la libertad y de la igualdad, a fin de que, reconociéndose distintos, no se repelan, y propendan, en cambio, junto con preservar sus respectivas autonomías, a ceder cada cual de sí en la proporción justa que permita la realización simultánea del otro.²⁶⁹

Volviendo al plano normativo de nuestro planteamiento, y con la intención de ser optimistas respecto de la descripción que hemos llevado a cabo en los párrafos anteriores, comentemos que actualmente existe una llamada “posición cosmopolita”, la cual sostiene que es necesario y urgente replantearse la democracia como un “proceso de dos vertientes”. Lo que esto significa es una profundización de la democracia dentro de una comunidad nacional, que implica la democratización de los Estados y las sociedades civiles en un período de tiempo determinado, unido a la extensión de formas y procesos democráticos por encima de los límites territoriales. Según esta idea cosmopolita, la democracia para el nuevo milenio debe permitir que el ciudadano pueda acceder, mediar y exigir responsabilidades en los procesos y flujos sociales, económicos y políticos que sobrepasan y transforman los límites tradicionales de la comunidad. Lo esencial de este proyecto supone una reconceptuación de la autoridad política legítima, de tal forma que ésta quede desligada de su anclaje tradicional en fronteras fijas y territorios delimitados, y quede formulada, por el contrario, como un atributo de medidas democráticas elementales o derecho

²⁶⁸ Boaventura De Sousa Santos, “Globalización y Democracia”, *cit*, p. 5.

²⁶⁹ Agustín Squella, “Democracia e Igualdad en América Latina”, *cit*, p. 377.

democrático esencial que pueda, en principio, afianzarse y ser utilizado por asociaciones autorreguladas de carácter diverso desde ciudades y regiones subnacionales a naciones- Estado, regiones y redes más amplias de carácter global.²⁷⁰

Esta idea cosmopolita es sólo una de las alternativas que ahora se proponen para aminorar los efectos destructores del sistema económico, hay también quienes opinan que para aspirar a sociedades más igualitarias y, en especial, para conseguir que el crecimiento beneficie proporcionalmente más a los pobres, se requiere de un cierto grado de intervención de la autoridad pública.²⁷¹ Esto es, hay quienes aún consideran importante no el ocaso del Estado, sino su reconstrucción y reconceptualización, como alternativa para aminorar los problemas de desintegración y desigualdad a los que se enfrentan en la actualidad las instituciones del Estado. Por ello, en el siguiente apartado veremos todos los problemas a los que se enfrentan los Estados actuales y las alternativas que hasta ahora se han planteado.

Hardt y Negri opinan al respecto que la idea actual de defender lo local y construir barreras para detener los flujos acelerados del capital, es falsa y perjudicial, ya que el problema se plantea bajo una falsa dicotomía entre lo global y lo local, dando por sentado que lo global implica homogenización e identidad indiferenciada, en tanto que lo local protege la heterogeneidad y la diferencia. En todo caso, es falso afirmar que podemos reestablecer las identidades locales que en cierto sentido están fuera y protegerlas contra las corrientes globales del capital. Tanto en la teoría como en la práctica, sería mejor entrar en el terreno de la globalización y afrontar sus flujos homogeneizadores y heterogeneizadores en toda su complejidad, quitándonos

²⁷⁰ David Held, "Hay que regular la Globalización? La Reinención de la Política", *cit*, p. 43.

²⁷¹ Agustín Squella, "Democracia e Igualdad en América Latina", *cit*, p. 377.

de encima cualquier extraviada nostalgia por la *belle époque* de la modernidad.²⁷²

Así, según estos autores, no es posible oponer resistencia a la nueva era a través de un proyecto que apunte a lograr una autonomía limitada, local; esto es, ya no es posible retornar a ninguna forma social anterior, ni tampoco avanzar aisladamente, debemos atravesar la globalización imperial y salir del otro lado.²⁷³

En síntesis, es lógico deducir que si el sistema democrático, como espacio en el que se crea el derecho, presenta esta grave crisis, el derecho mismo, como producto final de las deliberaciones que en dicho espacio se toman, presenta también graves problemas de legitimación, mismos que veremos a continuación en un apartado especial, una vez que hayamos descrito los graves problemas a los que también se enfrenta el Estado.

2.1.1.1 Sobre el funcionamiento del Estado

Con lo que hasta ahora hemos expuesto, y tras mencionar que la lógica del sistema económico domina todos los ámbitos de actuación de los individuos, es fácil deducir que también el Estado, como institución pública articulada para gestionar y velar por los intereses del grupo social al que representa, entra en graves problemas para ejercer su rectoría en los ámbitos que le competen. Por ello, abordemos ahora el tema del Estado y de la importancia de su participación en la administración y regulación de las actividades que por su impacto en la seguridad de los individuos del grupo social, requieren vigilancia y control.

Hablar de la evolución del Estado, implica recorrer con detalle diversos períodos de la historia, por ello sólo diremos que es a finales del siglo XVIII cuando se marca el ocaso de la autocracia y el nacimiento de la voluntad del pueblo como

²⁷² Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, pp. 57 y 58.

²⁷³ *Ibidem*, p. 196.

fuerza del poder a través de la institución del Estado, orientándose el mundo hacia un verdadero nacionalismo que rigió un moderado período de tiempo, y que se distinguió por sus importantes transformaciones institucionales y en materia de igualdad ante la ley.²⁷⁴

La relación entre el Estado y el capital cambió gradualmente en el siglo XIX y a comienzos del siglo XX cuando las crisis empezaron a constituir una amenaza cada vez mayor para el desarrollo del capital. Interna y externamente, los Estados-nación se vieron obligados a intervenir con mayor energía para proteger los intereses del capital social contra los capitalistas individuales²⁷⁵. Por ello, dentro de este esquema de los Estados nacionales protectores, el liberalismo, entendido como una relativa e irrestricta libertad para el capital global, estuvo “limitado” dentro de un compacto social que comprometió a los Estados industrializados avanzados a proteger de alguna forma a sus ciudadanos de los costos de ese sistema.²⁷⁶

Pero poco a poco comenzó a establecerse un notado equilibrio entre los procesos de acumulación capitalista y las estructuras de poder, de tal forma que silenciosamente empezó a transformarse el concepto de soberanía moderna en el de soberanía nacional, y ya en los siglos XIX y XX, el concepto de nación se instaló bajo un concepto ideológico tal, que provocó movilizaciones populares en diversas regiones y países del mundo, pero dicho concepto giró siempre bajo la figura de una modernización capitalista que pretendía conciliar las demandas de unidad política de las diversas clases sociales con las necesidades del desarrollo económico.²⁷⁷

²⁷⁴ Carlos Obregón, *Capitalismo hacia el tercer milenio, una historia cultural de la evolución de las economías del mundo*, Nueva Imagen, México, 1997, pp. 88 y 89.

²⁷⁵ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, p. 283.

²⁷⁶ Peter Evans, “¿El Eclipse del Estado?”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado constitucional y Globalización*, segunda edición, Porrúa, UNAM, México, 2003, p 13.

²⁷⁷ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, p. 139.

Lamentablemente la intromisión del sistema económico liberal ha llegado a influir de tal forma en los ámbitos de actuación de los Estados, que principalmente sobre el curso de las tres últimas décadas, ha cambiado considerablemente el carácter y la importancia de las relaciones económicas de los países, y en particular aquellas de naturaleza transnacional. Ello ha creado y limitado los escenarios de actuación de los Estados, por lo que poco a poco los argumentos nacionalistas keynesianos en favor de la intervención estatal fueron rechazándose y quedando finalmente como desfasados. Ello sobre la base del argumento de que utilizar los impuestos para canalizar parte del producto colectivo de la sociedad hacia esfuerzos públicos, como planteaban las viejas teorías económicas, era equivalente a la “vieja práctica de sangrar a un paciente con sanguijuelas para sanarlo”. Así, la aceptación escéptica del uso del Estado como medio para aminorar las carencias de los desvalidos mediante los mecanismos del mercado, la cual prevaleció por muchos años, fue suplantada por la firme convicción de que tan ciertamente como la ambición privada producía bienes públicos a través del mercado, los esfuerzos para el bienestar público sólo servían para atrofiar las virtudes económicas de sus destinatarios.²⁷⁸

Paulatinamente, los Estados se expandieron con motivo de las burocracias que se crearon para su funcionamiento, y no precisamente como consecuencia de un aumento en la demanda de los bienes colectivos. Por ello, la búsqueda de rentabilidad se convirtió en muchos Estados, en prácticas corruptas, transformándose éstas en el centro de la economía política de las instituciones públicas. Así, los modelos neoutilitarios proporcionaron una manera elegante de explicar la corrupción y la venalidad, exponiéndolas como facetas innegables de la mayoría de las burocracias públicas.²⁷⁹

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 7, 19 y 20.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

A la par de tales transformaciones, se produjeron cambios profundos en la estructura de las sociedades mismas; aparecieron fenómenos tales como los organismos de derechos humanos, provocando que la soberanía por sí sola fuera menos una garantía de la legitimidad de los Estados en el derecho internacional. Frente al Estado empiezan a surgir un sinnúmero de organizaciones intergubernamentales, agencias y regímenes internacionales que empezaron a operar en el ámbito de diferentes demarcaciones especiales, y de instituciones casi supranacionales como la Unión Europea. Se crearon también entidades no estatales y organismos transnacionales que empezaron a participar intensamente en la política global. Por estas razones, no puede ya suponerse que el eje del poder político efectivo sea el gobierno nacional; más bien parece que ahora el poder efectivo es compartido y pactado por fuerzas y entidades diversas en los niveles nacional, regional e internacional.²⁸⁰

Pero es importante aclarar que tales cambios entre los mercados, el Estado y la sociedad, no fueron provocados únicamente por la complejidad que adquirió la sociedad tras expandirse y desbordar sus fronteras, esto es, tales cambios no se presentaron a espaldas del Estado, sino que fueron los Estados mismos y las autoridades públicas las que, en gran parte, iniciaron muchos de estos cambios fundamentales, por ejemplo, la desregulación del capital que se llevó a cabo en nuestro país a partir de los años ochenta y principios de los noventa.²⁸¹

Todo ello ha dado origen a un nuevo régimen de gobierno y de acción gubernativa que ha ido desplazando la concepción tradicional del poder del Estado como forma de poder público indivisible y territorialmente excluyente.²⁸²

En la actualidad, los Estados y los gobiernos se enfrentan a problemas como el de la BSE (encefalopatía espongiforme bovina), la propagación de la malaria, el uso de recursos no renovables, la administración de residuos nucleares y la

²⁸⁰ David Held, "Hay que regular la globalización? La reinención de la política", *cit*, p. 35 y 36.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 36.

²⁸² *Ibidem*, pp. 37 y 38.

proliferación de armas de destrucción masiva, y el narcotráfico, por ejemplo, problemáticas que no pueden ya categorizarse en los tradicionales términos políticos de nacional e internacional. Así, el espacio público para el desarrollo y la práctica de un gobierno eficaz y de un poder político que responda de sus actos no son ya colindantes con un territorio nacional delimitado.²⁸³

Consecuentemente, las transformaciones globales han influido de manera fundamental en nuestra forma de concebir la comunidad política y, en particular, la comunidad política democrática. Ahora, lo que es cuestionado es la naturaleza de la comunidad política y el cómo trazar los límites de dicha comunidad política; y como expusimos en nuestro apartado anterior dedicado al problema de la democracia, el significado de la representación y el problema de quién debe representar a quién y con qué criterios, así como la forma mejor de participación política, referente a quién debe participar en qué esferas y de qué manera, nos obliga a reconocer que la extensión, intensidad e impacto de los procesos económicos, políticos y medioambientales, plantean una serie de nuevas interrogantes sobre la efectividad de los mecanismos actuales para su tratamiento.²⁸⁴

Todo esto ha hecho suponer que los Estados poco a poco se han venido convirtiendo en entes anacrónicos, cuyo poder ha quedado socavado por la eficiente actividad de los actores económicos en el ámbito global. Aceptar esta ideología, constriñe considerablemente la habilidad de los gobiernos de proteger a sus ciudadanos, especialmente a aquellos que sufren los costos de los cambios en la configuración de las redes internacionales de producción.

Hardt y Negri opinan que quienes llaman al Estado-nación anacrónico, y claman en su contra, no sólo son hipócritas, también son ingratos, ya que el desarrollo del capital no hubiera sido posible sin el gran apoyo del gobierno, quien trabajó

²⁸³ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

para su propio interés durante siglos. Según estos autores, fueron las instituciones gubernamentales las que, entre otras actividades, emitieron dinero para producir y reproducir el orden global que garantizara el poder y la riqueza capitalistas, y estructuraron las redes de comunicación necesarias para expropiar la cooperación de las multitudes productivas.²⁸⁵

Frente al pesimismo de la decadencia paulatina del Estado, existe una posición ideológica que afirma lo contrario: estadísticas transnacionales sugieren que una mayor confianza en el comercio está asociada con un aumento en el papel del Estado y no en su disminución; esto es, una observación a las naciones que han sido más exitosas económicamente en los últimos treinta años sugiere que una “alta estatalidad” incluso puede ser una ventaja comparativa dentro de una economía global. Mayores acciones comerciales aumentan la vulnerabilidad de un país hacia traumas inducidos externamente; un sector público más grande provee un contrapeso protector; países que están más abiertos al comercio tienen gobiernos más grandes.²⁸⁶

Un ejemplo de ello es Singapur, ya que no solamente es una economía altamente internacionalizada en términos de su extrema confianza en el comercio, sino que también es excepcionalmente dependiente para su dinamismo económico local de la inversión extranjera directa por parte de las corporaciones transnacionales; al mismo tiempo es un país bien reconocido por la capacidad y poder de su burocracia estatal. Esto nos muestra que por muy pequeños que sean los países, pueden negociar con gran éxito frente a grandes compañías transnacionales, si es que cuentan con una competente y unificada agencia nacional.²⁸⁷

²⁸⁵ Michael Hard y Antonio Negri, *Imperio*, cit, p. 318.

²⁸⁶ Peter Evans, “¿El Eclipse del Estado?”, cit, pp.10 y 11.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

Esto significa que reducir a los Estados poder para interferir, aumenta la exposición colectiva al riesgo, más que a expandir las posibilidades de ganancias individuales. Condicionado a maximizar su lugar para maniobrar; el capital transnacional podría convertirse fácilmente en cómplice de la destrucción de la infraestructura de las instituciones públicas de las que dependen sus ganancias. Y el peligro no es que los Estados terminen como instituciones marginales, sino que formas más limitadas y represivas de organizar el papel del Estado sean aceptadas como la única manera de evitar el colapso de las instituciones públicas.²⁸⁸

Por ello, estudiosos del derecho y de la estructura y funcionamiento del Estado, actualmente formulan algunas alternativas para reivindicar el papel del Estado como eje del correcto funcionamiento de las sociedades, sin negar el nuevo esquema económico y de organización global vigentes.

Peter Evans opina que en una economía global, y desde una perspectiva económica, se necesita un Estado activo y competente que sea capaz de asegurar la sumisión de otros Estados a sus reglas. Los actores económicos más privilegiados en una economía de información global, no necesitan Estados más débiles, sino más fuertes, o al menos Estados que sean más sofisticados y activos que el tradicional Estado “guardián”, ello porque mientras una economía produzca más ideas, el cumplimiento autoritativo de los derechos de propiedad se vuelve más difícil y crítico para el logro de ganancias; esto es, la nueva economía institucional, con su énfasis en la necesidad de estructuras de gobierno y la insistente importancia de los marcos institucionales para cualquier tipo de transacción económica, generaliza más el argumento de que mercados eficientes pueden existir solamente en el contexto de instituciones fuera del mercado que sean efectivas y robustas.²⁸⁹

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 6 y 16.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

Por otro lado, actualmente se expone insistentemente la urgente necesidad de una revitalización de la sociedad civil, traducida ésta por los conservadores en una solución al lado social y político del bienestar, que puede hacer al Estado políticamente obsoleto, pero necesaria contra el dominio de la lógica capitalista liberal.²⁹⁰

La idea de que la sociedad civil podría suministrar un sustituto para las instituciones públicas organizadas del Estado, resultó ser poco realista, ahora se constata que las relaciones entre el Estado y la sociedad civil son más productivas en cuanto se otorgan mutuo poder, creando una sinergia entre ambas. Así, se dice que el compromiso cívico florece más fácilmente entre ciudadanos y grupos organizados cuando éstos tienen un sector público competente como interlocutor.²⁹¹

La crisis del Estado conlleva a una degeneración de la sociedad civil en la cual la organización comunitaria y el compromiso cívico son reemplazados por una “atomización resentida”; por ello, ante tal crisis, es fundamental una sinergia “estado-sociedad” en proyectos efectivos de desarrollo al nivel micro, que involucren tanto a agencias estatales como a grupos sociales locales²⁹².

De esta forma, un florecimiento sostenido de la sociedad civil bien podría depender de la simultánea construcción de robusta y competente contraparte organizativa dentro del Estado. Estados menos capaces e involucrados harán más difícil que las asociaciones civiles logren sus metas, y de esa manera se disminuirían los incentivos para un compromiso civil. Un examen detallado de las perspectivas teóricas, sugiere un interés, no en la destrucción y desaparición del Estado, sino en el mantenimiento, o expansión de la capacidad de éste, ya que

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 23.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

²⁹² Un buen ejemplo de ello podrían ser las asociaciones de irrigación de Taiwán, las cuales son construidas alrededor de una ingeniosa combinación de una toma de decisiones burocrática y centralizada con una participación real de los habitantes locales, incluyendo el control sustancial y comunal sobre el proceso de asignación local del agua. *Ibidem*, p. 26.

son los intereses de los miembros ordinarios de la sociedad civil los que están en juego, en lugar de aquellos de las elites transnacionales.²⁹³

Hardt y Negri señalan que la demanda política de la sociedad civil, debe ahora dirigirse a que se reconozca jurídicamente la realidad existente de la producción capitalista y que se otorgue a todos los trabajadores el pleno derecho a la ciudadanía. En efecto, tal demanda política insiste en afirmar en la posmodernidad el principio constitucional moderno fundamental que vincula el derecho y el trabajo y así recompensa con la ciudadanía al obrero que crea el capital.²⁹⁴

Estos planteamientos se dirigen a manifestar la necesidad de un diferente tipo de estatalidad; una fundada en relaciones de mutuo otorgamiento de poder entre las instituciones estatales y una sociedad civil ampliamente organizada. Comprometiendo la energía y la imaginación de los ciudadanos y las comunidades en la coproducción de servicios, es una forma de resaltar la habilidad estatal de brindar servicios sin tener que demandar recursos materiales más escasos de la sociedad. Al centrarse la reserva de participantes potenciales en la coproducción, es casi seguro el incremento de beneficios, aunque los grupos cívicos están probablemente menos atraídos a las estrategias de mutuo otorgamiento de poder que involucren a las agencias estatales, ello porque el orden global angloamericano se ha solidificado en un clima político interno que hace ver a un Estado comprometido como un aliado inverosímil, además de que las elites privadas tienden a ver como amenaza política cualquier forma de sinergia Estado- sociedad que envuelva a grupos subordinados. Por ello, los prospectos políticos de la sinergia Estado- sociedad son remotos, pero ellos en conjunto no debieran ser descartados.²⁹⁵

²⁹³ *Ibidem*, p. 27.

²⁹⁴ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, p. 363.

²⁹⁵ Peter Evans, "¿El Eclipse del Estado?", cit, p. 32.

De tal forma, bajo esta nueva visión, la sociedad también debe demandar que cada Estado reconozca jurídicamente las migraciones que necesita el capital, y en un segundo momento debe exigir que se les permita controlar sus propios movimientos. Los miembros de una sociedad deben poder decidir si quieren mudarse, cuándo hacerlo y hacia donde. También deben tener el derecho a permanecer donde están y a gozar de un lugar antes que verse obligados constantemente a trasladarse de un sitio a otro. El derecho general a controlar sus propios movimientos debe ser la demanda última de las sociedades por una ciudadanía global.²⁹⁶

Al parecer, los Estados actuales requieren un revisionismo ideológico sustancial, ya que no es posible que en la actualidad, los más poderosos sean capaces de bloquear, incluso vetar cualquier ejercicio de autoridad en asuntos globales de medio ambiente, de regulación financiera o de provisión universal de las necesidades básicas para alimento, refugio y cuidado de la salud.²⁹⁷

Existe una hipótesis razonable y bastante optimista que supone lo siguiente: el reciente empuje hacia la reducción del papel del Estado representa una reacción natural a las anteriores aspiraciones excesivas de los políticos y los gobernantes. Tendiendo ahora superado el “pesimismo excesivo” estamos en el umbral de una seria reconsideración del papel del estado en el desarrollo, que nos llevará hacia una comprensión mejorada del papel que los gobiernos pueden y tienen que jugar. Esta reconsideración no implica el regreso al pasado, sino la legitimación de nuevos esfuerzos para convertir a los Estados en instrumentos efectivos para el logro de metas colectivas.²⁹⁸

David Held describe ideas importantes respecto de tales limitaciones y problemáticas, exponiendo el llamado “Proyecto Cosmopolita”, mencionado brevemente en nuestro apartado anterior, el cual aspira a especificar los

²⁹⁶ Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, cit, p. 363.

²⁹⁷ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 28.

principios y las medidas institucionales necesarias para poder exigir responsabilidad a las sedes y formas de poder que actualmente operan más allá del alcance de un control democrático. Lo que dicho proyecto sostiene es que en el próximo milenio todo ciudadano de un Estado tendrá que aprender a ser también ciudadano cosmopolita, es decir, una persona capaz de mediar entre tradiciones nacionales, comunidades de destino y estilos de vida alternativos. Tal función significa también un diálogo con las tradiciones y discursos de los demás, con el fin de expandir los horizontes del propio marco de referencia de significados y prejuicios.²⁹⁹

Para poder exigir responsabilidad a las diversas formas de poder que engloba lo local, nacional, regional y global, los individuos deben participar en diferentes ámbitos de la esfera política, para lo cual deberán crearse nuevas instituciones que reflejen la multiplicidad de asuntos, cuestiones y problemas que ligan a las personas entre sí al margen del Estado-nación donde hayan nacido o se hayan criado.³⁰⁰

El proyecto Cosmopolita propone hacer un esfuerzo para reconfigurar los mercados, utilizando la legislación para modificar las condiciones y operaciones de las empresas dentro del mercado, pero siempre que estas acciones queden delimitadas por un derecho público democrático, es decir, por el afianzamiento de una serie de derechos y obligaciones democráticos bien definidos. Las medidas que este proyecto propone son a corto y largo plazo, proponiendo un proceso de cambio progresivo y gradual para que las diversas fuerzas geopolíticas queden inscritas y socializadas en normas democráticas prácticas.³⁰¹

²⁹⁹ David Held, "Hay que regular la globalización? La reinención de la política", *cit*, p. 42.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 43.

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

Este novedoso proyecto plantea la ausencia y por ello la necesidad de legislación que reestructure los mercados, con el fin de contrarrestar su indeterminación y los inmensos costes sociales que genera. Por ello, las reglas básicas del mercado libre y el sistema comercial deben modificarse, afianzándose nuevos términos en los artículos de asociación y de referencia de las organizaciones económicas y las agencias comerciales; ello porque según este planteamiento, sólo mediante la introducción de nuevas condiciones de potenciación y responsabilidad en todo el sistema económico global, como suplemento y complemento de los convenios colectivos y las medidas de bienestar social en los contextos nacional y regional, puede crearse un nuevo tipo de acuerdo entre el poder económico y la democracia. Asimismo, para este proyecto, es necesaria la creación de una nueva agencia económica coordinadora que funcione tanto en el nivel regional como en el global, capaz de deliberar sobre situaciones económicas de emergencia, la dinámica de los mercados internacionales de capital y el equilibrio general entre prioridades de inversión y formas de gasto público; y el contenido de dicho organismo sería llenar un vacío; es decir, erigirse en coordinador de políticas económicas formuladas para los niveles regional y global o no formuladas para los niveles regional y global o no formuladas en modo alguno; no, al menos, por las autoridades públicas. También se tienen que desarrollar medidas que regulen la volatilidad de los mercados financieros internacionales y su búsqueda especulativa de beneficios a corto plazo.³⁰²

Este tipo de intervenciones debe entenderse como un paso hacia un nuevo sistema que introduzca responsabilidad pública y regulación en una serie de mecanismos institucionales para la coordinación de inversión, producción y comercio. Si todo esto se liga a medidas destinadas a aliviar los casos más urgentes de malestar económico evitable (reduciendo radicalmente la deuda de muchos países en vías de desarrollo, generando nuevos productos económicos en organizaciones como el FMI y el Banco Mundial para fines de desarrollo, y

³⁰² *Ibidem*, pp. 46 y 47.

creando nuevos fondos internacionales crediticios de aseguración), se habrá creado entonces la base para insertar el capitalismo en un conjunto de mecanismos y procedimientos democráticos que legitimen las decisiones del gobierno.³⁰³

Pero este “Proyecto Cosmopolita” reconoce que ninguna de estas medidas puede poner por sí sola los cimientos de una buena regulación si no están ligadas a medidas para la ampliación de formas y procesos democráticos por encima de las fronteras territoriales. Así, plantea este proyecto que se establezcan políticas de democratización en regiones clave, creando mayor transparencia y responsabilidad en importantes centros de toma de decisiones. En otras regiones propone la reestructuración del Consejo de Seguridad de la ONU para otorgar a los países en vías de desarrollo voz significativa en la toma de decisiones, creando una segunda cámara democrática dentro de esta organización; plantea también profundizar en los mecanismos de responsabilidad pública de las principales agencias internacionales y transnacionales, reforzando también la capacidad ejecutiva de los organismos de derechos humanos, tanto socioeconómicos como políticos.³⁰⁴

Como hemos visto, son muchos los problemas a los que se enfrentan los Estados actuales, y muchas las medidas que pueden empezar a tomarse si es que se quiere salvar a éstos de un colapso inevitable, que puede derivar, entre otros aspectos, en una pérdida de legitimidad absoluta. Pero hasta ahora hemos hecho referencia a la figura de la “legitimidad” sin haberla definido, y esto es importante hacerlo a continuación, ya que también esta categoría política ha sido ampliamente desarrollada y discutida, y la idea que tengamos de ésta, determinará el alcance de los problemas y complejidades que por su ausencia, atribuimos al derecho y al Estado mismo.

³⁰³ *Ibidem*, p. 47.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 48.

2.2 La idea de Legitimidad desde sus diferentes perspectivas

2.2.1 Las primeras ideas de legitimidad: estudios de Max Weber

Tras delimitar los problemas y limitaciones por los que atraviesa el Estado tanto en el ámbito fundamental de toma de decisiones, como en su operación y articulación como ente organizador de la sociedad, advertimos que, por las razones ya expuestas, los Estados se encuentran transitando por una fuerte crisis de legitimidad. Al desvincularse los ciudadanos de la toma de decisiones y de la participación en los principales proyectos del Estado, éste y sus instituciones pierden legitimidad frente al grupo social al que representan.

La legitimidad es una idea que ha madurado y evolucionado al mismo ritmo de los grupos sociales, y fue Max Weber quien con inigualable pulcritud analizó y sintetizó de manera extraordinaria la evolución de la idea de legitimidad. En términos de Max Weber, la legitimidad alude a las condiciones que deben acompañar la adquisición y el ejercicio del poder político si se pretende justificar la obediencia del mismo. Así, la idea de legitimidad es empleada siempre que se emprende la búsqueda de razones por las que un individuo o grupo social obedece ciertos mandatos que le imponen obligaciones y cargas específicas.³⁰⁵

Según esta idea, hablar de la legitimidad de un orden de dominación, cualquiera que sea su naturaleza, supone admitir que la estabilidad de dicho orden no descansa exclusivamente en la amenaza del recurso a la violencia que llevan implícitas las normas sobre las cuales se estructura el funcionamiento de tal orden, sino en una cierta aceptación de sus fundamentos por parte de quienes lo acatan. Así, obedecer un poder legítimo significa que tal obediencia no se debe al temor o a un mero cálculo racional de intereses, aunque tampoco los excluya,

³⁰⁵ Francisco Colom González, *Legitimidad política*, en *Filosofía política I*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996, p. 171.

sino a la creencia de que es correcto obedecer. La vinculación de la legitimidad política con el reconocimiento del derecho a un determinado poder por parte de una institución o persona, equivale también a presentar este concepto como una relación de autoridad, asumiendo de paso que la interpretación subjetiva de las normas desempeña un papel decisivo en la integración social y, más concretamente, en la estabilidad de las relaciones políticas.³⁰⁶

Como se observa, la legitimación así entendida se traduce en una relación dotada de significado para sus actores. Max Weber, en su obra *Economía y Sociedad* (1922), desarrolla con gran precisión lo que él denominó los “tipos ideales de legitimidad”, esto es, los diferentes tipos de dominación existentes, con la finalidad de exponer su sentido e importancia.³⁰⁷

Weber nos plantea la dominación como la probabilidad de encontrar obediencia a mandatos específicos dentro de un grupo determinado, por lo que, entonces, la dominación puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: desde la habituación inconsciente hasta los motivos puramente racionales con arreglo a fines; así, para este autor, en toda relación de autoridad debe existir un mínimo de voluntad de obediencia, o sea de un interés interno o externo en obedecer.³⁰⁸

Ello porque toda dominación que pretenda ejercerse sobre una pluralidad de individuos requiere, casi generalmente, de un *cuadro administrativo*; es decir, requiere de que se pueda confiar en que se dará una actividad y una ejecución a las ordenaciones generales y a los mandatos concretos, por parte del grupo de individuos de los que se espera la obediencia. Así, según Weber, este cuadro administrativo puede estar ligado a la obediencia de su señor (o señores) por la costumbre, de un modo puramente afectivo, por intereses materiales o por motivos ideales (con arreglo a valores). Y la naturaleza de estos motivos determina, en gran medida, el tipo de dominación. Weber aclara que los motivos

³⁰⁶ *Idem.*

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 172.

³⁰⁸ Max Weber, *Economía y sociedad*, FCE, Decimoquinta reimpresión, México, 2004, p. 170.

puramente materiales y racionales con arreglo a fines como vínculo entre el imperante y su cuadro, implica, como en todas partes, una relación relativamente frágil, ya que por regla general se le añaden otros motivos, como los afectivos o racionales con arreglo a valores, y en casos fuera de lo normal, pueden ser éstos motivos los decisivos. Señala Weber que en lo cotidiano domina la costumbre y con ella intereses materiales, utilitarios, tanto en ésta como en cualquiera otra relación, pero la costumbre y la situación de intereses, no menos que los motivos puramente afectivos y de valor (rationales con arreglo a valores), no pueden representar los fundamentos en que la dominación confía, normalmente se le añade otro factor: la creencia en la legitimidad.³⁰⁹

Ello se explica de la siguiente forma: según Weber, de acuerdo con la experiencia, ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, todas procuran despertar y fomentar la creencia en su “legitimidad”. Según sea la clase de legitimidad pretendida es fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación, y también sus efectos.³¹⁰

Según este autor, la “legitimidad” de una dominación debe considerarse solo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidad. La adhesión puede fingirse por individuos y grupos enteros por razones de oportunidad, practicarse efectivamente por causa de intereses materiales propios, o aceptarse como algo irremediable en virtud de debilidades individuales y de desvalimiento, lo cual no es decisivo para la clasificación de una dominación. Más bien, su propia pretensión de legitimidad, por su índole la

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ *Idem.*

hace “válida” en grado relevante, consolida su existencia y codetermina la naturaleza del medio de dominación.³¹¹

Para Weber la obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal.³¹²

Así, veamos las formas de dominación legítima que expone Weber:

De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).

De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional).

De carácter carismático: que descansa en la entrega extraordinaria a la santidad, zoísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas.³¹³

En el caso de la autoridad legal, que es la modalidad que fundamentalmente nos interesa en este trabajo, se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia; y en el caso de la autoridad tradicional, se obedece a la persona del señor llamado

³¹¹ *Ibidem*, p. 171.

³¹² *Ibidem*, p. 172.

³¹³ *Idem*.

por la tradición y vinculado por ella por motivos de piedad, en el círculo de lo que es consuetudinario.³¹⁴

Veamos brevemente como opera cada una de estas formas de dominación expuestas por Weber:

A) La Dominación Legal con Administración Democrática

La dominación legal descansa en la validez de las siguientes ideas, entrelazadas entre sí:

Todo derecho, “pactado” u “otorgado”, puede ser estatuido de modo racional, racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas), con la pretensión de ser respetado, por lo menos, por los miembros de la asociación; y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito de poder de la asociación (dentro de su dominio territorial) realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación.

Todo derecho, según su esencia, es un cosmos de reglas abstractas por lo general estatuidas intencionalmente; la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto, y la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación.

El soberano legal típico, la “persona puesta a la cabeza”, en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones, lo cual vale para el soberano legal que no es “funcionario”, por

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 172 y 173.

ejemplo: el presidente electo de un estado. En este caso, domina la idea de que los miembros de la asociación, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona, sino que obedecen a aquel orden impersonal, y sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, racional y objetiva, a él otorgada por dicho orden.

Tal como se expresa habitualmente, el que obedece solo lo hace en cuanto miembro de la asociación y sólo obedece “al derecho”.³¹⁵

Así, para Weber las categorías fundamentales de la dominación legal son:

Un ejercicio continuado, sujeto a ley, de funciones, dentro de una competencia, que significa a) un ámbito de deberes y servicios objetivamente limitado en virtud de una distribución de funciones; b) con la atribución de los poderes necesarios para su realización, y c) con fijación estricta de los medios coactivos eventualmente administrables y el supuesto previo de su aplicación.³¹⁶

De acuerdo con este tipo de dominación, según Weber, las “reglas” según las cuales hay que proceder pueden ser a) técnicas o b) normas. Y el tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático. Sólo el dirigente de la asociación posee su posición en el imperio, bien por apropiación, bien por elección o por designación de su predecesor, pero sus facultades de mando son también competencias legales, componiéndose el cuadro administrativo de funcionarios individuales, tal y como ocurre en los estados modernos occidentales.³¹⁷

Weber comenta que, respecto de este tipo de dominación, una cuestión sobresaliente es la de identificar a la persona que domina el aparato burocrático existente. Lo anterior en razón de que tal forma de dominación tiene ciertas

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 173 y 174.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 174.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 175, 176 y 178.

limitaciones, tales como la necesidad de una administración más permanente, rigurosa, intensiva y calculable, creadas tales necesidades, principalmente, por el capitalismo, quien innegablemente determina el carácter fatal de la burocracia como médula de toda administración de masas.³¹⁸

En síntesis, dentro de este tipo de dominación, para Weber la administración burocrática significa una dominación gracias al saber; éste representa su carácter racional fundamental y específico. Todos los demás, en las asociaciones de masas, están irremisiblemente sometidos al imperio burocrático, en igual forma que la producción en masa lo está al dominio de las máquinas de precisión.³¹⁹

Así, este tipo de dominación, que es el que se ejerce actualmente en nuestras sociedades, supone, respecto de la legitimidad, dos ideas fundamentales: a) se obedece el derecho formalmente estatuido porque se tiene una plena convicción de que el mismo es legítimo; esto es, en términos de Weber, por considerar al conjunto de normas vigentes como máximas de conducta plenamente aceptadas por el grupo social obligado a obedecerlas, y b) la administración y seguimiento de este tipo de obediencia, no se da sino a través del ejercicio de actividades de carácter burocrático por parte de quienes ostentan el poder. Pero se puede decir que este tipo de dominación es producto de la evolución constante de algunas otras formas de dominación que con el tiempo se perfeccionaron hasta llegar a nuestros días. Veamos cuales son éstas.

B) Dominación tradicional

Para Weber, una dominación es tradicional cuando su legitimidad descansa en la santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos, “desde tiempo inmemorial”, creyéndose en ella en méritos de esa santidad. En

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 179.

este tipo de dominación, el señor o los señores están determinados en virtud de reglas tradicionalmente recibidas, y la “asociación de dominación”, a diferencia de la dominación legal, es primariamente una “asociación de piedad” determinada por una comunidad de educación. El soberano no es un “superior”, sino un señor personal, su cuadro administrativo no está constituido por “funcionarios”, como en el caso de la dominación legal, sino por “servidores”, los dominados no son “miembros” de la asociación sino: 1) “compañeros tradicionales”, o sea “súbditos”. Las relaciones del cuadro administrativo para con el soberano no se determinan por el deber objetivo del cargo, sino por la fidelidad personal del servidor. No se obedece a disposiciones estatuidas, sino a la persona llamada por la tradición o por el soberano tradicionalmente determinado: y los mandatos de esta persona son legítimos de dos maneras: a) en parte por la fuerza de la tradición que señala inequívocamente el contenido de los ordenamientos, así como su amplitud y sentido tal como son creídos, y cuya conmoción por causa de una trasgresión de los límites tradicionales podría ser peligrosa para la propia situación tradicional del imperante; b) en parte por arbitrio libre del señor, al cual la tradición le demarca el ámbito correspondiente. Así, este arbitrio tradicional descansa primeramente en la limitación, por principio, de la obediencia por piedad.³²⁰

C) Dominación carismática

Weber señala que por “carisma” debe entenderse la cualidad que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen, lo mismo si se trata de profetas que de hechiceros, árbitros, jefes de cacería o caudillos militares), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas- o por lo menos específicamente extraordinarias y no asequibles a cualquier otro- o como enviados del dios, o como ejemplar y, en consecuencia, como jefe, caudillo, guía o líder. Dice Weber que sobre la validez del carisma, decide el reconocimiento,- nacido de la entrega a la

³²⁰ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

revelación, de la reverencia por el héroe, de la confianza en el jefe- por parte de los dominados; reconocimiento que se mantiene por “corroboración” de las supuestas cualidades carismáticas- siempre originariamente por medio del prodigio. Ahora bien, el reconocimiento (en el carisma genuino) no es el fundamento de la legitimidad, sino un deber de los llamados, en méritos de la vocación y de la corroboración, a reconocer esa cualidad. Este reconocimiento es, “psicológicamente”, una entrega plenamente personal y llena de fe surgida del entusiasmo o de la indigencia y la esperanza.³²¹

En esta forma de dominación, si falta de un modo permanente la corroboración, esto es, si el agraciado carismático parece abandonado de su dios o de su fuerza mágica o heroica, le falla el éxito de modo duradero y, sobre todo, si su jefatura no aporta ningún bienestar a los dominados, entonces hay la probabilidad de que su autoridad carismática se disipe. Éste es el sentido genuinamente carismático del imperio “por la gracia de dios”.³²²

Finalmente, Weber puntualiza sobre algunas importantes diferencias entre los medios de dominación hasta ahora explicados: la dominación carismática se opone, igualmente, en cuanto fuera de lo común y extracotidiana, tanto a la dominación racional, especialmente la burocrática, como a la tradicional, especialmente la patriarcal y patrimonial o estamental. Ambas son formas de la dominación cotidiana, rutinaria- la carismática (genuina) es específicamente lo contrario. La dominación burocrática es específicamente racional en el sentido de su vinculación a reglas discursivamente analizables; la carismática es específicamente irracional en el sentido de su extrañeza a toda regla. La dominación tradicional está ligada a los precedentes del pasado y en cuanto tal, igualmente orientada por normas; la carismática subvierte el pasado (dentro de su esfera) y es en este sentido específicamente revolucionaria. No conoce ninguna apropiación del poder de mando, al modo de la propiedad de otros

³²¹ *Ibidem*, p. 194.

³²² *Idem*.

bienes, ni por señores ni por poderes estamentales, sino que es legítima en tanto que el carisma personal “rige” por su corroboración, es decir, en tanto que encuentra reconocimiento, y “han menester de ella” los hombres de confianza, discípulos, séquito; y sólo por la duración de su confirmación carismática.³²³

De manera detallada, también describe Weber las formas a través de las cuales, en el transcurso de la historia, se ha ejercido el poder de mando sobre las sociedades. Entre tales formas de ejercicio del poder, Weber destaca el Feudalismo, describiendo a éste como la apropiación de los poderes y derechos de mando. Y en este sentido pueden ser apropiados como feudos: a) sólo poderes domésticos dentro de la propia hacienda, o b) poderes de mando dentro de la asociación política, pero sólo económicos (fiscales) o poderes políticos dentro de la misma. Otra forma de dominación la refiere Weber a la Colegialidad y División de Poderes, misma que puede estar limitada, según reglas formalmente estatuidas, por magistraturas que, por derecho propio, se colocan al lado de la jerarquía burocrática y poseen el control y eventual comprobación del cumplimiento de las normas, o el monopolio de la creación de todas las normas o de aquellas decisivas para la libertad de disposición de los funcionarios, y eventualmente, sobre todo, el monopolio, asimismo, de la concesión de los medios necesarios para la administración.³²⁴

Toda clase de dominación puede ser despojada de su carácter monocrático, vinculado a una persona, por medio del principio de colegialidad. Ello en el sentido de que junto a los poseedores monocráticos de poderes de mando están otros titulares de poderes igualmente monocráticos, a los que la tradición o la legislación positiva ofrecen eficazmente la posibilidad de actuar como instancias de casación o aplazamiento con respecto a las disposiciones de aquéllos. O bien, en el sentido completamente opuesto, esto es, que las disposiciones de autoridades no monocráticas se emitan después de previo consejo y votación, o

³²³ *Idem.*

³²⁴ *Ibidem*, pp. 217 y 218.

sea que según ley tengan que cooperar varias personas, no bastando una sola para que pueda producirse una disposición obligatoria (colegialidad de funciones).³²⁵

Respecto de los partidos como tipo de dominación, Weber explica que los partidos son formas de socialización que, descansando en un reclutamiento (formalmente) libre, tienen como fin proporcionar poder a sus dirigentes dentro de una asociación y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales.³²⁶

Finalmente, dentro de los medios más importantes de ejercicio del poder, Weber describe a las administraciones no autoritarias y a las administraciones de representantes. De tal forma, para Weber la administración es esencialmente oral, las transcripciones sólo se emplean cuando hay que comprobar derechos documentalmente. Todas las disposiciones importantes se proponen ante la asamblea. Este y otros tipos de administración próximos a él se denominan “democracia directa” siempre que tenga lugar la asamblea de un modo efectivo. Y para Weber, tanto la democracia directa genuina como la administración honoraria genuina fallan desde el punto de vista técnico cuando se trata de asociaciones que exceden una determinada cantidad o cuando se trata de tareas administrativas que exigen, por una parte, formación profesional y, por otra, permanencia o continuidad en la dirección. Si en este caso se recurre a funcionarios profesionales de carácter permanente que trabajan bajo una dirección cambiante, ocurre normalmente que la administración está de hecho en manos de los primeros, mientras que la intervención de los últimos conserva un carácter esencialmente diletante.³²⁷

³²⁵ *Ibidem*, p. 218.

³²⁶ *Ibidem*, p. 228.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

La democracia directa exenta de dominación y la administración honoraria sólo subsisten con carácter genuino en la medida en que no aparezcan partidos como formaciones duraderas que luchen entre sí y busquen la apropiación de los cargos, pues tan pronto como esto ocurre el jefe y el cuadro administrativo del partido vencedor en la lucha- cualesquiera que sean los medios empleados- constituyen una estructura de dominación a pesar de que se conserven todas las formas de la administración hasta entonces existentes.³²⁸

Estas formas de dominio expuestas por Max Weber, nos ayudan a comprender la idea de legitimidad y su importancia en la organización y coordinación de acciones sociales de individuos que comparten una vida común. La evolución actual de estas formas de dominio, nos indican que hasta ahora, el derecho de resistirse al poder, tanto de un soberano como del imperio del derecho, ha resultado mucho más fácil a partir de que se ha concebido la soberanía como el fruto de un pacto o delegación de poder por parte del pueblo.

Francisco Colom González opina que en la Inglaterra del siglo XVII, fueron Hobbes y Locke quienes constituyeron dos hitos fundamentales en el desarrollo de los argumentos filosóficos modernos sobre la legitimidad política. Partiendo de una imaginada condición pre-social en la que los individuos vivirían naturalmente como seres libres e iguales, el objetivo teórico consistía en vincular la legitimidad de la dominación con el proceso de tránsito desde la libertad natural a la libertad civil, es decir, en justificar un régimen de soberanía que conciliase la preservación del orden social mediante la autoridad con un sistema de derechos y garantías individuales. De acuerdo con este modelo contractualista, los individuos, al instituir el contrato social, abandonarían el estado de naturaleza para crear con sus propias acciones un nuevo status político, así como las reglas que debieran gobernarlo. En el caso de Hobbes, la necesidad de instruir la sociedad civil arrancaba del caos imperante en un estado en el que los individuos, en pleno uso de su natural autonomía, podían

³²⁸ *Idem.*

recurrir a la fuerza para satisfacer sus apetitos y necesidades. La imposibilidad de una visión compartida de la vida buena exigía la institución de un “Dios mortal”, el Leviatán estatal, que garantizara la paz social mediante el monopolio de la capacidad de uso de la violencia. Este contrato no sería propiamente bilateral, entre el pueblo y el soberano, sino más bien una cesión a terceros mediante la que todos los individuos renunciarían a determinadas prerrogativas a cambio de su seguridad. De esta forma, el derecho de resistencia quedaba limitado sólo a aquella circunstancia en que el Leviatán traicionase la naturaleza de su misión y amenazase individualmente la existencia física de sus súbditos. Así la legitimidad de la soberanía quedaba asimilada, como venía siendo habitual en el contractualismo, al consentimiento de los súbditos y al correcto desempeño de sus funciones sociales, pero supeditada también al derecho de resistencia en caso de dejación o incumplimiento de los supuestos contractuales.³²⁹

Como se observa, la idea de legitimidad política como una categoría moderna cobra un nuevo e importante giro, toda vez que, por un lado, se rechaza la vieja noción medieval de la inevitabilidad de la autoridad política, en razón de la nueva idea de que las obligaciones sólo pueden ser fruto de una autoimposición de los individuos generada en el acto voluntario de creación de una sociedad políticamente articulada; y por el otro, se motiva a los individuos a integrarse en el contrato social, traducido éste en un orden social y político recíprocamente beneficioso.³³⁰

En términos de esta idea, se observa claramente que frente al principio liberal según el cual, quien gobierna debe someterse al cumplimiento de sus propias leyes, las doctrinas democráticas se resumen en el principio inverso, en el sentido de que quienes se encuentran sometidos a una ley deben ser los autores

³²⁹ Francisco Colom González, *Legitimidad política, cit.*, pp. 174,175 y 176.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

de la misma. Y el carácter general del dominio se deriva aquí idealmente de la amplitud de la participación, más que de la estructura formal de la norma.³³¹

De esta manera, es fácil deducir que el principio democrático se inspira esencialmente en el autogobierno, y confía la libertad política de los individuos emancipados a la vinculatoriedad coercitiva de la norma que emana del mismo. Y por ello, la discusión liberal en torno a la legitimidad y la obligación política es concebida aquí desde una nueva perspectiva: la de la lealtad al cuerpo político en cuya construcción se participa, y como consecuencia de ello, el poder no es ya una mera instancia exterior a la que haya que someterse bajo determinados condicionamientos éticos, sino un derivado vinculante del compromiso personal con la comunidad.³³²

Sin embargo, la sociología de los años sesenta dio un nuevo giro al tratamiento de la legitimidad, al interpretar esta correlación entre normas jurídicas y necesidades sociales como un rendimiento funcionalmente necesario para la integración del sistema social en su conjunto. La legitimidad fue así abordada de forma dinámica como “legitimación”, esto es, como un proceso mediante el cual se generan lealtades políticas y estabilidad social. Lo cierto es que la doctrina de la soberanía popular como autogobierno, aunque ligada a los principios normativos de la generalidad de la ley y del uso público de la razón, vino a consolidar históricamente el proceso de positivización del derecho, haciendo derivar su vinculatoriedad de la voluntad del poder y emancipándolo así, de paso, de los residuos iusnaturalistas aún latentes en el contractualismo del siglo XVII.³³³

Así, respecto del tema de la legitimidad, llegamos nuevamente al punto de partida planteado en el capítulo anterior: toda vez que el sistema económico ha dotado a las sociedades de una alta complejidad funcional, los principios

³³¹ *Ibidem*, p. 178.

³³² *Ibidem*, p. 180.

³³³ *Ibidem*, p. 182.

fundamentales que rigen a dicho sistema económico liberal, tales como la eficiencia, la selección de oportunidades disponibles, y el valor económico y político de las oportunidades disponibles, están influenciando fuertemente la idea de legitimidad, hasta ahora concebida en términos discursivos de autogobierno.

Este giro ideológico nos presenta un grave problema: el derecho se sustrae de las relaciones sociales que le sirven de substrato, permitiendo con ello que en la actualidad se presenten dos problemas medulares a la idea de legitimidad del derecho, que hasta ahora hemos expuesto: a) los cuerpos legislativos tienden a legislar por simples razones de oportunidad de ciertos grupos con intereses particulares, sin tomar en cuenta la opinión del resto del grupo social, y b) dado lo anterior, las instituciones jurídicas emanadas de tales cuerpos legislativos, se estructuran en su contenido bajo la lógica del sistema capitalista. Por lo anterior, la legitimidad del derecho se ha convertido en un problema de carácter simultáneamente normativo y empírico.³³⁴

Y este giro ideológico se debe, en parte, a que los sistemas democráticos de toma de decisiones, vigentes en la actualidad, son regidos por nuevos paradigmas que atienden a valores que se sustraen del interés general y atienden a cuestiones de oportunidad y eficiencia, y ello se refleja en el contenido del producto legislativo. Por lo anterior, habrá que analizar por separado los problemas antes mencionados a los que se enfrenta la idea de legitimidad.

2.2.2 La legitimidad y los sistemas democráticos de creación del derecho

Una forma acertada de concluir las críticas hasta ahora planteadas, en torno a la práctica democrática, la legitimidad y la actividad de los Estados, es exponiendo el pensamiento de David Held sobre tales temas. Este autor afirma que el hecho de que en la actualidad no se haya llegado a un acuerdo sobre lo que “legítimo”

³³⁴ *Idem.*

significa, se debe fundamental y básicamente a que existe un profundo conflicto entre quienes consideran a la democracia como un cierto tipo de poder popular, referido a una forma de vida política en que los ciudadanos se autogobiernan y autorregulan, y entre aquellos que entienden la democracia como un simple mecanismo que facilita el proceso de elaboración de decisiones, referido a un medio para conferir autoridad a quienes son periódicamente elegidos para ocupar los cargos públicos. En la práctica, tal conflicto ha generado la existencia de varios modelos de democracia, entre los que destacan por su arraigo en las sociedades antiguas y las contemporáneas: la democracia directa o participativa, entendida como un sistema de elaboración de decisiones referidas a los asuntos públicos en que los ciudadanos están directamente involucrados. Este modelo es el tipo original de democracia puesta en práctica en la Grecia antigua, entre otros lugares. Y por otro lado, se distingue la democracia representativa o liberal, referida a un sistema de gobierno basado en funcionarios electos que se comprometen a representar los intereses o las perspectivas de los ciudadanos dentro de territorios delimitados y a la vez garantizar el imperio de la ley.³³⁵

El modelo de democracia directa participativa se desarrolló bajo el argumento de que la libertad de una comunidad política descansaba en el hecho de que no debía rendir cuentas a ninguna autoridad que no fuera la comunidad misma. El autogobierno es la base de la libertad, junto con el derecho de los ciudadanos a participar- dentro del marco constitucional que crea distintos papeles para cada fuerza social relevante- en el manejo de los asuntos comunes.³³⁶

De acuerdo con este modelo, un ciudadano era alguien que participaba en la tarea de emitir juicios y asumir responsabilidades, significando la ciudadanía una verdadera participación en los asuntos públicos.³³⁷

³³⁵ David Held, *La democracia y el orden global, del estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, España, 1997, pp. 24 y 25.

³³⁶ *Ibidem*, p. 27.

³³⁷ *Ibidem*, p. 28.

Por otra parte, el modelo de la democracia representativa liberal, desarrolló la idea de que los Estados deben detentar el monopolio del poder coercitivo para garantizar un cimiento seguro sobre el cual puedan progresar la vida familiar, la religión, el comercio y los negocios. Para los teóricos de este tipo de democracia, ésta constituía la innovación institucional clave para resolver el problema de equilibrar el poder coercitivo y la libertad, sosteniendo que al Estado Constitucional, asociado a otros mecanismos institucionales clave, particularmente el libre mercado, resolvería el problema de garantizar tanto la libertad como la autoridad. Para los creadores de este tipo de democracia, el gobierno representativo llegaba a resolver los excesos de la democracia pura, ya que las elecciones regulares fuerzan el esclarecimiento de las cuestiones públicas, y las pocas personas que son elegidas, hábiles para hacer frente al proceso político, suelen ser competentes y capaces de identificar el verdadero interés de su país.³³⁸

Sin embargo, Held sostiene que tal modelo de democracia representativa, no se preocupó por identificar el auténtico lugar del ciudadano activo dentro de la comunidad política, sino por afirmar la legitimidad de un orden en que los individuos persiguen sus intereses particulares, y por definir el gobierno como un medio para proteger esos intereses. Este modelo concebía al Estado representativo como el principal mecanismo para agregar los intereses de los individuos y proteger sus derechos, creyendo firmemente que en este tipo de Estado la seguridad de una persona y la propiedad estarían garantizadas y que la política podría llegar a ser compatible con las demandas de grandes Estados-nación, con sus complejos patrones de comercio y relaciones internacionales.³³⁹

Held afirma que ambas ideas evolucionaron de tal forma, que la idea de la democracia referida a la reunión de los ciudadanos en asambleas y lugares de encuentro público, se transformó en el siglo diecinueve en el derecho de los

³³⁸ *Ibidem*, pp. 29 y 30

³³⁹ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

ciudadanos a participar en la determinación de la voluntad pública a través de la mediación de los representantes electos, por lo que la teoría de la democracia representativa concibe ahora a la democracia como una constelación de reglas e instituciones que permite una amplia participación de la mayoría de los ciudadanos en la selección de los representantes encargados de tomar las decisiones políticas, esto es, las decisiones que afectan a toda la comunidad.³⁴⁰

Esta nueva e impersonal forma de participar de los ciudadanos, los teóricos la resolvieron argumentando que existe una relación simétrica y congruente entre quienes toman y quienes reciben las decisiones políticas. De hecho, afirman que la simetría y la congruencia a menudo se dan por descontadas en dos instancias cruciales: primero, entre los ciudadanos votantes y los gobernantes, a quienes aquellos pueden obligar a rendir cuentas; y segundo, entre el output (decisiones políticas y demás) de los gobernantes y sus electores- en último término, el pueblo de un territorio delimitado.³⁴¹

Según estos argumentos, la ciudadanía como un todo confiere autoridad al gobierno para que sancione leyes y regule la vida económica y social. El principio de la regla de la mayoría, o el principio según el cual se deben adoptar las decisiones que aglomeran la mayor cantidad de votos, es el sostén de la exigencia de que las decisiones políticas sean consideradas válidas o legítimas.³⁴²

Los críticos de este modelo consideran que si bien es correcto que los derechos de elaborar y ejecutar la ley (los derechos legislativo y ejecutivo) sean transferidos, se debería entender que todo el proceso depende de que el gobierno se adhiera a su propósito esencial: la preservación de la vida, la libertad y la propiedad. Así, la autoridad política es transferida por los individuos al gobierno, con el propósito de que promueva los fines de los gobernados; y si

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 31, 32 y 33.

³⁴¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

³⁴² *Ibidem*, p. 39.

estos fines no son adecuadamente representados, el juez último debe ser el pueblo – los ciudadanos-, que debería poder destituir a sus delegados y, si es necesario, cambiar la forma de gobierno. Según esta crítica, las reglas de gobierno y su legitimidad descansan en el consenso de los individuos, lo que sugiere que solo el acuerdo personal activo y continuo de los individuos es suficiente para asegurar el deber de obediencia, esto es, para asegurar la autoridad y la legitimidad del gobierno y de las decisiones que se adopten. Esto significa que el consenso equivale al voto mayoritario de los representantes del pueblo, siempre y cuando garanticen el imperio de la ley y mantengan la confianza de los ciudadanos.³⁴³

Según estos antecedentes, en los sistemas políticos occidentales, la legitimidad ha estado tradicionalmente ligada a los principios y procedimientos democráticos; pero lamentablemente, a medida que son cada vez más las personas que reclaman el principio de la legitimidad democrática para ordenar sus vidas- y reivindican la idea de que deben poder controlar sus destinos y que el gobierno debe operar con su aprobación si pretende ser legítimo-, el alcance y la relevancia misma de este principio son fuertemente coartados por los procesos de reestructuración regional y global, consecuencia del control del sistema capitalista global.³⁴⁴

Así, el principio del consentimiento, expresado en la regla de la mayoría, siempre fue el principio que subyace en la legitimidad del derecho moderno, pero en la actualidad, este principio implica que las decisiones rutinarias y extraordinarias, adoptadas por los representantes de las naciones y los Estados- nación afectan profundamente a los ciudadanos que no tienen oportunidad alguna de manifestar su consentimiento o desacuerdo. Esto se traduce en que actualmente, el orden nacional e internacional está estructurado por agencias y fuerzas sobre las cuales los ciudadanos ejercen, en el mejor de los casos, un

³⁴³ *Ibidem*, p. 66.

³⁴⁴ *Ibidem*. pp. 173 y 174.

mínimo control, y respecto de las cuales tienen un exiguo espacio para expresar su conformidad.³⁴⁵

Estas diferencias ideológicas que nos ha expuesto David Held, han provocado que en la actualidad, se entienda la legitimidad de diversas formas: existe una idea de legitimidad procedimental, una idea de legitimidad sustantiva y otra que entiende la legitimidad desde un punto de vista funcional. La primera de ellas concuerda con la idea de democracia representativa liberal concebida como forma, no como sustancia, y su punto central es criticar la idea de que la democracia puede corresponder a un conjunto preciso de valores y a una forma única de organización política.³⁴⁶ La segunda se dirige a plantear que los procesos democráticos de creación de normas y de toma de decisiones deben buscar el consenso y participación de los afectados e involucrados, concibiendo a los miembros de la sociedad como personas que se autodeterminan y autogobiernan. La idea de legitimidad funcional, observa a los procedimientos de toma de decisiones como mecanismos que deben atender principalmente a la oportunidad de las circunstancias, buscando el éxito en la toma de decisiones, midiendo éste en función de la eficiencia y oportunidad empleadas, sin verificar el verdadero fondo y sentido de la decisión.

Estas diferentes formas de concebir la legitimidad, nos mostrarán las razones por las que en la actualidad, es complicado afirmar que un conjunto de normas jurídicas, o bien el derecho de una sociedad determinada, es “ilegítimo”. Ante tales diferencias, analicemos las modalidades bajo las que se concibe esta idea.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 173.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 39.

2.2.2.1 La legitimidad en términos de la idea procedimental

La legitimidad entendida en términos procedimentalistas, ha sufrido una evolución importante, por ello hablaremos de esta idea desde dos posiciones. La primer posición procedimentalista de la legitimidad, apoyada por Schumpeter, sostiene que no podemos pensar en la soberanía popular como un posicionamiento racional por la población o por cada individuo acerca de una determinada cuestión, por lo que el elemento procedimental de la democracia no es ya la forma como el proceso de toma de decisiones remite a la soberanía popular, sino que el proceso democrático es justamente lo contrario: un método político, es decir, un cierto tipo de arreglo institucional para llegar a decisiones políticas y administrativas. De este modo, Schumpeter considera de gran importancia las reglas que se establecen en los procedimientos para la toma de decisiones, considerándolas un verdadero método para la constitución de gobiernos. Según esta idea, la participación debe excluirse del procedimiento de toma de decisiones, ya que no forma parte de la argumentación procedimental, sino más bien se ubica en el contexto de una teoría de la sociedad de masas, ajena a la discusión procedimental.³⁴⁷

Tras esta idea, Norberto Bobbio da el paso siguiente y transforma el procedimentalismo en reglas para la formación del gobierno representativo. Para este autor, la democracia se constituye de un conjunto de reglas para la formación de mayorías, entre las cuales valdría la pena destacar el peso igual de los votos y la ausencia de distinciones económicas, sociales, religiosas y étnicas en la constitución del electorado. Como se observa, este planteamiento es una vía que lleva del pluralismo valorativo a la reducción de la soberanía y abre la discusión sobre las reglas del juego democrático, identificando entonces a la democracia con las reglas del proceso electoral. Esta reducción de la participación, plantea la implementación de un simple proceso de elecciones de

³⁴⁷ Boaventura De Sousa, Santos, Leonardo Avritzer, "Introducción: Para ampliar el canon democrático", en Boaventura De Sousa Santos, *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa*, FCE, México, 2004, p. 40.

elites, lo cual es un postulado *ad hoc* de la teoría hegemónica de la democracia, postulado incapaz de dar una solución convincente a dos cuestiones principales: la cuestión de saber si las elecciones agotan los procedimientos de autorización por parte de los ciudadanos, y la cuestión de saber si los procedimientos de representación agotan la cuestión de la representación de la diferencia.³⁴⁸

Conforme a esta idea, la formación democrática de la voluntad tiene exclusivamente la función de legitimar el ejercicio del poder político. Los resultados electorales constituyen una licencia para asumir el poder de gobernar, mientras que el gobierno ha de justificar ante la opinión pública y el congreso o parlamento el uso que hace de ese poder.³⁴⁹

A lo largo de la formación de esta idea procedimental de la democracia y legitimidad, surgió una concepción procedimental alternativa que intentó dar una respuesta a los innumerables problemas que presentó la idea y práctica de la democracia, vinculando ésta a la forma de vida de los individuos, y entendiendo la democracia como forma de perfeccionamiento de la convivencia humana. De acuerdo con esta nueva concepción procedimental, la democracia es una gramática de organización de la sociedad y de la relación entre el Estado y la sociedad.³⁵⁰

Y precisamente uno de los pensadores que ha desarrollado con amplitud esta nueva idea procedimental de democracia y legitimidad, es Jürgen Habermas, quien abrió el espacio para que el procedimentalismo pasase a ser analizado como práctica social y no como método de constitución de gobiernos; esta forma de abrir el procedimentalismo, introdujo nuevamente la dimensión social originalmente resaltada por Kelsen, y propuso dos elementos en el debate democrático contemporáneo: en primer lugar, una condición de publicidad capaz

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

³⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.* p. 376.

³⁵⁰ Boaventura De Sousa, Santos, Leonardo Avritzer, "Introducción: Para ampliar el canon democrático", en Boaventura De Sousa Santos, *cit.* p. 45.

de repropiciar la constitución de un espacio público en el cual los individuos: mujeres, negros, trabajadores, minorías raciales, etc., puedan cuestionar en público una condición de desigualdad en la esfera privada. Ello porque las acciones en público de los individuos les permiten cuestionar su exclusión de arreglos públicos a través de un principio de deliberación social, traducido principalmente por Habermas en el principio democrático: sólo son válidas aquellas normas- acciones que cuentan con el asentimiento de todos los individuos participantes de un discurso racional. De esta forma, se coloca nuevamente en el interior de la discusión democrática un procedimentalismo social y participativo.³⁵¹

De acuerdo con esta concepción, el procedimentalismo tiene su origen en la pluralidad de las formas de vida existentes en las sociedades contemporáneas. Para ser plural, la política ha de contar con el asentimiento de esos actores en procesos racionales de discusión y deliberación. Por lo tanto, bajo esta nueva idea, el procedimentalismo democrático no puede ser, como supone Bobbio, un método de autorización de gobiernos, sino una forma de ejercicio colectivo del poder político cuya base sea un proceso libre de presentación de razones entre iguales. Así, esta nueva idea reconecta el procedimiento con la participación, al asociar el discurso argumentativo al hecho básico del pluralismo.³⁵²

Pero los teóricos de la idea procedimentalista de democracia y legitimidad, han contraatacado fuertemente los argumentos de los nuevos procedimentalistas que llevaron a cabo la reconexión entre procedimiento y participación. Las críticas más contundentes las han recibido los trabajos desarrollados por Habermas, como mostraremos a continuación.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 47.

³⁵² *Idem*.

Thomas McCarthy elabora una seria crítica a este modelo discursivo de creación de normas expuesto por Habermas, referente al consenso alcanzado racionalmente a través del asentimiento de todos los posibles afectados, y que es al final de cuentas lo que dota de legitimidad al derecho. McCarthy señala que este nuevo modelo procedimental no es reflexivamente estable, toda vez que la presuposición de que un acuerdo racional sobre normas políticas y legales debe ser alcanzable para que dichas normas sean legítimas, es incompatible con lo que los participantes reflexivos saben acerca del irreductible pluralismo de valores y la diversidad de trasfondos culturales que irremediamente caracterizan a las sociedades modernas. Así, McCarthy expone dos aspectos que, según él, afectan el planteamiento de este modelo discursivo, y al mismo tiempo, plantea una vuelta a la idea originalmente planteada por los procedimentalistas³⁵³:

a) La noción de legitimidad política no debería ser entendida en términos cognitivos, sino en términos puramente procedimentales: la legitimidad no está en función necesariamente de la aceptabilidad racional de las razones sustantivas (ofrecidas en un discurso político), sino meramente de la equidad del procedimiento discursivo, por lo que entonces, la teoría debería adoptar un punto de vista procedimental más estricto que vincule la legitimidad con resultados formalmente correctos, incluso cuando no se presuma que éstos sean, esencialmente, aceptables racionalmente para todos los ciudadanos, puesto que involucran diferencias éticas básicas. Se puede decir que los miembros aceptan “racionalmente” resultados con los que están sustancialmente en desacuerdo, sólo en un sentido atenuado e indirecto: se supeditan a las reglas que aceptan como justas incluso cuando los resultados no son los que ellos quisieran.³⁵⁴

³⁵³ Cristina Lafont, “Justicia y legitimidad, la intrincada relación entre la política y la moral”, en María Herrera y Pablo De Greiff, *Razones de la Justicia*, UNAM, México, 2005, p. 93.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 94.

b) Consecuentemente, los discursos ético- políticos no deben ser vistos como dirigidos al objetivo de un consenso racional, sino más bien, como dirigidos a un “acomodo mutuo”, es decir, tales discursos deben ser vistos como un tipo de diálogo ético-político que no se propone un compromiso negociado, un acuerdo sustantivo, o un consenso ético-político, sino que persigue formas de acomodo o acuerdo mutuo, que dejan lugar a desacuerdos razonables.³⁵⁵

McCarthy señala que es poco probable el consenso entre ciudadanos cuando los mismos ponen en juego el acuerdo sobre cuestiones éticas básicas, pero Cristina Lafont intenta esclarecer tal posición y señala que los trabajos de Habermas aclaran esta aparente dificultad, en razón de que tal autor distingue claramente entre cuestiones pragmáticas, morales y éticas, diferenciándose estas últimas de las primeras, en que, efectivamente, no pretenden conseguir un consenso universal. Por ello, según Cristina Lafont, la posición de McCarthy tendría que plantearse de manera diferente: habría que plantear la cuestión moral referente a si la norma que se propone es justa, esto es, habría que determinar si una norma que se determina como buena para nosotros, es igualmente buena para cualquiera. Tal planteamiento nos indica que se cuenta con la posibilidad de que dicha norma aspire a conseguir el consenso universal, y esto es precisamente lo que caracteriza y distingue a los discursos morales de los éticos.³⁵⁶

Sobre esta última idea, Cristina Lafont sostiene que para argumentar que una norma es moralmente incorrecta o injusta uno debe creer que ésta infringe un interés universalizable, esto es, un interés que es igualmente irrenunciable para todos los seres humanos incluyendo aquellos que están en desacuerdo con ella. Por lo tanto, el asunto a indagar en un discurso moral es el de si el interés en cuestión es tan sólo particular (y en consecuencia opcional) o es efectivamente universalizable. Si se supone que los asuntos relativos a la justicia tienen la

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ *Ibidem*, 95 y 96.

misma respuesta para cualquier ser humano, sin importar su origen, condición social, identidad, etc., esto es, si se supone que son vinculantes para todos los seres humanos, la consecuencia obvia de abandonar la presuposición de una única respuesta correcta sería la desaparición de la práctica de discutir asuntos de justicia, esto es, asuntos de carácter moral.

Entonces bien, según estas reflexiones, podemos determinar que cuando los procedimentalistas como Habermas señalan la necesidad de exponer suficientes argumentos para fundar racionalmente decisiones vinculantes, se refieren no a cuestiones privadas o éticas, sino a cuestiones morales que atañen a todos por igual.³⁵⁷

Continuando con nuestro desarrollo, digamos que en opinión de McCarthy, esta nueva idea procedimental de extender la interpretación discursiva de la noción de legitimidad más allá de sus límites estrictamente procedimentales hasta incluir la corrección sustantiva, va en detrimento de la teoría discursiva de la democracia, en razón de que, de aceptarse esta idea, sería necesario ligar la legitimidad al acuerdo sustantivo y, en consecuencia, sería imposible dar cuenta de la legitimidad de decisiones democráticas basadas en desacuerdos razonables.³⁵⁸

En opinión de Cristina Lafont, la posición de Habermas puede verse como un intento de cerrar la brecha entre la corrección procedimental y sustantiva por la vía de extender la primera hasta incluir a la segunda. Esto se logra al añadir a las condiciones estrictamente procedimentales de un discurso práctico ideal (tales como simetría, igualdad de oportunidades de participación) la condición cognitiva suplementaria de que los participantes del discurso basen su acuerdo exclusivamente en la coacción sin coacciones del mejor argumento. Este constreñimiento adicional garantiza que los participantes en los discursos

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 97.

³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

prácticos estén de acuerdo en la corrección del resultado por las mismas razones sustantivas. Pero la consecuencia de añadir dicho constreñimiento a las condiciones discursivas ideales es que la legitimidad queda ligada directamente al acuerdo racional, ya que para que el resultado de un discurso práctico pueda ser legítimo, ha de basarse en el acuerdo sustantivo sobre su corrección. Tomando esto en consideración, McCarthy argumenta que las decisiones tomadas en condiciones de desacuerdo persistente son *eo ipso* ilegítimas. Ello en razón de que, según este autor, si el acuerdo racional sobre las razones sustantivas que justifican la validez de cierta norma, es una condición necesaria para la legitimidad de su implementación, las decisiones por mayoría, que en las sociedades pluralistas son aquellas que se requieren precisamente por la falta de consenso sustantivo, no podrían considerarse legítimas.³⁵⁹

Así, Cristina Lafont entra nuevamente a la defensa de Habermas, señalando que la legitimidad de una decisión por mayoría no puede socavarse por más ostensiblemente injustas que resultaran ser sus consecuencias. Ello invita a pensar que sólo si los participantes en los procesos de deliberación democrática suponen que la corrección sustantiva de sus decisiones puede, en principio, afectar la legitimidad de las mismas, se sentirán compelidos a revisar dichas decisiones a la luz de los mejores argumentos disponibles (incluso aunque sean formulados por una minoría). De esta forma: eliminar la orientación hacia el acuerdo racional como condición para una decisión discursivamente legítima en cuestiones políticas, sólo tiene sentido en la medida en que es apropiado eliminar la orientación cognitiva de los participantes en dicho proceso de decisión.³⁶⁰

De acuerdo con esto, eliminar la orientación hacia el acuerdo racional implica eliminar el supuesto de una corrección sustantiva lógicamente independiente de toda corrección procedimental fáctica. A la luz de esta interpretación del modelo

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 100 a 107.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 109.

discursivo, la relevancia de la deliberación democrática no sería en realidad cognitiva, sino meramente volitiva. Esto es, según la posición procedimentalista de la legitimidad, la racionalidad de las decisiones políticas no se debería a la existencia de una única respuesta correcta, sino a la legitimidad del procedimiento con el que se toman dichas decisiones. Y lo que hace que las decisiones políticas sean justas, de acuerdo con esta interpretación decisionista, es precisamente el que sean resultado de un procedimiento democrático legítimo. Consecuentemente, las normas con las que los participantes en una deliberación democrática pudieran estar de acuerdo, en condiciones discursivas procedimentalmente correctas, sean éstas las que fueren, serían justas precisamente debido al hecho de que fueron acordadas de esa manera, y no a su contenido mismo.³⁶¹

La legitimidad democrática, pues, no se basa en el supuesto de que es más probable que los resultados procedimentalmente correctos sean justos, sino en que es eso lo que los hace justos en primer lugar. La consecuencia obvia de esta interpretación es mantener que una vez que los participantes en un proceso democrático de deliberación han decidido de hecho cuáles son las normas con las que están de acuerdo, ninguna posibilidad de revisión o crítica tiene sentido. Esto se debe a que, en términos de esta posición procedimentalista, los participantes en el discurso no ven la legitimidad de su decisión en función de la calidad de sus argumentos, sino meramente en función de la corrección del procedimiento, esto es, en el hecho de que todos los afectados han tenido la oportunidad de hacer prevalecer sus propios intereses. Por lo tanto, una vez que se ha alcanzado una decisión fáctica en condiciones procedimentalmente legítimas, el intento por parte de la minoría de cuestionar la corrección de la decisión mayoritaria, sería ilegítimo independientemente de lo ostensiblemente injusta que resultara ser dicha decisión.³⁶²

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

³⁶² *Idem*.

Y Cristina Lafont continúa argumentando que el problema real radica en que, a la luz de esta interpretación, la mayoría no tendría razón alguna para considerar que la corrección de su decisión está en función de la corrección sustantiva de los argumentos y, por ende, no se sentiría obligada en modo alguno a revisar tal decisión simplemente debido a la plausibilidad de los argumentos en contra, especialmente si éstos son formulados por una minoría. Pues a consecuencia de identificar la corrección sustantiva con la corrección procedimental, la afirmación misma de que la norma pudiera ser injusta, a pesar de la legitimidad procedimental de su implementación, no tiene ningún sentido.³⁶³

En estos términos, al hacer de la corrección sustantiva una condición de la corrección procedimental, la interpretación cognitivista eleva tanto los estándares de corrección procedimental, que la noción de legitimidad resultante se torna virtualmente inútil para cualquier propósito práctico, mientras que al hacer de la corrección sustantiva puramente un asunto de corrección procedimental, la interpretación decisionista baja tanto los estándares que la noción de legitimidad resultante se torna virtualmente inútil para cualquier propósito crítico. Por ello, Lafont propone como alternativa viable, el mantener la independencia lógica entre corrección sustantiva y procedimental.³⁶⁴

Después de mostrar estos argumentos de Cristina Lafont en defensa de los procedimentalistas como Habermas, podemos deducir que el objetivo del argumento de McCarthy era, por un lado, mostrar que si la corrección sustantiva, fuese una condición necesaria para la legitimidad procedimental, las decisiones tomadas en condiciones de desacuerdo persistente serían *eo ipso* ilegítimas y, por el otro, proponer que se tome en cuenta la posibilidad de que una decisión pueda ser legítima, a pesar del desacuerdo persistente de una minoría sobre su corrección sustantiva³⁶⁵.

³⁶³ *Ibidem*, p. 117.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 118.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 119.

Cristina Lafont plantea una idea clave para eludir esta dificultad que exponemos, y la misma radica en una interpretación adecuada de la relación entre corrección sustantiva y procedimental que no asimile la una a la otra. Sólo esto permitiría entender la legitimidad como una noción procedimental sin que, por ello, la noción de justicia también tuviera que entenderse como meramente procedimental.³⁶⁶

Después de tales argumentos, Lafont se plantea la pregunta de *¿cómo puede entenderse la legitimidad como una noción puramente procedimental, siguiendo la interpretación de McCarthy, si la justicia es una condición para la legitimidad y ella misma no es procedimental?* Ella misma responde argumentando que debe reconocerse que, a pesar de que las nociones de justicia y legitimidad están relacionadas internamente, éstas expresan dos sentidos genuinamente diferentes en que las normas pueden considerarse como válidas o inválidas. Esto parece claro si se toma en cuenta que, por mucho que la justicia pueda ser una condición necesaria de la legitimidad, sin duda, no es una condición suficiente. El hecho de que una norma sea justa no la hace legítima, esto es, entre dos normas o regulaciones igualmente justas pero alternativas, sólo aquella que ha sido decidida democráticamente por una comunidad política específica, es legítima. Una norma es de facto legítima, si logra el asentimiento de los participantes en el discurso de una comunidad política dada en condiciones ideales discursivas (sobre la base de su situación epistémica dada). Así, tiene sentido decir que dicha norma era de facto legítima, pero que ya no lo es. Sin embargo, la noción de justicia tal como la usamos no tiene un sentido fáctico u operativo semejante. Ello porque si una norma resulta injusta, siempre fue injusta. Esta diferencia explica porqué la noción de legitimidad en su sentido operativo es una noción puramente procedimental, a pesar del hecho de que la justicia sea una condición necesaria para la legitimidad y no sea ella misma una noción procedimental. La legitimidad debido a su sentido operativo, no se ve constreñida por la injusticia *per se*, sino por la injusticia percibida. Una vez que

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

una norma es percibida como injusta, esto es, siempre que algunos participantes en el discurso puedan redimir discursivamente la afirmación de que la norma no está en el interés de todos por igual, su legitimidad se verá socavada. Pero esta sería precisamente una situación en la que las condiciones procedimentales (discursivas) de su legitimidad ya no estarían satisfechas. En tal situación, la norma ya no seguiría contando con el asentimiento de todos los participantes en el discurso; y es por esta razón que la norma ya no sería legítima y no por su injusticia putativa.³⁶⁷

McCarthy efectivamente está en lo cierto cuando argumenta que la noción de legitimidad política tiene un sentido procedimental, pero dada la estrecha relación entre la noción de legitimidad y la noción de justicia, ésta no es, por sí misma, una razón suficiente para excluir su conceptualización cognitiva, tal como McCarthy ha sugerido. Esto parece claro si tenemos en cuenta que, de acuerdo con los participantes, la validez de las normas no depende únicamente de si éstas cuentan con su asentimiento legítimo, sino también de si están de hecho en el interés de todos por igual. Así, no parece razonable pedir a los participantes reflexivos que renuncien a su orientación cognitiva en aras de la acomodación mutua, tal como la propuesta de McCarthy sugiere. Efectivamente, mientras más cuenta se den los participantes de que la corrección sustantiva y la procedimental no necesitan coincidir, menos dispuestos estarán a renunciar a la corrección sustantiva, en aras de la mera acomodación procedimental, por muy permanentes que puedan ser por ello sus desacuerdos. Sólo si los participantes llegaran a la conclusión de que no hay corrección sustantiva alguna que alcanzar, sería racional para ellos considerar la acomodación mutua como la única meta razonable. Ahora bien, según Cristina Lafont, esto equivaldría a revisar su descubrimiento previo y concluir que no hay otra corrección que no sea la corrección procedimental. Sin embargo, tras esta revisión ya no tendrían

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 122

razón alguna para creer que sus desacuerdos racionales pueden ser persistentes.³⁶⁸

2.2.2.2 La legitimidad en términos de la idea sustantiva

La exposición del debate entre, por decirlo de alguna forma, la posición procedimental rígida, y la posición procedimental contemporánea habermasiana, nos ha introducido a las posiciones sustantiva y funcional de la legitimidad. De hecho, la posición procedimental habermasiana, intenta precisamente conectar el procedimiento con un principio sustantivo básico: el consenso, traducido en que todos a quienes se dirige una norma o decisión, hayan otorgado su consentimiento y se asuman como creadores de la misma. Es precisamente esta posición la que defienden quienes consideran que la legitimidad de una norma o decisión radica en que existan razones de fondo para considerarla válida y por ello legítima.

Esta idea de legitimidad plantea que la formación democrática de la voluntad tiene la función esencial de constituir la sociedad como una comunidad política y mantener vivo con cada elección el recuerdo de ese acto fundacional. Así, según esta posición, el gobierno es sólo parte de una comunidad política que se administra a sí misma, y no cúspide de un poder estatal separado. Asimismo, sostiene que la formación democrática de la voluntad se efectúa en la forma de un autoconvencimiento ético-político, en el que la deliberación debe apoyarse, en lo que a contenido se refiere, en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura en la que se ha crecido y se vive e interactúa.³⁶⁹

Es evidente la conexión de esta posición con la idea de fondo que plantean los procedimentalistas contemporáneos, ya que ambas proponen que los procedimientos a través de los cuales una sociedad crea normas o toma

³⁶⁸ *Ibidem*, pp. 122 y 123.

³⁶⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit. pp. 372 y 376.

decisiones fundamentales, representen un verdadero espacio de comunicación entre los individuos, en el que todos participen y acepten las normas que van a darse, y con ello se sientan autolegisladados; para esta posición sustantiva, es precisamente el sentimiento de autolegislación que se genera en los individuos, la única razón por la que una decisión u ordenamiento legal puede ser considerado legítimo.

Los pensadores que defienden la idea sustantiva de legitimidad, proponen diversas formas de participación de los individuos. Una de ellas, expuesta por Habermas, nos propone la actuación de los individuos desde lo que él llama “el espacio público”, describiendo este como una caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados y resueltos por el sistema político, ya que representa un sistema de avisos que despliega su capacidad perceptiva a lo largo y ancho de toda la sociedad, por lo que desde el punto de vista de la teoría de la democracia, el espacio público- político tiene que reforzar además la presión ejercida por los problemas, es decir, no solamente percibir e identificar los problemas, sino también tematizarlos de forma convincente y de modo influyente, proveerlos de contribuciones, comentarios e interpretaciones, y dramatizarlos de suerte que puedan ser asumidos y elaborados por el complejo que toma las decisiones en el congreso o parlamento.

Según la posición sustantiva de la legitimidad, los procedimientos democráticos en tales espacios públicos, debieran estructurar procesos de formación de la opinión y la voluntad con miras a la solución cooperativa de cuestiones prácticas, incluyendo la negociación de compromisos, ya que esto es precisamente lo que se traduciría como “el espacio público”. Los espacios públicos en el interior de los órganos parlamentarios y en los congresos están estructurados predominantemente como contexto de justificación, y no solamente dependen de un trabajo administrativo previo y de un trabajo administrativo posterior, sino que dependen también del contexto de descubrimiento que representa un espacio

público no regulado por procedimientos, es decir, el espacio público del que es portador el público general que forman los ciudadanos.³⁷⁰

Así, la formación de la opinión desligada de la toma de acuerdos o decisiones, se efectúa en una red abierta e inclusiva de espacios públicos subculturales con límites temporales, sociales y objetivos fluidos. Las estructuras de tal espacio público pluralista se forman de manera más o menos espontánea dentro de un marco garantizado en términos de derechos fundamentales. Las corrientes de comunicación en principio ilimitadas fluyen a través de los espacios públicos organizados en el interior de las distintas asociaciones, los cuales constituyen a su vez ingredientes informales del espacio público general, y la totalidad de ellos constituye un complejo salvaje que no se deja organizar en conjunto.³⁷¹

Por lo anterior, a causa de su estructura anárquica, el espacio público general resulta, por un lado, mucho más desprotegidamente expuesto (que los espacios públicos organizados dentro del complejo parlamentario) a los efectos de represión y exclusión provenientes de la desigual distribución del poder social, al poder estructural y a la comunicación sistemáticamente distorsionada. Por otro lado, tiene la ventaja de ser un medio de comunicación no restringida, en el que los nuevos problemas pueden percibirse de forma más sensible, los discursos de autoentendimiento pueden efectuarse de forma más extensa y expresiva, y las identidades colectivas e interpretaciones de las necesidades pueden articularse de forma más espontánea que en los espacios públicos regulados por procedimientos. La formación de la opinión y la voluntad, estructurada formalmente en términos democráticos, dependen del flujo de opiniones públicas informales que, en el caso ideal, se forman en las estructuras de un espacio público no menoscabado en su espontaneidad.³⁷²

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 384.

³⁷¹ *Idem*.

³⁷² *Idem*.

En apoyo a esta idea de legitimidad sustantiva, John Rawls señala que nuestro ejercicio del poder político sólo es plenamente correcto cuando se ejerce de acuerdo con una constitución cuyos rasgos esenciales quepa esperar que sancionen todos los ciudadanos en cuanto libres e iguales a la luz de principios e ideas aceptables a su común razón humana.³⁷³

Dado lo anterior, la posición sustantiva, en primer término, desarrolla una idea de legitimidad que se vincula directamente al fondo o sustancia de los asuntos o disposiciones a seleccionar, y que involucra el aspecto fundamental de la voluntad de todos aquellos directamente involucrados e interesados en todo lo que se discute. Para ello, se estructura la idea de resaltar la importancia de los lugares o espacios, formales e informales en los que los ciudadanos pueden participar. Todo este conjunto de ideas resaltan la importancia de que el derecho que se aprueba o las decisiones que se toman en una sociedad, se conozcan y acepten plenamente por todos a quienes afectan, rechazando la posición de que las normas o decisiones adoptadas, son legítimas tan sólo por el hecho de que se sometieron a una serie de reglas electorales determinadas, aun y cuando los sujetos directamente afectados por ellas, las desconocen y/o no tuvieron participación alguna en su estructuración.

2.2.2.3 La legitimidad en términos de la idea funcional

A diferencia de la posición sustantiva de la legitimidad, la idea funcional de la legitimidad sostiene que el proceso democrático se efectúa exclusivamente en la forma de compromisos entre intereses, por lo que las reglas de la formación de compromisos que, a través del derecho universal e igual de sufragio, a través de la composición representativa de los órganos parlamentarios, a través del modo de decisión, o a través de los reglamentos de régimen interior, etc., tienen la finalidad de asegurar el éxito de los resultados, fundándose tal idea simplemente en los derechos fundamentales liberales. A esta posición no le importa llevar a

³⁷³ Rawls, John, *Liberalismo político*, cit., p. 184.

cabo una formación racional de la voluntad política, sino se interesa únicamente en la obtención de un balance exitoso de resultados por parte de la actividad estatal.³⁷⁴

Esta idea liberal de argumentación considera el poder del Estado, un potencial que perturba e impide el tráfico social espontáneo de las personas privadas que buscan satisfacer sus propios intereses, por lo que, salta a la vista que el eje de este modelo liberal no es la autodeterminación democrática de ciudadanos deliberantes, sino la formación de una sociedad económica en forma de Estado de derecho, sociedad económica que, a través de la satisfacción de las expectativas de felicidad de personas privadas implicadas en el proceso de producción económica, garantizan de manera indirecta un bien común entendido en términos fundamentalmente apolíticos.³⁷⁵

Desde esta posición, las acciones de los colectivos o de los actores individuales, se coordinan únicamente para que sus resultados y aportaciones diferenciales vengán a ensamblarse para obtener un resultado positivo, juzgándose dicho resultado sólo bajo criterios de racionalidad técnica y económica. Para este tipo de juicio, las condiciones de éxito pueden describirse como realización de fines colectivos, como un simple mantenimiento de un sistema dado, o como sintonización de distintos sistemas entre sí, pero siempre se mantiene neutral frente a la diferencia entre integración social e integración sistémica.³⁷⁶

Según esta idea funcional de la legitimidad, los electores con sus votos, convierten y traducen un autointerés más o menos ilustrado en demandas enderezadas al sistema político, mientras que los políticos que consiguen cargos o quieren conservarlos, intercambian esos votos por ofertas políticas determinadas. Así, de las transacciones entre electores y elites políticas que deciden por ambas partes de forma económicamente racional, resultan

³⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit. pp. 373 y 374.

³⁷⁵ *Idem*.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 397.

decisiones que son racionales en cuanto a que tienen en cuenta intereses particulares agregados que han sido objeto de una equilibrada ponderación.³⁷⁷

Como describimos en el apartado 1.2.2.5 de nuestro capítulo anterior, la teoría de sistemas adopta una posición aún más radical que la de los funcionalistas, ya que abandona el nivel de los sujetos de acción individuales y colectivos, considerando a la sociedad una red de subsistemas autónomos que se encapsulan unos frente a otros adoptando cada uno su propia semántica, constituyendo los mismos un simple entorno para los otros, de tal forma que la interacción entre ellos se desarrolla tomando en cuenta únicamente sus propias formas de operación, sin tomar en cuenta las intenciones e intereses de los actores implicados.³⁷⁸

Por lo anterior, la teoría de sistemas abandona en definitiva la concepción jerárquica de la sociedad centrada en el Estado, y es el sistema político el que se especializa en la producción de decisiones colectivamente vinculantes, de tal forma que la teoría de sistemas atribuye la formación política de la opinión y la voluntad, dominada por la competencia entre partidos, a un público de ciudadanos y clientes que queda arrancado de las raíces que lo atan a su mundo de la vida, quedando transportado al sistema político. En este sistema político, gobierno y oposición constituyen el complejo con más densidad organizativa, y extraen de los ciudadanos su lealtad a través de partidos estatalizados que se entienden directamente con sus clientes, y esta es una forma de poner en marcha el control y dirección de la producción legislativa. De esta forma, con la creciente complejidad de la sociedad el centro de gravedad se desplaza a favor de esta circulación informal, de tal suerte que la cuestión de cómo en tales circunstancias es posible la responsabilidad política, pierde su sentido para la teoría de sistemas, ya que ésta ha desterrado de sus conceptos básicos todo lo normativo, permaneciendo insensible a ese umbral de contención normativa que

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 412.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 413.

representa la circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho.

379

Así, la teoría de sistemas observa cómo el proceso democrático queda socavado y ahuecado bajo la presión de los imperativos funcionales, y hace así importantes contribuciones a una teoría de la democracia; sin embargo, no ofrece marco para una teoría propia de la democracia porque separa la política y el derecho convirtiéndolos en sistemas funcionales distintos, cerrados a su entorno, y al sistema político lo analiza esencialmente desde puntos de vista concernientes a la autorregulación y autocontrol del poder administrativo.³⁸⁰

La teoría de sistemas somete las cuestiones de comunicación en el proceso legislativo, a descripciones tales que desenmascaran la impotencia del poder comunicativo a la hora de tomar decisiones vinculantes en el espacio público-político. Desde este punto de vista, el sistema político, una vez positivizado el derecho, renuncia a fuentes autónomas del derecho legítimo, y al igual que otros sistemas funcionales, también la política se autonomiza en un circuito de comunicación, completamente cerrado sobre sí mismo y con su propio código.³⁸¹

Según esta posición sistémica, en conexión con el sistema jurídico, cuya función es asegurar la legalidad, la política que se ha vuelto contingente, autorreferente y por ello cerrada al exterior, extrae de sí misma todo lo que ha menester en lo tocante a legitimación. Por ello, la necesidad de legitimación puede cubrirse en términos paternalistas partiendo del complejo de mayor densidad organizativa, es decir, a través de líneas de conexión que van desde el juego de revancha y desquite entre gobierno y oposición hasta la compleja red de comunicaciones que forma el público de los electores, pasando por la competencia entre los partidos. Sin embargo, este cuadro que Luhmann pinta de la autolegitimación de una política o sistema político anclado en el aparato estatal, sufre un desgarrón

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 414.

³⁸⁰ *Idem*.

³⁸¹ *Idem*.

cuando el planteamiento que hoy representa la teoría de sistemas se confronta con la tarea de pensar la teoría del Estado desde la perspectiva de una sociedad éticamente responsable y que sea éticamente defendible.³⁸²

Y esta problemática se ha vuelto evidente cuando se le ha preguntado directamente a Niklas Luhmann, creador de la teoría de sistemas, lo siguiente: *¿Por qué no es posible asumir que los hombres en comunicación, es decir, la sociedad, entendiendo y valorando la información que posee, en concordancia con su filosofía y su ética, pueden determinar la producción de la norma?*

En principio, como ya hemos mencionado, para Luhmann un sistema social es un modelo temporal de presencias simultáneas, en donde los individuos colocados en una misma dimensión del espacio actúan con base a la selección, aceptación y manejo de temas comunes, y en donde el poder es una forma de dominación fundamentalmente relevante, ya que afecta el nivel de selección disponible de los individuos y, a diferencia de la clásica definición Weberiana del poder, que ya describimos en párrafos anteriores, Luhmann indica que el poder es simplemente una operación de mutua influencia e intercambio, en donde los actores ostentan diferentes niveles de libertad de actuación y decisión disponibles. Y esta definición de poder en Luhmann es de suma importancia porque, como veremos a continuación, desplaza la idea de legitimidad a un segundo plano.³⁸³

En estos términos, para Luhmann el poder es la generalización y reconocimiento colectivo a cierto número de cualidades que pueden o no estar en manos de un grupo específico de individuos (burocracia o administración). Por ende, disponer de una serie de políticas multiplica las habilidades de quien detenta el poder y lo hace más capaz. La teoría luhmanniana señala que el acto de poder, como actividad de confianza y consenso, es más exitoso en la medida en que los

³⁸² *Idem.*

³⁸³ Víctor Alarcón Olea, "Política y derecho en la obra de Niklas Luhmann", en Antonio Camou y José Esteban Castro, *La sociedad compleja*, Triana, México, 1997, p. 144.

actores participantes del mismo incrementan su libertad gracias justamente al número de alternativas presentes. Luhmann reconoce que la construcción de estas situaciones para ampliar los grados de libertad mediante el ejercicio del poder dentro de una sociedad, se ven entorpecidas por la presencia de jerarquías (a través de las instituciones creadas por el Estado). Lo que Luhmann plantea realmente es una situación hipotética en donde el poder, genéricamente hablando, debería ser un acto de mutuo reconocimiento.³⁸⁴

Así, dado que este mutuo reconocimiento de libertades entre agentes que portan el poder, permite a los mismos elegir con oportunidad y de manera muy eficiente las opciones disponibles, para la teoría de sistemas, en algunos casos la positivización del derecho perturba este mutuo reconocimiento, ya que el derecho introduce ciertos umbrales de control y certidumbre en el uso del poder mediante algunas figuras jurídicas, como por ejemplo el contrato, y tales controles se basan fundamentalmente en la desconfianza, imponiéndose restricciones a la libertad por parte del polo más poderoso hacia la parte débil dentro del acuerdo, perdiendo la decisión final, en muchos casos, eficiencia y oportunidad.³⁸⁵

Según esta idea funcional de legitimidad, cuando se reducen las alternativas disponibles, el poder también reduce sus posibilidades, quedando así descubierto como un simple medio negativo de coerción. Así, los agentes que tienen el poder, la transmisión y las codificaciones mutuas de tales agentes pueden reducirse sin producir solución alguna.³⁸⁶

La versión luhmanniana del poder bajo medios comunicativos, se da a partir de que los participantes dentro del acto de poder de similares capacidades cognitivas, mismas que deben estar definidas por principios de congruencia y especialización, garantizan la evolución misma del sistema; la distribución de

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 146.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 147.

funciones está inicialmente dada por códigos diferentes entre gobernante y gobernado. Si lo anterior acontece, ello implica para Luhmann identificar con claridad varios niveles de tensión y ajuste comunicativo entre la sociedad y la política, entre el código general y la selectividad particular posible entre los actores participantes en el proceso de poder que se ve agotado por la falta de recursos tales como la protección, el amor o el dinero. De esta forma es como para Luhmann se hace necesaria la existencia de sanciones que pueden ser de tipo positivo o negativo desde la óptica de los individuos que interactúan entre sí y con relación al sistema social, para así retener el dominio y el acceso sobre éstos. En este tipo de operaciones valorativas, Luhmann funda su idea de legitimidad hacia y en la decisión; esto es, Luhmann basa su idea de la legitimidad en la oportunidad y acierto con que se seleccionen las mejores opciones disponibles, dependiendo del poder que tengan los actores en una situación determinada.³⁸⁷

Por ello, para este autor, toda decisión de poder responde a tres importantes factores: potencialidad, oportunidad y disposición, mismas que racionalmente permiten fundamentar la orientación y los costos que conduzcan a su realización. Por ejemplo, Luhmann señala que la carencia de medios jurídicos adecuados en ocasiones define que en aras de la legalidad, se tengan que sacrificar cualidades más efectivas para retener la acción y el consenso dentro del sistema, por lo que las modalidades que el poder puede adoptar se vuelven múltiples. Además, las decisiones sobre las cuales se fundamenta su acción se despliegan en procesos de integración e interrelación, cuyo impacto temporal obviamente tiene implicaciones y direcciones variables en todo momento, tanto para sus vías de simbolización como para aquellas de tipo normativo legal.³⁸⁸

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 148.

Bajo esta perspectiva, Luhmann nos propone entender que la evolución de los sistemas políticos y jurídicos está propuesta a partir de la competición y selección de diversos poderes, cuyos atributos han devenido en capacidades estructurales asimiladas por los sujetos y objetos de poder. Lo anterior nos habla ciertamente de su complejidad y los medios de poder disponibles, y con ello podemos analizar su organización y la forma en cómo sus instituciones responden a las demandas del sistema social. Según Luhmann, en tales circunstancias la sociedad no indica la clara primacía de alguno de los campos diferenciados de la política, por lo que el poder y el derecho parecieran ser la contingencia de lo que parece ser una etapa necesaria en la evolución social.³⁸⁹

Así, el ejercicio de poder implica ciertamente la presencia de ciertos instrumentos de control, así como la formalización o la centralización, pero también hace justificable la posibilidad del riesgo, cuyos atributos también nos permiten identificar los parámetros de flexibilidad con que el sistema puede enfrentar repentinos periodos de agotamiento o escasez de medios o códigos de intercambio, mismos que pueden partir desde las fuentes mismas del poder, los niveles de relación personal e institucional en las modalidades jurídicas imperantes, etc.³⁹⁰

De esta forma, una vez definida la actuación del poder en las sociedades altamente diferenciadas, es fácil comprender que para Luhmann, el derecho y la política también son comunicaciones de eventos que impactan en la conciencia de los participantes, quienes determinan así la selección de las operaciones que son más adecuadas. Y para este autor, el derecho y la política cognitivamente se comunican con la realidad a través de la acumulación de una memoria conceptual o influidos por la verificación de eventos, ya que como mencionamos anteriormente, ambos sistemas se encuentran cerrados.³⁹¹

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 149.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 139.

Por ello, Luhmann desestima que el derecho pierda toda fuerza particular en la medida en que más intereses políticos y económicos estuvieran presentes en su formulación. Por el contrario, para Luhmann ello representa un estímulo positivo que dota de mayor rango de acción comunicativa y de significado al propio derecho. Pero este autor reconoce que, sin embargo, si puede surgir un conflicto serio cuando este tipo de intereses derivan hacia condiciones de arbitrariedad incontroladas. Es decir, en códigos políticos que informativamente no fueran procesados, como los que proceden de ciertos grupos de interés, o surgidos desde posturas que intenten imponer un modelo predeterminado de ingeniería social.³⁹²

Todas estas ideas planteadas por Luhmann, nos indican la forma tan particular en la que este autor concibe la forma en la que se toman decisiones, las que al parecer, pierden su carácter de vinculatorias con el resto del grupo social, y cobran autonomía e importancia sólo para los actores de forma particular. Así, Luhmann argumenta que tras presentarse una transición de la diferenciación jerárquica a la diferenciación funcional, se produce un simple incremento de la autorreferencia como mecanismo para la producción de la realidad social y cultural, en tanto debe pensarse en los medios sobre cómo articular la presencia de derechos subjetivos dentro de la consiguiente conciencia jurídica que responda a las exigencias complejas de una sociedad moderna. En diversos niveles, la cobertura del derecho se ha tornado cada vez más general en la medida en que las leyes son más indicativas que efectivas, y en tanto producto del incremento mismo de la complementariedad y reciprocidad de las expectativas jurídicamente protegidas.³⁹³

Así, entendemos pues el carácter instrumental que Luhmann otorga al derecho, y la forma en la que, consecuentemente, es concebida la legitimidad: en términos únicamente referidos al éxito que se tenga en la selección de la opción

³⁹² *Ibidem*, pp. 139 y 140.

³⁹³ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

disponible. Así, para este autor la Ley se asimila al dinero en cuanto que es sólo un instrumento para lograr una clara comunicación que defina entre los ciudadanos el carácter de sus acciones y de los medios que utilizará para llevarlos a cabo, de tal forma que:

a) La impartición del derecho y la asignación distributiva del dinero se convierten en categorías centrales de decisión; de esta manera, su carácter de instrumentos compensatorios y contingentes terminan por ser absorbidos para convertirse en características primordiales en la agenda de demandas que la ciudadanía formula ante la administración.

b) La propia administración asistencial intenta reconstruirse en actividades no oficiales, bajo la premisa de satisfacer y producir legislación acorde a estas nuevas características estructurales, que paradójicamente llegan a convertirse en limitaciones para su misma condición evolutiva, debido a los costos monetarios y culturales que su propia dinámica genera.

c) Las funciones de demanda y satisfacción cubiertas con la asignación de los derechos, presentan diferencias sustanciales con los resultados finales que efectivamente aseguren que los individuos gocen de los mismos derechos. De ahí que el presupuesto del Estado de bienestar deba inicialmente, cubrir ese carácter inclusivo para compensar la distancia creciente entre el nivel subjetivo y el objetivo que el derecho en general ahora mantiene como una instrumentalización del Estado moderno.³⁹⁴

Por lo anterior, la posición sustantiva que opera con base en el autoconvencimiento de los ciudadanos, considera que la concepción funcional de la legitimidad, es un verdadero obstáculo para el desarrollo mismo de la libertad individual, porque justamente se aleja de su carácter social para quedar atrapado en un mero nivel organizacional que, en caso de operar

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 152 y 153.

adecuadamente, sólo podrá implicar la definición de decisiones programadas que condicionan o se concentran en ciertas tareas para proveer, al final de cuentas, simples bases administrativas para la definición de una legitimidad.³⁹⁵

En tal sentido, los funcionalistas, y en especial Luhmann, abogan por que el Estado, en vez de divagar todavía en cuestiones éticas, religiosas o de corte teórico clásico, como la soberanía o la legitimidad, asuma un compromiso serio que se encamine a la reducción de la complejidad social, a través de decisiones de gobierno realmente efectivas. Los funcionalistas proponen que la relación entre la política y el derecho, en estas nuevas y complejas sociedades, se disuelva precisamente a favor del derecho para que éste se constituya en un ordenador amoral de un nuevo tipo, que pueda conducirse racional y decisionalmente bajo márgenes de riesgo legislativo; ello sustentado en la idea funcional de que la política no es más que el espacio de la defensa de los intereses privados, esto es, el derecho ahora se estructura o crea no por individuos, como antes ocurría, sino por corporaciones cuyos intereses se encuentran articulados por la economía.³⁹⁶

En síntesis, la posición funcionalista de la legitimidad nos indica que lo importante es que a problemas particulares correspondan soluciones de igual envergadura. Así, la misión de la economía, el derecho o la política corresponden efectivamente al propósito de abrir nuevas condiciones que permitan adecuar los medios y los fines disponibles, más que anticipar su propia existencia a través de normas jurídicas sustentadas en el consenso generalizado. La inobservancia a esto, según Luhmann ha provocado la crisis actual del Estado de bienestar y de la democracia, ya que se han desapegado totalmente de la realidad en la que se desenvuelven. Así, el Estado ha terminado por ser incapaz de encarar una lógica monetaria y de consumo que además, culmina por ser engullida a manos de problemas tales como: bancarrotas

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 153.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 158.

económicas, ideologías políticas caducas, clases políticas extenuadas y atadas a su propio pasado, aparatos burocráticos incontrolados, así como amplios cuerpos legislativos cuya fuerza permanece sin efecto.³⁹⁷

Estas tres formas de valorar la legitimidad nos muestran las razones por las que algunos estudiosos del derecho y del Estado, continúan analizando la forma de estructurar una posición objetiva que de manera adecuada proponga a las sociedades complejas, una alternativa completa de organización dirección y funcionamiento. Claus Offe y Habermas, han analizado el problema de la legitimación como un elemento permanente de crisis en las sociedades capitalistas, ya que como hemos visto el sistema económico de producción ha desintegrado los principios hasta ahora entendidos de participación de la sociedad. De esta forma, se aprecia que los crónicos déficits legitimatorios de las sociedades capitalistas avanzadas, como la nuestra, se derivan de la tensión original de su fórmula constitutiva, ya que ésta pretende conciliar una estructura social de clases con el libre juego de la inversión de capitales y con los principios políticos de la democracia. La perspectiva histórica de los últimos años y la forma en que la idea de legitimidad se ha venido transformando, exige una profunda revisión de los argumentos que se emplearon en su momento para diagnosticar una supuesta crisis de legitimación de las democracias occidentales.³⁹⁸

Todas estas concepciones de la legitimidad, sumadas a la crisis inevitable del Estado y sus principios, han motivado que la teoría discursiva de Habermas vuelva a sentar las pautas del debate relativo a los problemas de democracia y representación de las sociedades, esta vez para justificar la aceptación de las normas políticas y jurídicas del Estado de derecho en virtud de las estructuras que regulan la comunicación lingüística y las formas intersubjetivas de socialización. De todo ello emana una teoría de la democracia que se pretende

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 159.

³⁹⁸ Francisco Colom González, *Legitimidad política*, cit, p. 182 y 183.

a la vez normativa y empíricamente fundada, cuyo punto central consiste en describir la relación que necesariamente debe darse entre la toma institucionalizada de decisiones soberanas y los procesos de comunicación política, a fin de garantizar la vinculatoriedad de las primeras, lo que es decir tanto como avalar su legitimidad democrática.³⁹⁹

2.2.3 La legitimidad y la lógica del sistema capitalista

Esta última posición que acabamos de exponer, la cual describe la legitimidad desde el punto de vista “funcional”, da por sentada la complejidad de las sociedades actuales, y la lógica capitalista dominante en las mismas. Algunos pensadores de esta corriente, particularmente quienes han desarrollado la idea del “derecho reflexivo”, han llegado incluso a sugerir, dada la complejidad resultante, la necesidad de sustituir algunas categorías jurídicas que pudieran ya no resultar efectivas en las sociedades actuales, en razón de un próximo e inminente agotamiento paradigmático del derecho y del pensamiento jurídico.⁴⁰⁰

Para afirmar lo anterior, la corriente del “derecho reflexivo” se basa en la idea de que la dogmática jurídica, hasta ahora, se ha encargado de reducir en lo posible la experiencia social a la dimensión de las normas, configurando éstas como realidades que se bastan así mismas, capaces de autofundarse, transformándose el derecho no en un valor trascendental, producto de un hecho social, sino como un simple conjunto de reglas positivas bajo la forma de un orden coactivo, encarando las relaciones sociales concretas exclusivamente desde la óptica de las prescripciones normativas, es decir, de la relación de imputación entre sanciones y actos considerados ilícitos.⁴⁰¹

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 183.

⁴⁰⁰ José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 33

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 37.

Esta posición supone que, por tales razones, la dogmática jurídica es ahora víctima de la victoria final del imperialismo de la teoría económica, y de la hegemonía de un cierto racionalismo económico sobre todas las otras visiones del mundo, ya que la maximización ilimitada de la acumulación, enfatizada por esa lógica y multiplicada por el fenómeno de la globalización, condiciona y somete de manera avasalladora todos los comportamientos, al tiempo que se transforma en un instrumento anónimo de integración económica que opera muy por encima de la voluntad política de los ciudadanos.⁴⁰²

Sobre la base de estos argumentos, se afirma que este tipo de integración económica, se traduce en una integración de naturaleza eminentemente sistémica, cimentada principalmente en la especialización y mercantilización del conocimiento, en la tecnología, en la competitividad, en la producción y en el dinero. Por ende, se trata de una integración que entra en conflicto con la integración social, pues ésta, como ya lo explicamos a través de Habermas en los apartados anteriores, se funda en valores, normas, acuerdos y contratos, es decir, mediada por la consciencia y voluntad de los actores.⁴⁰³

Lo anterior implica que, si la integración sistémica de las sociedades actuales tiene como principio constitutivo y organizador la acumulación y la maximización de la rentabilidad del capital, el sistema económico forja sus propias estructuras políticas y jurídicas, estableciendo límites para los agentes y grupos que lo integran y crea sus propias reglas de legitimación.⁴⁰⁴

Tales circunstancias nos ofrecen un problema de importante envergadura: gran parte de las instituciones jurídicas de las sociedades, se contaminan de la lógica de acumulación capitalista, lo cual, desde la idea de legitimación “sustantiva” que hemos expuesto con anterioridad, se traduce en un serio problema de legitimidad.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 43.

⁴⁰³ *Idem*.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

Aún y cuando el Estado ha continuado legislando, incluso en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y mercantil, se nota una pérdida significativa de su poder de intervención, y se ve obligado ahora a compartir la titularidad de su iniciativa legislativa con diferentes fuerzas económicas que incluso trascienden el nivel nacional. Sobre ello, Eduardo Faria opina lo siguiente:

[el Estado] ha estado limitado en sus políticas fiscales, en sus instrumentos de dirección y en sus estrategias de planificación; ha sido obligado a tener más en cuenta el contexto económico y financiero internacional que las propias presiones, deseos, expectativas y reivindicaciones nacionales; se ha visto restringido al papel de articulador y controlador de la autorregulación, teniendo por función: a) preservar la complejidad de las diferentes racionalidades de los sectores y agentes productivos y b) inducir procesos de mutuo entendimiento entre ellos.⁴⁰⁵

Tales limitaciones están conduciendo al derecho positivo a disciplinar no tanto los comportamientos, sino los procedimientos, esto es, el derecho paulatinamente tiende a dejar de tener como objetivo el establecimiento de sanciones para el incumplimiento de lo inicialmente acordado o aceptado, y se dirige más bien a realizar los ajustes procesales necesarios para la constante evolución de las relaciones de fuerza que se suscitan al interior del sistema económico y de sus cadenas productivas, toda vez que tales relaciones tienen un carácter eminentemente policéntrico y multipolar, imposibilitándose con ello la imputación simultánea y múltiple de las responsabilidades.⁴⁰⁶

Con sustento en lo anterior, las organizaciones transnacionales han ampliado considerablemente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios,

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 120.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pp. 120 y 121.

códigos deontológicos de conducta y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial.⁴⁰⁷

Lo anterior provoca una fuerte tensión en el campo de creación y aplicación del derecho, dada la acelerada multiplicación de estas normas de naturaleza técnica, la proliferación de los organismos responsables de su formulación, positivización y aplicación, la multiplicación de las reglas de funcionamiento impuestas por los grandes conglomerados empresariales y financieros transnacionales, la fragmentación de la adjudicación en el plano mundial, y el proceso de internalización armonizadora y homogeneizadora de importantes áreas, ramas y sectores del derecho positivo nacional.⁴⁰⁸

Esta evidente ruptura de la unidad lógico-formal y de la racionalidad sistémica de los ordenamientos jurídicos constituidos básicamente en forma de códigos, sumada a la multiplicación de leyes especiales promulgadas de forma casuística en respuesta a contingencias y problemas surgidos con la eclosión de las crisis de gobernabilidad, nos muestra los graves problemas de legitimidad del derecho, a través de los cuales se hace manifiesta una verdadera ineficacia del orden jurídico vigente.⁴⁰⁹

Lo anterior cobra gran importancia en razón de que, como ya explicamos en nuestro primer capítulo, en palabras de Kelsen, la validez del derecho se refiere básicamente al “modo de existencia específico de las normas jurídicas”; y desde este punto de vista técnico jurídico, las normas se revelan eficaces cuando pueden ser aplicadas y exigidas dentro de los límites estrictos del sistema legal. Pero esta concepción se enfrenta al problema de la eficacia en el plano de la aplicación y el objetivo mismo del derecho. Esto es, con la ayuda del pensamiento de Habermas, hemos sostenido en este trabajo de tesis que las normas y las leyes acostumbran ser eficaces cuando en la realidad que regulan

⁴⁰⁷ *Idem.*

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 124.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 105.

encuentran las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ideológicas e incluso antropológicas para su cumplimiento, reconocimiento, aceptación, y para su cumplimiento por parte de sus destinatarios.⁴¹⁰

En este sentido, hemos afirmado que un determinado sistema jurídico no se vuelve eficaz sólo porque es un conjunto de reglas coherentes internamente en términos lógico- formales, o porque está sustentado en el monopolio de la fuerza del poder que lo positivizó. Se vuelve eficaz porque además de lo anterior, los actores incorporan en sus conciencias la premisa de que las reglas que deben obedecer, deben ser inviolables. Esto significa que sin la interiorización de un sentimiento genérico de disciplina y sin el sistemático respeto a las leyes, a los códigos y a las normas, la eficacia de un determinado orden legal acabaría viéndose comprometida, con independencia del poder represivo del Estado que lo impone. La ausencia de esa interiorización y de ese respeto está en la base de la ineffectividad de sus leyes, de sus engranajes jurídicos, de sus mecanismos procesales y de sus estructuras jurídicas, tal y como lo afirma Habermas al exponer su idea de *autolegislación*, expuesta en los apartados anteriores.⁴¹¹

Según Eduardo Faria, el problema de la eficacia del derecho origina lo siguiente:

Cuando un sistema jurídico está plagado de “leyes de circunstancias” y “reglamentos de necesidad” surgidos a partir de coyunturas muy específicas y transitorias, la velocidad y la intensidad en la producción legislativa lleva invariablemente a que el Estado pierda la dimensión exacta del valor jurídico tanto de las normas que promulga cuanto de los actos que disciplina. Esto es así porque en los períodos más agudos de inflación legislativa no sólo se erosiona la coherencia y la uniformidad de las normas “primarias” (las que controlan y regulan los comportamientos), sino que incluso resultan dañadas las normas secundarias. Es decir, las normas de cambio, reconocimiento y adjudicación se revelan incapaces de ejercer su

⁴¹⁰ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 108.

*papel, consistente en eliminar las incertidumbres y asegurar la identidad sistémica del derecho positivo, ante la dificultad de identificar, evaluar y constatar la violación de las normas primarias. Por este motivo, un ordenamiento jurídico minado por la inflación, por la variabilidad y por la volatilidad de sus dispositivos normativos acaba exigiendo un trabajo interpretativo continuo, una vez que sus múltiples normas sólo pueden definir su sentido en el momento exacto de su aplicación.*⁴¹²

Una de las consecuencias más graves que actualmente se palpan en el ámbito de creación y aplicación del derecho, se manifiesta por la dimensión cada vez más teleológica o finalista, por su naturaleza altamente especializada y por sus mecanismos notablemente protectores (en materia por ejemplo de alquileres, consumo, medio ambiente, trabajo, familia, población de baja renta, etc), y se refiere a la sustitución de las tradicionales normas abstractas, genéricas e impersonales por normas bastante técnicas y muy específicas, con lo cual se ponen en peligro las relaciones vitales de lo que Habermas ha denominado el “mundo de la vida”, entendido en nuestro primer capítulo como la espina dorsal de una sociedad determinada, el cual en este momento corre el peligro de ser colonizado por el sistema económico dominante, con lo cual se quiebra su capacidad de autoproducción.⁴¹³

La exposición que hemos formulado en los apartados anteriores, nos sugiere el análisis de instituciones jurídicas vigentes en nuestro país, las cuales estimamos se han creado bajo la lógica del sistema capitalista, y que aún y cuando han seguido los procedimientos formales previamente estatuidos para su creación, su contenido refleja serios problemas de legitimidad, de acuerdo a las ideas que hemos vertido en este trabajo de tesis.

⁴¹² *Ibidem*, p. 112.

⁴¹³ *Idem*.

Pretendemos que el siguiente análisis nos lleve a confrontar las diferentes ideas de “legitimidad” que hemos expuesto desde sus diferentes posiciones: procedimental, sustantiva y funcional. También traeremos a contexto las ideas de Habermas sobre los aspectos que hemos considerado esenciales en la creación y operación del derecho en una sociedad, como la autolegislación, el autoentendimiento, los acuerdos racionalmente motivados, la fuerza del mejor argumento, la participación de todos los posibles afectados, los espacios públicos de comunicación, el derecho como mecanismo de entendimiento e integración de la sociedad, etc.

CAPÍTULO 3

INSTITUCIONES JURÍDICAS MEXICANAS: SUS PARTICULARIDADES Y LA LÓGICA DEL SISTEMA ECONÓMICO LIBERAL.

Sumario: 3.1 Instituciones Jurídicas Mexicanas: Análisis y Comentarios. 3.1.1 Creación y reforma de Leyes. 3.1.1.1 Sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 3.1.1.2 Sobre la Ley Federal de Competencia Económica. 3.1.1.3 Sobre la Ley de la Propiedad Industrial. 3.1.1.4 Sobre la Ley Federal de Radio y Televisión.

3.1 Instituciones Jurídicas Mexicanas: Análisis y Comentarios

3.1.1 Creación y reforma de Leyes

Son muchos los ejemplos que podríamos ofrecer para sustentar la idea de que en nuestro país, cuando menos desde las dos últimas décadas, es el sistema económico el que ha motivado con gran fuerza la actividad del Poder Legislativo, ya que de manera reiterada dicho sistema (recurriendo a las vías institucionales previstas en el marco jurídico mexicano) solicita la aprobación, creación o modificación de leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas necesarias para operar eficientemente.

No es curioso que para abordar el tema de las reformas que en materia económica ha sufrido nuestra legislación, resulte fundamental decir que éstas, en principio, fueron motivadas por una severa crisis económica general por la que transitó nuestro país. A pesar de que la sociedad mexicana ha vivido severas experiencias de carácter económico, la registrada en el año de 1982 planteó a las instancias gubernamentales la necesidad de reformular el proyecto de desarrollo económico y las instituciones jurídicas que durante décadas se venían instrumentando. Pensar en un nuevo proyecto económico para México, significó el diseño de un esquema integral de reformas fiscales y financieras que dieron paso a una auténtica apertura comercial y a una privatización de empresas estatales, al no tener éste ya recursos suficientes para continuar operándolas; se dio marcha a un nuevo proyecto económico que le diera entrada

definitiva al poder económico de los capitales, a través de una reforma integral de un gran número de las instituciones en nuestro país.⁴¹⁴

Es importante destacar que el eje fundamental en el cambio del proyecto económico en nuestro país, ha sido sin duda la mencionada apertura comercial y financiera, cuyo objetivo fundamental es involucrar a nuestra economía con las reglas y principios que sustentan las economías de un gran número de países del mundo.

Sergio López Ayllón explica que el replanteamiento del proyecto económico de nuestro país, implicó un desmantelamiento rápido de los mecanismos de protección, a la par de una integración gradual de nuestra economía al mercado de América del Norte, ya que hasta principios de la década de 1980, el gobierno mexicano había mantenido un sistema de protección a la industria nacional, sustentado en permisos específicos de importación para casi todos los productos, aranceles muy altos y el uso de precios oficiales en la vinculación aduanera. Como ha sido mencionado, tal replanteamiento e integración no era posible sino a través de una profunda reforma legislativa.⁴¹⁵

López Ayllón puntualiza que de un total de doscientos cuatro instrumentos jurídicos federales vigentes en diciembre de 1996 (excluyéndose la legislación del Distrito Federal), en el periodo que comprende del 1 de diciembre de 1992 al 31 de diciembre de 1996, esto es, ya en la segunda década de crisis por la que atravesaba nuestro país, 107 leyes fueron publicadas nuevas, 57 fueron reformadas y únicamente 40 no sufrieron modificación alguna; además señala que un porcentaje muy significativo de la legislación vigente se generó durante los últimos tres años del sexenio de Carlos Salinas de Gortari y el primero de Ernesto Zedillo Ponce de León, éste último coincidente con el de mayor actividad

⁴¹⁴ Sergio López Ayllón, *Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México: la encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México, 1997, pp 179 a 181.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 99.

en el número de reformas constitucionales. Estas cifras tan significativas, nos dan una idea del impacto y alcance de las reformas que se instrumentaron.⁴¹⁶

El 80% de la legislación federal mexicana fue modificada durante el período antes mencionado, lo cual significó una **revolución silenciosa que transformó prácticamente el conjunto del panorama del derecho en México.**⁴¹⁷

Fueron los sectores económico y energético los que sufrieron los cambios más completos: se incluyeron modificaciones en el régimen de la planeación económica, la deuda pública, la moneda, la inversión extranjera, el comercio exterior, las aduanas, el petróleo, el gas, la energía eléctrica y nuclear, la minería, la pesca, el turismo, los bosques, el agua, el mar, la cinematografía, la microindustria y la actividad artesanal, la protección al consumidor, la competencia económica, la metrología y la normalización, la propiedad intelectual y algunos aspectos de la expropiación.⁴¹⁸

Como dentro de los cambios estructurales implementados, también se privatizó y se permitió la entrada de bancos extranjeros, se tuvo que llevar a cabo una reestructuración al marco jurídico que sustentaba los servicios de banca y crédito. Así, la apertura financiera (la inversión extranjera en instituciones de crédito y el establecimiento de filiales de bancos extranjeros en México) y la autonomía del banco central, fueron los elementos más importantes en el rediseño económico mexicano, para lo cual tuvieron que efectuarse modificaciones integrales en materia de instituciones de crédito, mercado de valores, agrupaciones financieras, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, sociedades de inversión, instituciones y sociedades mutualistas y de seguros e instituciones de fianzas. En tal sentido, se modificaron las instituciones más importantes, como la Ley Orgánica del Banco de México, la de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la del Patronato del Ahorro Nacional, la de

⁴¹⁶ *Ibidem*, p.p 179 y 180.

⁴¹⁷ *Ibidem*, 181.

⁴¹⁸ *Ibidem*, 183.

Nacional Financiera, las Leyes Orgánicas de los Bancos Nacional de Comercio Interior, Nacional de Comercio Exterior, Nacional de Obras y Servicios Públicos, Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, y se reformó el Sistema Bursátil, y por supuesto, sin olvidar la controvertida creación de las Afores.⁴¹⁹

Asimismo, a la par de los referidos servicios financieros, se modificó el régimen de las operaciones e instituciones mercantiles; particularmente diversos rubros relacionados con los títulos y operaciones de crédito, las quiebras y suspensión de pagos, las sociedades mercantiles y las sociedades cooperativas. También se creó la figura de los corredores públicos, y se modificó el Código de Comercio en diversos rubros, destacándose la incorporación de la figura del arbitraje comercial, sin olvidar que también se expidió una nueva Ley de Cámaras Empresariales.⁴²⁰

La materia fiscal fue replanteada de manera paralela a los ordenamientos antes referidos, con la finalidad de reestructurar la operación de las finanzas públicas. Así, se modificaron algunos instrumentos jurídicos de gran importancia en nuestro país, como el Código Fiscal de la Federación, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley del Servicio Público de Tesorería de la Federación y las Leyes de los impuestos de exportación, importación, renta, valor agregado, al activo, automóviles nuevos, especiales sobre producción y servicios, tenencia y uso de automóviles, adquisición de inmuebles, así como la Ley Federal de Derechos.⁴²¹

Las reformas descritas fueron iniciativa, principalmente, del poder Ejecutivo Federal, y se llevaron a cabo sin complicación alguna, gracias a la facilidad con que se reformaba nuestra legislación durante ese período. Los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevén el procedimiento a seguir para presentar iniciativas de Ley y para reformar aquellas

⁴¹⁹ *Ibidem*, pp 183 y 184.

⁴²⁰ *Ibidem*, 184.

⁴²¹ *Idem*.

que se encuentran vigentes; y el artículo 135 establece la forma y términos para reformar el propio texto constitucional.

Este panorama que hemos expuesto sobre la acelerada evolución que en años recientes sufrió el sistema jurídico mexicano, otorgan gran sentido a las reflexiones formuladas por Habermas y desarrolladas en el capítulo primero de este trabajo, relativas a que el poder económico, respaldado por el mecanismo de control del dinero, busca el ropaje del derecho para anclarse de manera “legítima” en la sociedad, en el mundo de la vida. Por ello, las propuestas de reforma o creación de normas que ofrece el sistema económico, dado que en su mayoría no se dirigen a satisfacer necesidades generales que incumben a los diferentes grupos de la sociedad, o bien se dirigen a satisfacer intereses de grupos muy específicos, pocas veces llevan consigo el respaldo de un discurso racionalmente motivado en el que libremente puedan participar todos los posibles afectados. De esta forma, los proyectos de Ley que son de interés del sistema económico, se discutan en foros muy cerrados y con muy poca divulgación o promoción, o bien los promotores de la reforma o propuesta simplemente pactan previamente su contenido y aprobación con los diferentes grupos políticos del congreso.

Los casos específicos que abordaremos a continuación, son un claro ejemplo de instrumentos jurídicos de carácter o contenido económico que fueron creados o modificados en circunstancias que muestran la intención de ignorar a todos los posibles afectados, sin importar las condiciones sociales prevalecientes. A través de estos ejemplos trataremos de concluir sobre la importancia de contar con mecanismos de discusión de normas en los que se tome el pulso de la opinión de la sociedad, el cual es indispensable para que los posibles afectados se sientan creadores del derecho que los regula.

3.1.1.1 Sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Un ejemplo importante de las reformas comerciales llevadas a cabo durante el período analizado en el apartado anterior, es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, vigente a partir del 1 de enero de 1994, el cual suscitó y sigue dando pie tanto a innumerables comentarios positivos, como a críticas, y en ambos sentidos se han exagerado sus efectos. Como hasta ahora hemos sostenido que la gran cantidad de reformas efectuadas en nuestro país durante los últimos años, fueron motivadas por grupos de poder con intereses eminentemente económicos, a continuación destacaremos los motivos e intenciones que dieron vida a este Tratado, esto es, intentaremos destacar la lógica capitalista liberal que motivó sin reservas la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y las consecuencias, en términos generales, que los analistas han catalogado como “poco benéficas” para la mayor parte de la sociedad mexicana.

En principio, la discusión y firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) fue patrocinada 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 entonces 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, y declaraban que el TLCAN auguraba un mercado de 6 billones de dólares para 363 millones de consumidores, 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.⁴²²

Sin embargo, muchos analistas han opinado que la realidad fue otra, el TLCAN consagró en sus cláusulas 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, representan el poder de grandes capitales que cuentan con significativas ventajas sobre el resto de los participantes, tales como mano de obra barata, entre otras muchas.

Según cifras del INEGI, 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 último año antes de la introducción formal de políticas económicas neoliberales, el salario mínimo bajó a niveles inferiores a los de 1981.⁴²³

En armonía con esta lógica capitalista motivadora de reformas sustantivas, previo a la firma del TLCAN, se tomaron medidas legislativas para facilitar su cumplimiento, por ejemplo, se eliminó en una parte muy considerable la normatividad que imponía 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.⁴²⁴

⁴²² James Cockcroft, *La esperanza de México*, Siglo XXI editores, México, 2001, pp. 267 y 268.

⁴²³ *Ibidem*, p. 350.

⁴²⁴ *Ibidem*, 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.⁴²⁵

Todas estas medidas ya desfavorables para la sociedad mexicana, se acompañaron de otras decisiones más drásticas, tales como el recorte considerable al gasto social, perjudicándose con ello a la población en general, incluyendo también 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 significó 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.⁴²⁶

Como ya ha sido mencionado, 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. Así, 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 desempleada, utilizando el erróneo criterio de considerar

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 342.

⁴²⁶ *Idem*.

“empleado” a cualquiera que trabajase con o sin salario, durante una hora a la semana.⁴²⁷

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.⁴²⁸

Y no hay que dejar de mencionar uno de los acontecimientos más importantes relacionados con el TLCAN; antes de la firma de dicho acuerdo, el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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. Uno de los principales reclamos del movimiento Zapatista, era precisamente que el Gobierno Mexicano se encontraba negociando un acuerdo internacional de tal envergadura, aunque para ello tuviera que negar la situación de atraso y olvido en que vivían importantes poblaciones indígenas del país.⁴²⁹

También en materia ambiental, el TLCAN sufrió severas y bien fundadas reclamaciones y oposiciones por parte de individuos y de Organizaciones no Gubernamentales de las tres naciones, ya que la entrada en vigor de dicho acuerdo significaba también un atraso en el rubro ambiental, principalmente para México, por ser la Nación que no contaba con infraestructura ni mecanismos legales suficientes para hacer frente al deterioro ambiental que ocasionaran las otras dos partes del Acuerdo. El TLCAN fue el primer tratado comercial que

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 344.

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ *Idem*.

señaló como uno de sus objetivos el desarrollo sustentable. No obstante, su negociación fue duramente cuestionada por las razones expuestas. En México, el 30 de agosto de 1993 varias ONGS interpusieron una denuncia popular ante la Profepa (Procuraduría Federal de Protección al Ambiente) con el fin de que ésta solicitara a la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial una evaluación del impacto ambiental del TLCAN. La Procuraduría resolvió que la denuncia era improcedente, toda vez que la simple suscripción y entrada en vigor del tratado no constituía una modificación al ambiente que pudiera ser evaluada. En particular, la Profepa consideró que la evaluación debía realizarse sobre obras o actividades específicamente determinadas y no sobre una posibilidad genérica derivada de la expectativa de mayores índices de contaminación por el incremento de actividades industriales, comerciales o de servicios, vinculadas al TLCAN.⁴³⁰

En Estados Unidos diversos grupos ambientalistas demandaron en agosto de 1991 a la Oficina de Comercio de los Estados Unidos⁴³¹ ante una corte federal. Las ONGS solicitaron que se realizara una evaluación de impacto ambiental antes de que se enviara el texto del TLCAN al Congreso, toda vez que dicha Oficina no había presentado una evaluación sino solamente un documento denominado *Review of U.S.-Mexico Environmental Issues*. La demanda fue desechada por la corte en virtud de que las negociaciones del TLCAN no habían concluido y, sin un producto finalizado y listo para ser presentado a ratificación del Congreso, no tenía jurisdicción para fallar sobre el asunto.⁴³²

⁴³⁰ Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. *Oficio de respuesta a la denuncia popular N° 309/1465/09*, (mimeo), México, 1 de septiembre de 1993, p 9.

⁴³¹ *Public Citizen, Sierra Club and Friends of the Earth vs. Office of the United States Trade Representative*.

⁴³² Rodolfo Godínez Rosales, *Análisis jurídico de la contaminación transfronteriza por residuos peligrosos entre México y Estados Unidos*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, UNAM, 2002, pp. 112 y 113.

La demanda fue reintroducida en septiembre de 1992, esta vez con mayor éxito para las ONGS. El 30 de junio de 1993 el juez de la Corte Federal del Distrito de Columbia, Charles R. Richey, emitió una orden judicial que bloqueaba la ratificación del TLCAN mientras el Ejecutivo de los Estados Unidos no preparase la evaluación de impacto ambiental correspondiente. En esta segunda ocasión el juez consideró que el TLCAN constituía una acción final conforme a la terminología de la *National Environment Policy Act* (NEPA) y que al ser producto del trabajo de la representación comercial del Ejecutivo, sus actividades eran susceptibles de ser revisadas. En el fallo se concluyó que existían razones para suponer que la aplicación del TLCAN ponía en riesgo el ambiente, en particular el de la zona fronteriza. No obstante, el 24 de septiembre la Corte de Apelaciones invalidó la resolución del juez Richey al considerar que el tratado no era objeto de la jurisdicción de la NEPA. Finalmente, aunque ya no existía la obligación judicial, el 3 de noviembre de 1993 se envió el TLCAN al Congreso de los Estados Unidos, incluyendo entre sus documentos una evaluación de impacto ambiental.⁴³³

A pesar de la gran cantidad de críticas y advertencias que recibió la firma del TLCAN, éste se suscribió sin mayor contratiempo, y sigue en vigor sin importar los mencionados atrasos que han sufrido importantes sectores de la población mexicana. El interés de los grandes capitales nacionales y extranjeros de establecer condiciones más favorables para sus productos y negocios, se hizo superior y prioritario respecto de cualquier otra condición o consecuencia social presente o futura.⁴³⁴

⁴³³ *Idem.*

⁴³⁴ Recientemente, la publicación anual del Banco Mundial, llamada *informe del desarrollo mundial*, reveló que transcurridos 13 años desde que entró en vigor el TLCAN, México es el país del mundo que ha expulsado más trabajadores migrantes, perdiendo los trabajadores agrícolas el 30 por ciento de su poder adquisitivo, el cual hasta ahora no han recuperado; asimismo, se reveló que el TLCAN ha sido devastador para los pequeños productores en México, ya que varios millones de ellos han sido desplazados de sus tierras desde que comenzó a funcionar dicho acuerdo. La Jornada, sábado 20 de octubre de 2007, artículo: "La apertura en el campo expulsó a un cuarto de su población: BM".

Como mencionamos en los primeros párrafos de nuestro apartado, la legislación mexicana tuvo que adaptarse a los retos que le representaría la firma del TLCAN; ello era lógico porque ningún país (presionado por la grandes empresas que se verían involucradas) estaba dispuesto a firmar un Acuerdo Comercial con una nación que no contara con mecanismos jurídicos que aseguraran el éxito y protección de sus intereses económicos.

En los inicios de las negociaciones del TLCAN, una de las condiciones fundamentales para su futura firma, fue que nuestro país contara con un marco legal dirigido a proteger los intereses de los inversionistas, como los derechos de autor, las marcas, patentes, derechos industriales, y demás derechos derivados del intercambio de mercancías y servicios. Esta petición fue atendida a la brevedad, presentándose al Congreso de la Unión para su aprobación, tanto antes como después de la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, una serie de Leyes que prometían dar seguridad a los grandes capitales para invertir en nuestro país, las cuales, por tales razones, se revistieron de un espíritu económico-neoliberal muy notable.

Esto corrobora nuestra idea de que el elemento fundamental que ha motivado las reformas más importantes en nuestro país, durante el período que hemos destacado, ha sido el económico-funcional, pasando a segundo nivel otro tipo de consideraciones de carácter “sustantivo”. Este ejemplo nos permite inferir que en el caso del diseño y aprobación del TLCAN, no fue la idea sustantiva de legitimidad la que imperó, sino la funcionalista, dirigida no a incluir y a consultar a todos los posibles afectados por la entrada en vigor del Tratado, sino a obtener oportunidad, eficiencia, beneficios económicos y desarrollo para algunas importantes empresas transnacionales, aún a costa del retroceso social al que se pudiera enfrentar nuestro país.

En el caso del TLCAN, tampoco se actualizan las ideas de Habermas que en los capítulos anteriores, llamamos “indispensables” para la correcta estructura, entendimiento y funcionamiento de una sociedad, como por ejemplo lo que denominamos el sentimiento de “autolegislación” que es importante para que los individuos obedezcan una norma por convicción y no por la sanción que pudiera llegar a aplicárseles en caso de incurrir en algún tipo de desacato. En síntesis, lo que Habermas entiende y denomina sentimiento de “autolegislación”, como elemento primordial para que los individuos se sientan los creadores o autores del derecho, en el caso del TLCAN está lejos de presentarse, ya que si bien el gobierno mexicano quiso legitimar la aprobación de este tratado con la promesa de más empleos y la entrada al primer mundo, la gran mayoría de los mexicanos está lejos de apreciar o reconocer algún logro en estos rubros, además de sentir que para su aprobación no fueron tomados en cuenta sus puntos de vista. Aún hoy en día, la impresión general de algunos que se vieron beneficiados o que han logrado adaptarse a los cambios introducidos por el TLCAN, es que se trató de un paquete de reformas “impuestas” que no tuvieron mayor discusión en la sociedad mexicana, por lo que las ideas de Habermas relativas a “la fuerza del mejor argumento”, a “la fundamentación racional de normas” o a “el entendimiento como elemento de integración”, están también lejos de encontrarse en el TLCAN.

Continuaremos realizando el análisis del contenido eminentemente económico que empujó el inicio y conclusión de diversas reformas a importantes instituciones jurídicas mexicanas, las cuales, de alguna forma, han pretendido transformar a nuestro país en un agente económico activo y competitivo frente al dinamismo de los mercados mundiales.

3.1.1.2 Sobre la Ley Federal de Competencia Económica

Mientras se discutía el contenido del Tratado de Libre Comercio entre México, los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, nuestro país diseñaba un proyecto de Ley para proteger la competencia entre agentes económicos. El 24 de diciembre de 1992, esto es, a un año de la firma del TLCAN, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Competencia Económica. Esta Ley de la que hablaremos brevemente a continuación, prácticamente ha permanecido intocable en su contenido, ya que desde su publicación sólo ha sufrido una reforma en el año de 1998. Recientemente, diversas leyes se han reformado para prever posibles violaciones a la Ley Federal de Competencia Económica, cuando de agentes económicos se trata, las últimas modificaciones se incorporaron en las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Obras y Servicios Relacionadas con las mismas, en cuyos procesos de licitación debe tomarse en cuenta el punto de vista de la Comisión Federal de Competencia⁴³⁵.

La Ley Federal de Competencia Económica tiene un total de 39 artículos, incorporados en siete capítulos, los cuales, fundamentalmente, se dirigen a prever las disposiciones necesarias para que ningún agente o agentes económicos, desplacen del mercado de competencia a otros agentes económicos competidores, así como a impedir que ciertas prácticas económicas entre agentes, les impidan a algunos de éstos, ingresar al mercado a competir.

Para los grandes inversionistas que pretendían ingresar al mercado Mexicano, era fundamental contar con una Ley de tal naturaleza, para asegurar que a través de ésta, se regularan aspectos tan importantes como la definición de una práctica monopólica absoluta, referida según el artículo 9 de la Ley a los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto fuera:

⁴³⁵ Ver, Diario Oficial de la Federación del 1 de octubre de 2007.

I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

De la misma forma, en la Ley se definió el concepto de una práctica monopólica relativa, referida también a cualesquier acto, contrato, convenio o combinación de éstos, que tuviera por objeto o pudiera llegar a desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

Se incluyeron también en la Ley algunas otras previsiones encaminadas a determinar con facilidad la existencia de algún acto violatorio a la Ley, como por ejemplo la existencia de un mercado relevante y su injerencia en él, los criterios para calificar a un mercado como relevante y el poder sustancial que un agente económico puede tener en el mercado relevante.

La Ley también previó en su articulado lo relativo a las prácticas de concentración de los agentes económicos, en cuyo caso se buscó que éstos no se fusionaran, adquirieran el control o realizaran algún otro acto por virtud del cual se concentraran sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales,

fideicomisos o activos en general de empresas competidoras, de proveedores, clientes o cualesquiera otro agente económico. El espíritu de esta disposición se dirigió a permitir que la Comisión Federal de Competencia, sancionara todas aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto era disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Para hacer efectivas estas disposiciones, el ejecutivo federal creó un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, encargado de investigar, a petición de parte o de oficio, cualquier acto que pudiere ser violatorio a las disposiciones de la Ley y que por ende, estuviera perjudicando los intereses de los agentes económicos involucrados.

En tal sentido, en la Ley que nos ocupa se dotó a la Comisión Federal de Competencia, no solamente de facultades de investigación, sino de facultades suficientes para implementar mecanismos de coordinación para prevenir conductas; denunciar ante el Ministerio Público la existencia de prácticas ilícitas de agentes económicos; opinar sobre ajustes llevados a cabo a los programas y políticas de la administración pública federal en materia de competencia y libre concurrencia; opinar sobre dichos aspectos también cuando se pretenda publicar una ley, reglamento acuerdo, circular o acto administrativo diverso; aplicar medidas de apremio; gozar de autonomía para dictar sus resoluciones y sancionar a los agentes económicos que hayan incurrido en alguna de las prácticas reguladas por la Ley en comento.

Un aspecto de la referida Ley que ha sido criticado con dureza, es el alcance tan relevante que se otorgó al catálogo de sanciones, en razón de lo cual se procuró que la Ley fuera realmente efectiva, buscando sancionar con rigor y dureza a aquel agente económico que no permita la libre concurrencia a los mercados, incluso tal rudeza sobrepasa por mucho el alcance de las sanciones contempladas en otros ordenamientos de gran relevancia para nuestra sociedad,

como el Código Penal, por ejemplo, las sanciones de dicho ordenamiento oscilan entre las siete mil quinientas y las trescientas setenta y cinco mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra.

Si comparamos estas cifras con las que pudiera prever por ejemplo alguna institución jurídica de interés público, advertiríamos la preponderancia que han adquiridos las actividades económicas en nuestro país. Por ejemplo, las cifras antes referidas las podemos comparar con lo que para tal efecto establece el Código Penal Federal (artículo 420 quater) en materia de protección ambiental, en cuyo caso se establece una multa de trescientos a tres mil días a quien transporte, consienta o autorice el transporte de residuos peligrosos.⁴³⁶

Otro caso ilustrativo podría ser el delito de fraude (artículo 386) el cual se consagra también en el Código Penal Federal, y respecto del mismo se establece una pena de privación de la libertad por de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, así como prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, según el valor de lo defraudado.⁴³⁷

En síntesis, con estos breves ejemplos hemos querido reforzar la idea de que por una parte, es principalmente el sistema económico el que pone en marcha la actividad legislativa, no importa que en ésta se encuentren o no inmiscuidos intereses de índole general; y por la otra que puesta en marcha una reforma o propuesta de ley por parte de los agentes económicos interesados, respecto de dichos ordenamientos se busca siempre la mínima promoción de su contenido frente a los posibles afectados, de tal forma que no se promueve la consulta o participación de quienes se verán afectados por el ordenamiento, para que su aprobación presente los menos inconvenientes posibles. Asimismo, es muy

⁴³⁶ Código Penal Federal, Portal de Internet de la Cámara de Diputados, <www.camaradediputados.gob.mx>, p. 106.

⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 92 y 93

común observar que estos proyectos, generalmente, no se diseñan en el seno de los órganos de representación política, ya vienen elaborados por los despachos de las corporaciones interesadas, ejerciéndose presión sobre los grupos parlamentarios para que los proyectos se discutan lo menos posible, lo cual trae la ventaja de que los textos propuestos sufren generalmente un mínimo de cambios, votándose casi en su totalidad como son presentados.

3.1.1.3 Sobre la Ley de la Propiedad Industrial

Al igual que en el caso de la Ley Federal de Competencia Económica, las autoridades de nuestro país, en coordinación con los empresarios y demás agentes económicos involucrados en actividades lucrativas, pensaron que para la plena efectividad del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, era importante contar con una Ley que regulara y asegurara las actividades industriales y los inventos derivados de éstas, protegiendo la propiedad industrial a través del otorgamiento de patentes, y demás medidas de protección.

En tal sentido, el 27 de junio de 1991 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de la Propiedad Industrial, con un contenido de 229 artículos. Dicho ordenamiento se estructuró para, fundamentalmente, proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales; así como para prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respectivas.

En tal sentido, la Ley regula y protege los intereses de las personas físicas o morales que realizan una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, para que en razón de ello, tengan el derecho exclusivo de su explotación por sí o por

otros con su consentimiento. Los derechos antes mencionados, se otorgan a través de patente y de registros, según se trate, y la Ley permite que éstos se transmitan a los derechohabientes del inventor.

En términos generales, la Ley incorporó todos los mecanismos necesarios para regular lo relativo a cualquier tipo de invención o creación industrial, incluso pormenorizando las particularidades de cada uno de los tópicos relacionados. Así, la Ley prevé los mecanismos procesales necesarios para que cualquier persona física o moral que siente vulnerados sus derechos en materia de propiedad industrial, demande lo conducente, presente y desahogue todas las pruebas con que cuenta. Asimismo, se prevén las instancias y términos respectivos para respetar la garantía de audiencia de quien se señale como presunto responsable de las imputaciones que se manifiesten.

Al igual que la Ley de Competencia Económica, este ordenamiento ha recibido críticas severas en cuanto al alcance de su capítulo de sanciones, el cual, a través de las responsabilidades y delitos que establece, impide de manera muy severa que otras personas fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen un producto patentado, sin previo consentimiento; y si la materia objeto de la patente es un proceso, se impide a otras personas utilizar ese proceso y que usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de tal proceso, sin la previa y especial autorización de quien corresponda.

De la lectura al contenido de los artículos de la Ley de la Propiedad Industrial, se entiende la necesidad de diseñar las herramientas jurídicas indispensables para que dentro de nuestro país, los inversionistas cuenten con instituciones jurídicas que otorguen certeza y respaldo a sus inversiones y demás actos jurídicos que llegaren a celebrar en territorio nacional. Con tal intención, se preparó un proyecto legislativo que permitiera dar certeza jurídica a las actividades y demás procesos industriales llevados a cabo tanto por nacionales como por extranjeros.

Sin embargo, es hasta la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, cuando se perfeccionó el contenido y alcance de la Ley de la Propiedad Industrial, principalmente en su aspecto procedimental, ya que se incorporaron diversas etapas y figuras jurídicas para hacer efectiva la defensa de los derechos consagrados en la Ley, como, por ejemplo, la figura del “*aseguramiento de bienes*”, entre otros. Asimismo, se procuró dar congruencia al contenido de la Ley, en relación con los diferentes tópicos regulados por el Acuerdo Comercial entre los tres países, por lo que las principales reformas y adecuaciones a la Ley, se realizaron en el año de 1994, a unos meses de cobrar vigencia el referido Tratado.

El capítulo segundo de la Ley que nos ocupa, describe un catálogo de conductas que dentro de las actividades comerciales deben considerarse como “*infracciones administrativas*”, y se destacan algunas que por sus elementos, se dirigen a prever y evitar la competencia desleal entre actores económicos, usando, explotando, fabricando o haciendo circular productos, procesos o servicios que se encuentran registrados por el titular del derecho correspondiente.

Las sanciones impuestas por la Ley para el caso de las “*infracciones administrativas*”, se consideran severas, ya que consisten en multas hasta por el importe de veinte mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; quinientos días de salario mínimo general vigente por cada día que persista la infracción; clausura temporal hasta por noventa días de las instalaciones, clausura definitiva, y/o arresto administrativo hasta por 36 horas. También se prevé que tales multas pueden duplicarse en caso de reincidencia, y que podrá exigirse el pago de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado a los directamente afectados.

Asimismo, se incluye un capítulo para tipificar delitos relacionados con las conductas tuteladas por la Ley, los cuales se siguen por querrela de parte ofendida, y las sanciones son igualmente severas, ya que van desde dos a seis años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Para concluir estas breves críticas a ordenamientos en los que estimamos puede apreciarse con claridad la severa mano del capital económico, tanto en su creación como en su efectiva aplicación, nos dirigiremos a explicar el caso de una Ley que recientemente fue objeto de pugnas y crudos reclamos tanto por parte de los agentes económicos que la impulsaron, como por el contenido eminentemente funcional, desproporcionado y poco benéfico para algunos interesados que a todas luces resultaron perjudicados.

3.1.1.4 Sobre la Ley Federal de Radio y Televisión

Con independencia de todas aquellas instituciones jurídicas que se crearon para dar vida y efectividad al Tratado de Libre Comercio con América del Norte, debemos destacar que existen otras muchas reformas producto también de la imperiosa necesidad de los grandes capitales de expandirse, y un buen ejemplo de ello es la reciente y tan polémica reforma efectuada a la Ley Federal de Radio y Televisión, la cual, a la vista de muchos de nosotros como espectadores del proceso, se propuso robustecer a un grupo reducido de empresas que hasta hoy tienen el control casi absoluto en nuestro país de las actividades reguladas por dicho ordenamiento jurídico.

La Ley Federal de Radio y Televisión se publicó como tal en nuestro país en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1960, con un total de 106 artículos y 7 transitorios, con el objeto de regular el uso y aprovechamiento de uno de los bienes de dominio público de la federación considerados como más importantes: el espacio radioeléctrico. Desde la fecha de su publicación, la Ley ha sufrido reformas de no gran relevancia, la mayoría de ellas efectuadas en los

años de 1970, 1980, 1982 y 2000. Sin embargo, por la poca profundidad de las reformas, pudiera decirse que dicha Ley, desde su publicación, no ha sido tocada de manera sustantiva sino hasta el mes de abril de 2006, fecha en la que se dio a conocer en el Congreso de la Unión, un proyecto de reforma encaminado a modificar, principalmente, el régimen de otorgamiento de concesiones para el uso y aprovechamiento del espacio radioeléctrico en materia comercial.

El proyecto de reforma antes mencionado recibió peyorativamente el calificativo de “Ley Televisa” por haber sido producto de los trabajos llevados a cabo en el despacho jurídico que presta sus servicios de asesoría precisamente a la empresa Grupo Televisa, la cual cuenta con la mayor trayectoria y dominio de las actividades en cuestión; esto es, el proyecto en cuestión no se estructuró en el seno del Congreso de la Unión, su contenido fue analizado, diseñado y propuesto por aquéllos particulares interesados en perpetuar su posición económica dominante en el mercado de las telecomunicaciones, quienes una vez elaborado el proyecto de acuerdo a sus intereses particulares, lo canalizaron al Congreso por la vía institucional respectiva.

Las reformas propuestas y aprobadas, definen de manera absoluta el dominio de los capitales constituidos principalmente por las empresas de Televisión Azteca S.A de C.V., y Grupo Televisa, S.A. de C.V., negándose de manera muy sutil, la participación de cualquier otra empresa que pretenda incursionar o inmiscuirse en las actividades de Radio y Televisión.

Las reformas aprobadas a la Ley por la mayoría de los integrantes del Congreso de la Unión, modificaron el contenido de los artículos 2, 3, 9, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 y 28; se adicionaron los artículos 7-A; 17-A, 17-B, 17-C, 17-D, 17-E, 17-F, 17-G, 17-H, 17-I, 17-J, 21-A, 28-A, 72-A y 79-A; y se derogó el artículo 18 de la Ley Federal de Radio y Televisión. Tales modificaciones planteaban un esquema tal de participación entre particulares, que aseguraba la permanencia

de los concesionarios actuales en la explotación del espacio radioeléctrico de nuestro país.

El esquema anterior a esta reforma, para otorgar concesiones y permisos a particulares y entes públicos para la explotación del espacio radioeléctrico, se basaba en la solicitud formal que planteaban los interesados ante el gobierno federal, según se tratara o de estaciones comerciales o de aquellas dirigidas a actividades culturales, oficiales o de experimentación; de tal forma que la dependencia encargada de evaluar la solicitud, verificaba la viabilidad y conveniencia del otorgamiento respectivo, y procedía a resolver en consecuencia.

En el esquema nuevo, el capítulo primero de la Ley Federal de Radio y Televisión denominado “Concesiones y Permisos”, particularmente el artículo 17 disponía que las concesiones para usos comerciales sólo se otorgarían a través de licitación pública, lo cual, en principio pareciera la implementación de un mecanismo transparente de participación entre competidores, pero de la lectura al artículo 16, se advierte que los particulares que hayan obtenido una concesión antes de la entrada en vigor de la reforma, no estarán sujetos a tal mecanismo de participación, y no sólo eso, sino que al término del período que les fue concesionado, tampoco tendrían que someterse a un procedimiento de licitación pública para obtener nuevamente el derecho a la explotación del espacio radioeléctrico, sino que la concesión podría serles refrendada de manera reiterada cada 20 años, con preferencia sobre otros terceros interesados; curiosamente, la reforma no contemplaba hipótesis alguna bajo la cual pueda negarse el “refrendo” al particular dueño de la concesión, lo que perpetuaba los derechos de los actuales concesionarios, otorgándoles una notable ventaja frente a los nuevos participantes.

La legislación anterior establecía que las concesiones se otorgarían *hasta* por treinta años, lo cual permitía que el tiempo de la concesión fuera menor a dicho término, en caso de requerirse; el nuevo proyecto no deja abierta tal posibilidad, ya que si bien es cierto establece un período menor de 20 años, ya no utiliza el término *hasta*, sino que prevé un tope máximo sin considerar que de acuerdo a las prácticas internacionales, los términos viables de una concesión oscilan entre los cinco y los diez años.⁴³⁸

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley expandía el ámbito tradicional de participación de los actuales concesionarios, toda vez que otorgaba un fácil acceso a éstos al mercado de las telecomunicaciones distintas a la radiodifusión, en razón de que con el cambio del sistema analógico al digital, se libera una gran cantidad del espacio radioeléctrico originalmente concesionado, respecto del cual se prevé no su licitación, sino su uso por el mismo dueño de la concesión, previo permiso de la Secretaría, en uso del cual puede desempeñar otra categoría de actividades lo cual, sin duda, representa una gran ventaja respecto de los nuevos competidores, quienes al otorgárseles la concesión, previo proceso licitatorio, la capacidad que se asigne estará ya limitada. No es sólo esta la ventaja que otorga el artículo 28 recientemente reformado a los actuales concesionarios, el mismo señala que por estos servicios adicionales a los que puede acceder el concesionario, el gobierno *podrá requerir* el pago de una contraprestación, lo cual implica que el cobro de tal contraprestación será potestativo, esto es, no obligatorio para los concesionarios, de considerarlo así el gobierno federal.⁴³⁹

Otra de las reformas efectuadas nos hace inferir que la Ley Televisa se diseñó para arrancar la regulación de la radio y la televisión de manos del Ejecutivo Federal y ponerla fuera de su alcance. Se incluyó un artículo 2 transitorio, el

⁴³⁸ Alejandro Madrazo Lajous, José Luis Zambrano Porras, "La Ley Televisa ante la Suprema Corte", *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 26, ITAM, México, Abril 2007, p. 74.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 77 y 78.

cual permitió que el Presidente de la República saliente, nombrara a los integrantes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) por un período de 4 años, lo cual implicó una evidente intromisión del Presidente en turno en la estructura y funcionamiento del gobierno que estaba a punto de elegirse, ya que evidentemente constituyó un órgano regulador de protección de los intereses de los grupos más dominantes, en el cual el actual presidente no puede tener injerencia alguna.

Una primera explicación que salta a la vista, para tratar de entender los motivos por los que los legisladores aprobaron un paquete de reformas evidentemente desventajosas para muchos mexicanos, es que el proyecto de reformas a la Ley fue sometido a consideración del Congreso de la Unión, precisamente en un período electoral, en el cual es de todos bien sabido el interés que tienen los partidos políticos en complacer, en la medida de lo posible, a las televisoras, por ser éstas en dicho período de elecciones las que tienen en sus manos, en gran medida, la imagen y, por ende, el futuro político de los partidos y de sus candidatos. Precisamente en la contienda electoral de 2006, en la que se presentó para discusión la Ley Televisa, se publicaron datos importantes en el sentido de que el 70% aproximadamente del dinero de los partidos políticos fue a parar a los medios de comunicación, particularmente a las televisoras y a las radiodifusoras.

Concluiremos el análisis de estas instituciones jurídicas, puntualizando que las reformas incorporadas a la Ley Federal de Radio y Televisión, al igual que las demás disposiciones analizadas en este capítulo, se estructuraron bajo la idea e interés de beneficiar a los grandes capitales que gozan actualmente de concesiones para la explotación del espacio radioeléctrico, a través de las cuales prestan diferentes servicios de comunicación a la sociedad mexicana.

Esta circunstancia, con independencia del beneficio económico que representa para los particulares interesados, atenta en contra de los derechos de libertad de información de todos los mexicanos, ya que por una parte, es imposible que la autoridad gubernamental verifique la correcta actuación de dichos particulares respecto del bien que les fue concesionado, y por la otra, no hay competencia efectiva entre participantes, lo que implica que no existen motivos ni retos para que los concesionarios mejoren sus servicios o los otorguen a precios más accesibles a los usuarios, quedando éstos cautivos en la recepción de servicios con condiciones bien determinadas y sin que existan diversas opciones para elegir con plena libertad la más adecuada.

Aun con todas estas irregularidades, la reforma se aprobó sin objeción alguna por todos los partidos políticos en la Cámara de Diputados. El líder del PRD en dicha Cámara, Pablo Gómez, afirmaría más tarde que la reforma ni siquiera la habían visto.

En la Cámara de Senadores algunos se percataron de los grandes riesgos de esta reforma, pero aún así, finalmente se impuso el interés de los diferentes partidos políticos por aprobar el proyecto sin mayor discusión ni modificación.

Entre otros, la Senadora Dulce María Sauri Riancho manifestó que:

Sin duda, un número importante de televidentes puede identificar lo elementos dramáticos que tiene la ficción que día a día llena su pantalla, pero eso es obligación, en el Senado de la República, desde esta tribuna, presentar a la sociedad, al pueblo de México los tintes dramáticos y los riesgos que tiene la realidad de esta minuta, porque las reformas a la Ley de Telecomunicaciones y a la de Radio y Televisión que se pretenden aprobar, ponen en riesgo tres elementos fundamentales para la democracia y el desarrollo nacional, ponen en riesgo la pluralidad, entendida como la calidad de ser más de uno, ponen en riesgo la diversidad que es la variedad, ponen en riesgo la sana competencia que

debe existir para fortalecer el desarrollo económico y para asegurar los derechos de los consumidores.

Por eso estoy en contra de la minuta a discusión, porque debilita el poder del estado para regular, ordenar y desarrollar el sector, telecomunicaciones y de radio y televisión, porque disminuye la capacidad del estado para administrar un bien público, como es el espectro radioeléctrico al tener un órgano regulador débil y disminuido, al cual ni siquiera se le conservan las atribuciones actualmente existentes en su reglamento, porque propicia condiciones para dejar hacer, dejar pasar ante la ambigüedad e imprecisión de sus facultades regulatorias, porque propicia continuar apostándole a la autoregulación del mercado, como ha venido sucediendo en el sector de telecomunicaciones, porque la debilidad en su órgano regulador permite la ley de más del más fuerte y avasalla a los más pequeños, entre las empresas gigantes del espectro radioeléctrico, el King Kong de las telecomunicaciones y el Gotzila de la televisión, COFETEL sólo podrá correr para evitar ser pisoteado, porque le pedimos al estado a través de COFETEL que ordene el espectro radioeléctrico, pero la minuta le quita los instrumentos para hacerlo, porque la inmovilidad de los comisionados del órgano regulador se vuelve la inmovilidad de cinco estatuas de sal a las que se verán reducidos, sin atribuciones y facultades de autoridad, serán cinco almas en pena que vaguen por el espectro radioeléctrico y la COFETEL una gran Oficialía de Partes para entregar y procesar documentación.⁴⁴⁰

También el Senador Felipe de Jesús Vicencio Álvarez expresó reflexiones importantes sobre el proyecto de reformas a la Ley:

....

⁴⁴⁰ Sesión Pública Ordinaria de la H. Cámara de Senadores, celebrada el jueves 30 de marzo de 2006, página del Congreso de la Unión <www.congresodelaunion.gob.mx> p. 36 y 37.

El tema es, la naturaleza del Estado que cada uno considera. El tema es, el futuro de las instituciones del Estado mexicano. Este es el fondo del debate.

Por eso estamos frente a una minuta que, es defendida en términos, como lo hizo el senador Eric Rubio, argumentando que era valiosa esta minuta, puesto que nuestras empresas deberían estar en el ranking mundial de la sociedad de la información.

Por supuesto que esto es importante. La pregunta es, ¿si ese es un motivo suficiente para rediseñar las instituciones del país?

Por eso el texto que leyó la senadora Verónica Velasco, dice: "Que la premisa de la ley --afirmó-- es la vanguardia tecnológica".

Esa no puede ser la premisa de una ley que nos satisfaga.

Creo que es clara la razón por la que votaré en contra de la minuta. Yo considero que es clara la razón por la que votaré en contra de la minuta.

Yo considero que debemos fortalecer las instituciones del estado; porque las instituciones del Estado son las garantes del interés general que debemos salvaguardar.

Y si socavamos esas instituciones y si con el argumento de la necesidad de la prosperidad económica y de las facilidades para el desarrollo tecnológico y de negocios de las empresas, comprometemos lo más valioso, creo que sería irresponsable un voto a favor de esta minuta.

Porque creo yo que si el debate es por visiones de estado, yo opto por el lado de los argumentos que se expresan en diversidad, pluralidad derecho a la información, fortalecimiento de la democracia, función social de los medios de comunicación, termino que ha querido ser hecho a un lado en una suerte de extraña división del trabajo.⁴⁴¹

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

También la Secretaría de Comunicaciones y Transportes expresó sus opiniones al respecto, y envió al Ejecutivo Federal un dictamen con diversas observaciones a las reformas propuestas, señalando principalmente que el proyecto en cuestión pretendía constituir derechos preferentes para los concesionarios de la radiodifusión, inexistentes hasta entonces. En tal sentido, se advirtió al presidente de la república la peligrosa creación de un régimen de excepción dentro del mercado de las comunicaciones, ya que según el paquete de modificaciones, cualquier persona que pretendiera obtener una concesión, tendría que licitar y pagar por ello, mientras que los concesionarios existentes- que curiosamente son las empresas que ostentan un verdadero monopolio en materia de comunicaciones en nuestro país- podrían continuar explotando las frecuencias otorgadas sin pago adicional alguno.⁴⁴²

A pesar de las voces que se alzaron para impedir la reforma a esta Ley, finalmente imperaron los intereses económicos involucrados, por lo que ésta entró en vigor al día siguiente de su publicación. Su aprobación y publicación dejó como última vía de oposición, la interposición ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de una “Acción de Inconstitucionalidad” (4 de mayo de 2006) recurso de revisión Constitucional previsto en la fracción II del artículo 105 de nuestra Carta Magna, que hicieron valer un grupo de 47 Senadores de la LIX Legislatura, encabezados por Javier Corral Jurado, Dulce María Sauri Riancho, Manuel Bartlett Díaz y Raymundo Cárdenas, entre otros.

Una vez en la Corte los alegatos de las partes, y analizados minuciosamente por dicha institución, pasados unos meses la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de 6 artículos, 16 párrafos y partes de los textos de la Ley, además de que se acreditaron diversas omisiones legislativas. Las reformas o temas que la Corte estimó como inconstitucionales, fueron el proceso de subasta de las concesiones, el refrendo automático de las mismas, la composición de los

⁴⁴² Claudia Salazar, “Desoye Fox a México”, en el periódico *Reforma*, México, D.F., 21 de junio de 2006.

miembros de la COFETEL, el período de 20 años de la concesión, además de considerar inconstitucionales los artículos que permitían la obtención de servicios extras digitales por el mismo espectro. Sobre esta decisión, el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia destacó que la Corte no hace política, pero incide en ella de manera imparcial.

Sin adentrarnos en las bondades que ofrecen los recursos de revisión constitucional en el seno del Poder Judicial, para hacer frente a los problemas de legitimidad del derecho, tema que abordaremos en nuestro próximo capítulo, si podemos reflexionar acerca de los alcances principalmente económicos tanto del TLCAN, como de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley de la Propiedad Industrial, y de la Ley Federal de Radio y Televisión. Ello nos permite afirmar que estos ordenamientos, en términos de las ideas de Habermas, no resultan ser un canal de comunicación entre los posibles afectados. Ello porque ni al interior del proceso que se siguió para su creación, ni en el contenido y alcance mismo de sus disposiciones, encontramos las categorías que hasta ahora hemos considerado “fundamentales” para que un ordenamiento se considere “legítimo”, por lo cual no podemos afirmar el que al interior de los ordenamientos antes referidos, se haya logrado estabilizar el punto de vista moral que representa la formación imparcial del juicio y la formación imparcial de la voluntad colectiva.

Tanto en el proceso de creación, como en el contenido de las disposiciones analizadas, inferimos el uso de una razón práctica orientada al éxito de los promotores de las normas, y no el empleo de una razón comunicativa, orientada a generar un entendimiento entre los posibles afectados, y por ende un paso para lograr la integración de la sociedad. Como ya señalamos en nuestro primer capítulo, el uso absoluto de una razón práctica orientada al éxito, conduce no al entendimiento de la sociedad sino a su desintegración; y ello cobra relevancia si tomamos en cuenta que en la voluntad del legislador debe haber una compenetración entre discursos relativos a fundamentaciones morales,

cuestiones relativas a su plasmación en normas, y un estricto control jurídico de ellas. Esto es, consideramos primordial que los participantes actúen en el papel de sujetos que buscan entenderse y coordinar sus acciones dentro del grupo social en el que viven, y no como sujetos jurídicos orientados por su propio éxito.

Habermas nos advierte de la importancia de emplear ciertos presupuestos mínimos para que la comunicación que se entable lleve a los hablantes a la concesión de sus fines, colocándolos frente a frente como sujetos libres e iguales, dispuestos a mostrar sus argumentos a favor y en contra de las disposiciones que habrán de gobernarlos. Es aquí en donde, según Habermas, debe pesar la fuerza del mejor argumento y no la fuerza del poder económico encubierto detrás de la intención de algunos participantes, ya que de ello dependerá la naturaleza del producto comunicativo que se obtenga, pudiendo tenerse como resultado o un acuerdo alcanzado argumentativamente, o bien un simple compromiso negociado. En los casos analizados, no podríamos afirmar que en los discursos previos a la creación de las normas, se haya hecho valer una moral superior de principios compartidos por todos, condición fundamental para evitar la desarticulación del mundo de la vida que compartimos los individuos integrantes de la comunidad social.

Estas exigencias son importantes porque, como destacamos en nuestro capítulo primero y segundo, ellas pueden lograr que se genere una cierta conciencia en el individuo, dirigida a guardar un respeto por los intereses de los otros, con miras a que se respeten sus propios intereses. También se genera el tan importante sentimiento de “autolegislación” que hemos descrito a detalle en este trabajo de tesis, el cual, según hemos dicho, crea un momento de incondicionalidad y otorga a los ordenamientos el carácter de “acuerdos racionalmente motivados” los cuales por ende, serán cumplidos por los individuos con motivo de una auténtica convicción y no por el temor a la aplicación de la sanción que se haya previsto en la norma en caso de desacato,

lo cual permite afirmar que la sola fuerza no es del todo funcional para el mantenimiento de un sistema de poder, tal y como lo expuso Habermas.

Estas reflexiones que hemos hecho, también tienen mucho que ver con la idea de “legitimidad” de la que hemos venido hablando desde nuestro primer capítulo, ya que esta categoría deriva de un forzoso entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral. Así, la legitimidad vista desde una perspectiva sustantiva, como lo propusimos en nuestro apartado 2.2.2.2 apoyados en las ideas de Habermas, se respalda en una motivación racional que haga posible la aceptación del derecho por parte de todos aquellos hacia los que va dirigido, causando en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia, basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima.

Eduardo Faria opina que una vertiente teórica con más sensibilidad sociológica, considera el hecho de que las normas y las leyes son eficaces cuando la realidad encuentra las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ideológicas e incluso antropológicas para su cumplimiento, reconocimiento, aceptación y para su cumplimiento por parte de los destinatarios. Faria, al igual que Habermas estima que un ordenamiento se vuelve eficaz porque los actores incorporan a sus conciencias la premisa de que esas reglas legales deben ser inviolables, y reconoce que sin la interiorización de un sentimiento genérico de disciplina y sin el sistemático respeto a las leyes, a los códigos y a las normas, la eficacia de un ordenamiento legal acaba viéndose imposibilitada, independientemente del poder represivo del Estado que lo impone.⁴⁴³

Pero después del análisis que realizamos en este capítulo, inferimos que nuestros legisladores continúan practicando la idea de legitimidad como una categoría referida a la simple “vigencia” de la norma, lo cual, como hemos visto, ha quedado rebasado por los estudiosos del derecho, quienes consideran que

⁴⁴³ José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, cit. pp. 106 y 108.

de acuerdo a los tiempos tan complejos a los que se enfrentan las sociedades en la actualidad, deben pensarse como válidas aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas, pudiesen prestar su aprobación como participantes en discursos racionales.

Esta afirmación nos permitió proponer en nuestro primer capítulo, un tipo de norma jurídica con elementos tales que podríamos considerarla una “alternativa completa”, esto es, una norma cubierta de sanción, elemento que la vuelve vinculatoria para quienes actúan estratégicamente y, a su vez que represente una pretensión de validez intersubjetivamente aceptada, esto es, producto de un procedimiento racionalmente motivado, en el cual la norma se aceptó por los participantes y posibles afectados de la misma. Estas dos condiciones de una norma, no las encontramos en los ordenamientos que hemos analizado, en ellos identificamos inmersa únicamente la fuerza de las sanciones previstas, las cuales deben ser significativas, dada la falta de respaldo social con que cuentan.

Cuando se crean ordenamientos como los que hemos analizado, en los cuales no advertimos la participación de todos los posibles afectados, Habermas afirma que es el momento en el que el derecho se considera un medio profundamente equívoco de integración de la sociedad, ya que el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad, y esa apariencia no permite reconocer fácilmente si lo que se regula viene realmente sostenido por la voluntad de todos los ciudadanos, o si es producto de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural, cuyo apoyo es eminentemente material.

Un problema diverso que se suma a la creación de normas no respaldadas en el consenso social, es aquél referido a la entrada en vigor y aplicación automática de ordenamientos internacionales de compleja naturaleza y fuente, que escapan del conocimiento de los órganos legislativos locales, y vienen impuestos desde centros corporativos internacionales que regulan rubros que se han vuelto competencia de un interés global internacional muy difuso. Algunos

ordenamientos con estas características serían por ejemplo, las Normas Oficiales Internacionales en materia de medio ambiente, en materia de especificaciones para la infraestructura utilizada en actividades de carácter energético, normas de calidad referidas a productos que entran y salen de las fronteras nacionales, normas internacionales que regulan las especificaciones de precios de ciertos productos; estos ordenamientos, como hemos dicho, salen incluso del ámbito de conocimiento y actuación de los legisladores. Un ejemplo de estos ordenamientos lo encontramos en las Normas Internacionales del Trabajo, recomendadas a la mayoría de los países del mundo por la Organización Internacional del Trabajo; otro rubro importante de este tipo de normas lo encontramos en las Normas Internacionales de Calidad que actualmente no sólo las empresas privadas de nuestro país las observan, sino que el mismo gobierno federal las ha venido implementando para mejorar tanto los diferentes servicios que presta, como los bienes que produce. Un último ejemplo lo encontramos en las Normas Internacionales de Contabilidad, las cuales han sido adoptadas en una gran mayoría de empresas de nuestro país.

Retomando la conclusión a nuestro análisis a las instituciones jurídicas referenciadas en los párrafos anteriores, reiteremos que el sistema económico se impone en diversos planos para instrumentar los ordenamientos jurídicos que requiere para su correcta operación: se impone en la elaboración de los proyectos legislativos, los cuales se diseñan en casi todos los casos, procurando el bienestar económico de quienes ejecutan las actividades reguladas por la Ley respectiva; y se impone en la defensa y argumentación de las Leyes y ordenamientos respectivos, para que a través de los representantes del Congreso, se legitime y se positivice el ordenamiento requerido. Es precisamente esta forma de imponerse por parte del sistema económico, en la creación y diseño de instrumentos jurídicos, la que genera la idea de que ciertas instituciones normativas carecen de legitimidad, por haber sido un grupo específico con intereses muy particulares, el que diseñó y por ende dio vida a las mismas.

Estas reflexiones que hemos formulado cobran gran relevancia si se toma en cuenta el pulso social y se valora la opinión de los ciudadanos. En un estudio de 2004, se muestra, a través de encuestas, la opinión que los gobernados tienen sobre diversas instituciones y la actuación de los gobernantes y/o representantes en las mismas. Precisamente una de las encuestas realizadas en torno a la opinión que los mexicanos tienen de las leyes de nuestro país, mostró que la mayoría de los entrevistados adoptó una actitud proclive a la obediencia y respeto de leyes, de tal forma que el 46.6% opinó que el pueblo debe obedecer siempre las leyes, el 24.9% está de acuerdo en que el pueblo puede cambiar las leyes si no le parecen, y 23.2% señaló que se pueden desobedecer las leyes si se consideran injustas.⁴⁴⁴

Otra encuesta mostró que el 45.1% de los entrevistados cumple y obedece las leyes porque ello nos beneficia a todos, otro 25% considera que el respeto y obediencia a las leyes obedece a un principio moral, lo cual es una forma de orientación hacia la comunidad, sus valores y ordenamientos.⁴⁴⁵

No obstante estas muestras de obediencia al cumplimiento de las leyes, una cuarta parte de los entrevistados considera las conductas de respeto y obediencia más desde un punto de vista individualista de una utilidad particular egocéntrica, ya sea para evitar castigos (13.9%), evitar daños a su familia y amistades (10.1%) o para no ser criticado por los demás (4.9%).⁴⁴⁶

Estos datos son importantes si se analiza otra de las encuestas aplicadas a los ciudadanos, a través de la cual se aprecia que existe un bajo porcentaje de

⁴⁴⁴ Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix Fierro, Julia Flores, Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica No. 174, México, 2004, pp. 23 y 24.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁴⁴⁶ *Idem*.

credibilidad hacia las instituciones de gobierno, principalmente hacia los legisladores, partidos políticos y servidores públicos en general.⁴⁴⁷

Esta falta de credibilidad incide directamente en el grado de interés que los mexicanos tienen respecto de los asuntos que se discuten en el Congreso de la Unión y respecto de la credibilidad de dicho órgano, y ello se tradujo en que un 45.9% dijo estar interesado en los asuntos que se discuten en el Congreso de la Unión, mientras que un 38.8% declara no tener interés alguno en estas cuestiones, a su vez, un 8% expresó que su interés depende de varios factores, y un 5.1% expresó no saber nada sobre el tema. Se advierte que el desinterés por la actividad del Congreso afecta prácticamente a la mitad de los entrevistados, y ello cobra gran significado si se toma en cuenta que la más importante fuente del derecho en nuestro país es la legislación, la cual se diseña y discute en el seno del Congreso, y éste se encuentra íntimamente asociado a las tareas de control que son propias de una democracia medida en que los ciudadanos carezcan de interés por lo que se ventile en dicho ámbito, su alejamiento de los procesos del poder auspicia niveles bajos de control político entre los órganos del poder.⁴⁴⁸

Estos datos, además, nos demuestran que tal y como lo describe Habermas, en muchas comunidades sociales, el derecho se obedece por temor a la sanción y no porque se tenga arraigado un sentimiento de “autolegislación”, resultado de la certeza de que el derecho es producto de acuerdos racionalmente motivados y aceptados por todos los interesados y posibles afectados.

Estas reflexiones nos permiten identificar con mayor claridad lo que en otros capítulos hemos llamado “problemas de legitimidad del derecho”, que aunque estos problemas no se presentan en todas y cada una de las instituciones jurídicas que regulan el actuar integral de los individuos en la sociedad, sí

⁴⁴⁷ *Ibidem*, Ver cuadro 18, p. 62.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 65.

aquejan a una parte importante del derecho en nuestro país, y contribuyen para que el ciudadano se sienta más distante del derecho en general.

Estos problemas de legitimidad del derecho que hemos tratado de exponer, se han analizado desde diversas perspectivas. Hay quienes afirman que tales problemas de legitimidad pueden considerarse “aminorados” con la existencia y actuación de los Tribunales Constitucionales, a los cuales pueden acudir los individuos en busca de protección contra violaciones a garantías fundamentales, con motivo de la aplicación de normas concretas con deficiencias tales como las que hemos destacado en este capítulo, toda vez que al materializarse tales normas, se violan los derechos de quienes no fueron consultados para diseñarlas.

Sin embargo, esta opinión es muy controvertida, por ello debemos plantearnos diversas interrogantes: si hemos advertido que algunos ordenamientos carecen de legitimidad, ¿qué es lo que queda por emprender por parte de las instituciones y los individuos en una sociedad? ¿Cómo deben actuar el resto de los sistemas que interactúan con el sistema económico? ¿Qué defensa real se tiene a la mano en contra de las instituciones jurídicas que han sido impuestas sin observar las necesidades y puntos de vista del resto de los sistemas que conviven en la sociedad?

Estas interrogantes forman parte de un controvertido debate que en la actualidad pretende aclarar la débil división entre los alcances de la actuación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, que busca explicar la aparente paradoja entre Estado de Derecho y Democracia, y entre argumentación legislativa y motivación judicial. La idea central que está en discusión, se refiere a la posibilidad de afirmar que la justicia constitucional puede considerarse un mecanismo jurídico para aminorar- a través del complejo trabajo de interpretación que realizan los guardianes de la Constitución- el impacto negativo del contenido de normas jurídicas que cobraron vigencia sin tomar en cuenta la opinión de todos los

posibles afectados, y que en ocasiones se centran en valores de carácter económico, subestimando los efectos negativos que deben asumir determinados individuos. En tal sentido, el siguiente capítulo lo dedicaremos a exponer los argumentos de quienes han hecho frente a estas discusiones, para dirigirnos a precisar si realmente podemos considerar la justicia constitucional como un verdadero instrumento jurídico para aminorar o atemperar los problemas de legitimidad de algunas instituciones jurídicas.

CAPÍTULO 4

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO.

Sumario 4.1 La justicia constitucional frente a los problemas de legitimidad del derecho. 4.1.1 Introducción al tema; 4.1.2 Sobre la interpretación constitucional; 4.1.3 El debate sobre los alcances de la interpretación constitucional, 4.1.3.1 invasión de competencias entre poderes del Estado, 4.1.3.2 el problema de la ponderación, 4.1.3.3 el poder y la superioridad de los jueces, 4.1.3.4 una contradicción con la práctica democrática; 4.1.4 La aparente paradoja entre Estado democrático y justicia constitucional.

4.1 La justicia constitucional frente a los problemas de legitimidad del derecho

4.1.1 Introducción al tema

Los temas que hasta ahora hemos abordado revisten una complejidad tal que, previo a centrarnos en la estrecha relación entre los problemas de legitimidad del derecho y la justicia constitucional, será de gran importancia estructurar una breve síntesis que nos ayude a delimitar varios aspectos. El hilo conductor de esta tesis se ha centrado en describir las ideas sobre las cuales Habermas funda su concepción de “legitimidad” del derecho, y las hemos confrontado con las prácticas legislativas a través de las cuales se crea derecho en nuestro país. Este tema nos llevó a abordar diferentes problemas que se presentan en los procesos de creación del derecho, en los cuales se determina el contenido de las normas jurídicas que son el producto del proceso legislativo en nuestro país. Abordamos con especial interés la discusión relativa a que el sistema económico domina los espacios de toma de decisiones de la sociedad, e hicimos referencia a las graves deficiencias profesionales y a los intereses personales de quienes integran el Poder Legislativo, circunstancias que merman la actividad de éstos como representantes de la sociedad y arquitectos “últimos” del derecho.

También explicamos a detalle la crisis por la que atraviesan actualmente las instituciones jurídicas en la mayoría de las sociedades que han alcanzado un cierto grado de complejidad. Comentamos que esta crisis se manifiesta en una inflación legislativa, la cual ha sido producto de la presión de los intereses sectoriales y corporativos; también se manifiesta en una pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, en una creciente producción de leyes específicas para cada conflicto o actividad, y en el desarrollo de una legislación fragmentaria.

Tales reflexiones nos permitieron afirmar que las prácticas comunicativas que para la toma de decisiones colectivas se llevan a cabo en nuestro país, no incorporan los principios que Habermas ha definido como “fundamentales” para crear un derecho obedecido de manera incondicional por los individuos del grupo social, y fomentar en ellos un sentimiento de “autolegislación”, de tal forma que el derecho se obedezca por plena convicción y no únicamente por temor a los resultados de su desacato.

Estas consideraciones nos conducen ahora a afirmar que el sistema actual de garantías ha venido perfeccionándose y ampliándose con motivo del deterioro de la forma de la ley, de la falta de certeza generalizada de ésta, así como de la incoherencia y la inflación normativa. Por ello, actualmente este sistema de garantías, consistente en derechos fundamentales y sociales, es equiparable por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías diseñadas para la propiedad y la libertad.⁴⁴⁹

La supremacía de este sistema de derechos fundamentales, es velada por los Tribunales Constitucionales como intérpretes y defensores supremos del texto constitucional. En este capítulo sostendremos que el trabajo de interpretación de

⁴⁴⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002, p. 16.

los Tribunales Constitucionales constituye un mecanismo para hacer frente y en cierta medida aminorar los problemas de legitimidad del derecho.

Aunque en los capítulos anteriores hemos dejado clara la importancia de encarar y resolver los problemas por los que atraviesan los procesos democráticos de creación del derecho; este capítulo cuarto no lo dedicaremos a buscar la forma de enderezar tales vicios, más bien nos enfocaremos a destacar los mecanismos que han creado los Estados democráticos de derecho para salvaguardar los principios supremos consagrados en la Constitución. Con esta misión, haremos hincapié en la importancia de contar con órganos que revisen el trabajo hecho por los legisladores, y que con su análisis e interpretación otorguen una oportunidad de argumentación a quienes no fueron considerados en el proceso de creación de las normas.

Para ello, aportaremos los argumentos necesarios que sustenten la idea de que, tras tener los principios y valores constitucionales el carácter de columna vertebral sobre la cual se construye el derecho en nuestro país, la lucha por la defensa de estos valores por parte de los Tribunales, representa un elemento más de democratización del Estado de Derecho. En nuestra opinión, dada la naturaleza de la función que realizan los órganos de control y resguardo de la constitución, el trabajo de interpretación de éstos, configura un verdadero espacio público permanente de discusión, argumentación y análisis, al cual pueden acudir incluso aquellos ciudadanos cuyas voces no fueron escuchadas en el proceso formal de creación de las normas.

Sobre este tema, presentaremos el intenso debate que existe en la actualidad respecto a destacar, por una parte, el valor que algunos atribuyen al trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales y, por la otra, al problema que dicha interpretación parece representar para los defensores de la división de poderes. También abordaremos los puntos de vista de quienes estiman que el trabajo de los Tribunales Constitucionales representa una contradicción o

paradoja a los sistemas democráticos de derecho y de quienes consideran que, por el contrario, este trabajo representa un elemento más de democratización de los Estados.

4.1.2 Sobre la interpretación constitucional

El desarrollo de los capítulos anteriores nos ayudó a establecer que: a) en nuestro país se identifican ciertas deficiencias en el sistema democrático de creación de normas b) existe un sistema económico dominante que en innumerables ocasiones decide el contenido de ciertas normas o el alcance de sus reformas o modificaciones, y que c) de acuerdo con la idea de legitimidad del derecho de Habermas, percibimos que determinadas normas jurídicas aprobadas por el Congreso de la Unión, presentan serios problemas de legitimidad.

Basados en esto, sostendremos que el trabajo de interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales ayuda de manera significativa a aminorar los problemas de legitimidad del derecho, cuando éste tiene que ser analizado e interpretado para evitar que violente los principios consagrados en la Constitución.

Esta idea descansa en el hecho de que, en casi todos los sistemas jurídicos, los Tribunales Constitucionales, o bien el Poder Judicial (cuando no existen órganos autónomos que lleven a cabo tal actividad como ocurre en nuestro país) trabajan interpretando las normas jurídicas que podrían ir en contra de ciertos derechos constitucionales. Este trabajo de interpretación se activa cuando los ciudadanos o cualquier otro sujeto legitimado para ello, acuden a solicitar la protección de los órganos jurisdiccionales, alegando que una norma les ha causado agravio por violentar uno o varios principios supremos consagrados en la Constitución.

Esta interpretación que se realiza es muy valiosa porque desde nuestro punto de vista, quienes acuden a solicitar la intervención de los Tribunales Constitucionales, pueden ser ciudadanos que, o no fueron tomados en cuenta o sus argumentos no fueron considerados o vencidos en el proceso deliberativo del cual derivó el precepto controvertido.

Cada sistema jurídico prevé los mecanismos constitucionales para que, llegado el momento, el Tribunal Constitucional analice los preceptos normativos que pudieran encontrarse violentando uno o varios principios del texto supremo.

Así, en México la justicia constitucional no corre a cargo de un Tribunal Constitucional como órgano distinto e independiente del Poder Judicial; cualidad que según muchos, le otorga al órgano interprete de la constitución la autonomía necesaria para desempeñar su importante actividad. En nuestro país, materialmente tal función la desempeña la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En nuestro sistema jurídico existen tres mecanismos constitucionales para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación revise el trabajo previamente sancionado por el Poder Legislativo. Estos recursos son el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. En el primero de los casos, este juicio previsto en el artículo 103, solo puede promoverlo el ciudadano directamente afectado por la norma en cuestión y la sentencia tiene efectos únicamente para quien solicitó el amparo y protección de la justicia constitucional. En el caso de los procedimientos de acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional, previstos ambos en el artículo 105 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez de la norma general cuya inconstitucionalidad se hubiere reclamado (en cuyo caso los efectos se extienden a todas aquellas normas cuya validez depende de la propia norma declarada inválida).

Dictada la sentencia con efectos generales, el Presidente de la Suprema Corte ordena la notificación a las partes y manda publicar la sentencia íntegra en el Semanario Judicial de la Federación, conjuntamente con los votos particulares, en su caso. Además de lo anterior, el Presidente ordena la inserción de la sentencia en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en que la norma se hubiere publicado originalmente⁴⁵⁰.

Respecto a los alcances de la invalidez declarada, la fracción IV del artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional, dispone que es en la misma sentencia en donde se establecen los alcances y efectos de la misma, fijándose con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda.

Aún con la existencia de estos mecanismos de protección, existe el inconveniente de que la interposición de tales acciones no se encuentra al alcance de todos los ciudadanos, salvo para el caso del juicio de amparo. Cada una de ellas acota puntualmente en quiénes recae el interés jurídico para su interposición. Por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad puede ser promovida por el equivalente al 33% de la cámara de diputados, o el equivalente al 33% de la cámara de senadores, o bien el por el Procurador General de la República o bien del 33% de los integrantes de una legislatura estatal; también la pueden promover los partidos políticos respecto de leyes electorales y la Comisión Nacional de Derechos Humanos respecto de Leyes o Tratados Internacionales que vulneren derechos humanos. Lo mismo ocurre con la controversia constitucional, en cuyo caso los entes de gobierno puntualmente

⁴⁵⁰ Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 92 a 96.

enunciados son quienes tienen el interés jurídico para promover lo conducente⁴⁵¹.

Amén de tales limitantes, la Suprema Corte le ha dado entrada a la interposición de controversias constitucionales promovidas por entes distintos a los enumerados en el catálogo de sujetos legitimados, tal y como ocurrió con el caso de la Delegación Miguel Hidalgo del Distrito Federal, que a través de su titular interpuso dicho mecanismo constitucional en contra del Jefe del Gobierno del Distrito Federal; desafortunadamente, la Corte no ha establecido un criterio uniforme sobre este particular, y ha negado el acceso a otros entes que lo han solicitado bajo condiciones similares al caso que se describe⁴⁵².

A pesar de contar con este modesto logro, los intereses de los gobernados siguen quedando sujetos a la voluntad e intereses propios de quienes tienen la legitimidad de interponer las acciones. Aunado a lo anterior, se percibe una cierta ineficacia en la protección de los derechos con motivo de una falta de armonía al interior del sistema mismo de protección de garantías tuteladas.⁴⁵³

Por estas y muchas otras razones, el papel que ha jugado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el resto del Poder Judicial Federal mexicano, en el esquema de la división de poderes, ha sido insuficiente y, porque no decirlo, limitado.

Sin embargo, en los últimos años se han llevado a cabo importantes reformas constitucionales que han acercado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación al modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, sin que con ello se haya

⁴⁵¹ *Idem*.

⁴⁵² Controversia Constitucional 29/2003, promovida por el Titular de la Delegación Miguel Hidalgo del Distrito Federal, en contra del Jefe de Gobierno del Distrito Federal. DOF. Diario Oficial de la Federación, 25 de Noviembre 2003.

⁴⁵³ Eduardo Ferrer, Mac –Gregor, *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2003, pp. 213 a 220.

conseguido configurar un verdadero Tribunal Constitucional. En opinión del Dr. Miguel Carbonell, faltarían dos elementos importantes para dicha configuración: a) la declaración general de inconstitucionalidad que actualmente solo puede emitir la Corte en algunos de los casos de las controversias constitucionales y en la relativamente limitada acción de inconstitucionalidad, pero no en las resoluciones de los juicios de amparo, y b) la separación orgánica entre Poder Judicial ordinario y jurisdicción constitucional.⁴⁵⁴

Aún y cuando en la actualidad existe ya una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones, parece faltar mucho trabajo por realizar para que en nuestro país exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad.⁴⁵⁵ Algunos Estados de la República Mexicana han dado un pequeño paso hacia esta importante separación; algunos de ellos prevén ya la constitución de salas especiales para el control de la legalidad y otras destinadas de manera particular al control de la constitucionalidad, un ejemplo de ello es el Estado de Veracruz.⁴⁵⁶

Este esfuerzo por lograr hacer de la Suprema Corte de Justicia de la Nación un verdadero órgano supremo revisor de la Constitución, se debe a que existe una genuina preocupación por dotar a dicho órgano de las herramientas jurídicas necesarias para que su labor represente un verdadero equilibrio entre los derechos de los gobernados y la actuación de los Poderes del Estado.

Pero no solamente el trabajo interpretativo de los Tribunales Constitucionales ha sido importante para proteger los derechos de los gobernados, y hacer frente a la falta de legitimidad de algunas leyes. Los Estados se han adherido a pactos internacionales a través de los cuales buscan proteger los derechos y seguridad de los ciudadanos más allá de las fronteras nacionales. Esta protección que

⁴⁵⁴ Miguel Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa, México, 2001, pp. 58 y 59.

⁴⁵⁵ *Idem*.

⁴⁵⁶ Ver artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

rebasa fronteras, forma parte de la gran cantidad de acciones que en los últimos años los Estados están llevando a cabo para democratizar y modernizar sus instituciones jurídicas.

Precisamente uno de los más elementales progresos que requiere la justicia constitucional en nuestro país, consiste en la correcta permeabilidad por parte de la legislación mexicana de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esto es, aún y cuando el Estado Mexicano ha reconocido dicha jurisdicción, este reconocimiento no ha permeado aún al resto del sistema jurídico mexicano. Hasta ahora, son pocas las disposiciones que reconocen dicha jurisdicción contenciosa, como la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual prevé en su artículo 2 que los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de la Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado Mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones⁴⁵⁷.

Esta permeabilidad es importante porque, como hemos comentado, el sistema jurídico mexicano no ha sido receptivo en cuanto a reconocer expresamente en la legislación, la obligatoriedad de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado. Un ejemplo de ello es el llamado caso “Castañeda”, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al gobierno mexicano, como medida cautelar, el registro provisional de Jorge Castañeda Gutman como candidato independiente a la Presidencia de la República, mientras dicha Comisión decidía acerca de la admisibilidad y fondo de la petición presentada por dicho ciudadano. No obstante ello, como la legislación electoral no prevé la

⁴⁵⁷ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Congreso de la Unión, p. 1, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/LFRPE.doc>>.

figura del candidato independiente, el Gobierno Mexicano decidió no acatar las medidas cautelares instruidas por la Comisión⁴⁵⁸.

Inconsistencias como ésta ocurren a menudo, no obstante que el artículo 133 de la Constitución dispone que los Tratados Internacionales suscritos por el Titular del Ejecutivo Federal, una vez ratificados por el Senado de la República, son Ley Suprema de la Nación; lo cual indica que lo ordenado por el Sistema Interamericano de justicia, debería tener el carácter de “derecho interno” y, por ende, el carácter de obligatorio.

Este reconocimiento es importante porque, en opinión del Dr. Carbonell, nos encontramos ante el reto de modificar nuestra visión tradicional para comenzar a tomar en cuenta a los Tratados Internacionales en nuestros estudios sobre los Derechos Fundamentales, así como frente a la necesidad de conocer y hacer desarrollar los procesos que se pueden llevar ante la Corte Interamericana como parte de nuestro sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos.⁴⁵⁹

Pero no solamente México ha enfrentado este tipo de problemas al interior de su sistema jurídico, en general los Estados miembros han pasado por complejos procesos de madurez social, jurídica y política para lograr un correcto acatamiento de las determinaciones emitidas por el sistema interamericano de derechos humanos.

Actualmente, la Corte Interamericana guarda entre sus archivos un antecedente sumamente progresivo y por ello digno de citarse, ya que con motivo de una sentencia emitida por dicha Corte al gobierno de Chile, éste tuvo que modificar

⁴⁵⁸ Para consultar los diversos escritos y comunicaciones relacionados con el caso del C. Jorge Castañeda Gutman, visitar la siguiente dirección electrónica: <<http://www.ideasdelcambio.org/folder.cfm?id=20051012121345375418>>.

⁴⁵⁹ Miguel Carbonell, “Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica y la Suprema Corte de México”, en Miguel Carbonell, *Constitucionalismo y Democracia, ensayos críticos*, Porrúa, México, 2004, pp. 137 y 138.

su Constitución Política y los demás ordenamientos legales conducentes para hacer posible el respeto de ciertos derechos en favor de los gobernados.

Este caso es conocido como “la última tentación de cristo” (Oledo Bustos y Otros) y la sentencia de la Corte de fecha 05 de febrero de 2001 indicó en su resolutive 4 que... *el Estado deberá modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y deberá rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.*⁴⁶⁰

El gobierno de Chile atendió la instrucción formulada y a través de resolución de fecha 28 de noviembre de 2003, la Corte determinó en su considerando 3 que el Estado había dado cumplimiento a lo ordenado previamente, ya que el Gobierno Chileno no solamente modificó la Constitución Política de su país, sino que además diseñó, aprobó y puso en vigor una Ley sobre la clasificación de la producción cinematográfica, y aprobó también el Reglamento de dicho ordenamiento, con la finalidad de eliminar censuras a las producciones cinematográficas.⁴⁶¹

Es satisfactorio saber que, además del trabajo de interpretación Constitucional que realizan los órganos internos, se puede también acceder a mecanismos internacionales de protección de derechos fundamentales, pero al mismo tiempo es lamentable reconocer que todas estas herramientas, resultan ser la consecuencia de que en ocasiones la validez de los órdenes legítimos internos,

⁴⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso la última tentación de Cristo, Oledo Bustos y otros contra Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, p. 40. <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4>.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 4 y ss.

no se basa en normas racionales capaces de dotarse de una capacidad autovinculadora.⁴⁶²

De esta forma, no obstante todos los esfuerzos que los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales han empleado para proteger, ante todo y pese a todo, los derechos, libertades y garantías de los individuos, no podemos negar que el problema de falta de legitimidad del derecho continúa vigente, por lo que además de pensar en un fortalecimiento de estos órganos, habría que propiciar una profunda revisión y rediseño de los procesos y espacios de creación del derecho en los cuales, según se observa, no están participando los verdaderos interesados o bien quienes los representan no lo están haciendo correctamente.

Como vemos, el trabajo de los Tribunales Constitucionales se traduce en una verdadera herramienta contra ciertas normas que violan los derechos de los gobernados, circunstancia que ha convertido a los jueces constitucionales en los “legisladores últimos”; esto ha suscitado un fuerte debate sobre si ello es aceptable en un Estado Democrático de Derecho en el cual las competencias entre poderes y cargos se encuentran claramente delimitadas. Abordemos los puntos medulares del debate.

4.1.3 El debate sobre los alcances de la interpretación constitucional

En la actualidad existe un fuerte debate sobre las implicaciones de fondo que encierra el trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales. Pese a las bondades que hemos señalado en el apartado anterior, en contra de ellas se han vertido argumentos que van desde sostener que los intérpretes de la Constitución invaden la esfera de actuación del poder legislativo, hasta asegurar incluso que el trabajo de interpretación de éstos empobrece el debate democrático.

⁴⁶² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit p. 133.

4.1.3.1 Invasión de competencias entre poderes del Estado

El ataque más común en contra del trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales, se recibe por parte de los defensores de la división de poderes, entre ellos Habermas. Este ataque consiste en asegurar que en estricto apego a las actividades que la división de poderes atribuye a cada órgano de gobierno, el trabajo que se realiza al interpretar el contenido de las leyes, buscando la congruencia de éstas con el orden constitucional, se inmiscuye con la tarea creadora del derecho, la cual le corresponde en “exclusiva” al poder legislativo.

En realidad la labor de interpretación de los Tribunales Constitucionales, lesiona fuertemente la concepción que los positivistas o legalistas tienen de la ley como la única y suprema fuente del derecho.⁴⁶³

La supuesta “invasión de poderes” se funda en la forma en la que los Tribunales Constitucionales encaran los conflictos que les corresponde resolver, ya que éstos llevan a cabo una verdadera ponderación de bienes, lo cual se entiende como una “libre creación”. Como los derechos fundamentales tienen el carácter de bienes o valores que deben sopesarse para estar en posibilidad de emitir una resolución que atienda el caso concreto, ello convierte a los Tribunales Constitucionales en negociadores de valores y, consecuentemente en una instancia autoritaria que invade las competencias del legislador y que emite juicios irracionales basados en argumentos de carácter funcionalista, y no en argumentos normativos.⁴⁶⁴

Para quienes sostienen esta posición, los Tribunales Constitucionales deberían conservar su imparcialidad evitando interpretaciones construidas a partir de juicios valorativos de tipo moral o interpretaciones de carácter político, ya que su

⁴⁶³ Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en Eduardo Ferrer MacGregor, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Porrúa, México, 2003, p. 454.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 456.

función debe limitarse a garantizar las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes. Esto significa que para quienes congenian con la corriente positivista del derecho, los jueces no deben enmendar la obra del legislador, sino garantizar que éste sea democrático, poniendo especial interés en la constante revisión de los canales de comunicación previstos en las constituciones, para que se ofrezcan todas las posibilidades de participación, a través de los derechos previamente establecidos.⁴⁶⁵

Habermas se pregunta *¿cómo es posible que una práctica interpretativa, opere dentro de los límites de la división de poderes propia del Estado de Derecho, sin que la administración de justicia invada competencias legislativas?*⁴⁶⁶

Este autor considera que existe un verdadero choque entre las actividades de interpretación del poder judicial con las del poder legislativo, cuando el primero lleva a cabo el control abstracto de las normas jurídicas. Por ello, propone que sea dentro del mismo proceso legislativo, donde se lleve a cabo la revisión constitucional del derecho, ya que hasta el momento en el que se aprueba una ley, todas las actividades llevadas a cabo son propias del poder legislativo. Este autocontrol del legislador podría organizarse bajo la forma de un tribunal e institucionalizarse a través de una comisión parlamentaria.⁴⁶⁷

Con esta propuesta, Habermas alberga la esperanza de que al interiorizar este proceso de autocontrol constitucional en el seno mismo del poder legislativo, se motive a los legisladores para que tengan presente la supremacía y el respeto de los principios constitucionales. De esta forma, se esperaría que los legisladores, aún inmersos en los escenarios más complejos, enriquecieran la racionalidad del proceso de producción legislativa y no perdieran de vista las

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 457 y 458.

⁴⁶⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 311.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 313.

cuestiones éticas y morales que le importan a la sociedad y que por ningún motivo deben ser objeto de negociación o compromiso.⁴⁶⁸

Como en estricto sentido el control abstracto de normas pertenece incuestionablemente a los legisladores, éstos no pueden corroborar si los tribunales al interpretar y aplicar el derecho, se han apegado a las mismas razones normativas que en su momento formaron parte de la fundamentación racional de la Ley.⁴⁶⁹ Este razonamiento es el que ejerce más peso a la hora de proponer un autocontrol del legislador, en vez de la interpretación de los Tribunales Constitucionales.

Consideramos que la preocupación de los defensores de la división de poderes y particularmente la de Habermas, carece de sustento. No existe una invasión entre poderes cuando el poder judicial o los Tribunales Constitucionales llevan a cabo la interpretación del texto Constitucional, ya que las decisiones de estos órganos, en realidad están orientadas al pasado, y vinculadas a las decisiones del legislador a través del derecho vigente; mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro, a través de las cuales se previenen los peligros que pueden presentarse entre el aparato del Estado y el ciudadano.

Estimamos que las normas jurídicas que trastocan los principios consagrados en la constitución, por este sólo hecho deben ser objeto de un serio trabajo de interpretación; este trabajo, para que se lleve a cabo con imparcialidad y objetividad, debe realizarse por un órgano diferente del cual emanó la norma o disposición en cuestión. Desde nuestro punto de vista, esto no representa una invasión de facultades entre poderes del Estado; para nosotros simplemente se otorga a un órgano distinto a aquel que produce las normas jurídicas, una facultad de revisión tan importante y trascendental para los ciudadanos, lo cual

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 314.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 315.

no debe ser considerado como un aumento de poder que vulnera el equilibrio del armazón jurídico del Estado.

4.1.3.2 el problema de la ponderación

Otro fuerte argumento en contra del trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales se basa en la forma en la que estos órganos llevan a cabo tal trabajo. Habermas afirma que esta labor de interpretación requiere de una verdadera “ponderación” de derechos, lo que implica, por una parte, que los derechos queden degradados al nivel de objetivos, de políticas y de valores, es decir, queden degradados al nivel de simples “fines”; y por la otra, que surja el peligro de diluir al derecho con el empleo de juicios irracionales, ya que según Habermas para ponderar derechos no se requiere el empleo de criterios racionales.⁴⁷⁰

Para Habermas el ejercicio de la ponderación saca a la decisión en cuestión del ámbito definido por conceptos como correcto e incorrecto, corrección e incorrección y justificación, trasladándola a un ámbito delimitado por nociones como adecuado e inadecuado y discreción. Ello implica que en el sopesamiento de valores puede aceptarse un juicio por sus resultados, sin que exista una justificación para ello. Esto pareciera sugerir que el precio que hay que pagar por la ponderación, es la pérdida de la categoría de corrección, esto es, de suficiente justificación.⁴⁷¹

Robert Alexy es quien principalmente ha ofrecido argumentos para echar por tierra la posición de Habermas. Alexy se pregunta, *¿es la ponderación intrínsecamente irracional? Es la aproximación de la ponderación incapaz de prevenir el sacrificio de los derechos individuales? Realmente la ponderación*

⁴⁷⁰ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2005, p. 62.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 64.

*supone que estamos abocados a abandonar la corrección y la justificación y, consecuentemente la razón?*⁴⁷²

Estas interrogantes nos conducen al tema relacionado con los principios que se emplean para la interpretación de los derechos constitucionales. El principio de proporcionalidad es aquél a través del cual se lleva a cabo la ponderación a la que se refiere Habermas, y se compone a su vez de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Explicar el principio de proporcionalidad es fundamental para demostrar que Habermas se equivoca cuando afirma que en la ponderación se emplean juicios irracionales, ya que si se interpretan los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad, ello implica que a los derechos constitucionales se les otorga el carácter de principios y no de simples reglas, lo cual exige la práctica de la optimización. Así, en tanto que exigencias de optimización, los principios constitucionales se vuelven normas que requieren que su alcance o contenido sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas.⁴⁷³

Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible, por lo que expresan la idea de optimidad de pareto y no tienen el objetivo de llegar a un punto máximo. Por ejemplo, el subprincipio de idoneidad es un criterio negativo a través del cual se puede detectar qué medios no son idóneos, de tal forma que se excluye algo de entre las posibilidades (los medios no idóneos) sin pretender fijar todo.⁴⁷⁴

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 61

⁴⁷⁴ Robert Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004, p. 41.

Por su parte, el subprincipio de necesidad exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado; así, a causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente perjuicio para la otra. De esta forma, se observa que mediante los subprincipios de idoneidad y de necesidad se lleva a cabo básicamente una selección de medios.⁴⁷⁵

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto tiene un carácter diferente a los anteriores, éste se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas, y como éstas vienen definidas fundamentalmente por la concurrencia de otros principios, este subprincipio se formula con una regla llamada “ley de la ponderación”, la cual ordena que cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.⁴⁷⁶

Para aplicar este último principio, Alexy propone seguir un camino: cuando tenemos dos (o más) derechos en conflicto, lo primero que hay que hacer es establecer el grado de insatisfacción o detrimento del primer principio involucrado, luego establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio que compite con el primero y, finalmente, determinar si por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero. De esta forma, puede demostrarse que es posible hacer uso de juicios racionales para determinar la intensidad de la interferencia entre principios, los diversos grados de importancia y la relación entre estos aspectos.⁴⁷⁷

En este ejercicio interviene de manera importante lo que se ha conceptualizado como “la fórmula del peso”, la cual consiste básicamente en determinar la importancia o el peso específico que tiene un principio tutelado por una norma, de tal suerte que se establece la relación que existe entre la intensidad que tiene

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, cit. p. 61 y 62.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 64.

la interferencia (leve, moderado o grave) con el principio protegido por la norma, y la importancia de proteger el principio en colisión.⁴⁷⁸

Un ejemplo que ilustre el uso de la fórmula del peso sería: para determinar el peso concreto que tiene el principio de la libertad de expresión en una controversia determinada, por un lado habría que establecer la intensidad que tiene la prohibición o el acto que interfiere con ese principio, y por el otro, determinar la importancia que tiene el satisfacer la libertad de expresión en el caso concreto.

De esta forma, principalmente con la fórmula del peso se puede demostrar que las decisiones o proposiciones conectadas con dicha fórmula, deben ser justificadas mediante argumentos; de tal suerte que la fórmula del peso resulta ser una clase de argumento, y las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí.

Con esta estructura racional a través de la cual se establece la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso, queda sin elementos la objeción de Habermas, porque la ponderación no queda fuera de la esfera de la justificación, de la corrección y de la objetividad. Bajo esta estructura, se ofrecen siempre los mejores argumentos para tomar la decisión más adecuada, y ello le da el carácter de “racional” a la decisión.

Desde esta perspectiva, se aprecia que la ponderación está conectada con el discurso, y que ésta no es posible sin él y sin las distintas clases de argumentos o estructuras de inferencias que se entrelazan para tomar una decisión; esto es, contrario a la opinión de Habermas, puede asegurarse que la ponderación es tan racional como el propio discurso.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 64,65 y 66.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 97.

Siguiendo esta línea, en el control constitucional la ponderación está directamente relacionada con los derechos fundamentales, por lo que éstos necesariamente se relacionan con el discurso de la siguiente forma: el control de la constitución expresa la superioridad de los derechos fundamentales en relación con la legislación emanada de los congresos, lo cual implica que en la declaración de inconstitucionalidad se configura una contradicción entre la Ley en cuestión y el derecho fundamental transgredido, y precisamente ello le da al control constitucional el carácter de proposicional y por ende argumentativo y discursivo, toda vez que para demostrar tal contradicción hay que ofrecer todos los argumentos disponibles.

Como se aprecia, existen elementos suficientes para atacar y echar por tierra la posición de Habermas en cuanto a la supuesta irracionalidad que reviste a las resoluciones emanadas de quienes llevan a cabo el trabajo de interpretación de la constitución; ha quedado demostrado que toda contradicción normativa exige la exposición de elementos y argumentos suficientes para llegar a una conclusión que involucra diferentes intereses en juego, por lo cual no puede hablarse del uso de juicios “irracionales” por parte de los intérpretes supremos de la Constitución.

En todo caso, consideramos que Habermas demuestra una profunda nostalgia por preservar los principios sobre los cuales se fundaron los Estados Democráticos de Derecho, principalmente el relativo a los contrapesos entre poderes del estado, que define el equilibrio correcto del poder en beneficio de los gobernados.

4.1.3.3 el poder y la superioridad de los jueces

Existe la inquietud de que la facultad de interpretación del texto constitucional, coloca a los jueces en una mejor posición que a los legisladores: por encima de éstos. Ello se ha interpretado como ir en contra del correcto equilibrio que debe existir entre los poderes del Estado, para que ninguno goce de superioridad alguna respecto de los otros, en beneficio de los ciudadanos.

Esta idea parte del supuesto de que con el trabajo de interpretación de la Ley Suprema, en relación con el contenido de las normas emanadas del poder legislativo, se otorga a los jueces la importante prerrogativa de tener “la última palabra” en cuanto al alcance que tienen los derechos contenidos en las normas. Esto ha sido interpretado como un evidente nivel de superioridad de los intérpretes del texto supremo.

Cuando Alexander Hamilton expuso su brillante defensa a la Constitución Norteamericana, cuyos argumentos fueron utilizados con posterioridad en el famoso caso *Marbury vs Madison*, aclaró que no porque el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, ello implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores; tampoco significa poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo” sino, por el contrario, la decisión de anular una ley viene precisamente a reafirmar el peso de la voluntad popular.⁴⁸⁰

...Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a

⁴⁸⁰ Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Rodolfo Vázquez, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2003, p. 217.

*las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.*⁴⁸¹

Lo anterior supone que con el trabajo de interpretación de la constitución, se ratifica la supremacía de ésta como documento que refleja fielmente la voluntad soberana del pueblo, lo cual no implica superioridad alguna de los jueces.

Parte de este argumento es discutible, ya que se hace referencia a la superioridad de una constitución histórica que refleja la voluntad del pueblo, y en realidad la mayoría de las constituciones históricas vigentes de los diferentes países no han sido sancionadas por un procedimiento democrático genuino, esto es, han sido sancionadas por un reducido número de personas que tuvieron la oportunidad de participar en el proceso constitucional. Incluso en los casos en que las constituciones han sido sancionadas democráticamente, como el caso de la constitución Española, se teme que la legitimidad democrática con que fue creada se diluya con el tiempo, de tal forma que la constitución queda imposibilitada para expresar en forma permanente un consenso.⁴⁸²

Para librar este escollo, usualmente se recurre al argumento del consentimiento tácito, en virtud del cual se asegura que el hecho de que la constitución no haya sido derogada por la sociedad, implica que ésta la acepta y le otorga su consentimiento.⁴⁸³

Con independencia de estas reflexiones, consideramos que no existe un argumento institucional para afirmar que quien revisa e interpreta el texto constitucional, para que éste sea compatible con el resto de la producción legislativa, goza de una evidente superioridad en relación a los otros poderes del

⁴⁸¹ A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 332.

⁴⁸² Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 271.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 272.

Estado y particularmente respecto de los creadores de las normas, los legisladores.

En todo caso, creemos que los intérpretes de la constitución actúan como árbitros del procedimiento democrático, al ser los encargados de velar por la congruencia entre la constitución y las demás normas. Esta tarea no podría ser encargada a quienes directamente llevan a cabo el proceso democrático, o sea a los legisladores, porque podría perderse la objetividad en el análisis si el mismo órgano que emitió la norma en cuestión, es quien tiene facultades para determinar si son correctos o válidos sus alcances; esto es, sería difícil pensar que el poder legislativo acepte sin más el hecho de que se equivocó al emitir la norma, y que ésta violenta los principios consagrados en la constitución.

De esta forma, los jueces al tener que aplicar una ley y justificar una decisión, no tienen otra alternativa que inmiscuirse en el proceso colectivo que le dio vida a la Ley y verificar las condiciones de legitimidad democrática que estuvieron presentes. Esta intervención unidireccional tiene un efecto positivo porque obliga a los jueces a ampliar el proceso democrático, requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad y más concentración sobre la justificación.⁴⁸⁴

Lo anterior significa que para asegurar la correcta supremacía de los principios constitucionales, debe determinarse un órgano que revise de forma permanente la congruencia del entramado jurídico que gobierna a la sociedad. Al ser elegido el poder judicial o los Tribunales Constitucionales para llevar a cabo esta importante actividad, esta circunstancia no les otorga superioridad alguna respecto de los creadores de las normas, y no existe argumento institucional alguno para determinar que dicha actividad estaría mejor situada en el seno del poder legislativo.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 273 y 274.

En todo caso, existen elementos para estimar que las cuestiones relacionadas con los derechos, se deciden mejor si se basan en información variada acerca de los hechos involucrados, y la técnica para analizar y dilucidar sobre los alcances de un reclamo de derechos, por consistencia es una técnica mucho más desarrollada en los jueces que en los legisladores.⁴⁸⁵

También existen razones de carácter político para pensar que es más apropiado que la última palabra en cuanto a derechos, la tengan los Tribunales Constitucionales y no los legisladores. Como sostiene Dworkin, los legisladores están sujetos a presiones a las que los jueces no, por ejemplo, si los legisladores tomasen una decisión que afecta a un sector de la sociedad, ello podría agitar el orden público y ponerse en juego la estabilidad misma del gobierno, sustituyéndose a los legisladores por otros. Los Tribunales no tienen este problema, ya que los jueces no tienen temor a emitir una decisión que cause insatisfacción a la gente; por el contrario, algunos jueces encuentran placer en la libertad que poseen de disentir con los puntos de vista populares. De esta forma, si los jueces emiten una decisión que es cuestionable, la población no tiene la posibilidad de reivindicarse reemplazándolos.⁴⁸⁶

Sería falso asegurar que las decisiones impopulares de los jueces no tienen efecto alguno, de hecho es peligroso que la sociedad pierda el respeto hacia ellos, hacia la institución y hacia el derecho mismo, pero las consecuencias políticas para el gobierno son menos dramáticas si la labor de interpretación constitucional la tienen los órganos constitucionales. Estas consideraciones nos permiten proponer que la interpretación constitucional, lejos de otorgar superioridad a los jueces respecto de los legisladores, resguarda los principios constitucionales y brinda cierto tipo de congruencia y estabilidad al gobierno mismo.

⁴⁸⁵ Ronald Dworkin, *A matter of principle, The Political Basis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Ma, 1985, p. 24.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

4.1.3.4 una contradicción con la práctica democrática

Una preocupación más que aqueja a los defensores de la división de poderes, es que los legisladores son elegidos democráticamente por los ciudadanos gobernados, mientras que el poder judicial o los miembros de los Tribunales o Cortes Constitucionales están formados por un grupo de ciudadanos que no cuenta con la legitimación democrática de tal envergadura. Ello se ve como una deficiencia que podría salvarse promoviendo la legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales, cuyos miembros podrían ser elegidos de la misma forma en la que se elige a los integrantes del poder legislativo.

Nosotros no coincidimos con esta posición porque aún y cuando los jueces no fueron elegidos por todos los ciudadanos, como ocurre con los integrantes del poder legislativo, creemos que los jueces tienen en sus manos una de las labores más importantes para los gobernados y distintiva de los estados democráticos de derecho, la administración de justicia; por lo que el correcto ejercicio de esta actividad puede considerarse como administrada o impartida en nombre del pueblo y para su beneficio. Por otra parte, la función de los jueces, además de expresar la voluntad popular (por proteger los principios constitucionales que la misma sociedad incorporó en dicho orden supremo) pone límites a los posibles extravíos constitucionales de los representantes de esa voluntad.

Adicionalmente, debemos tomar con reserva la supuesta democracia que reviste a los integrantes del Poder Legislativo, ya que en nuestro país únicamente 300 de ellos son elegidos democráticamente. En términos de lo dispuesto en el artículo 52 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 300 diputados son electos según el principio de votación mayoritaria relativa, y 200 diputados son electos según el principio de representación proporcional.

Con independencia de lo anterior, debemos reconocer la importancia de establecer ciertos controles inviolables para promover la autonomía judicial, como podrían ser: a) la especialización de los jueces, lo cual es indispensable para el correcto desempeño de las labores de interpretación constitucional; b) la elección de los miembros del tribunal por un período determinado, sin posibilidad de reelección, y c) si es que la fuente u origen de los integrantes de los Tribunales pone en duda la importante labor de éstos, designarlos con la aprobación de los dos tercios del poder legislativo, en su caso.⁴⁸⁷

Previstos o no estos controles, estimamos que los jueces adquieren el carácter de árbitros e inspectores de la calidad de las normas, encargados de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales. Esta calidad no otorga al poder judicial un nivel de superioridad, si acaso configura una relación asimétrica con respecto a los órganos ejecutivos y legislativos, porque éstos se vuelven responsables frente a aquél, lo cual en nuestra opinión no tiene mayor relevancia democrática si al final las decisiones de los jueces son confiables por apoyarse en los principios y reglas básicas de la Constitución.⁴⁸⁸

Una posición que pudiera dirimir este desacuerdo que hemos expuesto, es aquella que sugiere que la función del control constitucional de las normas se encomiende a una tercera instancia que esté fuera de las posiciones adoptadas desde el poder legislativo y desde el judicial, de tal forma que no se le vincule con el ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial al poder legislativo y judicial. Aunque es importante aclarar que esta precaución no garantiza una plena autonomía en el desempeño de los encargados del control constitucional, ya que su nombramiento forzosamente depende de otra instancia o poder, como ocurre con los doce miembros del Tribunal Constitucional

⁴⁸⁷ Ernesto Garzón Valdés, "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en Rodolfo Vazquez, Jorge Malem y Jesús Orozco Henríquez, *La función judicial, ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p.131.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

Español, quienes son nombrados por el Rey. Aunque cuatro son propuestos por el Congreso, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, la decisión final la tiene el Rey, circunstancia que podría influir en la imparcial actuación de dichos miembros.⁴⁸⁹

Con independencia de esta aclaración, no cabe duda de que tal autonomía es un elemento para promover una mayor imparcialidad respecto de los tres poderes del Estado, y mayor certeza y autonomía a sus decisiones. Por ello, hay quienes opinan que aún y cuando se advierte que con esta alternativa, dicho órgano independiente también obtiene cierto poder, es preferible que el mismo se concentre en un órgano autónomo, antes que en uno de los dos principales órganos en el que descansa el poder del Estado.⁴⁹⁰

Con independencia de la postura que se adopte, consideramos que la concretización o determinación del sentido que se debe dar al Derecho Constitucional, por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente, y sobre todo contribuye de manera significativa a la aclamada democratización del Estado.

Esta idea la comparten los defensores del constitucionalismo al afirmar que los Tribunales Constitucionales fungen como verdaderos intermediarios entre los gobernados y el cuerpo legislativo que crea las normas y que puede ser capaz de cometer errores. Este trabajo de intermediación se justifica en defensa de los valores constitucionales, ya que precisamente los Tribunales Constitucionales con su labor garantizan que no se abuse de ese poder de crear el derecho. Esta posición sugiere también que para juzgar la constitucionalidad de una norma, los

⁴⁸⁹ Ver artículo 159 de la Constitución Española, el cual describe la forma en la que se nombran los miembros del Tribunal Constitucional de ese país. <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>.

⁴⁹⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 316.

jueces interpretan las disposiciones constitucionales, de tal forma que imponen su propia valoración a la valoración previamente impuesta por el poder legislativo, lo cual no debe entenderse como un peligro para la democracia.

En este tenor, los constitucionalistas han llegado a adoptar posturas radicales, la posición de Dworkin es un ejemplo de ello, ya que opina que los jueces pueden abusar de sus poderes, pero argumenta que el control de constitucionalidad está democráticamente justificado porque aporta nuevos argumentos en el debate político, argumentos que se relacionan con los principios constitucionales y que se esgrimen antes, durante y después de la discusión judicial. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad enriquece el debate político y alimenta la deliberación democrática.⁴⁹¹

Esta posición tan extrema descansa en la confianza de que la ponderación entre principios a cargo de los jueces es muy importante para encontrar la mejor solución cuando existe una contradicción que vulnera algún precepto constitucional, aun y cuando los jueces pudieran abusar de su poder.

Dworkin estima que el control jurisdiccional de la constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y, por ende, de las condiciones que hacen posible a la democracia, aún y cuando ello suponga un amplio margen discrecional en la interpretación, e implique delegar poder en manos de los jueces.⁴⁹²

Ferreres coincide con esta idea de Dworkin al afirmar que los jueces constitucionales juegan un papel fundamental que fortalece la democracia, toda vez que permiten escuchar voces que no fueron atendidas durante las deliberaciones parlamentarias, de tal forma que en la medida en que esas voces y esos grupos pueden tener un más fácil acceso al proceso judicial, el juez

⁴⁹¹ Ronald Dworkin, *Freedom's law, The Moral Redding of the American Constitution*, USA, 1999, p. 10 a 12.

⁴⁹² *Idem.*

decide sobre la base de un conjunto más completo de razones y contra-razones, enriqueciéndose los debates públicos con los nuevos argumentos que el juez hace visibles a través de sus sentencias.⁴⁹³

Kelsen opinaba que siempre que existan principios constitucionales quedarán importantes cuotas de poder en las manos de los intérpretes, ya que la interpretación constitucional es la búsqueda de la norma que corresponde al caso concreto, y ello es en realidad, aunque en débil medida, un trabajo de creación normativa⁴⁹⁴. Tal circunstancia no debe ser objeto de preocupación por parte de los legisladores, ya que en un Estado Constitucional moderno las leyes deben ser tratadas sólo como una parte del derecho y no como todo el derecho, en el entendido de que éste no es un objeto propiedad de uno, debe ser objeto del cuidado de todos, confluyendo sin obstáculos tanto el trabajo de creación, como el trabajo de interpretación del derecho.⁴⁹⁵

En adición a esto, consideramos que el legislador debe ser consciente de que el enriquecimiento del proceso político, a través de la calidad de la argumentación de los principios constitucionales, actúa en favor del mismo sistema democrático, y por ende, a favor de la sociedad gobernada por las normas, lo cual de ninguna forma debe considerarse perjudicial.

Esta aparente inclinación de poder a favor de las Cortes Constitucionales ha sugerido el diseño de mecanismos apropiados que controlen posibles abusos y se garanticen los derechos de los ciudadanos. Ricardo Guastini se pregunta *¿porque debemos esperar que los jueces constitucionales, titulares de la más amplia discrecionalidad interpretativa, observarán el principio de imparcialidad?*

⁴⁹³ Víctor Ferreres, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23,2000, p. 37 y 38.

⁴⁹⁴ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)* UNAM, México, 2001, p. 54 a 59.

⁴⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997, p. 153.

*Qué nos lleva a pensar que se abstendrán de ejercer el poder de orientación política que el propio sistema político institucional ha colocado en sus manos?*⁴⁹⁶

No cabe duda de que para un defensor de la democracia, el control de constitucionalidad siempre será una idea problemática porque encierra un prejuicio hacia la ciudadanía democrática, basado en que son pocos los individuos capaces de adoptar decisiones justas. No obstante ello, queda la esperanza de que cuando se discute una propuesta en el congreso, cuyo contenido no corresponde o respeta los derechos constitucionales de los ciudadanos, posteriormente la misma puede ser derrotada, lo cual, según nosotros, le otorga a éstos el carácter de espacios públicos permanentes, esto es, los convierte en lugares o foros de discusión abiertos de manera continua, a donde los interesados pueden acudir a exponer sus razones para considerar que algún derecho o prerrogativa ha sido violentada, presumiéndose que en dichos espacios imperará la fuerza del mejor argumento.

Por su parte, los defensores de la división de poderes no se quedan atrás cuando de posiciones extremas se trata, Waldron, por ejemplo, defiende la idea de preservar la legitimidad de las decisiones adoptadas democráticamente, considerando que no es suficiente con dotar a los jueces de un cierto halo de legitimidad democrática, toda vez que lo que importa es que su legitimidad nunca será mayor que la de los órganos legislativos.⁴⁹⁷

Desde esta perspectiva, el autocontrol de constitucionalidad es inevitablemente antidemocrático y sólo se explica en un contexto de profunda desconfianza hacia los procedimientos democráticos, por lo cual no es válido justificar el control jurisdiccional de constitucionalidad aduciendo que la democracia funciona de manera imperfecta, ya que en todo caso lo que debiera hacerse es corregir el

⁴⁹⁶ Citado por Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, FCE, México, 2006., p. 228.

⁴⁹⁷ Jeremy Waldron, "Rights and majorities: Rousseau revisited", en Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, p. 417 a 419.

procedimiento democrático, sin que ello implique su reemplazo por un procedimiento aristocrático, como lo es el procedimiento ante los Tribunales Constitucionales.⁴⁹⁸

Bajo esta visión, no existen razones para afirmar que el control de constitucionalidad enriquece la calidad del debate en las sociedades democráticas; todo lo contrario, los jueces empobrecen el procedimiento democrático porque sustraen a los ciudadanos el poder de decisión sobre las cuestiones fundamentales.⁴⁹⁹

Creemos que estas opiniones se basan en la incierta idea de que en el proceso democrático de creación de normas generales, tanto los votantes como los representantes de éstos, se encuentran capacitados para tomar las decisiones respectivas, por lo que enfocan sus deliberaciones en el bien común social, buscando un sano equilibrio entre la gran gama de intereses individuales que imperan en la sociedad. Waldron afirma que tanto los ciudadanos como sus representantes, son capaces de examinar las cuestiones de principio que se debaten en los procesos democráticos, por lo cual son capaces también de cuidar la integridad del proceso democrático, de tal forma que el mismo vaya mucho más allá de las finalidades para las cuales el mismo es utilizado en la toma de decisiones de las sociedades.⁵⁰⁰

En nuestro capítulo anterior observamos que esto no ocurre así, particularmente nuestro aparato legislativo enfrenta diferentes problemas en razón de los cuales las cuestiones que importan a toda la sociedad, terminan decidiéndose por un grupo reducido de ciudadanos con intereses sobre el tema en cuestión⁵⁰¹. Si esto es así, no existe razón alguna para afirmar que, cuando menos en nuestro país, el trabajo de interpretación de los órganos constitucionales violenta los

⁴⁹⁸ Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional*, cit., p.255.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 256.

⁵⁰⁰ Jeremy Waldron, "Rights and majorities: Rousseau revisited", cit, p. 392 a 421.

⁵⁰¹ Ver capítulo, apartado 2.1.1 relativo a los sistemas democráticos de representación.

principios de la democracia y empobrece su procedimiento; ocurre todo lo contrario, este trabajo de interpretación resulta ser una herramienta de control que otorga protección a los ciudadanos contra cualquier norma que vulnere sus derechos, los cuales se encuentran protegidos por la Constitución.

Las posturas de todos los pensadores que hemos citado hasta ahora, nos permiten concluir que en sociedades tan complejas como las actuales, los ciudadanos ya no pueden mantenerse unidos por un consenso sustancial sobre valores, deben también compartir un consenso sobre los procedimientos mediante los cuales se instituye legítimamente el derecho y se ejerce el poder, para lo cual deben buscarse mecanismos que garanticen que las decisiones sobre las cuestiones sustantivas, queden en manos de la ciudadanía. Esto sólo será posible si, como hemos mencionado, el ejercicio de la autonomía política de los ciudadanos, a su vez queda limitado por el reconocimiento de algunos derechos fundamentales, los cuales en su momento se defenderán en el seno de los Tribunales Constitucionales, para que éstos actúen como *guardianes* de la Constitución.⁵⁰²

Esta búsqueda incansable de equilibrio y control, ha llevado a algunos especialistas a buscar modelos que resuelvan las preocupaciones que hemos expuesto; Bayón y Gargarella consideran que la Constitución Canadiense cuenta con los instrumentos procedimentales suficientes para proteger tanto a la democracia de los jueces constitucionales, como al derecho de los excesos de quienes lo diseñan.⁵⁰³

En el modelo canadiense, los parlamentos pueden reformular una ley que haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, con la finalidad de adaptar su contenido a las opiniones de los jueces. Pero los parlamentos, a su vez, pueden legislar para derogar las decisiones de los jueces constitucionales y

⁵⁰² Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional*, cit, p. 265.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 272.

no sólo eso: pueden aprobar leyes que estén en contradicción con la Constitución, siempre y cuando asuman la responsabilidad de declarar la inmunidad de dichos ordenamientos ante la intervención de los jueces constitucionales. Junto con ese mecanismo, la Carta de los Derechos de Canadá contempla dos cláusulas complementarias: la cláusula limitativa que permite ciertas limitaciones a los derechos fundamentales y la cláusula derogatoria que permite la aprobación parlamentaria de leyes que deroguen algunos derechos fundamentales.⁵⁰⁴

Estos mecanismos no procuran que los jueces constitucionales tengan la última palabra para salvaguardar la vigencia del modelo democrático constitucional; más bien con ellos se procura que las decisiones sobre los derechos y cuestiones constitucionales, sean objeto de un reenvío legislativo que permita a los legisladores responder a los jueces y eventualmente, a través del poder de revisión constitucional, emitir la última palabra, una última palabra que en los hechos siempre será provisional porque nada impide revisiones posteriores.

Esta constante dialéctica entre el poder legislativo y el judicial, podría retroalimentarse además con opiniones públicas, de tal forma que se lograra un equilibrio entre, por una parte, el respeto de los derechos consagrados en la Constitución y, por la otra, las reglas del proceso democrático de creación de normas.

Estas posturas que hemos expuesto, son sólo una breve síntesis del fuerte debate que desde hace años se ha venido ventilando en los diferentes foros en los que se discuten los grandes temas que preocupan al Estado.

No obstante todas estas controvertidas opiniones, es una preocupación en específico la que ha cobrado una gran relevancia en los círculos de discusión: la paradoja latente que representan las ideas de Justicia Constitucional y Estado

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 273.

Democrático, esto es, la contradicción evidente que significa el que un Estado Democrático de Derecho cuente con mecanismos de protección constitucional.

4.1.4 La aparente paradoja entre Estado democrático y justicia constitucional

El aspecto más preocupante, por ser en esencia el más profundo, en contra de la actuación de los Tribunales Constitucionales, se dirige a sostener que con la actuación de estos órganos, se origina una contradicción en cuanto a lo que se espera de los “Estados democráticos”.

Para muchos pareciera contradictorio que en un Estado de Derecho en el que se discuten a conciencia y ampliamente entre los posibles afectados las normas que habrán de gobernarlos, existan problemas de contenido posteriores que obliguen a los individuos a acudir a los Tribunales Constitucionales a solicitar su revisión y el amparo y protección de la justicia contra esas mismas normas. Esto alerta sobre la posible existencia de profundos problemas en los espacios en donde democráticamente debieran tomarse las decisiones, y por ende, pone en tela de juicio la genuina práctica de la democracia.

Frente a la aparente paradoja entre Estado Democrático de Derecho e impartición de justicia constitucional, debe plantearse la siguiente interrogante: ¿Cómo se justifica la existencia de la justicia constitucional en el seno de una democracia? esto es, resulta fundamental explicar las razones por las que las leyes deben someterse a una ulterior revisión del poder judicial, si el principio democrático del que hemos hablado hasta ahora, establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 247 y 248.

Este cuestionamiento tiene sustento en la idea de que uno de los ingredientes esenciales de la democracia, sin la cual ésta deja de ser valiosa, es la deliberación pública, esto es, a través de Habermas explicamos que los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, sólo pueden tomar decisiones colectivas después de que se haya desarrollado un debate abierto a todos, durante el cual haya podido calibrarse la fuerza de las razones a favor y en contra de las diferentes propuestas.⁵⁰⁶

La mayoría de las constituciones actuales no sólo protegen procedimientos, sino también valores sustantivos en términos abstractos, con lo cual se contribuye a que en el contexto de la deliberación pública se empleen argumentos de especial calidad, derivados de los derechos fundamentales; así, tales derechos son aceptados como valiosos por la propia mayoría en cada momento histórico.⁵⁰⁷

Esta necesidad de emplear argumentos de particular calidad, nos corrobora que la práctica de la interpretación constitucional en las sociedades democráticas, puede emplearse como un mecanismo capaz de garantizar que las decisiones no se adopten únicamente a través de votos, sino por la valoración de los argumentos empleados. Visto el asunto desde esta óptica, la interpretación de los Tribunales Constitucionales no debería considerarse como una contradicción o paradoja al Estado de Derecho.⁵⁰⁸

Sin embargo, aún y cuando existan argumentos para suponer una contradicción, continuaremos defendiendo la postura de que, aún bajo el riesgo de enfrentar posibles contradicciones como la que hemos mencionado, la justicia constitucional puede contribuir a mantener viva la cultura deliberativa, en un doble sentido: en primer lugar, la mayoría se ve obligada a explicar ante un tribunal cuáles son las razones que justifican la ley que se ha aprobado; y en

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 301.

⁵⁰⁷ *Ibidem*. P. 302.

⁵⁰⁸ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, cit, p. 99.

segundo, se tiene que enfrentar la carga de dar respuesta a las razones que se aducen ante el tribunal en contra de la ley. Esto es, debemos entender que una Ley se presume constitucional y a quien le corresponde la carga de probar la supuesta inconstitucionalidad, es precisamente a quienes la impugnan, surgiendo entonces a su vez la carga de responder y dar argumentos en contra de las razones que se aluden en contra de la Ley.

Es esta doble característica la que nos permite reafirmar nuestra idea de concebir a los Tribunales Constitucionales como verdaderos espacios públicos de comunicación entre el Estado y la sociedad gobernada por el derecho.

Esto cobra relevancia si consideramos que quien ha acudido a un tribunal, tiene el carácter de un individuo perteneciente a un grupo cuyas voces pudieren haber quedado marginadas en el debate político deliberativo; en este caso, el papel del tribunal cobra una relevancia verdaderamente significativa.⁵⁰⁹

En tal sentido, si consideramos a los Tribunales Constitucionales como espacios públicos de comunicación, debemos posicionarnos en la idea de que el significado de la Constitución no debe entenderse de una vez para siempre, sino debe entenderse como el producto de una conversación abierta a todos, cuyo objeto es una búsqueda sin término; esto nos permitirá aceptar la existencia de dos intérpretes de las disposiciones emanadas de una Constitución: el legislador en un primer momento, y los Tribunales Constitucionales encargados de impartir la justicia constitucional.

Víctor Ferreres señala que los Tribunales Constitucionales tampoco tienen la última palabra a la hora de interpretar la constitución, ya que el proceso político democrático puede y debe reaccionar de varios modos ante una sentencia que invalida una ley: una vía es la reforma constitucional, y otra- la más delicada según el autor- la aprobación de una nueva ley de contenido idéntico o similar al

⁵⁰⁹ Víctor Ferreres, "Justicia constitucional y democracia", *cit.* p. p. 302.

de la ley invalidada. Además de lo anterior, existen aspectos que indirectamente otorgan confianza al trabajo que realizan los miembros de los Tribunales Constitucionales, éstos pueden emitir votos particulares sobre cada asunto en cuestión, y son renovados periódicamente, lo cual brinda transparencia a la administración de la justicia constitucional.⁵¹⁰

Esto es importante porque, después de todo, debemos apreciarnos como testigos de una importante evolución del sistema jurídico, en razón de un evidente desplazamiento del centro de gravedad desde los parlamentos o congresos legislativos hacia los Tribunales Constitucionales, lo cual para muchos, a pesar de las bondades que ello representa, sigue siendo preocupante desde la perspectiva de los principios del Estado de Derecho.⁵¹¹

Pero quienes sufren tal preocupación, debieran anteponer a ésta la certeza de que los derechos fundamentales llevan implícito el presupuesto de que el sistema de los derechos no puede garantizarse con eficacia dentro de sociedades basadas en la economía o dominadas por el sistema económico, el cual como hemos señalado se reproduce a sí mismo espontáneamente a través de las decisiones autónomas de los individuos privados, y requiere un freno o contrapeso, que en el caso de revisión de normas jurídicas dicho freno lo establecen los Tribunales Constitucionales cuando llevan a cabo su trabajo de revisión de normas.

Bajo este presupuesto, actualmente el sistema de los derechos se hace efectivo a través de la acción garantizadora y las operaciones de un Estado que controle en términos reflexivos, que disponga las infraestructuras necesarias, que prevenga riesgos, que regule, que posibilite y que compense. En sociedades complejas como las que hemos analizado en este trabajo de tesis, el efecto protector que los derechos fundamentales tienen, ya no debe quedar referido

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 303.

⁵¹¹ Jürgen, Habermas, *Facticidad y validez*, cit. p. 317.

solamente al poder administrativo, sino en general al poder social de organizaciones fuertes.⁵¹²

Ello hace pensar en la imposibilidad de que la función de los legisladores sea determinante, por traducirse ésta en un estancamiento de la progresiva reestructuración de las instituciones constitucionales del Estado. Esto es importante porque finalmente los derechos fundamentales son derechos subjetivos de libertad frente al poder del Estado, los cuales deben accionarse a través de los Tribunales Constitucionales, lo cual les niega la categoría objetiva y obligatoria que tiene una norma o un principio dentro del campo del derecho.

Estas reflexiones nos permiten reiterar que desde nuestro punto de vista, no existe una equiparación de funciones entre el poder judicial y el poder legislativo, ni un otorgamiento de poder en beneficio de los Tribunales, y tampoco un ataque al sistema democrático por el simple hecho de que ambos órganos se encuentran ligados a las disposiciones procedimentales de la Constitución; ello porque los argumentos legitimadores que un Tribunal Constitucional toma de la Constitución, se los otorga precisamente un legislador que interpreta y desarrolla el sistema integral de los derechos.

Al igual que el caso de la Constitución Canadiense, a la que nos referimos en párrafos anteriores, algunos ordenamientos de países europeos intentan también hacer frente a esta aparente contradicción, adoptando soluciones normativas que indican la difícil legitimación de la justicia constitucional. Algunas de estas soluciones normativas están contenidas en las propias constituciones, las cuales incorporan para este fin, cláusulas de flexibilización que permiten a la Ley ordinaria desatender los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales, como sucede en los ordenamientos de matriz británica. En tales casos, las decisiones de los tribunales tienden a aparecer como mensajes al parlamento en forma jurídica. Algunos de estos esquemas europeos, como el

⁵¹² *Ibidem*, p. 320.

caso de las constituciones Alemana y Austriaca, incluso permiten a los Tribunales posponer los efectos de sus sentencias, para dejar espacio a la intervención del legislador.⁵¹³

Con independencia de las supuestas contradicciones o defectos que se atribuyen al trabajo de interpretación constitucional, es un hecho que en la actualidad existe un verdadero reconocimiento de lo importante que es para los gobernados la interpretación y declaración de superioridad de los principios constitucionales; de tal suerte que se siguen buscando e implementando mecanismos procesales para que las decisiones finales de los Tribunales Constitucionales tengan la supremacía que merecen, sin que ello violente las reglas o competencias establecidas para la toma de decisiones de cada poder.

Todas estas consideraciones que hemos analizado en relación al trabajo de interpretación constitucional, nos conducen a afirmar que aun y cuando Habermas elabora y expone argumentos para sustentar su oposición a que sean los Tribunales Constitucionales los órganos encargados de revisar e interpretar el sentido de las normas jurídicas, en relación a la congruencia que deben guardar respecto del texto constitucional, dicho trabajo de interpretación, además de aminorar los problemas de legitimidad del derecho, guarda una estrecha relación con la idea de validez del derecho propuesta por Habermas, como a continuación se explica.

La idea de validez del derecho de Habermas, contiene exigencias muy superiores a las que tradicionalmente se han atribuido a dicha categoría jurídica; la exigencia de Habermas consiste en que los posibles afectados por las normas, participen y discutan las mismas a través de procedimientos racionales de discusión y deliberación.

⁵¹³ Tania Groppi, ¿Hacia una justicia constitucional dúctil?, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Porrúa, México, 2003, pp. 346 y 347.

Así, la validez planteada por Habermas contiene la pretensión de que una norma es en interés de todos por igual y por ello debe tener un sentido de aceptabilidad 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 a través de procesos en los que no se imprima coerción alguna en los participantes involucrados.

Entonces, para Habermas los discursos constituyen el lugar en el que se puede formar una voluntad racional, en este caso la legitimidad, o sea la validez del derecho, por lo que dicha validez se basa 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.

Bajo este escenario propuesto por Habermas, los Tribunales Constitucionales son foros abiertos a los cuales acuden todos los afectados por una norma, con la finalidad de exponer los argumentos suficientes para demostrar que la misma atenta contra los principios constitucionales que en esencia los protegen; por ello, desde nuestro punto de vista el trabajo de interpretación que realizan dichos tribunales hace posible la idea de validez o legitimidad del derecho propuesta por Habermas.

Esto es, los Tribunales Constitucionales abren la posibilidad de que todos los interesados en el contenido de una norma sean escuchados, brindándoles la oportunidad de derrotar dicha norma, si es que la misma no se encuentra bien justificada y se ofrecen los razonamientos para acreditar esto.

De esta forma, en mi opinión la idea de validez propuesta por Habermas no es contraria ni riñe con el sistema de interpretación constitucional, antes bien, puede entenderse que dicha idea exige la práctica de un procedimiento de tales alcances, cuando los destinatarios del derecho consideren que sus intereses básicos (derechos constitucionales) han sido afectados de manera injustificada.

En este sentido, el trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales resulta ser un mecanismo que ayuda a dotar de legitimidad al derecho, por lo que resulta difícil entender que Habermas, como creador de una idea de legitimidad tan compleja, considere inapropiado el trabajo de interpretación de normas, más bien dicha negación pareciera traducirse en una cierta nostalgia y respeto por parte de dicho pensador hacia los principios y elementos que en el siglo XVIII sustentaron los Estados de Derecho Modernos.

Pero dicha nostalgia no es comprensible porque el mismo Habermas reconoce la complejidad que han alcanzado las sociedades actuales, en cuyo caso los mecanismos tradicionales de control han resultado insuficientes; los Tribunales Constitucionales resultan ser guardianes de la Constitución, lo cual garantiza la seguridad de los gobernados y ello, desde mi punto de vista, justifica la existencia de figuras diferentes a las que en un principio fueron diseñadas por los Estados Modernos, como la tradicional división de poderes, pensada como un contrapeso y control de la actividad misma del Estado, en beneficio de éste y de los ciudadanos.

La libertad, el respeto y la seguridad de los ciudadanos deben representar las tareas fundamentales de los Estados, aunque para ello se requiera diseñar y hacer uso de instancias que, al menos en apariencia, trastocuen las figuras originalmente creadas por los Estados Modernos para la consecución de sus fines.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES FINALES Y REVISIÓN DE HIPÓTESIS.

Sumario 5.1 Conclusiones finales y revisión de hipótesis. 5.1.1 Una síntesis de los capítulos ofrecidos; 5.1.2 Retomando las hipótesis; 5.1.3 Reflexiones y consideraciones finales.

5.1 Conclusiones finales y revisión de hipótesis

5.1.1 Una síntesis de los capítulos ofrecidos

Los dos primeros capítulos de esta tesis los dedicamos a exponer el pensamiento de Jürgen Habermas. Respecto de su pensamiento, analizamos la evolución que han sufrido categorías jurídicas y sociales como la moral, el derecho, la legitimidad, la participación de la sociedad, y los procesos de creación del derecho. También expusimos la posición de Habermas respecto de la influencia que el sistema económico-liberal ha tenido en la evolución de tales categorías.

El desarrollo de diversos planteamientos de naturaleza social y jurídica de Habermas, nos trasladaron a un punto central de su trabajo: la legitimidad y validez que recubre al derecho que se crea y practica en sociedades que por diversas circunstancias han alcanzado cierto grado de complejidad.

Establecimos que para Habermas el derecho, de ser válido, se compone de dos partes fundamentales: a) la facticidad de una sanción para lograr el cumplimiento medio de la norma y b) 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 que ahora la moral se exige principalmente al

procedimiento creador de la norma. Esto significa que la legitimidad del derecho no descansa ya en una moral que lo recubre, sino en un procedimiento de fundamentación de normas. En este sentido, apegándonos a la idea de validez de Habermas, establecimos que 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.

Para contar con diversos elementos de crítica y análisis, expusimos las diferentes posiciones que hasta ahora se han adoptado respecto de la idea de legitimidad, las cuales nos ofrecieron conceptos diferentes desde sus perspectivas procedimental, sustantiva y funcional, todas ellas encaminadas a dotar al derecho de suficientes razones para ser obedecido por una comunidad social determinada. Fueron la corriente sustantiva y una posición muy vanguardista de la corriente procedimental, las ideas que guiaron nuestra postura para confrontar nuestra primer hipótesis, amén de que estas mismas ideas las empleamos para conducir nuestro análisis hacia un punto central: la importancia de concebir al derecho no como un simple instrumento de regulación y sanción de conductas, sino como un instrumento comunicativo integrador y creador de una cultura compartida por los individuos de una sociedad basada en el entendimiento mutuo que dan los principios compartidos por todos.

Estas ideas cobraron relevancia en nuestro trabajo, cuando realizamos un análisis del contenido de algunas normas jurídicas, adentrándonos en las características que rodearon el procedimiento a través del cual fueron creadas, lo cual nos permitió abordar los problemas de legitimidad de que adolecen las normas que se presentan para satisfacer los intereses particulares de unos cuantos grupos. Estas reflexiones por si solas destacaron la importancia de tomar en consideración y llevar a la práctica las ideas de quienes sostienen que es el espacio de creación del derecho, el entorno o foro de mayor relevancia para la toma de decisiones de una sociedad, por lo que es precisamente en este

espacio en donde deben de ofrecerse las razones morales que determinados grupos de la sociedad afectados ostentan, y no los intereses de unos cuantos.

Una vez que abordamos y trabajamos este complejo escenario, intentamos llegar a buen puerto abordando la importante labor de interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales, los cuales, de alguna forma resuelven momentáneamente o aminoran los problemas de legitimidad del derecho, ya que enderezan las deficiencias ocurridas en los espacios deliberativos de creación del derecho; pero tuvimos que exponer las opiniones que en contra de esta actividad de interpretación, han expresado quienes consideran que ello representa una invasión de facultades hacia el poder legislativo. No obstante las diferentes posiciones expuestas, nos inclinamos por reconocer la importancia de contar con dicho trabajo de interpretación, dado que hasta ahora en nuestro país no existen mecanismos de control constitucional de normas al interior de los procesos legislativos de creación de normas, asimismo, tampoco existen mecanismos efectivos de participación de todos los posibles afectados. Una vez sentadas estas bases, es importante revisar las hipótesis formuladas al inicio de nuestro trabajo de tesis.

5.1.2 Retomando las hipótesis

Basados pues en la idea de validez propuesta por Habermas y posicionados en las ideas de legitimidad expuestas, podemos confrontar nuestra primer hipótesis planteada: *en términos de la idea sustantiva y procedimental de legitimidad, algunas Instituciones Jurídicas que regulan el funcionamiento y organización de las sociedades actuales, no están legitimadas frente a los individuos cuya conducta pretenden regular, en razón de haberse creado a espaldas de éstos, y con la finalidad de atender intereses de grupos particulares.* Para abordar esta afirmación, expusimos diversas posiciones teóricas y analizamos casos concretos de ordenamientos jurídicos mexicanos, cuyo diseño e impulso es respaldado por el sistema económico. Al analizar estos ordenamientos, nos percatamos de la poca participación que en

su creación tienen los posibles afectados. También nos encontramos con que algunos proyectos, previo a su análisis en los espacios parlamentarios, cuentan ya con los acuerdos suficientes (dependiendo de los intereses políticos de los partidos) para aprobarse sin mayor discusión o análisis. Este ejercicio nos condujo a inferir que las sociedades actuales dominadas por el sistema económico e inmersas en complejos procesos de interacciones entre sujetos, y además regidas por paradigmas impuestos por novedosos avances científicos y tecnológicos, cuentan con una diversidad de normas que en términos de las ideas de validez y legitimidad analizadas en nuestro trabajo, adolecen de serios problemas de legitimidad frente a las sociedades a las que se dirigen, toda vez que no resultan ser el producto de un procedimiento racionalmente motivado en el que participaron todos los posibles afectados.

Estas ideas las respaldamos al emplear en nuestro análisis consideraciones muy innovadoras que han desarrollado en los últimos años los teóricos del derecho, las cuales estiman que los individuos mismos son quienes deben producir voluntariamente la validez normativa, mediante el acto de su libre asentimiento, aunque como advertimos con oportunidad, a esta comprensión voluntarista de la validez del derecho, responde una comprensión positivista del derecho que continúa afirmando que como derecho se considera aquello y sólo aquello que un legislador político, elegido conforme a los criterios establecidos, establece como derecho. Pero este positivismo lo enfrentamos en nuestro análisis con un sentido de racionalismo crítico, y afirmamos con claridad que esta convicción positivista no viene racionalmente justificada en ningún sentido, sino que es sólo la expresión de una decisión o de una acuñación cultural que fácilmente logró imponerse en décadas pasadas.⁵¹⁴

Para dar un tratamiento adecuado a esta primer hipótesis, expusimos todos los elementos teóricos suficientes para afirmar el dominio del sistema económico en las sociedades complejas en las que vivimos y desde las que actuamos, por lo

⁵¹⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit pp. 367 y 368.

que pudimos inferir que son principalmente las normas jurídicas que regulan actos de comercio o alguna actividad con fines económicos, las que tienen mayores problemas de legitimidad, pues son precisamente éstas las que el sistema económico crea y pone en práctica.

Por ello, el sistema económico, tras imponer una serie de paradigmas muy particulares, genera un contexto de complejidad en las interacciones de los individuos, las cuales se respaldan en un marco jurídico aplicable a los asuntos particulares y de interés público, de tal forma que el sistema económico mismo traslada a los individuos a un plano periférico en el que no son considerados para decidir sobre los asuntos que les importan directamente y que pueden llegar a afectarles seriamente. Esta idea la complementamos con una breve exposición de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhman, la cual ofrece una concepción eminentemente funcionalista del derecho, en la cual el lugar central lo ocupan no los individuos, sino los sistemas desde los cuales actúan éstos.

Esta complejidad de las sociedades la abordamos desde diferentes ópticas, y encontramos también que los intereses de expansión del sistema económico, han provocado desenvolvimientos científicos y tecnológicos que en buena parte han quedado al margen de todo control democrático; lo mismo sucede con todos 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 pocas ocasiones se sujetan a los principios de la democracia y, por lo tanto, las normas que surgen no cumplen con los presupuestos de legitimidad que ahora se exigen al derecho, cuando menos para enfrentar una desintegración social que se aprecia inminente.

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.⁵¹⁵

Esta idea es compartida por diferentes pensadores, como Cass R. Sunstein, quien sostiene que la democracia exige la intrusión en los mercados, ya que la extendida separación entre elecciones políticas y elecciones de consumo es ya un rompecabezas. Ciertamente, para muchos esta separación pareciera indicar que el orden del mercado es antidemocrático y que por ello los procesos políticos de elección sirven más bien para deliberar cuestiones de ordenación social en estricto sentido.⁵¹⁶

No obstante todas las ideas y demás preocupaciones teóricas que vertimos en nuestro trabajo de tesis, advertimos que las ideas de Habermas no nos ofrecieron solución alguna para resolver tal deficiencia que sufren los sistemas democráticos de sociedades en las que predomina la lógica del sistema económico; sin embargo, tales ideas sí nos permitieron afirmar 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, de forma tan clara que las alternativas manejadas por los expertos también puedan discutirse

⁵¹⁵ Jürgen Habermas, *Más allá del estado nacional*, cit, pp. 150 y 151.

⁵¹⁶ Sunstein Cass R., “Las funciones de las normas regulativas”, cit, pp. 56 y 57.

racionalmente en un espacio público mucho más amplio.⁵¹⁷ Esta afirmación cobra gran relevancia porque sea cual sea la complejidad que cada sociedad posea, deben disponerse de todos los mecanismos jurídicos y políticos posibles y necesarios para que la comunicación, la integración y el entendimiento, subsistan pese a todo.

Ante estas preocupaciones, Habermas no ofrece alternativas que sirvan para discutir en ámbitos democráticos cuestiones tan complejas y relevantes como aquellas de carácter económico, científico y tecnológico, que simplemente escapen del ámbito de conocimiento y participación de la sociedad; por ello, en nuestro trabajo nos dedicamos a reiterar la importancia de ampliar y perfeccionar lo más posible los espacios de comunicación existentes, ya que estamos seguros de que ello permitirá la inclusión al diálogo de un foro ilimitado de posibles involucrados, y paulatina e inevitablemente se irán perfeccionando los mecanismos utilizados para llegar a acuerdos racionales bien fundados en principios compartidos por todos los participantes. Mientras esto no ocurra, las normas que ahora presentan problemas de legitimidad, continuarán imponiéndose a la sociedad y, por ende, aprobándose por un grupo reducido de individuos, aun y cuando tales normas afectan de manera importante el plan de vida de toda una sociedad.

Esta reflexión nos permitió destacar la importancia de que los sistemas jurídicos no sostengan su arraigo en la sociedad, sino haciendo uso únicamente del poder de la sanción prevista en caso de desacato. Sobre esta incompleta forma de hacer respetar el derecho, apelamos siempre en nuestro trabajo de tesis a la comprensión de la idea de validez propuesta por Habermas, la cual como ya explicamos se basa en 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. Esto presupone la existencia del Estado de Derecho, institución que finalmente es la única que reconoce derechos fundamentales a los ciudadanos,

⁵¹⁷ *Idem.*

permitiéndoles su intrusión en todos aquellos espacios de comunicación abiertos y bien determinados en los que se discuten acuerdos comunes.

De esta forma, la integración social se la atribuimos esencialmente a los procesos lingüísticos de formación de consenso, pero en todo momento destacamos estar conscientes de las implicaciones que ha traído consigo el dominio del sistema económico, y el hecho de que en términos generales la forma en la que hasta ahora, a través de procedimientos democráticos, se ha venido representando a los ciudadanos, es altamente deficiente e ineficaz, en razón de que tales sistemas de representación no se concluyen en la generación de un sentimiento de autolegislación a favor de los ciudadanos. Esto es, al final de un procedimiento de creación de normas, los posibles afectados no sienten que participaron en el proceso, y por ende no creen que sean creadores del producto legislativo obtenido.

En términos de esta crisis de representación de los sistemas democráticos actuales, tuvimos que poner en duda y denunciar la eficacia de las normas que de tales sistemas surgen y que dominan alguno de los ámbitos antes descritos, como el económico, principalmente.

A través de ejemplos concretos, como el caso del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, o la Ley Federal de Radio y Televisión explicamos que el sistema económico nos impone normas que aportan pocos beneficios sociales y muchas bondades al reducido grupo de ciudadanos propulsores de los ordenamientos en cuestión. Esta afirmación nos llevó a abordar nuestra segunda hipótesis, la cual formulamos de la siguiente forma: *tomando como universalizable la idea de "validez del derecho" propuesta por Jürgen Habermas, numerosas instituciones jurídicas creadas en nuestro país, no cumplen con los elementos que constituyen las categorías de "válido" o "legítimo", frente a la sociedad a la que regulan y organizan.*

Tras analizar los ordenamientos antes mencionados y algunos otros, advertimos la existencia de profundos problemas de legitimidad al interior de los mismos, dada la forma en que sus respectivos proyectos fueron diseñados, explicados a los interesados, discutidos y finalmente aprobados. También nos percatamos de la característica funcionalista y lucrativa que rodeó el contexto previo a su propuesta, discusión y aprobación. Dentro de nuestro análisis, nos vimos obligados a enfrentar otros muchos problemas y deficiencias que creemos, potencializan de forma relevante los problemas que actualmente sufrimos por el fenómeno de la globalización, y con motivo de la falta de legitimidad de algunos ordenamientos. Algunos de estos problemas los enfocamos de la siguiente manera:

- a) En muchas ocasiones, se advierte que los integrantes del poder legislativo no cuentan con los conocimientos suficientes para propiciar una discusión profunda y racional sobre las normas que han de crearse, lo cual merma la calidad del debate legislativo y trasciende al contenido de las normas que se crean.⁵¹⁸

- b) En ciertos proyectos legislativos pareciera que los miembros del poder legislativo se encuentran sujetos a la voluntad del poder ejecutivo, ya que en ocasiones los proyectos que éste somete a análisis y discusión, se aprueban en el Congreso sin mayor debate.

⁵¹⁸ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece mayores requisitos para ser legislador. De conformidad con información proporcionada por los partidos, los servicios parlamentarios de ambas cámaras, así como por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, en el año de 2007 en la integración del Congreso de la Unión, 142 diputados y senadores no contaban con estudios de nivel licenciatura; es decir, uno de cada cinco; incluso hay quienes ni siquiera terminaron la educación básica. Según esta fuente, los senadores tenían formación académica a partir del bachillerato incompleto, en el caso de los diputados, 13 se quedaron en primaria o secundaria, de los cuales seis eran pertenecientes al grupo parlamentario del PRD, cinco al PRI y dos son del PAN. Selene, Ávila, "Uno de cada cinco legisladores no terminó la licenciatura", en el periódico El Universal, México, 09 de abril de 2007 <<http://www.eluniversal.com.mx/notas/417343.html>>.

c) La mayoría de los legisladores mexicanos, una vez que se concluye el proceso de selección, se olvidan por completo de la circunscripción territorial que representan y a la cual le deben su posición, no existiendo mecanismos constitucionales ni legales para obligarlos a cumplir con efectividad sus obligaciones como representantes y las promesas ofrecidas a los electores. Esto se debe principalmente a que en nuestro sistema jurídico no existe la reelección inmediata de los diputados y senadores, lo cual no los incentiva a dar cumplimiento a los programas que propusieron a sus electores.

Sobre esta afirmación, mucho se ha argumentado en el sentido de que no es necesario que se establezca de manera expresa la obligación que contraen los legisladores con respecto al electorado que los elige, toda vez dichos legisladores, al momento de acceder a su encargo, juran guardar la Constitución, lo cual constituye una auto obligación para con el sistema jurídico general y para con la ciudadanía que espera ser representada. Las evidencias demuestran que esta “auto obligación” muy poco a servido para motivar a nuestros legisladores a que cumplan con sus promesas y desempeñen su trabajo con profesionalismo.

Aunque algunas constituciones locales han incorporado ciertas figuras novedosas como la revocación del mandato, esto también ha resultado ser letra muerta, ya que por diversos intereses políticos de la clase gobernante, no existe evidencia hasta ahora de que efectivamente a alguien se le haya revocado su mandato.

a) Los representantes son movidos por intereses partidistas y por intereses de grupos de poder que se convierten en intereses corporativos, alejándose en la mayoría de los casos de los intereses sociales.

b) Suele ocurrir que los representantes de los mexicanos en el Congreso de la Unión, negocian su voto y su posición frente a determinados temas, dependiendo de la perspectiva política a corto y mediano plazo, lo que provoca

una evidente indiferencia de éstos en relación al contenido y alcances de los proyectos legislativos propuestos. Entiéndase que lo que define el voto no es la viabilidad o inviabilidad del ordenamiento, sino de los costes políticos entre partidos. Esto rompe por completo con los presupuestos comunicativos que hacen posible el entendimiento y la integración de una sociedad, los cuales nombramos en nuestro primer capítulo.

Estas deficiencias nos llevan a concluir que tanto el Estado como conjunto de instituciones, como la sociedad a través de quienes la representan, deben replantear la forma en la que funcionan sus sistemas democráticos vigentes, a través de los cuales se crean las normas que habrán de verificar la vida social cotidiana; ello porque de continuar verificándose deficiencias de tal envergadura, estará cada día más lejana la posibilidad de poner fin al grave problema que significa el que las normas jurídicas que regulan cuestiones complejas y de interés general, no representen beneficios a la sociedad, y que su observancia se logre no por respeto, sino a través de la imposición y del castigo, como hace algunos siglos.

Las consideraciones que hemos expuesto, nos conducen a sostener que en tal contexto de complejidad y dependencia hacia el sistema económico, el derecho suele servirle a éste de medio perfecto para expandirse sin límites, sin tener que preocuparse por la aprobación de los ciudadanos hacia los que van dirigidos los ordenamientos en cuestión. Así, creemos que el sistema económico se ancla en el sistema jurídico de las sociedades a través de formas jurídicas concretas proporcionadas por el Estado mismo, rompiéndose dramáticamente la idea de entendimiento que según hemos propuesto, es fundamental para evitar la desarticulación de una sociedad. El derecho se convierte en un transmisor de mensajes entre un sistema y otro, como sostiene la Teoría de Sistemas, dejando de ser un mecanismo de entendimiento y coordinación, revestido de principios compartidos por todos, para pasar a ser un simple traductor de realidades sociales entre sistemas.

Estas reflexiones nos llevan a afirmar con certeza el contenido de nuestra tercera hipótesis, la cual establecimos en el sentido de que *el sistema económico es el principal causante de la falta de legitimidad de las normas, dado que es el que mayormente solicita la creación y reforma de éstas, excluyendo de la producción legislativa la participación de los demás grupos sociales interesados.*

Por ello, estimamos importante el resaltar la urgente necesidad de que los Estados analicen con detenimiento y responsabilidad crítica, la posibilidad de diseñar y poner en práctica mecanismos de comunicación social que traigan de vuelta la cohesión y el entendimiento. Hemos estimado también la importancia de que los Estados redefinan la verdadera función que debe otorgársele al derecho, el cual como ya mencionamos en los párrafos anteriores, debe dejar de considerarse 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 para la sociedad integral, no para unos cuantos afortunados. Esta reflexión cobra sentido si recordamos que uno de los problemas importantes que hemos detectado en los espacios de creación del derecho, se refiere precisamente a que los legisladores, por desgracia, difícilmente abandonan su ámbito personal para trasladarse a un espacio público, en su calidad de miembro de una sociedad integral que pretende autorregularse y sentar las bases y principios morales para su propia convivencia.

En nuestro capítulo cuarto mostramos que los Tribunales Constitucionales han desempeñado un extraordinario papel como herramienta jurisdiccional para contrarrestar los ataques que sufren los ciudadanos por el empleo de normas

jurídicas ilegítimas, creadas a sus espaldas; ello gracias al trabajo de interpretación que realizan dichos órganos, el cual ya no se concibe como el descubrimiento de la voluntad de la ley, sino como un proceso hermenéutico de comunicación y crítica ideológica a reglas dictadas en el pasado, constituyendo así un acto nuevo, una verdadera y necesaria reconstrucción de la realidad.

También reconocimos que este valioso trabajo de interpretación, en cierta medida pudiera contribuir en la penosa indeterminación del sistema jurídico normativo, si es que éste se usa como un instrumento retórico-pragmático del que se echa mano para afrontar circunstancias específicas que se han viciado por la aplicación de ciertas normas, por ser éstas cambiantes o por llevar aparejada una violación flagrante a ciertos derechos y garantías otorgados por el mismo sistema jurídico.⁵¹⁹

A pesar de las innumerables críticas que se han formulado en contra del trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales, sería imposible negar la trascendencia que dicho trabajo, plasmado en sentencias, tiene para los gobernados, los destinatarios del derecho que no fueron escuchados en el proceso de creación de la norma en cuestión.

Habermas, entre otros, argumenta que dicho trabajo de interpretación debe ser realizado en el interior mismo del poder legislativo creador del derecho, para que sea éste quien, tenga la oportunidad de rectificar el contenido de una norma cuando la misma violenta algún principio constitucional.

Amén de las reflexiones que llevamos a cabo, destacamos que el trabajo de interpretación de los Tribunales Constitucionales, hace posible o actualiza la idea de validez del derecho propuesta por Habermas. Esta idea gira en torno a un sentido muy particular: los posibles afectados por las normas, deben participar y discutir las mismas a través de procedimientos racionales.

⁵¹⁹ José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, cit., p. 112 y 113.

La validez de Habermas contiene la pretensión de que una norma es en interés de todos por igual, lo cual le obliga a tener un sentido de aceptabilidad racional: los posibles afectados tienen que poder aceptarla por buenas razones, es decir, por razones ajenas al temor de recibir una sanción.

Así, sostuvimos que los Tribunales Constitucionales representan foros abiertos a los cuales acuden todos los afectados por una norma, con la finalidad de exponer los argumentos suficientes para demostrar que la misma atenta contra los principios constitucionales que en esencia los protegen; por ello, desde nuestro punto de vista el trabajo de interpretación que realizan dichos tribunales actualizan la idea de validez o legitimidad del derecho propuesta por Habermas.

Lo anterior con motivo de que consideramos que los Tribunales Constitucionales abren la posibilidad de que todos los interesados en el contenido de una norma sean escuchados, brindándoles la oportunidad de derrotar dicha norma, si es que la misma no se encuentra bien justificada.

Conforme a estas reflexiones, concluimos el capítulo cuarto afirmando que la idea de validez de Habermas no es contraria al sistema de interpretación constitucional, sino que la misma exige la práctica de un procedimiento de interpretación como el que hemos descrito, con el cual siempre exista la pretensión de otorgar al derecho la validez que éste merece, en beneficio de la sociedad que gobierna.

5.1.3 Reflexiones y consideraciones finales

Pese a la importancia que debe tener la interpretación constitucional y el rol del Tribunal Constitucional, los mecanismos jurisdiccionales no son suficientes y no resuelve el problema de fondo, el cual se encuentra centrado en otro sitio, en un sistema económico egoísta, colonizador del mundo de la vida, en una falta de procedimientos adecuados para la participación de todos los posibles afectados, en un poder legislativo politizado, superficialmente inmerso en los problemas sociales, carente de conocimientos suficientes para discutir, argumentar y regular todo aquello que interesa a la sociedad, en una indiferencia por parte de ciertos grupos sociales respecto de los problemas que por su complejidad salen de la esfera de conocimiento del ciudadano común, y en una inminente transición de espacios locales a ámbitos globales que vienen imponiendo sus propios paradigmas, principios y modalidades.

Estas consideraciones nos permiten también concluir que con motivo de esta paulatina y silenciosa aniquilación de los canales e instrumentos comunicativos existentes en las sociedades complejas, no queda otro camino que ofrecer al derecho como único y más importante medio a través del cual los individuos y los sistemas pueden comunicarse y entenderse. Es por ello por lo que hemos insistido en la importancia de que el derecho esté creado, de alguna forma, por todos los participantes en los juegos comunicativos, aunque sabemos que esto no es una tarea fácil, pero sí digna de tomarse en cuenta para reestructurar los canales de comunicación que se han perdido, y para tejer nuevamente los lazos de integración social que han quedado desconectados.

Si adoptamos una posición optimista, veremos que las circunstancias actuales por las que atraviesan las sociedades que han sido alcanzadas por la

complejidad, representan en realidad un momento de oportunidad y transición en el cual tal complejidad se puede enfrentar y capitalizar correctamente.

Quizás un primer paso para hacer frente a todas las problemáticas que hemos abordado a lo largo de este trabajo, lo podemos dar precisamente reconociendo y aceptando la complejidad en la que vivimos y desde la que actuamos y nos comunicamos. Gobiernos y ciudadanos deberíamos compartir la responsabilidad de aceptar y asumir ciertas deficiencias económicas, jurídicas y políticas, y dar entrada a la aparición de un sinnúmero de retos a los que los grupos sociales ya no podemos enfrentar empuñando viejos esquemas de estructuración, funcionamiento y comunicación; conjuntamente deberíamos superar la tan prolongada nostalgia hacia las instituciones modernas y concebir los tiempos posmodernos como una verdadera oportunidad de constituirnos como un telos colectivo con miras a crear un verdadero poder constituyente, a partir del cual autogeneremos todos los elementos y herramientas necesarias para reinventar y rediseñar nuestro proyecto de sociedad, para dejar de hacer uso de las estructuras que ya no sirven por haber quedado superadas, mejorar las que son funcionales, e inventar aquellas que nos faltan y que nos pueden llevar a buen puerto en el reto de enfrentar todo aquello que traspasa las fronteras locales y nos coloca en un escenario en el que dentro de muy poco pensaremos y actuaremos como ciudadanos del mundo.⁵²⁰

Debemos comprender que la crisis por la que atraviesa actualmente el derecho, en parte obedece a la decadencia de ciertos paradigmas que ya no pueden enfrentarse a los hechos nuevos, ni mucho menos proporcionar orientaciones sobre ellos.

Por ello, no es descabellado pensar en nuestra obligación de reconocer la aparición de nuevos y complejos paradigmas, y de estar abiertos al análisis de

⁵²⁰ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, cit, p. 357 y ss.

diferentes corrientes de pensamiento que trabajan a profundidad los problemas sociales y políticos de nuestra época, para ofrecernos diferentes alternativas, a partir de las cuales podemos empezar a trabajar nuevos proyectos de vida colectivos. Estas y muchas otras inquietudes servirán de punto de partida para posteriores proyectos de investigación que ya tengo en mente, con el objeto de dar consecución a este trabajo de tesis.

Una interesante línea de investigación podría ser el abordar los estudios que hasta ahora se han hecho en torno al “derecho reflexivo”, entendido éste como un derecho abierto a las circunstancias cambiantes. Esta corriente, entre otras propuestas, sugiere el diseño de una *democracia organizacional* en lugar de la democracia representativa que está vigente. Esta propuesta se funda en la premisa de que la democracia representativa, como modelo a través del cual hemos creado el derecho que nos regula, está muy cerca de llegar a su agotamiento paradigmático, en razón de que es indudable el tránsito de las sociedades de hombres, a las sociedades de organizaciones en las que la economía ocupa un lugar central como sistema regulador.

Esta propuesta, como muchas otras que se discuten actualmente en las universidades del mundo, nos indican que cuando menos deberíamos empezar a analizar con detalle crítico, ese vaciamiento de la autonomía de las decisiones de las instituciones político- legislativas nacionales, y el consiguiente traslado de las decisiones fundamentales al ámbito de un sistema económico transnacional, con el cual se ha acarreado una fuerte disminución del abanico de opciones y alternativas del electorado, con lo cual se ha reducido notablemente el alcance del debate político en el plano valorativo e ideológico.⁵²¹

Aceptar y reconocer esta complejidad desde la que se toman decisiones tan relevantes como la forma de organizar una sociedad, nos permitirá pensar, entre otras cuestiones importantes, de qué modo podemos restablecer una

⁵²¹ José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, cit, pp. 180 y 181.

subordinación de lo económico a lo político, de qué manera podemos someter las decisiones de los capitales y de los conglomerados empresariales y financieros a los intereses de la sociedad, con la finalidad de que las normas jurídicas que nos gobiernan no pierdan legitimidad y operatividad, pero con la seguridad de que con ello no pondremos en riesgo la productividad y eficiencia de la economía, como ha ocurrido en algunas economías de países comunistas.

Creemos que esta noble búsqueda no debe conducirnos a la negación de la democracia o de la importancia y relevancia de las cuestiones políticas que discutimos hoy en día, más bien debe proponernos el desafío de investigar estas nuevas corrientes de pensamientos que ya tienen como objetivo el reconceptualizar la idea que tenemos de democracia y de reorganizar todas las categorías jurídicas posibles, a partir de nuestra nueva realidad económica, política, tecnológica, científica y social, ya que pareciera costarnos mucho trabajo el aceptar que la ciudadanía está dejando de ser la columna vertebral de la democracia, por ende el enfrentar el hecho de que actualmente se ofrece la producción económica como centro rector desde el que todo se opera bajo pragmatismos económicos, dejándose de lado los valores universales.⁵²²

Esta corriente del derecho reflexivo propone precisamente enfrentar estos retos, centrando la regulación jurídica en las corporaciones económicas, provocando que el derecho genere una circularidad, esto es, sugiriendo que el derecho genere una serie de acuerdos y límites a las corporaciones económicas para regular entre ellas sus mínimos y máximos, de acuerdo a sus características y formas de operación; esta posición supone que el derecho podría alcanzar cierta efectividad, ofreciendo normas procedimentales que garanticen la continuidad de las corporaciones dentro de márgenes relativos de tranquilidad, calculabilidad y seguridad.

⁵²² *Ibidem*, p. 181.

Esta posición teórica tiene muchos aspectos que me propongo desarrollar con posterioridad, con la finalidad de encontrar directrices concretas sobre las cuales se puedan proponer cambios institucionales. Por ahora el rumbo del “derecho reflexivo” se dirige a utilizar el derecho para regular las corporaciones a través de programas vinculantes y de acuerdos procesales neocorporativos, de tal forma que el derecho resulte ser un mecanismo estimulador para que las distintas corporaciones empresariales e institucionales financieras se sientan representadas en su operación sectorial, teniendo en cuenta la integración del sistema económico integral. Esto significa reconocer que el sistema económico tiene sus propias necesidades, las cuales pueden satisfacerse poniendo ciertos frenos a su desarrollo a través de programas vinculantes que le den congruencia al desarrollo integral de la sociedad.

Esta interesante corriente pareciera proponer que si se hace viable la maximización de los intereses, valores y objetivos de las organizaciones económicas, las instituciones jurídicas se volverían altamente efectivas, se enfrentaría el fenómeno de la globalización y a partir de ello se podrían regular las cuestiones sociales teniendo el contexto general mucho más claro, por estar reconocido, aceptado y regulado a través de una conciencia global, de tal forma que lo que se regule, aporte beneficios congruentes a los demás contextos del mundo de la vida.⁵²³

En síntesis, con independencia de la línea de investigación que se retome con posterioridad a este trabajo de tesis, la conclusión más importante que debemos destacar ahora, es que debemos reconocer el innegable reto que tenemos los ciudadanos de lograr que nuestros Estados se centren en la discusión política de reconfiguración de nuestras instituciones, en la discusión constituyente de las nuevas reglas sobre las que debemos empezar a diseñar nuestro derecho, el que habrá de gobernarnos, toda vez que sólo ello nos ayudará a transitar este difícil camino entre la modernidad y la posmodernidad. Esta discusión debe

⁵²³ *Ibidem*, p. 183.

encaminarse a constituir los nuevos mecanismos jurídicos que sean viables para enfrentar los principales retos que nos ha dejado el sistema económico liberal con su operación: integración y cohesión.

Con una nueva visión, debemos pensar en instituciones jurídicas que nos permitan neutralizar, controlar, y/o minimizar los riesgos que ha traído consigo la diferenciación de la sociedad, la cual se ha potencializado con el fenómeno de la globalización. Diseñemos pues instituciones jurídicas que actúen como mecanismos comunicativos que hagan fluido el entendimiento entre sistemas autoorganizados, autorreferidos y autorregulados. Estructuremos un conjunto de mecanismos jurídicos a través de los cuales se puedan definir objetivos sociales y estrategias congruentes para hacerlos efectivos; a través de los cuales se promuevan beneficios palpables al interior de la sociedad; se eleven los niveles de ahorro público y se corrijan de una vez por todas los descarados desequilibrios regionales y sectoriales existentes. Nuestro principal reto deberá ser el que el nuevo derecho de las sociedades complejas, evite la concentración y el abuso del poder económico en el ámbito del sistema productivo, del que tanto hemos sufrido en las últimas décadas.

Debemos esforzarnos por recuperar niveles aceptables de empleo y el acceso de todos los individuos a la justicia y a los programas de salud, vivienda, educación y formación profesional. Sólo si tenemos la capacidad de crear instituciones jurídicas, planes y programas de tal envergadura, podremos pensar en la posibilidad de vivir en condiciones mínimas de equidad, factor indispensable para el restablecimiento del sentido de identidad de los ciudadanos, y como afirma Eduardo Faria, sólo hasta entonces estaremos listos para pensar que podremos alcanzar una vida humana controlable, realizable, disponible e imputable jurídicamente de forma racional.⁵²⁴

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 220.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre de la Hoz, Juan, "Sobre reinventar la democracia. Reinventar el Estado de Boaventura de Sousa Santos", *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 16, ITAM, México, Abril 2002, pp 203 y ss.

Alarcón Olea, Víctor, "Política y derecho en la obra de Niklas Luhmann", en Antonio Camou y José Esteban Castro, *La sociedad compleja*, Triana, México, 1997, p. 144.

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

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2005.

Alexy, Robert, *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

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

Ávila Selene, "Uno de cada cinco legisladores no terminó la licenciatura", en *El Universal*, México, 9 de abril de 2007. <<http://www.eluniversal.com.mx/notas/417343.html>>.

Berthier, Antonio, "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).

Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000.

Berrio, Jordi, "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).

Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución*, UNAM, Porrúa, México, 2000.

Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa, México, 2001.

Carbonell, Miguel, "Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica y la Suprema Corte de México", en Miguel Carbonell, *Constitucionalismo y Democracia, ensayos críticos*, Porrúa, México, 2004, pp. 137 y 138.

Cockcroft, James, *La esperanza de México*, Siglo XXI editores, México, 2001.

Colom González, Francisco, "Legitimidad política", en *Filosofía política I, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, p. 171.

Concha Cantú, Hugo A; Fix Fierro, Héctor; Flores, Julia; Valadés, Diego, *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica No. 174, México, 2004.

De Paramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

De Sousa Santos, Boaventura, “La transición Posmoderna: derecho y política”, en Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 6, Madrid 1989, pp 227 a 229.

De Sousa Santos Boaventura y Avritzer Leonardo, “Introducción: Para Ampliar el canon democrático”, en Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa*, FCE, México, 2004, p. 40.

De Sousa Santos, Boaventura, “Globalización y Democracia”, Conferencia central dictada en Cartagena de Indias, Colombia, el 16 de junio de 2003, Foro Social Mundial Temático: 17 páginas, p. 6 y 7. En línea. Tomado de la página: <<http://www.fsmt.org.co/ponencias2.htm>> (30 de abril de 2004).

Dews, Peter, *Habermas: A critical reader*, Blackwell, USA, 1999.

Dworkin, Ronald, *A matter of principle, the political basis of law*, Harvard University Press, Cambridge, Ma, 1985.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, USA, 1999.

Eriksen, Erik O., Weigard, Jarle, *Understanding Habermas, Communicating action and deliberative democracy*, Continuum, Boston, 2004.

Evans, Peter, “¿El Eclipse del Estado?”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado constitucional y Globalización*, segunda edición, Porrúa, UNAM, México, 2003.

Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2003.

Ferrerres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, p. 37 y 38.

Ferrerres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Rodolfo Vazquez, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2003, p. 217.

Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en Rodolfo Vazquez, Jorge Malem y Jesús Orozco Henríquez, *La función judicial, ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 131.

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

Godinez Rosales, Rodolfo, *Análisis jurídico de la contaminación transfronteriza por residuos peligrosos entre México y Estados Unidos*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, UNAM, 2002.

Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional dúctil?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México, 2003, pp. 346 y 347.

Habermas, Jürgen, “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.

Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, México, 1998.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo I, Taurus, Buenos Aires, 1989.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II, Taurus, Buenos Aires, 1989.

Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado Nacional*, Trotta, Madrid, 2001.

Hamilton A, Madison J y Jay J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 332.

Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

Held David, *La democracia y el orden global, del estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, España, 1997, p. 41.

Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa, UNAM, segunda edición, México, 2003.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución* (La justicia constitucional) UNAM, México, 2001.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, 1995.

Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2002.

Lafont, Cristina, “Justicia y legitimidad, la intrincada relación entre la política y la moral”, en María Herrera y Pablo De Greiff, *Razones de la Justicia*, UNAM, México, 2005. pp 93 a 123.

Leight Hancher y Michael Morán, “La Organización del Espacio Regulatorio”, *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho No. 17, ITAM, México, octubre 2002, p. 15.

López Ayllón, Sergio, *Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México: la encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México, 1997.

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

MacCormick, Neil, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, en Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998 p. 165.

Madrazo Lajous, Alejandro y Zambrano Porras, José Luis, “La Ley de Televisa ante la Suprema Corte”, en *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho No. 26, ITAM, México, Abril 2007, p. 74.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

Obregón, Carlos, *Capitalismo hacia el tercer milenio, una historia cultural de la evolución de las economías del mundo*, Nueva Imagen, México, 1997.

Pintos, Juan Luis, “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).

Prieto Navarro, Evaristo, “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.

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

Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2003, p. 454.

Rawls, John, *Liberalismo Político*, FCE, México, 1996.

Ribotta, Silvia Verónica, "Globalización versus derechos humanos", tomado del Instituto de Gobernabilidad de Cataluña, No. 3, año 2003, Vol. 1: 4 páginas, p. 2. En línea. Tomado de la página: <http://www.revistafuturos.info/futuros_globalizacion1.htm> (30 de abril de 2004).

Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1997.

Salazar, Claudia, "Desoye Fox a México", en el periódico *Reforma*, México, D.F., 21 de junio de 2006.

Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, una radiografía teórica, FCE, México, 2006.

Sitton, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, FCE, México, 2006.

Squella, Agustín, "Democracia e igualdad en América Latina", en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 4, Madrid 1987, p. 372.

Sunstein, Cass R., "Las funciones de las normas regulativas", en *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, No. 17, ITAM, Fontamara, México, octubre 2002, pp. 56 y 57.

Vallespín, Fernando, "Habermas en doce mil palabras", en *Claves de razón práctica*, No. 114, Madrid, 2001, p. 58.

Waldron, Jeremy, "Rights and majorities: Rousseau revisted", en Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, p. 392 a 421.

Weber, Max, *Economía y sociedad*, FCE, Decimoquinta reimpression, México, 2004.

White, Stephen K., *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, USA, 1995.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997.

Zolo, Danilo, *Democracia y complejidad, un enfoque realista*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1992.

Legislación citada y casos judiciales

Caso Jorge Castañeda Gutman:
<<http://www.ideasdelcambio.org/folder.cfm?id=200510121213453754118>>.

Código Penal Federal, Portal de Internet de la Cámara de Diputados,
<www.camaradediputados.gob.mx>.

Constitución Española, <http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>.

Controversia Constitucional 29/2003, promovida por el Titular de la Delegación Miguel Hidalgo del Distrito Federal, en contra del Jefe de Gobierno del Distrito Federal. DOF. Diario Oficial de la Federación, 25 de Noviembre 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso la última tentación de Cristo, Oledo Bustos y otros contra Chile,
<http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4>.

La Jornada, Periódico, sábado 20 de octubre de 2007, artículo: “La apertura en el campo expulsó a un cuarto de su población: BM”.

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Congreso de la Unión, p. 1, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/LFRPE.doc>>.

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación del 1 de octubre de 2007.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.
<<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/VERACRUZ/Leyes/VERLEY72.pdf>>

Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. *Oficio de respuesta a la denuncia popular N° 309/1465/09*, (mimeo), México, 1 de septiembre de 1993, p. 9.

Sesión Pública Ordinaria de la H. Cámara de Senadores, Congreso de la Unión <www.congresodelaunion.gob.mx> 30 de marzo de 2006.