

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**EL DERECHO COMO SISTEMA DE  
ACTOS DE HABLA**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN  
DERECHO**

**P R E S E N T A**

**ARTURO BERUMEN CAMPOS**

**TUTOR:**

**DR. OSCAR CORREAS**



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.

MÉXICO, D.F.

2007

Para mi madre Carolina, que siempre tuvo la mirada puesta en la eternidad:

*Por haberme enseñado, antes que Sócrates, el arte del diálogo; y mejor que Habermas, la ética de la comunicación.*

## **EL DERECHO COMO SISTEMA DE ACTOS DE HABLA**

**Para dialogar,  
preguntad, primero:  
después ... escuchad”**

**(Antonio Machado)**

**Arturo Berumen Campos**

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>8</b>
<b>CAPITULO 1. KELSEN Y HABERMAS: DERECHO Y COMUNICACIÓN</b>	<b>10</b>
1.1. Purismo metódico y racionalidad comunicativa	13
1.2. Formalismo jurídico y formalismo comunicativo	18
1.3. Democracia jurídica y poder comunicativo	23
<b>CAPITULO 2. ACTO DE HABLA Y NORMA JURIDICA</b>	<b>31</b>
2.1. El acto de habla	34
2.1.1. Definición	34
2.1.2. Elementos	35
2.1.3. Tipos de actos de habla	36
2.1.4. Mundo de la vida	38
2.1.5. Desarrollo de los actos de habla	43
2.1.5.1. Pretensiones de validez de los actos de habla	44
2.1.5.2. Problematización de los actos de habla	49
2.1.5.3. Desempeño de los actos de habla	50
2.1.6. Actitudes con que se emiten o se reciben los actos de habla	52
2.1.7. Efectos de los actos de habla	54
2.2. La norma jurídica	60
2.2.1. La imputación	60
2.2.2. La coacción y los conceptos jurídicos fundamentales	62
2.2.3. La persona jurídica y los ámbitos de validez	63
2.2.4. La estructura jurídica del orden jurídico	64
2.2.5. La positivización del derecho	66

<b>2.3. La norma jurídica como acto de habla</b>	<b>71</b>
2.3.1. Intención ilocucionaria e imputación coactiva	71
2.3.2. Intención ilocucionaria y voluntad del legislador	74
2.3.3. La norma jurídica y el mundo de la vida	77
2.3.4. Validez jurídica y verdad comunicativa	78
2.3.5. Coacción jurídica y rectitud comunicativa	79
<b>2.4. El delito como acto de habla</b>	<b>83</b>
<b>CAPITULO 3. EL SISTEMA JURÍDICO COMO ESTRUCTURA DE ARGUMENTACION</b>	<b>89</b>
<b>3.1. La dinámica jurídica y los procesos de comunicación</b>	<b>92</b>
3.1.1. La dinámica jurídica	94
3.1.2. Los procesos jurídicos de comunicación	100
3.1.3. La apertura y clausura de los sistemas sociales	106
3.1.4. El principio del discurso y la “Grundnorm”	111
<b>3.2. Análisis comunicativo de los procesos legislativos</b>	<b>115</b>
3.2.1. Coordinación comunicativa de la acción social	115
3.2.2. Ética del discurso	122
3. 2.3. La ética del discurso legislativo	127
<b>3.3. El principio de adecuación y la hermenéutica jurídica</b>	<b>132</b>
3.3.1. La voluntad ilocucionaria del legislador	135
3.3.2. Reconstrucción comunicativa de los procesos legislativos	144
3.3.3. El discurso de la prueba judicial	149
3.3.3.1. Estructura lógica de la prueba judicial	150
3.3.3.2. Interrogatorios judiciales	180
<b>3.4. Dialéctica de la argumentación jurídica</b>	<b>191</b>
3.4.1. Autopoiesis y heteropoiesis jurídicas	191
3.4.2. La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa	222
3.4.2.1. Dialéctica del concepto y concepto de la dialéctica	223

3.4.2.2. Desarrollo de los actos de habla	227
3.4.2.3 La estructura de la argumentación jurídica	233
3.4.3. El juez dialógico y la ponderación discursiva de los principios	240
3.5. Acto administrativo y acto de habla	248
3.5.1. El principio del discurso y la autopoiesis administrativa	249
3.5.2. El principio teleológico y la hegemonía de la administración pública por el capital	252
3.5.3. El principio de adecuación, el poder comunicativo de la sociedad civil y los actos de habla administrativos ilocucionarios	254
<b>CAPITULO 4. LA ETICA DEL DISCURSO JURÍDICO</b>	<b>268</b>
4.1. La ética judicial como ética de la autenticidad	270
4.1.1. El conocimiento de uno mismo (Hegel)	271
4.1.2. Acción institucional (Gehlen-Merton)	274
4.1.3. La ética de la autenticidad (Sartre)	276
4.1.4. El mundo de la vida, el derecho y la libertad (Habermas)	278
4.1.5. Los roles sociales, el reconocimiento recíproco y el ser para la muerte (Mead, Hegel y Heidegger)	285
4.1.6. Sistema jurídico e inautenticidad judicial (Luhmann, Marx)	292
4.1.7. La autenticidad como imparcialidad comunicativa (Habermas)	295
4.1.8. Imparcialidad como actitud hipotética	301
4.2. Performatividad penal de los medios de comunicación	302
4.2.1. Filosofía del lenguaje, medios de comunicación y derecho penal	302
4.2.2. El delito como fábula y metarrelato de los medios	304
4.2.3. La culpabilidad como efecto preformativo de los medios de comunicación	309
4.2.4. Para una redeterminación ilocucionaria de la comunicación penal en los medios	311
4.3. La justicia como corrección comunicativa	319
4.3.1. El derecho como la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica (Aristóteles, Hegel y Habermas-Alexy)	320
4.3.2. El ser, el espíritu y la comunicación	322
4.3.3. Causa final, espíritu absoluto y acto de habla	325
4.3.4. Potencia y acto. Abstracción y concreción. Pretensión y desempeño	328

4.3.5. Retórica, dialéctica y argumentación	332
4.3.6. Redeterminación del derecho por la justicia	338
4.4. Redeterminación comunicativa de los derechos humanos	343
4.4.1. La condición humana	347
4.4.2. Espacio público comunicativo y espacio privado íntimo	348
4.4.3. Los derechos humanos como apertura y clausura de la comunicación	349
4.5. La injusticia conforme a derecho	352
4.5.1. De la venta de “uso” del dinero (usura) al fetichismo del capital	353
4.5.2. Títulos de crédito: fetichismo y desmaterialización	357
4.5.3. El fetichismo del capital como acto de habla preformativo perlocucionario del derecho	361
4.5.4. La injusticia conforme a derecho como efecto sistémico de la gramática preformativa-perlocucionaria del capital	365
4.6. Desobediencia civil y acción comunicativa	368
4.6.1. La desobediencia civil entre la justicia y la seguridad jurídica	369
4.6.2. La desobediencia civil entre la resistencia al tirano y la acción revolucionaria de las masas	371
4.6.3. La desobediencia civil y la acción comunicativa	385
<b>CAPITULO 5. LA ESTETICA DEL DISCURSO JURÍDICO</b>	<b>391</b>
5.1. “Paideia” jurídica o el derecho como arte	395
5.1.1. “Euménides” o la dialéctica de la justicia	397
5.1.2. “El mercader de Venecia” o la dialéctica del positivismo	406
5.1.3. “ Las brujas de Salem” o la dialéctica de la verdad	417
5.2. Analogía jurídica y metáfora poética	431
5.2.1. Arte y conocimiento	431
5.2.2. Analogía y derecho	433
5.2.3. Argumento por analogía y argumento <i>a simile</i>	436
5.2.4. Analogía y metáfora	438
5.2.5. Semejanzas y diferencias	440
5.2.6. La metáfora como validación de la analogía	443
5.2.7. Redeterminación metafórica de la analogía	444

<b>5.3. La retórica del discurso jurídico</b>	<b>447</b>
<b>5.3.1. Los argumentos jurídicos como sinécdoques</b>	<b>448</b>
<b>5.3.2. Las normas jurídicas como metáforas</b>	<b>450</b>
<b>5.3.3. Las resoluciones judiciales como metonimias</b>	<b>451</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>458</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>483</b>

**I N T R O D U C C I O N**

Este trabajo de tesis de doctorado tiene como propósito, redeterminar, en términos de la teoría de la acción comunicativa o de la teoría del discurso de Habermas, la teoría del derecho, en especial, la representada por Kelsen, pero también la de Alexy y, en menor medida, la de Del Vecchio, entre otros filósofos del derecho.

No se expone, pues, la teoría jurídica de Habermas como tal, aunque se retomen algunos de sus resultados y se critiquen otros. Se trata de comparar y complementar las teorías jurídicas afines (Kelsen, Alexy, Del Vecchio, etc.) con la teoría comunicativa de Habermas. El resultado más general ha sido considerar al derecho como un sistema de actos de habla. Es decir, los conceptos de norma jurídica, sistema jurídico (Kelsen), de argumentación jurídica (Alexy) y de ética jurídica (Del Vecchio), se reducen a un común denominador: el acto de habla.

O sea, las normas, los argumentos y los enunciados éticos, son considerados como actos de habla de distinto tipo, que, en su recíproca relación conforman el sistema jurídico de actos de habla. Esta homogenización discursiva de los ingredientes del sistema jurídico permite darles un tratamiento coherente y armónico entre ellos y con los demás actos de habla que conforman el mundo de la vida en el que se insertan, al decir del mismo Habermas.

Uno de los resultados, más o menos inesperados de esta propuesta teórica es la de considerar al derecho, no tanto como una ciencia sino como un arte, en el sentido de que, sirviéndose de otras ciencias, el discurso jurídico, a través de la crítica a sí mismo, puede alcanzar la verdad y la justicia por medio de la belleza. Los actos de habla jurídicos serán actos de habla estéticos cuando permitan alcanzar la justicia. Pero también los actos de habla serán justos cuando sean

actos de habla estéticos. De este modo, la belleza se convierte en el criterio de la justicia y de la verdad jurídica.

## **CAPITULO PRIMERO. KELSEN Y HABERMAS: DERECHO Y COMUNICACION**

Cuando Habermas subtituló su libro de *Facticidad y validez*, como *Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*,<sup>1</sup> era de esperarse que se ocupase un poco más ampliamente de la teoría pura del derecho de Kelsen,<sup>2</sup> por dos razones cuando menos. La primera de ellas es que, siendo la teoría del discurso, en palabras del propio Habermas, una teoría formal, nada más natural que la confrontase con la teoría más formal del derecho que existe: la teoría del derecho de Kelsen. La segunda de ellas es que, a pesar de ser tan formal, la teoría pura del derecho hace una de las propuestas mejor argumentadas sobre la democracia, desde una perspectiva jurídica.<sup>3</sup>

Sin embargo no ha sido así. Habermas discute más bien con Rawls y Dworkin, neiusnaturalistas, por un lado y con Günther y Luhmann, sociólogos del derecho, por otro. Lo cual no tiene nada de criticable, sino que se echa de menos un tratamiento más amplio de las teorías del derecho más predominantes, como las de Kelsen, Hart, Ross, Raz, entre otros. Por esta razón, este capítulo no se referirá ni a la opinión de Habermas sobre Kelsen ni a la de Kelsen sobre Habermas, por razones cronológicas obvias, sino que se ocupará del análisis de la teoría pura del derecho desde la perspectiva de la teoría de la acción comunicativa y del análisis de la teoría de la acción comunicativa desde la perspectiva de la teoría pura del derecho. Y, por supuesto, se intentará, al final, una redeterminación de ambas.

Lo primero que salta a la vista es indagar si el derecho puede ser entendido como un proceso específico de comunicación. Si tomamos en cuenta tanto el punto de vista estático como el dinámico, según Kelsen, el derecho se compone de normas y de procedimientos. De procedimientos mediante los que se producen normas y de normas que regulan los procedimientos. Desde esta perspectiva, resulta claro que el derecho puede entenderse como un conjunto de procesos de

---

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

<sup>2</sup> Sólo hace seis citas de Kelsen en tan voluminosa obra.

<sup>3</sup> Ver Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, Madrid, 1974.

comunicación, sujetos a, y, para producir normas. Por tanto, el derecho es susceptible de ser analizado desde el punto de vista de la racionalidad comunicativa de los procedimientos normativos que lo integran, al menos en principio. Es claro que este enfoque confronta serios problemas metodológicos, de los que nos ocuparemos en seguida.

## 1.1. Purismo metódico y racionalidad comunicativa

Es ampliamente conocido que el “purismo metódico” de Kelsen consiste en estudiar el derecho, de una manera absolutamente independiente de la moral, por un lado, y de la eficacia social del mismo derecho, por otro.<sup>4</sup> Por su parte, lo que pudiéramos llamar el “método comunicativo” de Habermas, consiste en estudiar cualquier proceso de comunicación incluido los procesos jurídicos de comunicación, desde el punto de vista de su racionalidad comunicativa.<sup>5</sup>

A primera vista, parecería que ambos métodos no serían incompatibles. Por ejemplo, Kelsen podría aceptar que el análisis de la racionalidad de los procedimientos jurídicos de creación normativa, quedaría comprendido, perfectamente dentro de la pureza metódica, aunque pudiera entender como racionalidad, algo distinto a Habermas. También es posible que para Habermas, pudiera ser aceptable estudiar al derecho “puramente”, pero sólo como una de las pretensiones de validez comunicativa de los actos de habla que lo integran.

Sin embargo, vistos más detenidamente surgen algunos problemas metodológicos que, a pesar de ello, no nos parecen insalvables. El primero de ellos, es la naturaleza “autopoietica” del purismo metódico. Que la pureza metódica sea una actitud autopoietica quiere decir que el estudio del derecho se realiza de una manera “cerrada”, es decir, sin tomar en cuenta las relaciones que el derecho tiene con la moral y con la sociología, por ejemplo.<sup>6</sup> Interpretada, en términos de Luhmann, la pureza del método kelseniano no es otra cosa que la autopoiesis sistémica de la ciencia del derecho, pero no necesariamente, del derecho mismo. Como éste es un tema que trataremos en el capítulo tercero, aquí

---

<sup>4</sup> Berumen, Arturo, “Dialéctica de la teoría pura del derecho”, en *Crítica jurídica*, núm. 15, UNAM, México, 1994, pp. 42, 43.

<sup>5</sup> Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, INACIPE, México, 2000, pp. 13-24.

<sup>6</sup> Berumen Campos, Arturo, *La teoría pura del derecho y materialismo histórico*, (tesis) UNAM, México, 1989, pp.9 y ss; Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas,

sólo nos ocuparemos de las consecuencias de la “pureza autopoietica” con respecto de la atribución de validez a las normas jurídicas.

De acuerdo con la teoría pura del derecho, la validez de una norma jurídica no depende de su correspondencia con un ideal de justicia, sino del hecho que haya sido creada mediante el procedimiento establecido en una norma superior y sea eficaz, aun considerada aisladamente.<sup>7</sup> Sólo si una norma jurídica ha sido creada de esta forma y es eficaz, es válida, aunque no sea justa. Es decir, que, para Kelsen, basta para que una norma sea válida, que sea eficaz y que haya satisfecho los requisitos establecidos en la norma superior. No es necesario, para su validez, el que sea una norma justa.

En cambio, para Habermas, la validez comunicativa de una norma, jurídica (o moral), requiere no tan sólo que el procedimiento jurídico haya sido observado, tal y como lo establece la norma superior, sino además se requiere que ese procedimiento haya sido llevado a cabo de una manera racional-comunicativa. Aunque la norma superior no establezca esta exigencia de la racionalidad comunicativa, la norma inferior, creada con base en ella, debe ser producto de una comunicación racional, para que sea moralmente vinculante, es decir, para que sea válida.<sup>8</sup>

Sin embargo, *Habermas no considera que las normas sean justas o eficaces para que sean válidas, sino al contrario, sólo la validez o racionalidad comunicativa de las normas hará posible, en principio, que sean justas y eficaces.*<sup>9</sup> Desde el momento en que participan en su elaboración todos aquéllos afectados por las mismas, o sus legítimos representantes libres de coacción, y se logran tematizar todos los ingredientes de la situación que las normas pretenden resolver,

---

<sup>7</sup> Hasta antes de la segunda edición de *La teoría pura del derecho*, Kelsen sostenía que la validez de una norma jurídica dependía de la regularidad del procedimiento de su creación y de su pertenencia a un sistema jurídico que, en su totalidad, fuese eficaz, aunque dicha norma no fuera eficaz, considerada de una manera aislada. Cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1971, pp. 142-146; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maníes, UNAM, México, 1969, p.49 y Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979, pp. 219-225.

<sup>8</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas, México, 2003, p. 184.

<sup>9</sup> *Idem* p. 374.

las normas resultantes no pueden sino ser eficaces por satisfacer los intereses de todos.<sup>10</sup>

Puede suceder que una norma jurídica haya sido creada conforme al procedimiento establecido en la norma superior y, por tanto, ser válida, desde un punto de vista jurídico formal, y, al mismo tiempo, dicho procedimiento de creación pudo haberse llevado a cabo, de una manera comunicativa irracional o patológica, y, por tanto, ser una norma inválida, desde un punto de vista formal comunicativo. Por tanto, la misma norma será válida, jurídicamente y no válida, comunicativamente.

Esta contradicción metodológica entre la teoría pura del derecho de Kelsen y la teoría de la acción comunicativa de Habermas, aunque existente, no nos parece insalvable.<sup>11</sup> Para hacer un intento de conciliar ambos puntos de vista, utilizaremos el concepto de redeterminación que hemos derivado de Hegel.<sup>12</sup> Enunciaremos el problema de modo siguiente: ¿es válida una norma jurídica creada de una manera conforme con la norma superior pero de un modo comunicativamente irracional? Responderemos, con Hegel, que es válida “en abstracto”, o, con Aristóteles, que es válida “en potencia”, o, con Habermas, que tiene “pretensión de ser válida”, solamente. Pero no lo es todavía, “en concreto”, “en acto”, o que su validez aún, no ha sido “desempeñada”.<sup>13</sup>

Una norma jurídica es válida en potencia, cuando es posible que lo sea, es decir, cuando ha sido establecido, mediante los procedimientos jurídicos de un sistema jurídico determinado. O sea que no es posible que lo sea cuando no ha

---

<sup>10</sup> *Idem*, pp. 363 y ss.

<sup>11</sup> Para Hegel, lo realmente existente es lo contradictorio en sí mismo, porque en ello reside su propio desarrollo. Ver, por ejemplo, Hegel, *Ciencia de la Lógica*, I, trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Ediciones Solar, Buenos Aires, 1982, p. 76: “Sólo después de haber sido llevados al extremo de la contradicción los múltiples se vuelven activos y vivientes uno frente al otro, y consiguen en la contradicción la negatividad, que es la pulsación inmanente del movimiento y de la vitalidad.”

<sup>12</sup> Ver Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación del derecho natural*, Cárdenas, México, 2000, en especial el capítulo primero.

<sup>13</sup> Ver esta redeterminación histórica en Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, en el capítulo noveno.

sido establecida de una manera jurídico-formal. Y será válida en acto, cuando, además, ha sido creada o corregida “comunicativamente”. O dicho, de otro modo, una norma jurídica es válida en abstracto, si sólo se toma en cuenta su aspecto jurídico-formal; y es válida en concreto, si resiste también un análisis formal-comunicativo.<sup>14</sup> En otras palabras, una norma jurídica, en tanto que acto de habla del legislador o del juez, pretende ser válida, pero no necesariamente lo es, sino hasta que han sido desempeñadas las problematizaciones realizadas a esas pretensiones.

Concluamos que *la validez jurídico-formal de una norma jurídica es sólo una pretensión de validez*, pero no, necesariamente, una pretensión justificada de una manera formal-comunicativa. Podemos decir que *la validez jurídico-formal de una norma es una validez en potencia o una validez abstracta y la validez formal comunicativa de una norma es su validez en acto o su validez concreta. Incluso podríamos decir que la validez jurídico formal de una norma es sólo una de las pretensiones e validez de toda norma jurídica*, entendida como un acto de habla. Pero esta redeterminación la analizaremos en el siguiente apartado.

---

<sup>14</sup> Ya el mismo Hegel, hablaba del “derecho abstracto” cuando se consideraba al derecho sin relación con la moral. Ver Hegel, *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1975, parágrafo 38, p. 59: “Con referencia al acto concreto y a las relaciones morales y éticas, frente a su posterior contenido, el Derecho abstracto sólo constituye una posibilidad; por eso, la descripción jurídica únicamente es facultad o licitud.”

## 1.2. Formalismo jurídico y formalismo comunicativo

Tanto Kelsen como Habermas han insistido que sus respectivas teorías son formales, es decir, que se ocupan solamente de la “forma” de las norma jurídicas y de la acción comunicativa, respectivamente. Para Kelsen, las normas jurídicas, a diferencia de las normas morales, “derivan” su validez, es decir, su obligatoriedad,<sup>15</sup> no tanto de la congruencia de su contenido con el contenido de una norma superior, como sucede en el caso de la moral,<sup>16</sup> sino más bien de la congruencia del procedimiento de su propia creación con el procedimiento previsto para ello, en la norma superior.<sup>17</sup> La derivación de la validez de las normas jurídicas, a partir de la regularidad de los procedimientos de creación su creación normativa, es lo que Kelsen llama formalismo jurídico.<sup>18</sup>

Para Habermas, la obligatoriedad de cualquier norma, jurídica o moral, no depende, en la época moderna, caracterizada por un pluralismo ideológico y cultural,<sup>19</sup> de su correspondencia con los principios de una moralidad particular, sino de su correspondencia con el siguiente principio formal discursivo: “*Válidas son aquellas norma (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.*”<sup>20</sup> De esta forma discursiva, cuya plausibilidad analizaremos

---

<sup>15</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979, pp. 23, 24.

<sup>16</sup> *Idem.* p. 203.

<sup>17</sup> *Idem.*, p. 205: “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta.”

<sup>18</sup> Más abajo (inciso núm. 3.1.1.) nos referiremos al hecho de que la derivación formal de la validez normativa se lleva a cabo en varios niveles normativos, del mismo modo que la revisión de la regularidad de dicha derivación formal.

<sup>19</sup> Habermas, “Derecho y moral”, en *El derecho, la política y la ética*, David Sobrevilla (comp.), Siglo XXI, México, 1991, p. 60.

<sup>20</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 172.

en seguida, y no de ningún principio moral “substancial”,<sup>21</sup> pretende Habermas derivar la validez de las normas sociales, tales como las norma morales y las normas jurídicas.

Ambos formalismos, el jurídico y el comunicativo, tienen, según su propios autores (Kelsen y Habermas, respectivamente), un origen kantiano.<sup>22</sup> Sólo que el “kantismo” de Kelsen proviene de la “*Crítica de la razón pura*”, de ahí la naturaleza “pura” de su teoría del derecho, mientras que el kantismo de Habermas deriva de la “*Crítica de la razón práctica*”, es decir, de la aplicación del imperativo categórico a la “práctica” del discurso normativo.

A primera vista, parecería que el origen kantiano de ambas teorías, facilitaría la tarea de conciliarlas que nos hemos propuesto, ya que ambas se basan en la idea de razón como universalización, propia de Kant, en ambas críticas. Sólo que la razón teórica o razón pura es universal, sólo relativamente, y la razón práctica, al parecer, es universal de una manera absoluta.<sup>23</sup> La teoría pura del derecho de Kelsen, es universal porque pretende estudiar “todo” derecho,

---

<sup>21</sup> Habermas, “¿En que consiste la “racionalidad” de una forma de vida?, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 91, 92: “La versión que la ética del discurso da al principio moral deja inequívocamente claro que sólo el negocio de la fundamentación del principio de universalización es competencia del filósofo; pero, en tanto que regla de argumentación, ese principio no prejuzga contenido normativo alguno.”

<sup>22</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 209, 210: “Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido objetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en *enunciados jurídicos*? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundamente básica”; Habermas, “¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, p. 97: “K. O. Apel y yo hemos intentado en los últimos años, valiéndonos de los medios de una teoría de la comunicación, reformular la teoría moral de Kant en lo tocante a la cuestión de la justificación de las normas”; p. 101: “el imperativo categórico adopta el papel de un principio de justificación que selecciona y distingue como válidas las normas de acción susceptibles de universalización: lo que en sentido moral está justificado tienen que poderlo querer todos los seres racionales. En este aspecto hablamos de una *ética formalista*. En la ética del discurso el lugar del imperativo categórico lo ocupa el procedimiento de la argumentación moral.”

<sup>23</sup> Cassirer, Ernst, *Kant, vida y doctrina*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985, pp. 292, 293.

pero es relativa, porque estudia “sólo” el derecho.<sup>24</sup> La teoría del discurso de Habermas es universal porque pretende aplicarse a “todo” discurso normativo.<sup>25</sup>

A la crítica que Hegel le había hecho a la universalidad de la moral kantiana, a saber, la abstracción de lo particular y de las diferencias,<sup>26</sup> Habermas responde que la ética del discurso, corrigiendo a Kant, incluye a lo particular dentro de lo universal, por medio de la idea de la “intersubjetividad” del discurso racional.<sup>27</sup> Es decir, que la universalización del imperativo categórico no la realiza un sujeto, en el monólogo de su conciencia, sino tendría que ser realizada, mediante el consenso intersubjetivo de los participantes en una comunicación racional.

En Kant, el imperativo categórico es monológico, o sea, es el mismo sujeto el que se plantearía la pregunta kantiana; “¿qué pasaría si todos ...?”, y él mismo se respondería si se justificaría o no la máxima en cuestión, dependiendo de lo que él considerara “qué pasaría si todos”.<sup>28</sup> En Habermas en cambio, la elevación de la máxima a norma universal no la haría un sujeto monologando consigo mismo, sino por medio del consenso que los sujetos, afectados por la situación, obtuvieran dialogando, libres de toda coacción que no sea la del mejor argumento.<sup>29</sup>

Sin embargo, Habermas, en su principio formal discursivo, arriba citado, se refiere, no a un consenso real, sino supuesto, ya que no dice que los afectados por las normas “hallan prestado su asentimiento”, sino “pudiesen prestar su

---

<sup>24</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 15.

<sup>25</sup> Habermas, “¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, p. 102.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 115: “la ética del discurso sólo espera un entendimiento sobre la universalidad de intereses como resultado de un discurso público efectivamente organizado y ejecutado en términos intersubjetivos.”

<sup>28</sup> Kant, *Crítica de la razón práctica*, trad. Manuel García Morente, Porrúa, México, 1983, p. 112 : “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal.”

<sup>29</sup> Habermas, citado por Manuel Jiménez Redondo en la “Introducción” a *Moralidad y eticidad*, p. 52.

asentimiento”. Lo cual parece regresarnos a la universalización monológica del imperativo categórico kantiano, ya que tendría que ser algún sujeto quién determinara si los afectados por las normas cuya validez comunicativa se investiga, “pudiesen” prestar su asentimiento racionalmente. Es posible que Habermas se refiera, con este “pudiesen”, a que es necesario que los procesos sociales de comunicación, entre ellos los jurídicos, se lleven a cabo mediante los requisitos de la comunicación racional, que más abajo estudiaremos con detalle, para que los participantes en ellos “puedan” prestar su asentimiento, pues de otro modo no lo “podrán” prestar racionalmente.<sup>30</sup>

De cualquier manera, la aplicación del principio formal discursivo para verificar la validez moral-discursiva de las normas jurídicas es un “test” mucho más riguroso que la revisión de la validez “puramente” jurídica de las normas, puesto que esta última no sería sino una de las pretensiones de validez que deben llenar las normas sociales, entre ellas las jurídicas, desde un punto de vista moral comunicativo. Por esta razón, nos parece que la relación entre normas morales y normas jurídicas no es que la moral forme parte del derecho, ni que su relación sea sólo de “entrelazamiento complementario”, como propone Habermas,<sup>31</sup> sino que el derecho, el derecho válido discursivamente en acto, forma parte de la moral; en cambio, el derecho, no validado discursivamente, no forma parte de la moral, sino de la “irracionalidad práctica”.<sup>32</sup>

Por otra parte, si redeterminamos el principio del discurso “hipotético”, en un principio “real”, es decir, si en lugar de exigir que los afectados “puedan prestar su asentimiento”, dijéramos que los afectados “hayan prestado su asentimiento” el rigor del “test” sería mucho mayor, de manera que es muy probable que ninguna norma jurídica pudiera superarlo, *prima facie*, es decir, en principio. Pero la

---

<sup>30</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 174.

<sup>31</sup> Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, CEC, Madrid, 2000, p. 106.

<sup>32</sup> El criterio para distinguir las normas morales de las norma jurídicas, reside no simplemente en la sanción coactiva, como propone Kelsen, sino en el consenso, racionalmente motivado, de que determinadas normas deben ser gaantizadas coactivamentge. Ver *infra* inciso núm. 2.3.1.; 2.3.2. y 2.3.5.

democracia no consiste en otra cosa, tanto la democracia jurídica como la democracia comunicativa.

### 1.3. Democracia jurídica y poder comunicativo

Para Kelsen, un orden jurídico es democrático cuando los sujetos obligados por las normas que lo integran participan en la creación de las mismas.<sup>33</sup> Mientras que para Habermas la única fuente de toda legitimidad “radica en el proceso democrático de producción del derecho”.<sup>34</sup> Nos encontramos aquí, nuevamente con una convergencia relativa, pues mientras que para Habermas la democracia es la única fuente de validez del derecho, para Kelsen es sólo una forma, entre otras, de creación de las normas jurídicas generales.

De acuerdo con la definición de Kelsen, la participación de los obligados por las normas, en su creación, puede consistir desde la elección de los legisladores, hasta la elaboración directa de las normas por el pueblo, pasando por el mandato imperativo, la iniciativa popular y el referéndum.<sup>35</sup> El grado de participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas jurídicas determina el grado de democracia que caracteriza a un sistema jurídico.<sup>36</sup>

Para Habermas, la caracterización de un sistema jurídico como democrático no sólo se encuentra determinado por el grado de participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas jurídicas, sino por la forma comunicativa en que se da esta participación: es decir, en una forma comunicativa racional o en una forma comunicativa patológica. La comunicación comunicativa racional está determinada por los requisitos de validez de los actos de habla que la integran, y la comunicación patológica, por su ausencia. Más abajo estudiaremos estos requisitos de la comunicación racional, por lo pronto podemos decir que la

---

<sup>33</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1969, p. 337.

<sup>34</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 155.

<sup>35</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 342, 343.

<sup>36</sup> *Idem.* p. 337.

democracia para Habermas no tan sólo es *una democracia participativa sino una democracia deliberativa*.<sup>37</sup>

Desde el punto de vista de la democracia participativa, lo más importante es que los miembros de la comunidad política puedan emitir su voto, ya sea para elegir a sus representantes en los órganos legislativos o para aprobar o desaprobar las normas jurídicas. Para la democracia deliberativa, no es suficiente que los participantes puedan votar, sino que lo más importante es que puedan “deliberar” para emitir su voto de una manera “comunicativamente racional”. Es decir, para Habermas, tanto los procedimientos electorales de elección de los representantes como los procedimientos legislativos para la aprobación de las leyes, deben comprender instancias institucionalizadas de discusión, en las que pueda darse la argumentación por parte de los candidatos, los ciudadanos y los legisladores, sobre los proyectos jurídico-políticos y sobre los proyectos legislativos.<sup>38</sup>

Si no existen tales instancias o no son utilizadas de una manera racional comunicativa, entonces la validez de las elecciones o de las leyes queda gravemente menoscabada, en la medida en que tales procedimientos de deliberación estén afectados de patologías comunicativas, que, sin embargo, pueden ser compensadas, en algún grado, en los procesos de aplicación de las leyes, como veremos más abajo.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 372: “el procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático”

<sup>38</sup> *Idem.* p. 374: “El desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones políticas desarrolladas informalmente. La procedimentalización de la soberanía popular y la vinculación retroalimentativa del sistema político con las redes (para él) periféricas que representan los espacios públicos políticos se corresponden con la imagen de una sociedad descentrada.”

<sup>39</sup> Habría que ver como se podrían convalidar comunicativamente las elecciones presidenciales mexicanas de 2006 que se caracterizaron por la utilización de todas las patologías comunicativas, que no fuera la manipulación de la población en la prestación de los servicios públicos por parte del gobierno ilegítimo comunicativamente.

Una *democracia deliberativa* entendida como *democracia comunicativa* es una *democracia radical*.<sup>40</sup> Sin embargo, la democracia radical puede ser una *democracia utópica*, pues la democracia, “*realmente existente*” es una “*democracia de compromiso*” entre la mayoría y la minoría políticas. Dice Kelsen, al respecto, que “el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia.”<sup>41</sup> Sin embargo, los compromisos también “han de fundamentarse”, sostiene Habermas.<sup>42</sup> En otros términos, no cualquier compromiso es suficiente para fundamentar la validez de las normas jurídicas, sino el compromiso resultante de una acción comunicativa y no de una acción instrumental o estratégica.<sup>43</sup>

Es claro que, tanto para Kelsen como para Habermas, la creación democrática de las normas jurídicas, implican una “tensión entre facticidad y validez”. Sin embargo, para Kelsen la tensión se resuelve, limitando el principio de autodeterminación de la voluntad de los sujetos para hacer posible a la sociedad y al estado;<sup>44</sup> en cambio, para Habermas la tensión se mantiene, de modo que el derecho constituye la mediación entre la “limitación” que la acción comunicativa del “mundo de la vida” impone a su “colonización” por los procesos sistémicos de la economía y del poder administrativo, por un lado, y la “deslimitación” que dichos sistemas llevan a cabo, por medio de las acciones instrumentales y estratégicas, respectivamente, por otro.<sup>45</sup>

Esta diferencia entre Kelsen y Habermas podría relativizarse, si consideramos que el límite que el primero lleva a cabo a la idea de

---

<sup>40</sup> *Idem.* p. 61.

<sup>41</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 342.

<sup>42</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 370

<sup>43</sup> Ver Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho* pp. 365 y ss.

<sup>44</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 339: “Si el principio de la autodeterminación ha de convertirse en base de la organización social, será necesario restringirlo en alguna forma. Surge así el problema de cómo limitar la autodeterminación del individuo en la medida necesaria para hacer posible la sociedad en general y el Estado en particular.”

<sup>45</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 102: “Por vía de institucionalización jurídica (el dinero y el poder) quedan anclados en los órdenes y esferas del mundo de la vida integrados a través de la acción comunicativa. De este modo el derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social.”

autodeterminación política, puede, a su vez, “deslimitarse” (limitar el límite), por medio de su interpretación jurídica del *mandato imperativo*. Es decir, si la idea de la representación política es un límite, tal vez inevitable, a la autodeterminación democrática –y en esto convergen Kelsen y Marx-, entonces la representación política debería limitarse mediante la responsabilidad de los “mandatarios” ante sus electores, la rendición de cuentas y la revocación del mandato.<sup>46</sup>

Para Habermas, más que la teoría del mandato imperativo, -que ha fracasado con la experiencia socialista-<sup>47</sup> lo que la democracia deliberativa requiere para ser eficaz, es la constitución de un *poder comunicativo de la sociedad civil*. Lo cual quiere decir que, una manera, tal vez la última que nos queda, de contrarrestar la influencia de los sistemas económico y político-administrativo sobre la creación del derecho, es la institucionalización de procedimientos y de redes de grupos sociales, extraordinariamente diversos y autónomos, de “formación democrática de la opinión y la voluntad”, no que “manden” sino que “dirija el uso del poder”.<sup>48</sup>

La constitución de un poder comunicativo, tal y como lo propone Habermas es un proceso sumamente complejo, pues deberá que tener en cuenta no tan sólo

---

<sup>46</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 344: “A fin de establecer una verdadera relación de representación, no es suficiente que el representante sea nombrado o elegido por el representado. Es necesario que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, y que el cumplimiento de esta obligación se halle garantizado jurídicamente. La garantía típica es el poder del representado de remover al representante, en el caso de que la actividad de este último no se ajuste a los deseos del primero.”; Marx, “La guerra civil en Francia”, en *Obras escogidas*, 1, Progreso, Moscú, 1977, p. 500: “La Comuna estaba formada por los consejeros municipales elegidos por sufragio universal en los distintos distritos de la ciudad. Eran responsables y revocables en cada momento.”

<sup>47</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 60.

<sup>48</sup> *Idem.* p. 376: “Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. *Racionalización* significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder (...) sólo el sistema político puede “actuar” (...) mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan opiniones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma “mandar”, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección.”

elementos de la tradición liberal, como los derechos humanos, y de la republicana, como la división de poderes, sino también de la misma tradición socialista, como lo puede ser el mismo mandato imperativo redeterminado comunicativamente, la limitación o la abolición de plusvalía o de la ganancia y la utilización de las luchas por la hegemonía entre los distintos grupos de poder para obtener conquistas comunicativas.<sup>49</sup> Pero, sobre todo, la constitución de un poder comunicativo de la sociedad civil requiere de la creación de los presupuestos de una cultura de la argumentación, tanto en los procesos políticos de comunicación como en los procesos jurídicos de comunicación legislativa y judicial. Hacia este último aspecto van dirigidos los esfuerzos centrales de este trabajo, sin que esto signifique que no se tendrán presentes los contextos económicos, políticos y culturales de la acción jurídica. Antes de entrar a realizar esta tarea, me parece conveniente hacer una recapitulación de este capítulo, a manera de conclusiones parciales y provisionales.

---

<sup>49</sup> Ver Berumen, *Apuntes*, pp. 97 y ss, 166 y ss. Cfr. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 202 y ss. Y 300 y ss.

## **Conclusiones parciales y provisionales del primer capítulo**

**1. Primera conclusión.** Podemos concluir que la “pureza metódica” de Kelsen no es otra cosa que la autopoiesis de la ciencia del derecho, pero no necesariamente del derecho mismo, ya que la validez jurídica de las normas jurídicas es sólo una de las pretensiones de la validez abstracta o en potencia de los actos de habla que ellas significan, en términos de Habermas, pero no necesariamente una validez en acto, concreta o comunicativamente desempeñada.

Si la eficacia del derecho según Kelsen, determina la validez jurídica de las normas, es porque esta validez es sólo una pretensión no desempeñada comunicativamente, mientras que la validez comunicativa de las normas jurídicas, según Habermas, redetermina la eficacia de las normas porque se conforma con todas sus pretensiones de validez debidamente desempeñadas por los sujetos obligados a cumplirlas.

**2. Segunda conclusión.** Podemos decir que, a pesar de que tanto la teoría de Kelsen como la teoría de Habermas son formales, es decir, son procedimentales, difieren en que, mientras el procedimiento del que depende la validez kelseniana de las normas jurídicas, puede ser cualquiera, siempre y cuando se encuentre previsto en una norma superior, el procedimiento habermasiano de la validez normativa tiene que ser comunicativo racional, es decir, debe encontrarse sujeto al principio del discurso que dice que sólo son válidas las normas, para los sujetos que han participado, sin patologías comunicativas, en sus procedimientos de creación.

La racionalidad de la formalidad comunicativa, exigida por Habermas, para dotar de validez a las normas es demasiado alta, lo cual hace que se ponga en riesgo la finalidad del derecho que, según el mismo, es la estabilización de las expectativas de comportamiento. Mientras que la mera formalidad kelseniana es insuficiente para que las normas jurídicas sea eficaces, aunque sean efectivas.

**3. Tercera conclusión.** La diferencia entre la idealización de Habermas y la insuficiencia de Kelsen se reduce a los órdenes jurídicos no democráticos, pues para ambos autores, la democracia jurídica consiste en que los obligados por las normas participen en la creación de las mismas. Ambos aceptan, además, a la democracia representativa como límite necesario del principio del discurso democrático. Del mismo modo, ambos también proponen “deslimitar” tal límite, mediante la constitución de un poder comunicativo de la sociedad civil y la institucionalización del mandato imperativo, respectivamente.

Pero, aún dentro de la democracia jurídica, reaparecen las diferencias entre ambos autores, ya que, para Habermas no basta, para que las normas jurídicas sean válidas, que los obligados o sus representantes, participen, de cualquier manera en la creación de las normas que los han de obligar, como parece aceptar Kelsen, sino que han de participar de una manera deliberativa, es decir, de una manera racional comunicativa, ya sea en la elección de los representantes como en la discusión de las leyes por parte de los representantes.

4. Cuarta conclusión. La diferencia entre la democracia participativa de Kelsen y la democracia deliberativa de Habermas, parece relativizarse un tanto, pues, mientras el poder comunicativo de la sociedad civil no sea una realidad, la validez comunicativa de las normas jurídicas sólo será exigible como límite que pone el mundo de la vida a la colonización del mismo, que llevan a cabo los sistemas político y económico, pero no cuando el disenso ponga en riesgo la estabilización de las expectativas de comportamiento recíproco.

## **CAPITULO SEGUNDO. ACTO DE HABLA Y NORMA JURIDICA**

Dice el maestro Ulises Schmill que cuando Kelsen introduce a la sanción coactiva dentro del derecho mismo y deja de considerarla como una garantía externa de las normas jurídicas, realiza una “semantización” del orden jurídico.<sup>1</sup> Lo cual quiere decir que es la sanción coactiva la que le da “significado” jurídico a los conceptos jurídicos fundamentales: el hecho ilícito, la obligación jurídica, el derecho subjetivo y la facultad jurídica.<sup>2</sup> Sin la sanción coactiva, los conceptos jurídicos fundamentales no podrían tener un significado jurídico, sino sólo moral o político.

Esta “revolución semántica” llevada a cabo por Kelsen en el mundo jurídico, incurre, no obstante, en lo que Habermas y Apel llaman, una “falacia semanticista”,<sup>3</sup> es decir, hace abstracción de la dimensión pragmática del lenguaje jurídico, de las maneras como se usa el lenguaje jurídico. O sea, Kelsen no toma en cuenta las finalidades del derecho ni, por tanto, la eficacia del mismo, entendido como medio adecuado o inadecuado para alcanzar aquellos fines. Es esta dimensión teleológica de la teoría tradicional, la que pretende Habermas redeterminar como pragmática del lenguaje del derecho.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Schmill, Ulises, “El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm 52, UNAM, México, Enero- Abril 1985, p. 114: “Esta “semantización” significa lo siguiente: que ciertos elementos reales, ciertas condiciones pragmáticas, que determinan el carácter jurídico de ciertas formaciones verbales, en primer lugar, se conceptualizan y, posteriormente, dichos conceptos se incluyen dentro de la formulación verbal de la norma, de manera que lo que era algo externo a la norma se convierte en contenido de la misma. Este concepto de “semantización” de elementos pragmáticos en el concepto del derecho será presentado como una de las operaciones que definen el pensamiento kelseniano y lo distinguen de otras conceptualizaciones del derecho.”

<sup>2</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 65 y ss.

<sup>3</sup> Apel, “Falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última”, en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. Norberto Smilg, Paidós, Barcelona, 1991, p. 57.

<sup>4</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes*, pp. 69 y ss.

Como, tanto la semántica como la pragmática son dimensiones de la semiótica del lenguaje,<sup>5</sup> entonces, la semántica jurídica kelseniana como la pragmática jurídica habermasiana no son más que dimensiones complementarias de, lo que podríamos llamar, semiótica jurídica, en la que la semántica determina a la pragmática, pero la pragmática “redetermina” a la semántica.

En este orden de ideas, podemos decir que la norma jurídica, en sentido de Kelsen, es un concepto semántico, mientras que entenderla como un acto de habla, en el sentido de Habermas, es un concepto pragmático. O mejor dicho, lo que Kelsen considera la estructura de la norma jurídica no es sino uno de los tipos de actos de habla a que se refiere Habermas. Empezaremos, por tanto, exponiendo este último concepto.

---

<sup>5</sup> *Idem.* pp. 4 y ss.

## 2.1. El acto de habla

Habermas toma este concepto de las teorías de Austin y de Searle, de donde obtiene su teoría de la acción comunicativa. Se ha criticado la traducción de la expresión en inglés “*Speech act*”, como “acto de habla”, pues no solamente se refiere al lenguaje hablado sino a todo tipo de lenguaje, por lo que también se traduce como “acto lingüístico” que comprendería también al lenguaje escrito. A pesar de ello, usaremos, preferentemente, la primera expresión, por ser la más usual, aunque en ocasiones nos valgamos de la segunda e incluso de “acto comunicativo”, más apropiada a la teoría de Habermas

### 2.1.1. Definición

Habermas, siguiendo a Searle, define al acto de habla como la unidad mínima para que el lenguaje tenga un sentido determinado.<sup>6</sup> Dicho en términos semióticos, no basta la semántica del lenguaje para determinar el significado de las palabras o expresiones. Es necesaria también la pragmática del mismo, es decir, del uso del lenguaje por parte de una comunidad lingüística determinada. Podemos decir que el sentido de una palabra o expresión depende tanto de las reglas sintácticas como de sus usos pragmáticos.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Searle, *Actos de habla*, trad. Luis M. Valdés Villanueva, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p. 26; Habermas, “Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993, p. 172.

<sup>7</sup> Habermas, “¿Qué significa pragmática universal?”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 345.

### 2.1.2. Elementos

Para que el lenguaje tenga un sentido determinado se requiere que los actos de habla se integren, cuando menos de dos elementos: *elemento proposicional* y *elemento ilocucionario*.<sup>8</sup> El elemento proposicional describe un estado de cosas y el elemento ilocucionario expresa un estado de ánimo. El elemento proposicional es lo que se dice y el elemento ilocucionario es la intención con que se dice.<sup>9</sup> No basta con entender lo que se dice, sino que se requiere que se conozca o se presuponga la intención con que se dice, para entender algo.

Todo acto de habla se compone de ambos elementos, de otro modo su sentido quedaría indeterminado. Cuando sólo se dice el elemento proposicional y el elemento ilocucionario no se dice, sino que sólo se presupone, entonces el sentido del acto de habla queda indeterminado. Por ejemplo, si digo, “*la noche está estrellada y tiritan azules los astros a lo lejos*”, no es claro si estoy sólo describiendo cómo se encuentran la noche y los astros o si estoy expresando un estado de ánimo que me produce ver a los astros “tiritar” en la noche estrellada, pues sólo estoy enunciando el elemento proposicional de mi acto de habla, sin manifestar cual es mi intención de decirlo. Por ello el sentido del acto de habla se encuentra indeterminado, por lo cual puede ser mal interpretado. Para poderlo determinar y disipar los malos entendidos, tendré que decir cual es mi intención

---

<sup>8</sup> Searle, *op. cit.* p. 33; Habermas, “¿Qué significa pragmática universal?”, p. 335.

<sup>9</sup> Habermas, “¿Qué significa pragmática universal?”, p. 341.

ilocucionaria. Por ejemplo, si digo: “*Puedo decir los versos más tristes esta noche, decir por ejemplo: la noche está estrellada y tiritan azules los astros a los lejos*”<sup>10</sup>, es claro que mi intención no es describir sino expresar la tristeza que me produce comparar el cielo estrellado con mi alma solitaria.

En el lenguaje cotidiano, normalmente no expresamos la intención ilocucionaria, sino que suponemos que nuestro interlocutor la conoce, en virtud del contexto de acción en que nos encontramos y, por ello, esperamos de él, una cooperación lingüística.<sup>11</sup> Sin embargo, también es común que se susciten malos entendidos cuando no se expresa el elemento ilocucionario, ya sea porque se desconoce el contexto del hablante, o porque se niega la cooperación lingüística o porque el hablante la oculta deliberadamente, con el objeto de sustraer su acto de habla a cualquier problematización. En este último caso, Habermas denomina “*perlocucionario*” al acto de habla correspondiente,<sup>12</sup> y, nos parece la base de la producción de las ideologías, como mostraremos más adelante.

### 2.1.3. Tipos de actos de habla

---

<sup>10</sup> Neruda Pablo, “poema 20”, en *Veinte poemas de amor y una canción desesperada*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1981.

<sup>11</sup> Grice, según D ‘Agostini Franca, *Analíticos y continentales*, trad. Mario Pérez Gutiérrez, Cátedra, México, 2000, p. 285.

<sup>12</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa I*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989, pp. 374, 375: “Los fines perlocucionarios son algo que el hablante, si quiere tener éxito, no puede dar a conocer, mientras que los fines ilocucionarios sólo pueden conseguirse haciéndose expresos. Las ilocuciones se emiten abiertamente; las perlocuciones no pueden “confesarse” como tales. Esta diferencia queda también de manifiesto en que los predicados con que se describen actos perlocucionarios (aterrorizar, inquietar, sumir en duda, despistar, incomodar, ofender, humillar, etcétera) no pueden aparecer entre los predicados que se emplean para realizar actos ilocucionarios con que se consiguen los efectos perlocucionarios correspondientes. Los actos perlocucionarios constituyen una subclase de acciones teleológicas que el actor puede realizar por medio de actos de habla a condición de no declarar o confesar como tal el fin de su acción.”

Habermas agrupa los actos de habla en tres grandes tipos: los actos de habla *regulativos*, *constatativos* y *expresivos*. Los actos de habla regulativos son aquellos cuyo elemento ilocucionario es una norma, o más bien, una modalidad deóntica.<sup>13</sup> Por ejemplo: “*Está prohibido apoderarse de lo ajeno*”, en el que el elemento proposicional es el tipo del delito de robo “*apoderarse de lo ajeno*”, y el elemento ilocucionario es la modalidad deóntica de prohibición. Por su parte, los actos de habla constatativos son aquellos cuyo elemento ilocucionario es una constatación o verificación.<sup>14</sup> Por ejemplo: “*Constato que te has apoderado de lo ajeno*”, donde el elemento proposicional es “*te has apoderado de lo ajeno*” y el elemento ilocucionario es la afirmación de que, el que habla, ha constatado dicho apoderamiento. Por último, los actos de habla expresivos son aquellos cuyo elemento ilocucionario es la manifestación de actitudes, emociones, o decisiones.<sup>15</sup> Como por ejemplo: “*Confieso que me he apoderado de lo ajeno*”, donde el elemento proposicional es “*me he apoderado de lo ajeno*”, y el elemento ilocucionario es la confesión del apoderamiento.

Como puede notarse en los ejemplos anteriores, el elemento proposicional de estos distintos tipos de actos de habla puede ser el mismo, o muy parecido (el apoderamiento de lo ajeno), lo que varía es el elemento proposicional (está prohibido, constato, confieso), el cual es el que determina el tipo de acto de habla de que se trata.

---

<sup>13</sup> Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, p. 109.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Esta clasificación de los actos de habla va a ser muy importante para tres propósitos de nuestro trabajo: en primer lugar, para interpretar al delito como un acto de habla; en segundo lugar, para integrarlos como elementos del sistema jurídico y, en tercer lugar, para entender el concepto del mundo de la vida, tan importante en la teoría de Habermas. Empecemos con este último concepto.

#### **2.1.4. Mundo de la vida**

Cuando venimos a este mundo, éste ya se encuentra “preinterpretado”. Ya alguien, mucho muy anterior a nosotros se ha encargado de interpretar el mundo, de darle un sentido, que nosotros aprendemos, sin embargo, como si fuera el mundo real, y no únicamente una preinterpretación del mundo. Habermas, siguiendo a Schutz, a Husserl y a Kant, considera que el “mundo” tiene tres dimensiones: el mundo objetivo o la naturaleza, el mundo social y el mundo subjetivo. Cada una de estas tres dimensiones del mundo se encuentra preinterpretado con los distintos tipos de actos de habla que hemos mencionado antes. El mundo objetivo se encuentra preinterpretado por los actos de habla constatativos. El mundo social se encuentra preinterpretado por los actos de habla regulativos. Y el mundo subjetivo se encuentra preinterpretado por los actos de habla expresivos.

De modo que el mundo objetivo al ser preinterpretado por los actos de habla constatativos da como resultado el mundo de la vida de los hechos; el mundo social al ser preinterpretado por los actos de habla regulativos da como resultado el mundo de la vida de los valores y el mundo subjetivo al encontrarse

preinterpretado por los actos de habla expresivos produce el mundo de la vida de las vivencias. Así tenemos que el mundo, en el que realmente vivimos, el mundo de la vida se encuentra integrado por los hechos, los valores y las vivencias preinterpretados por los actos de habla constatativos, regulativos y expresivos, respectivamente.

El mundo en el que realmente vivimos no es el mundo objetivo, social y subjetivo, sino en el mundo de los hechos, los valores y las vivencias preinterpretados por los actos de habla constatativos, regulativos y expresivos. Sólo tenemos acceso al mundo mediante los actos de habla correspondientes. Es más, ni siquiera sabemos si existe tal mundo, el cual corresponde a la “cosa en sí” o al “noúmeno” kantiano. Sólo podemos conocer el “mundo de la vida” preinterpretado, el cual por su parte equivaldría al “fenómeno” kantiano.

Los hechos son “preinterpretados” de manera diferente en distintos mundo de la vida. Por ejemplo, en el mundo de la vida de los antiguos mayas, las tormentas eran interpretadas como batallas entre los dioses buenos que buscaban destruir las nubes que ocultaban el sol para los hombres y los dioses malos que trataban de ocultárselos.<sup>16</sup> En cambio, para quienes pertenecemos al mundo de la vida “cientificista”, las tormentas no son más que causas y efectos de la temperatura y de la presión. Del mismo modo, los valores sociales son “preinterpretaciones” diversas en distintos mundos de la vida. En las comunidades tradicionales, por ejemplo, la solidaridad de los miembros del grupo social es el valor primordial, mientras que en las sociedades modernas, predomina la

---

<sup>16</sup> Traven, B., *La carreta*, trad. Esperanza López Mateos, Sayrols, México, 1984, p. 204.

competencia entre sus integrantes.<sup>17</sup> Por último, las vivencias personales no son sino resultado de “preinterpretaciones” del mundo de la vida del cual procedemos. Así, podemos decir que la ternura y la suavidad del carácter de las mujeres mexicanas, diferente del carácter fuerte y duro de la mujeres españolas se debe, en gran medida a la suavidad y la armonía del lenguaje indígena que “imanta”, como dice López Velarde, al idioma español que se habla en México.<sup>18</sup>

La aceptación de que los hechos, los valores y las vivencias son “preinterpretaciones” que compartimos con los miembros de los mundos de la vida de los cuales procedemos y no “el único mundo real”, nos puede hacer más tolerantes con otras “preinterpretaciones” diferentes de las nuestras, pues nos puede facilitar aceptar que todas las “preinterpretaciones” tienen ventajas y desventajas, lo cual es un buen punto de partida para que, mediante la comunicación racional, critiquemos grandes segmentos del mundo de nuestra vida y lo enriquezcamos con mundos de la vida diferentes.<sup>19</sup> Nada impide, por ejemplo, que podamos combinar la solidaridad comunitaria y la competencia moderna, en

---

<sup>17</sup> Nisbet, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, trad. Enrique Molina de Vedia, Amorrortu, Buenos Aires, 2003, pp. 105 y ss.

<sup>18</sup> Rivera, Agustín, *Principios críticos sobre el virreinato de la Nueva España y sobre la revolución de independencia*, SEP. México, 1988, pp. 29, 31, 45; López Velarde, Ramón, “La suave patria”, en *Obras*, FCE, México, 1994, p. 262: “al idioma del blanco tu lo imantas”.

<sup>19</sup> Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 223: “Una identidad mantenida en pie flexiblemente le pone en condiciones de establecer tal relación entre lenguajes y racionalidades de sus dos mundos de procedencia, el primario y el secundario, que ambos se funden para formar un horizonte ampliado de entendimiento mutuo posible. Y tras esta fusión de horizontes realizada en la propia persona, el hablante bilingüe puede expresar las dificultades de la traducción de una traducción a la otra mediante paráfrasis recíprocas, también en un tercer lenguaje.”

diversos grados, en las distintas “esferas” o ámbitos sociales que integran nuestro mundo de la vida “posmoderno”.<sup>20</sup>

Las “preinterpretaciones” del mundo de la vida que condicionan la “interpretación” de los hechos, los valores y las vivencias, nos plantea el problema de la libertad individual, pues si ya todo se encuentra preinterpretado, la misma idea de libertad no es sino una “preinterpretación” de un particular mundo de la vida. De esta manera, resulta contradictorio aceptar la idea de una libertad preinterpretada o la preinterpretación de la libertad.

Sin embargo, sólo aceptando la idea de la preinterpretación de la libertad, puede hacerse posible, paradójicamente, la idea de una libertad “postinterpretada”, pues sólo aceptado que no se es libre, es posible hacerse libre. Quien cree que es libre, es decir, quien cree que no está condicionado por la preinterpretación de sus prejuicios, realmente es esclavo de los mismos, pues estos van a condicionar todas sus interpretaciones. Pero quien sabe que sus prejuicios son preinterpretaciones y no realidades inmutables, en principio puede, sino prescindir de ellos, si cuando menos, neutralizarlas. Si por ejemplo, alguien reconoce que sus prejuicios contra los indígenas provienen de un mundo de la vida racista y que no corresponden a una realidad objetiva, puede aceptar, en principio, que lo que le parece un mundo primitivo, no es sino un conjunto de valores sociales de respeto que pueden refinar nuestro mundo de la vida social.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. Walzer, Michel, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Rubio, FCE, México, 2002, p. 19.

<sup>21</sup> Fuentes, Carlos, *Tiempo mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1998, p. 39: “Pero México posee una quinta tradición: el cabo olvidado de nuestra historia, La Utopía fundadora, que coloca los intereses y valores de la comunidad por encima de los del poder. Creo que sólo esta tradición del

La libertad de los prejuicios es posible sólo cuando se aceptan los prejuicios como tales, como prejuicios, es decir, la libertad consiste en saber que no se es libre. Por eso dice Hegel, que la libertad no es nada, la liberación es todo.<sup>22</sup> Conocer los mundos de la vida de los cuales procedemos, es un proceso de liberación permanente.<sup>23</sup>

Si aplicamos el concepto del mundo de la vida al derecho, podemos hablar de un mundo jurídico de la vida, es decir, de todos aquellos actos de habla constataivos, regulativos y expresivos que constituyen preinterpretaciones de los hechos jurídicos, de las normas jurídicas y de las consecuencias de derecho. Si los jueces y, en general, todos los operadores del derecho, no conocen el mundo de la vida del cual proceden y, en consecuencia, consideran que sus prejuicios no son simples preinterpretaciones, sino que corresponden a una “única realidad”, la suya, van a aplicar el derecho de una manera predeterminada por esas creencias o ideas ordinarias de que hablan los sociólogos,<sup>24</sup> y, por lo tanto, no podrán ser imparciales ni objetivos ni justos aunque quisieran.

Los prejuicios contra los homosexuales, contra los pobres, contra los indígenas, contra las mujeres, contra los delincuentes, contra los ignorantes, entre otros, constituyen las principales preinterpretaciones que se originan en los

---

utopismo comunitario y revolucionario puede sostener la visión regeneradora de un proyecto de vida, a un tiempo, propio y universal.”

<sup>22</sup> Hegel, citado por González, Juliana en *Ética y libertad*, UNAM-FCE, México, 2001, p. 115.

<sup>23</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985, p. 473: “En su ir dentro de sí, se hunde en la noche de su autoconciencia, pero su ser allí desaparecido se mantiene en ella; y este ser allí superado –el anterior, pero renacido desde el saber-, es el nuevo ser allí, un nuevo mundo y una nueva figura del espíritu.”

<sup>24</sup> Cfr. Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, trad. Ernesto Garzón Valdés Fontamara, México, México, 1997, p. 108

mundos de la vida de los que proceden los jueces y los juristas en general, que van a condicionar, de una manera inconsciente, las interpretaciones sobre los hechos, el derecho y las consecuencias jurídicas. La aplicación clasista del derecho penal es un ejemplo prototípico de esta preinterpretación jurídica. En muchos casos, la responsabilidad penal se determina no sólo en atención a las pruebas existentes si no también con base en prejuicios tales como la “cara de delincuente” que, se preinterpreta que corresponde a los rasgos indígenas de los sectores pobres de nuestro país. Para el caso de la individualización de la pena, la preinterpretación más utilizada en la de la “peligrosidad” del procesado, que se determina con base en prejuicios, supuestamente científicos y criminológicos.<sup>25</sup>

Mientras los juristas no se interesen por la filosofía ni por la sociología, va a ser muy difícil que conozcan las preinterpretaciones de su mundo de la vida y, por lo tanto, que reconozcan que sus creencias son puros prejuicios que no resisten la prueba de la crítica y del cuestionamiento. El mundo de la vida es el mundo que damos por supuesto, pero que puede criticarse. Lo cual no significa que debemos desecharlo, necesariamente, sino que, al estar formado por actos de habla cuyas pretensiones de validez pueden ponerse en duda, podemos justificarlos, reconstruirlos o desecharlos. Si no se desarrollan los actos de habla que constituyen el mundo de la vida, este se vuelve un sistema de comunicación “autopoiético” y determinista al estar integrado por actos de habla

---

<sup>25</sup> Cfr. Barrata, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. Alvaro Búnster, Siglo XXI, Méjico, 1998, p. 32.

perlocucionarios, es decir, que se sustraen a toda problematización y desempeño.<sup>26</sup>

### **2.1.5. Desarrollo de los actos de habla**

Toda comunicación se forma de actos de habla que forman una secuencia para coordinar las interacciones recíprocas de los interlocutores. El desarrollo mínimo de esa secuencia está integrado por las fases siguientes: pretensiones de validez de los actos de habla, problematización de las pretensiones de validez y desempeño o solventación de las pretensiones de validez problematizadas.<sup>27</sup> Analicemos, en seguida, cada una de ellas.

---

<sup>26</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, II, p. 255: "Sobre la base de unas orientaciones de acción cada vez más generalizadas se teje una red cada vez más tupida de interacciones que escapan a un control normativo directo y que tienen que ser coordinadas por *otras vías*. Para satisfacer esta creciente necesidad de coordinación puede echarse mano, o bien del entendimiento lingüístico, o bien de mecanismos de descarga que reducen las expensas en comunicación y los riesgos de disentimiento. En el curso de la diferenciación entre acción orientada al éxito y acción orientada al entendimiento se forman *dos tipos de mecanismo de descarga*, y ello en forma de *medios de comunicación* que, o bien *condensan*, o bien *sustituyen* al entendimiento lingüístico."

<sup>27</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, pp. 3

### **2.1.5.1. Pretensiones de validez de los actos de habla**

Todo acto de habla pretende valer, según Habermas, en cuatro aspectos: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud.<sup>28</sup> No es que todo acto de habla sea inteligible, verdadero, veraz y recto, sino que sólo pretende serlo. Es decir, que puede no serlo. La pretensión puede no ser fundada. Por lo cual, todo acto de habla puede problematizarse en cualquiera de sus pretensiones de validez, como veremos más abajo. Por su parte, que un acto de habla sea válido, quiere decir que es racional comunicativamente y, por tanto, es moralmente vinculante. Más arriba hemos dicho que la moralidad de los actos de habla, incluidas las normas jurídicas, determina en gran medida su eficacia.<sup>29</sup> Más adelante profundizaríamos en esta idea.<sup>30</sup> Aquí analizaremos cada una de los aspectos en que pretenden valer los actos de habla.

#### **2.1.5.1.1. Inteligibilidad de los actos de habla**

Esta pretensión se refiere tanto al elemento proposicional y al elemento ilocucionario de los actos de habla. Es decir, que debe ser claro tanto lo que se dice como la intención con que se dice. En consecuencia los actos de habla

---

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> Ver *supra*, inciso, 1.1.

<sup>30</sup> Ver *infra*, inciso 2.1.7.2.

“perlocucionarios” son ininteligibles porque la intención ilocucionaria se mantiene en la oscuridad de una manera intencional.<sup>31</sup>

Bien puede suceder, sin embargo, que un acto de habla o un conjunto de actos de habla puedan ser claros para unos, pero no para otros. Puede suceder, por ejemplo, que en una conferencia, el auditorio esté integrado por doctores, por maestros y por alumnos. Para los primeros, la conferencia pudo haber sido muy clara, menos para los segundos y oscura para los terceros. Lo cual nos indica que la inteligibilidad depende de la actitud con que se asuman los actos de habla, tanto por el “yo”, que es quien habla o escribe como por el “tu”, que es quien escucha o lee.

La inteligibilidad de los actos de habla significa que tanto el “yo” como el “tu” tienen y cumplen dos obligaciones comunicativas recíprocas: el “yo” debe tratar de ser lo más claro posible y el “tu” debe tratar de entender lo más posible. Si no se cumple esta obligación de la “cooperación lingüística”, como diría Grice,<sup>32</sup> cualquier comunicación se viene abajo. Por lo que, dice Habermas, la inteligibilidad no es tanto una condición de los actos de habla, sino un precondition de toda comunicación racional.<sup>33</sup>

#### **2.1.5.1.2. La verdad de los actos de habla**

---

<sup>31</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.2.

<sup>32</sup> Ver *supra*, nota núm. 57.

<sup>33</sup> Habermas, “Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 101.

La pretensión de verdad se refiere, sobre todo, al elemento proposicional de los actos de habla. Podemos distinguir tres tipos de verdad : la verdad como correspondencia, la verdad como coherencia y la verdad como consenso. La primera, *la verdad como correspondencia* significa que debe existir una correspondencia entre los enunciados y los hechos. La verdad no está en los hechos sino en los enunciados. Son los enunciados los que pueden ser verdaderos o falsos. Pero es la verificación de la correspondencia entre los hechos y los enunciados la que determina si son verdaderos o falsos. Es la verdad científica o la verdad del sentido común. Puede verificarse cuantas veces sea necesario. Por ejemplo, si Arquímedes dice: “un cuerpo sumergido en un líquido pierde una parte de su peso igual al peso de un volumen igual del líquido”, este enunciado será verdadero si se verifica, cualquier cantidad de veces, si se corresponde con los hechos, o será falso si se verifica que no se corresponde con los hechos.

La segunda, *la verdad como coherencia*, se refiere no ya a la correspondencia entre los enunciados y los hechos sino a la coherencia entre enunciados. Varios enunciados son verdaderos si son coherentes entre sí, es decir, si no se contradicen. Se trata de la verdad histórica y de la verdad jurídica, porque, en un caso como en el otro, tanto el historiador como el juez, no tiene acceso directo a los hechos, sino sólo a los enunciados que describen a los hechos. Por ejemplo, si tanto Tito Livio, como Tácito, como Suetonio dicen que Julio César fue asesinado por su ambición de convertirse en el emperador de los romanos, lo más probable es que así haya sucedido por ser coherentes sus respectivos enunciados. La verdad como coherencia es sólo probable porque

siempre es posible que existan enunciados que contradigan a los anteriores. Lo cual no significa que este tipo de verdad no pueda ser objetiva, pues los enunciados contradictorios pueden ser usados para verificar la pretendida coherencia, que es lo que sucede con el principio del contradictorio del derecho penal, como veremos más adelante.<sup>34</sup>

El tercer tipo de verdad, *la verdad como consenso*, se refiere a los otros dos tipos de verdad, ya sea a la verdad como correspondencia o a la verdad como coherencia, porque no es obvio si hay o no hay correspondencia o si hay o no hay coherencia. Por lo tanto, alguien tiene que decir si hay o no hay correspondencia o coherencia. Y no sólo decirlo sino argumentarlo de tal modo que sea capaz de convencer a cualquier auditorio. La verdad como consenso no significa que sea verdad todo lo que sea objeto de consenso, sino que es un ideal al que debe aspirarse. Se trata de un consenso ideal o de una idea regulativa en sentido kantiano.<sup>35</sup> Más adelante veremos los tipos de auditorio más importantes que operan en el derecho.<sup>36</sup>

### **2.1.5.1.3. La veracidad de los actos de habla**

La pretensión de veracidad de los actos de habla se refiere al elemento ilocucionario de los mismos, puesto que significa que quien emite los actos de habla debe tener la intención de decir la verdad, o de lo que considera la verdad.

---

<sup>34</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.3.3.

<sup>35</sup> Cassirer, *op.cit.* p. 252.

<sup>36</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.3.3.1.1.

Para que no se confunda la verdad con la veracidad, basta recordar que la verdad se refiere al elemento proposicional y la veracidad se refiere al elemento ilocucionario. La verdad se opone al error y la veracidad se opone a la mentira o al engaño. Quien falta a la verdad puede que se conduzca con veracidad si no sabe que está en un error, pero quien falta a la veracidad, también falta a la verdad, puesto que se oculta o se tiene la intención de ocultar que se está en un error, es decir, se tiene la intención de engañar.

El engaño puede ser total o parcial. En el engaño total, lo que se dice es totalmente falso, pero se presenta como si fuera verdadero. En el engaño parcial, lo que se dice es falso en parte y verdadero en parte, pero se presenta como si fuera verdadero en su totalidad. Los actos de habla faltos de veracidad de una manera parcial, son los más insidiosos y los más difíciles de detectar. Tal vez, por ello, son los que se utilizan con más frecuencia en el caso de los interrogatorios judiciales y de sus respuestas, como veremos más abajo.<sup>37</sup>

#### **2.1.5.1.4. La rectitud de los actos de habla**

La rectitud también se refiere al elemento ilocucionario de los actos de habla. Consiste en que los actos de habla deben cumplir con las normas que regulan la convivencia social, en especial las que impiden que se impongan las opiniones o las ideas de una manera violenta. La intención ilocucionaria recta consiste en convencer y no imponer los actos de habla. La intención ilocucionaria,

---

<sup>37</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.3.3.2.1.2.

falta de rectitud puede incurrir en la violencia discursiva de una manera abierta o de una manera subrepticia. Los gritos, los insultos, las amenazas son ejemplos de violencia abierta; en cambio, las presiones económicas, políticas y de autoridad, así como las burlas, los desprecios y las ridiculizaciones son ejemplos de violencia oculta. En estos casos la violencia no está solamente en el lenguaje sino también en la situación comunicativa. Por lo cual, esta patología comunicativa es también, más difícil de detectar y de criticar que la violencia abierta.

Sin embargo, es la patología más usual en la aplicación del derecho, en especial en los interrogatorios judiciales, razón por la cual ocupará un espacio importante en el análisis comunicativo de los mismos que haremos más adelante.<sup>38</sup>

Recapitulando la fase de las pretensiones de validez de los actos de habla, podemos decir que, para que sean válidos los actos de habla, de una manera racional y moral, comunicativamente hablando, se requiere que cumplan los siguientes requisitos: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud. Sólo los actos de habla que cumplan estos requisitos pueden llevar a un consenso legítimo y son capaces de fundar normas moralmente vinculantes. En cambio, los actos de habla pueden ser inválidos por cualquiera de las siguientes patologías de la comunicación: ininteligibilidad, falsedad, engaño o violencia, pues llevan a un seudo consenso y son incapaces de fundar norma moralmente obligatorias.

#### **2.1.5.2. Problematización de los actos de habla**

---

<sup>38</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.3.3.2.1.1.

Cualquiera que participe en un proceso de comunicación tiene el derecho comunicativo de problematizar cualquiera de las pretensiones de validez de los actos de habla de su interlocutor. Es decir, tiene el derecho de poner en duda la validez de los actos de habla, en cualquiera de sus aspectos, criticando lo que considera sus patologías comunicativas. Los actos de habla son susceptibles de crítica porque su validez es sólo una pretensión y no algo que se encuentre satisfecho de antemano, antes de entrar en el proceso de comunicación.

Puede ponerse en duda cualquiera de las pretensiones de validez. La inteligibilidad puede problematizarse cuando al “yo” no le parezcan claros los elementos del acto de habla. La verdad, cuando le parezca que no es cierto lo que se dice proposicionalmente. La veracidad, cuando crea que lo están engañando, perlocucionariamente. Y la rectitud, cada vez que sienta que se le quieren imponer, sin convencer, opiniones o cursos de conducta, ilocucionariamente.

Hay que tener en cuenta que la problematización de las pretensiones de validez de los actos de habla, se lleva a cabo mediante otros actos de habla, cuyas pretensiones de validez pueden ser, a su vez, problematizados mediante otros actos de habla, y así, indefinidamente. Para evitar que los procesos sociales de comunicación se vuelvan una cadena infinita de problematizaciones que no lleven a ningún consenso racional, es necesario tomar en cuenta las actitudes con que se emiten y se asumen los actos de habla, de las cuales hablaremos más abajo.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Ver *infra*, inciso núm. 2.1.6.

### **2.1.5.3. Desempeño de los actos de habla**

El desempeño o la solventación de las pretensiones de validez problematizadas de los actos de habla, es una obligación comunicativa de a quien se le han cuestionado, contestando, respondiendo, tomando en serio cada una de las críticas, sin evadirlas, ni darles la vuelta, ni ignorarlas.

Si se problematiza la claridad, se desempeña haciendo aclaraciones. Por ejemplo, si al maestro se le cuestiona la claridad de sus actos de habla, se encuentra obligado a aclarar, obligación condicionada, como veíamos más arriba, al principio de la cooperación lingüística.<sup>40</sup> Si se problematiza la verdad, se desempeña dando explicaciones. Por ejemplo, si al científico se cuestiona la verdad de lo que dice, se encuentra obligado a argumentar, respondiendo a las objeciones y explicando con más detalle sus aseveraciones. Si se problematiza la veracidad o la rectitud, se desempeña dando justificaciones. Por ejemplo, si se problematiza la rectitud de un funcionario público, se encuentra obligado a justificar porque se ha comportado de una manera impositiva o a corregir su actitud, en su caso.

También aquí, hay que tomar en cuenta que el desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla que han sido problematizadas, se lleva a cabo mediante otros actos de habla que pueden, a su vez, ser problematizados y desempeñados, sucesivamente. Del mismo modo, hay que tomar en cuenta las actitudes mediante las cuales se deben realizar tales

---

<sup>40</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.1. 5.1.1.

desempeños, para evitar las justificaciones infinitas en, lo que se llama, “discusiones bizantinas”.

Podemos decir que éste es el círculo mínimo de la comunicación lingüística: pretensión, problematización y desempeño, el cual puede repetirse cuantas veces sea necesario en un proceso de comunicación, para llegar a un consenso, aunque sea sobre el disenso. Una comunicación se puede encontrar formada por actos de habla correspondientes a cada interlocutor, cuyo contenido proposicional puede ser el mismo, desde los primeros actos de habla hasta los últimos o puede variar, total o parcialmente, de aquéllos a éstos. En el primer caso, es decir, cuando no hay variación en el contenido proposicional de ninguno de los actos de habla de sendos interlocutores, puede que nos encontremos en presencia de actos de habla que no se han problematizado o que el desempeño no ha llevado a ningún consenso. En el segundo caso, es decir, cuando hay una variación en el contenido proposicional de los actos de habla de ambos interlocutores, puede que nos encontremos en presencia de un verdadero desarrollo, aunque sea parcial de los actos de habla, y es posible que nos encontremos en presencia de un consenso verdadero, aunque sea parcial o provisional. Sólo es posible saberlo con certeza, si ponemos atención en la actitud de los actos de habla.

### 2.1. 6. Actitudes con que se emiten o se reciben los actos de habla

Podemos distinguir dos actitudes con las que se pueden emitir o recibir los actos de habla: la actitud asertórica y la actitud hipotética. La *actitud asertórica* consiste en que la intención ilocucionaria del acto de habla es hacer una proposición de una manera categórica, sin duda, o concluyente. Como cuando alguien dice: “afirmo que pasarás el curso”, o “niego que pasarás el curso”. En ambos casos la afirmación o la negación de la proposición es categórica. En cambio, la *actitud hipotética* consiste en que la intención ilocucionaria del acto de habla es hacer una proposición de una manera supuesta, condicionada, inconcluyente. Por ejemplo: “supongamos que pasarás el curso” o “supongamos que no pasarás el curso”. En ambos casos la afirmación o la negación es hipotética.<sup>41</sup>

Cuando alguien emite sus actos de habla, al nivel de las pretensiones de validez, puede hacerlo en actitud asertórica, es decir, todo mundo tiene derecho a firmar o a negar, de una manera categórica, sus ideas, sus convicciones, sus preferencias, sus creencias, sus propósitos, sus sentimientos, etcétera. Pero, en cuanto sus pretensiones son problematizadas, lo más racional es cambiar de actitud, para desempeñarlas en actitud hipotética, cambio que se facilita si la misma problematización se lleva a cabo en actitud hipotética, también.

---

<sup>41</sup> Habermas, “Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva”, en *Teoría de la acción comunicativa: completos y estudios previos*, pp. 179-180.

Este cambio de actitud, de asertórica a hipotética y de hipotética a asertórica es crucial para el desarrollo de los actos de habla, dentro de una comunicación racional, hacia un consenso legítimo. Lo que más obstaculiza la consecución del consenso racional es el permanecer, durante todo el proceso de comunicación en una misma actitud ilocucionaria, pero sobre todo, permanecer en una actitud asertórica, presionado por lo que Habermas llama “los contextos sociales de acción”.<sup>42</sup>

Pensemos, como ejemplo, en los diputados de los diferentes partidos políticos que discuten un proyecto de ley. Es muy difícil que debatan, suponiendo que el otro tiene razón, porque, presionados por la doctrina partidaria, por el cálculo político o por prestigio personal, temen que se confunda la variación ilocucionaria de asertórica a hipotética con una variación proposicional de sus actos de habla. Es indudable que este riesgo existe, que el adversario utilice esta “concesión” para lograr su propio éxito discursivo. Sin embargo, las ventajas de la asunción de la actitud hipotética son bastante considerables como para que no se utilice estratégicamente. En primer lugar, la validez comunicativa de la norma será mucho más sólida y, en consecuencia, su eficacia será mucho más alta, como lo

---

<sup>42</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa II*, p. 278: “El potencial crítico del habla puede movilizarse contra las instituciones existentes a medida que se institucionaliza la discusión, en actitud hipotética, de pretensiones normativas de validez.”; Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 2000, p. 194: “Ya hemos visto cómo desaparece este síndrome con la introducción de una actitud hipotética. El mundo social se descompone en convenciones necesitadas de justificación, ante la mirada reflexiva de un participante en la discusión.”; Habermas, “Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 180: “Sólo con el tránsito al discurso queda desplazado el contexto de experiencia y acción y convertido en condiciones de entorno de la comunicación. (...) Tan pronto como a estas pretensiones de validez se las entiende hipotéticamente y pueden ser negadas, las distintas regiones ya no son experimentadas y aceptadas sin más cuestionamiento en su objetividad, normatividad, subjetividad o intersubjetividad, sino quedan *modalizadas*.”

argumentaremos más ampliamente, más abajo. En segundo lugar, la asunción de la actitud hipotética puede crear las condiciones comunicativas de comprensión mutua que faciliten el consenso legítimo, pues pondrá en evidencia a quién sólo pretenda alcanzar el éxito político con sus participaciones. En tercer lugar, la asunción de la actitud hipotética puede otorgar la serenidad que facilite las retiradas discursivas estratégicas sin pérdida excesiva de prestigio. Y, en cuarto lugar, la asunción de la actitud hipotética, puede permitir que nos demos cuenta de las limitaciones o errores que se encuentren en las doctrinas que profesamos y podamos modificarlas o “redeterminarlas”, sin miedo al error y sin miedo a la verdad.<sup>43</sup>

En resumidas cuentas, la asunción de la actitud hipotética contribuye a neutralizar los contextos sociales de acción (ideología, intereses, prestigio) que son los que, a su vez, la hacen tan difícil de lograr.<sup>44</sup> Esta neutralización de los contextos sociales de acción por parte de la asunción de la actitud hipotética es posible porque flexibiliza las ideologías, logra el compromiso de intereses y relativiza el prestigio, contenidos todos ellos en los actos de habla que conforman tales contextos. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no siempre es posible o conveniente asumir la actitud hipotética. Es ocasiones es necesario o inevitable

---

<sup>43</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 52: “lo que se llama temor a errar se da a conocer más bien como temor a la verdad”

<sup>44</sup> Habermas, “Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 180: “Sólo con el tránsito al discurso queda desplazado el contexto de experiencia y acción y convertido en condiciones de entorno de la comunicación. (...) Tan pronto como a estas pretensiones de validez se las entiende hipotéticamente y pueden ser negadas, las distintas regiones ya no son experimentadas y aceptadas sin más cuestionamiento en su objetividad, normatividad, subjetividad o intersubjetividad, sino quedan *modalizadas*.”

la asunción de la actitud asertórica, sobre todo cuando se encuentran en peligro las personas que se encuentran bajo nuestra responsabilidad. Desarrollaremos este tema, un poco más adelante, antes nos ocuparemos de los efectos de los actos de habla.

### **2.1.7. Efectos de los actos de habla**

El haber destacado la importancia de los efectos del lenguaje en la acción social, es una de las grandes aportaciones de la pragmática en general y de la pragmática de Habermas en particular. Este autor distingue tres tipos de efectos de los actos de habla, correspondientes a los tres tipos de actos de habla que, según él, integran el mundo de la vida: los actos de habla constatativos tienen efectos cognitivos; los actos de habla regulativos tienen efectos organizativos y los actos de habla expresivos tienen efectos preformativos. Nos ocuparemos de cada uno de ellos, enseguida.

#### **2.1.7.1. Efectos cognitivos de los actos de habla constatativos**

Los actos de habla constatativos son los que integran el discurso de las ciencias y su efecto fundamental es la acumulación del saber en los procesos técnicos productivos y en los procesos de aprendizaje.<sup>45</sup> Son los efectos cognitivos de los actos de habla constatativos los que hacen posible el desarrollo

---

<sup>45</sup> Habermas, "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 503

tecnológico y el desarrollo de las capacidades y las destrezas técnicas de los individuos, pero también, del deterioro ecológico de la naturaleza y de la “alineación” del hombre moderno.<sup>46</sup>

El desarrollo tecnológico de la naturaleza es posible, entre otras cosas, porque los actos de habla que acumulan el saber científico son problematizados y desempeñados en actitud hipotética, de modo que “redefinen” nuevos recursos “naturales” cuando los existentes se hacen finitos, es decir, se hacen problemáticos.<sup>47</sup> En cambio, el deterioro ecológico de la naturaleza se hace inevitable cuando los actos de habla científicos no son problematizados ni desempeñados en actitud hipotética y se mantienen asertóricamente, lo cual impide que se acumule el saber y no se desarrollen nuevas técnicas productivas.

Del mismo modo, la acumulación del saber lleva a nuevos procesos de aprendizaje de nuevas destrezas, cuando los actos de habla constatativos se desarrollan tomando en cuenta los efectos de los actos de habla regulativos y expresivos del mundo de la vida, de una manera hipotética; mientras que la enajenación de los individuos se lleva a cabo, mediante los actos de habla constatativos aislados de los actos de habla regulativos y expresivos, asertóricamente, por lo cual el saber técnico no se acumula y tiende a colonizar el mundo de la vida del que depende. Los actos de habla constatativos no pueden aislarse de los actos de habla regulativos y expresivos del mundo de la vida, pero tampoco pueden confundirse, pues, en el primer caso, se producen los fenómenos

---

<sup>46</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, pp. 121 y ss.

<sup>47</sup> *Idem*, pp. 134, 135.

sistémicos de la naturaleza y mundo de la vida y, en el segundo, se dificulta la acumulación del saber científico y tecnológico.

### **2.1. 7.2. Efectos organizativos de los actos de habla regulativos**

La coordinación de la acción social es, según Habermas, el efecto más pragmático de los actos de habla.<sup>48</sup> La acción social es la secuencia de las interacciones recíprocas de los seres humanos. Dicha secuencia de interacciones o acción social es lo que deben garantizar los actos de habla regulativos, mediante los planes sociales de acción.

Cualquier acción social requiere, para llevarse a cabo, un plan de acción que se componga de tres fases o momentos: una interpretación común de la situación, las alternativas de acción y la ejecución del plan. Cada una de estas fases se realizan de diversa manera según se trate de una acción orientada al éxito a cualquier precio o de una acción social orientada al éxito, mediante el entendimiento mutuo. Si se trata de una acción instrumental (v.g. violencia económica), o de una acción estratégica (v.g. simulación política) o de una acción dramaturgica (v.g. chantaje sentimental), en la interpretación común de la situación no se tematizan suficientemente todos los ingredientes (aspectos) de una situación, por lo que las alternativas de acción se reducen y la eficacia del plan es baja. En cambio, en la acción orientada al entendimiento mutuo (acción comunicativa), se intenta tematizar todos los ingredientes relevantes de la situación, mediante la participación libre de coacción de todos los afectados por la

---

<sup>48</sup> Habermas, "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 503

situación o por sus legítimos representantes, razón por la cual, las alternativas de acción aumentan y la eficacia del plan es alta.

La debida tematización de una situación social se impide mediante actos de habla que contienen alguna o varias patologías comunicativas, como la oscuridad, la falsedad, el engaño o la violencia. Podemos decir, que la situación social tematizada debidamente se interpreta mediante actos de habla hipotéticos e ilocucionarios. En cambio, la situación social no tematizada debidamente se interpreta mediante actos de habla asertóricos e, incluso perlocucionarios.<sup>49</sup> En ambos casos, cabe destacar los efectos preformativos de los actos de habla expresivos.

### **2.1.7.3. Efectos preformativos de los actos de habla expresivos**

Se llaman actos de habla con efectos performativos o realizativos a aquellos que, por el sólo hecho que se emiten, realizan lo que dicen, sin que sea necesario llevar a cabo ninguna otra acción para hacerlo. Se les llama también actos institucionales.<sup>50</sup> Son los actos de habla que constituyen, en la conciencia de los individuos, a las instituciones sociales. Es decir, no realizan lo que dicen de una manera constativa, pero si de una manera expresiva. Los ejemplos más claros, son los actos de habla declarativos, es decir, lo que declaran un estado social, como la “declaración de marido y mujer”, la “declaración de culpabilidad” o

---

<sup>49</sup> Ver más abajo en el inciso núm. 3.2.1. un desarrollo más amplio de estos efectos de los actos de habla.

<sup>50</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, trad. Antoni Doménech, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 70, 71.

la “declaración de bautismo”. Ha llegado a decirse, incluso que la sociedad misma esta constituida por los actos de habla con efectos performativos.<sup>51</sup>

Podemos distinguir, de entre este tipo de actos de habla, los performativos ilocucionarios y los performativos perlocucionarios.<sup>52</sup> Los actos de habla performativos ilocucionarios son aquellos cuya performatividad no es ocultada ni sustraída a cualquier problematización; en cambio, los actos de habla performativos perlocucionarios son aquellos en los cuales la intención performativa se encuentra oculta, olvidada y sustraída al cuestionamiento de cualquier interlocutor.<sup>53</sup>

Podemos decir, que la performatividad ilocucionaria constituye a las instituciones sociales de una manera ética y transparente; por su lado, la performatividad perlocucionaria va caracterizar a las instituciones sociales de una manera opaca e ideológica. Incluso, es posible redeterminar el concepto de ideología marxista, diciendo que se encuentra constituido por actos de habla performativos perlocucionarios, en los que se oculta la performatividad social que se presenta como una performatividad natural;<sup>54</sup> y, más aún, con esta redeterminación, se facilita una crítica redeterminativa de la misma ideología que transforme la performatividad perlocucionaria en performatividad ilocucionaria, de una manera teórica y práctica.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> *Idem*, pp. 51, 52.

<sup>52</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 41, 119.

<sup>53</sup> Ver *supra*, nota núm. 58.

<sup>54</sup> Ver *infra*, inciso núm. 4.5.3.

Más adelante veremos algunos otros desarrollos de la teoría del acto de habla por parte de Habermas, por lo pronto nos parece que los puntos anteriores son suficientes para redeterminar pragmáticamente a la norma jurídica, cuyo modelo kelseniano, pasamos ahora a exponer.

---

<sup>55</sup> Un ejemplo de este ejercicio redeterminativo, se encuentra en mi artículo "La performatividad penal de los medios de comunicación", en *Tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio*, INACIPE, México, 2002, pp. 19-30.

## 2.2. La norma jurídica

Habermas le reprocha a Kelsen el haber llevado, conceptualmente, al extremo, la abstracción “histórica” que ha separado al derecho moderno -desde Kant, Savigny, Jellineck, entre otros- de la justicia y de su función social.<sup>56</sup> Ello no ha hecho otra cosa que facilitar la “colonización” del derecho por parte de los sistemas económico y político, dificultando la mediación jurídica entre el mundo de la vida y los mismos sistemas sociales.<sup>57</sup> Sin embargo, la abstracción del derecho moderno es real, por lo cual es necesario tomar en cuenta la teoría de Kelsen que es la que mejor la expresa, si pero sin considerarla -a la abstracción- como una determinación conceptual del derecho, sino sólo como un momento histórico de su desarrollo.<sup>58</sup> Por ello, nos ocuparemos en seguida, de algunas de las determinaciones kelsenianas más importantes sobre la norma jurídica, para estar en condiciones de redeterminarlas mediante la teoría del acto de habla, de manera que se supere su abstracción, pero se conserven otras de sus distinciones conceptuales.<sup>59</sup>

### 2.2.1. La imputación

---

<sup>56</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 151.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>58</sup> Berumen, Arturo, *El alma bella y la persona abstracta*, sin publicar, p. 8.

<sup>59</sup> Berumen, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, p. XX.

La imputación es la vinculación debida de los comportamientos humanos entre si. La imputación permite interpretar a determinadas conductas, normativamente, si se pueden entender intervencidas, por medio de un deber ser o relacionadas con cualquiera de las conductas así vinculadas, por medio de otras categorías puramente lógicas. Es decir, cuando cumplen alguna función deóntica, dentro de una norma constituida de esta manera.

Puede decirse que una conducta es “debida”, cuando una norma la relaciona, directa o indirectamente, con otra conducta de una manera condicional o categórica, pero imputativamente, del mismo modo, que una conducta se entiende “causada” por otra, cuando están relacionadas también condicional o categórica, pero necesariamente.<sup>60</sup>

Si no se distinguen las conductas debidas de las conductas causadas, la experiencia normativa no sería posible. Por eso, en la medida en que se confunde el ser causal con el deber ser imputativo, lo normativo se disuelve en lo social o en lo económico. En consecuencia, si se quiere tener en todo momento, un concepto claro de lo normativo, es requisito indispensable no relacionar, simultáneamente, lo causado y lo imputado, dentro de un mismo juicio descriptivo de la realidad. La realidad será, pues, o una norma, cuando pueda describirse la relación de dos o más conductas, utilizando el siguiente esquema: “*Si A es, deber ser B*” o simplemente: “*A debe ser B*”; o una relación natural, cuando esa relación pueda describirse así: “*Si A es, tiene que ser B o A es B*”. Pero la realidad social nunca puede parecer o ser dada, simultáneamente, como causada y como imputada

---

<sup>60</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 66; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976, pp. 23, 24.

porque esto equivale a sostener que la relación entre las conductas podría describirse diciendo : “*Si A es, debe y tiene que ser B*”, donde resulta superfluo el deber ser, puesto que si lo que debe ser, necesariamente, tendrá que ser, desaparece la noción y la utilidad de lo normativo.<sup>61</sup> Por lo tanto, “*de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea*”.<sup>62</sup>

De las conductas humanas relacionadas imputativamente, sólo pueden ser interpretadas como jurídicas o antijurídicas, aquéllas cuya vinculación constituye o se puede referir a una conducta considerada como una sanción coactiva.

### **2. 2. 2. La coacción y los conceptos jurídicos fundamentales**

La sanción coactiva es la conducta dañina imputada, forzosamente, a otra conducta, como su consecuencia. El concepto de sanción coactiva es la determinación específica que posibilita separar al deber jurídico de los deberes éticos, religiosos, políticos y sociales que se caracterizan por constituir también vinculaciones imputativas.<sup>63</sup>

La sanción es el concepto jurídico más fundamental porque es en relación con él, como se definen los restantes conceptos jurídicos fundamentales: el hecho ilícito, la obligación, el derecho subjetivo y la facultad. Si la sanción es la

---

<sup>61</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 91; Echeverría Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, México, UNAM, 1968, pp. 25, 26.

<sup>62</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 19, 20.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 70.

consecuencia imputada a una conducta, el hecho ilícito es el supuesto de la sanción. La obligación es el acto contrario al que es el supuesto de la sanción. El derecho subjetivo es el reflejo subalterno (el acto correlativo) del acto contrario al que es el supuesto de la sanción. Y la facultad es la condición técnica procesal que conlleva el reflejo subalterno del acto contrario al que es el supuesto de la sanción.

Este esquema coactivo-imputativo posibilita, por un lado interpretar, jurídicamente, cualquier conducta social de los individuos y, por otro, construir un sistema de lógica deóntica, construyendo con él, las diversas modalidades jurídicas (deber, facultad, prohibición y permisión) que estructuran, a su vez, las figuras jurídicas más complejas como la propiedad, la persona jurídica, el orden jurídico, entre otras.<sup>64</sup>

No obstante, los conceptos jurídicos fundamentales no bastan para determinar, concretamente a lo jurídico, pues sólo conforman el ámbito material de validez de las normas cuyos contenidos pueden ser interpretados bajo ese esquema y únicamente llevan implícitos a los restantes ámbitos de validez, en especial al ámbito personal.

### **2. 2. 3. La persona jurídica y los ámbitos de validez**

Si la imputación separa al deber ser normativo del ser social, unificando los elementos de la norma y la sanción separa el deber ser jurídico del deber ser

---

<sup>64</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 28, 29; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 155, 156.

ético, unificando los conceptos jurídicos fundamentales, el concepto de persona jurídica separa los ámbitos materiales de validez de las diferentes normas, para unificar las sanciones, los ilícitos, las obligaciones, los derechos subjetivos y las facultades del mismo o de los mismos individuos. Es decir, que la persona jurídica es la unificación del ámbito material de validez de las normas jurídicas por referencia a la unidad de su ámbito de validez personal. Si éste es la conducta de un solo individuo, la unidad será una persona física; si es la de varios individuos, la unidad será la de una persona moral y si es la de todos los individuos es la persona del Estado.<sup>65</sup>

Pero ambos casos, la referencia de las normas a la unidad personal de las conductas que contienen, se conoce como imputación central, para distinguirla de la imputación periférica, que es la atribución de una conducta a otra.<sup>66</sup> Bien podría denominarse a aquélla, imputación personal y a ésta, imputación material por corresponder a esos ámbitos respectivos de las normas.

Los ámbitos espacial y temporal de validez de las normas jurídicas son otros tantos criterios mediante los cuales se podrían agruparse los contenidos de las mismas normas, como de hecho sucede si se consideran los procesos de creación descentralizada y de retroactividad normativa, por ejemplo. La diferente agrupación imputativa de las normas por sus ámbitos de validez constituye el concepto de la estática jurídica que se distingue de los procesos de creación que

---

<sup>65</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 291: "El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado."

<sup>66</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 85: "Pudiérase hablar de una imputación central, a diferencia de una imputación periférica, para distinguir la imputación (de un hecho) a una "persona" de la imputación a otro hecho. La imputación periférica conduce únicamente de un hecho a otro hecho, mientras que la imputación central conduce a una persona, mas no a un hombre."

hacen posible su validez diferenciada. Que una imputación sea válida significa que el proceso mediante el cual se establece, tenga un lugar previsto en el orden jerárquico de las normas jurídicas.

#### **2. 2. 4. La estructura jerárquica del orden jurídico**

Así como la imputación, la sanción y la persona jurídica tuvieron que separar (el ser del deber ser, el deber jurídico del deber ético, el ámbito material del personal) para unir (los elementos de la norma, los conceptos jurídicos fundamentales y la imputación persona y material), del mismo modo, el ámbito procesal de las normas o dinámica jurídica, se separa de la estática jurídica, para unificar los distintos procedimientos de creación jurídica, en un sistema escalonado y jerarquizado que determine la razón de validez de la totalidad de las normas y las constituya como un todo coherente y ordenado.

Una imputación jurídico-normativa es válida, es decir, es obligatoria, existe jurídicamente, cuando su establecimiento se ha ajustado al procedimiento de creación previsto en otra norma superior. A su vez, la validez de ésta última tiene que poder ser referida a otra norma que establezca, por su parte, el procedimiento de creación de las norma inferiores. Así, hasta llegar a una norma fundamental cuya validez no pueda fundarse en una norma ulterior y, que por lo tanto, constituya la imputación básica a la cual deba referirse la validez última de todas las normas del sistema que, por esa razón se encuentra constituido por ella. La

norma fundamental es la constitución, en sentido lógico jurídico y no en sentido jurídico positivo del sistema de normas que derivan de ella su validez última.<sup>67</sup>

Las normas jurídicas constituidas en un sistema por la norma fundamental, son el resultado de la ejecución de las normas superiores y constituyen el presupuesto del proceso de creación de las normas inferiores. De modo que, exceptuando a la norma fundamental que es un acto de pura creación jurídica y a los actos de ejecución de las normas jurídicas particulares que no crean situaciones jurídicas nuevas, las normas de un sistema jurídico son a la vez, actos de creación y de ejecución normativa. El conjunto de este proceso de individualización de un sistema jurídico, mediante la creación-ejecución de normas jurídicas constituye el proceso de positivización del derecho.<sup>68</sup>

### **2. 2. 5. La positivización del derecho**

Al igual que en los anteriores momentos de conformación del esquema kelseniano, para interpretar al derecho, se separa para unir, también aquí, en el resultado culminante de su riguroso análisis, se separa la norma fundamental de las normas jurídicas positivas, al caracterizarla como hipotética, como hipótesis de

---

<sup>67</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 325: “Esta estructura jerárquica desemboca en una “norma fundamental” en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento en que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la “constitución”, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo.”

<sup>68</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 327: “Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza (Verdross).”

la ciencia del derecho o como ficción jurídica y no como una norma del derecho positivo,<sup>69</sup> para unir la validez imputativa de las normas con la eficacia causal de sistema al que pertenecen en el concepto de *positividad general del derecho* que consiste en la correspondencia de los contenidos de la validez con los de la eficacia, hasta un grado, determinado por un mínimo y un máximo (principio de efectividad); y se separa la interpretación auténtica de las normas jurídicas generales o particulares en distintas posibilidades, para unir a cualquier y a todos los actos de pura ejecución, en el concepto de *positividad particular del derecho* que consiste en la imposibilidad de discrepancia del contenido de los actos de pura ejecución de las normas jurídicas particulares que han adquirido fuerza de cosa juzgada con el contenido de todas las normas jurídicas que ejecutan.

En la positividad general, reaparece la unidad del ser y del deber ser que se separó al inicio del desarrollo del sistema y aunque tal unidad se exprese sólo por medio de la relación condicional de la validez por la eficacia y, por lo tanto, no como una identidad, es una unidad real aunque incompleta. En la positividad particular, en cambio, la unidad que se procuró mantener durante el desarrollo del sistema entre lo puramente jurídico, concluye en la separación de las normas jurídicas, particulares o generales, entre las únicamente válidas y las solamente eficaces y las eficaces y válidas simultáneamente, pues cualquier creación, ejecución o no ejecución de ellas es el producto de una interpretación auténtica siempre.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Kelsen, citado por Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S. P. Hierro, Tecnos Madrid, 1971, p. 147: "En la norma básica se concibe un acto de volición ficticio, que realmente no existe."

*El método del purismo, en su propósito de separar a lo jurídico para unirlo como una totalidad significativa, concluyó uniendo, aunque, sólo fuera parcialmente, a lo jurídico y a lo sociológico y separando a lo jurídico eficaz de lo jurídico válido, también parcialmente.*

En el primer caso, la imputación particular sólo será válida, si la causalidad general del sistema es eficaz, lo cual implica que para describir la realidad jurídica, se requiere de dos categorías unificadoras diferentes que, es lo que propone, en el fondo, la norma hipotética fundamental, pues de otra manera cualquier imputación subjetiva, políticamente hablando, podría pretender validez objetiva como derecho positivo.<sup>71</sup> Para poder distinguir, entonces, al derecho de la moral y de la política, es necesario unificar, de alguna manera, a la causalidad, entendida como eficacia psíquica, con la imputación coactiva, de una forma completa. En un primer momento, podría utilizarse el siguiente esquema, para interpretar a la realidad jurídica: “*A debe ser B, si y sólo si A pertenece a l conjunto C que es D*”. Donde la causalidad general (*C es D*), junto con la imputación particular (*A debe ser B*), determinan el carácter jurídico de las conductas de los individuos.

En el segundo caso, la causalidad particular de los actos de ejecución, determina a la imputación general, puesto que en cualquier caso, pueden entenderse como el resultado de la interpretación auténtica de las normas, aunque las distintas interpretaciones sean opuestas entre sí o estén en contradicción con las normas generales o particulares. De este modo se pierde, en gran medida, el

---

<sup>70</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho* pp. 208-225; 354-356; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 140-142; 184, 192.

<sup>71</sup> Kelsen, *Teoría del estado*, p. 59.

sentido de la normatividad social que se reduce a la imputación política o moral. Es necesario, en consecuencia, unir también de alguna manera, a la moral y a la política con el derecho para distinguirlo de la causalidad sociológica. De no ser así, la realidad jurídica tendría que interpretarse así: “*Si A es B y A no es B*”, entonces “*A debe ser B y no B*”. Donde las causalidades particulares opuestas (*A es B y A no es B*), determinan contradictoriamente, a la imputación general (*A debe ser B y no B*).

Allá, en la positividad general, la imputación particular queda determinada por la casualidad general; aquí, en la positividad particular, la imputación general queda determinada por las causalidades particulares. La unificación de lo normativo, es decir, la determinación de las imputaciones particulares por la imputación general, no puede realizarse, separando a lo normativo de lo causal, pues es a través de éste como se logra aquélla.

*Separar a lo normativo de lo causal para unir a lo normativo, sólo lleva a la separación de lo normativo por medio de la separación de lo causal. Se impone la necesidad de invertir el método del purismo normativo, de modo que para separar a lo normativo de lo causal y a lo jurídico de lo moral y poder unificarlos en sí, es indispensable, primero, unificarlos entre sí.*

Es significa, no obstante, relativizar la pretensión de la teoría pura del derecho, de presuponer a su objeto como “*plenamente autónomo e independiente, no derivado ni susceptible de ser referido a ningún sistema ulterior, al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo, la unidad y la unicidad del*

*sistema, la exclusión de todo otro sistema –ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo-*<sup>72</sup>.

De manera que considerar, por un lado, que la norma fundamental hipotética otorga y quita validez a los preceptos jurídicos que ella misma funda, porque establece los procedimientos de individualización de la subsiguientes normas del sistema y, por otro lado, considerar implícitamente, que son los actos últimos de individualización los que determinan el contenido válido de las normas que ejecutan, es el resultado de soslayar que la imputación sólo puede entenderse como oponiéndose a la causalidad y a la eticidad, aunque se presuponga de una manera general, ya que no se toma en cuenta durante el desarrollo del sistema .<sup>73</sup>

Con ello sólo se obscurece la relación epistemológica que existe entre estas categorías, cuya explicación puede constituir el camino para *superar* la antinomia kelseniana entre causalidad e imputación y, a la vez, contribuir a *conservar* con toda su utilidad la categoría de imputación, ya que si se prescinde de ella, tiene que prescindirse del derecho, de su conocimiento y de su experiencia.

Pero esta indagación debe realizarse, profundizando en la naturaleza y en los antecedentes filosóficos del concepto de imputación. Kelsen le atribuye al concepto de imputación el carácter de “*categoría gnoseológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana*”,<sup>74</sup> porque su función consiste en hacer posible la

---

<sup>72</sup> *Idem.* p. 137.

<sup>73</sup> *Idem.* p. 59: “el Estado o el orden normativo pueden ser contrapuestos en su autonomía normativa al causalismo ciego de la naturaleza como un “deber ser” a un “ser”, y al propio tiempo, en cuanto Estado “real”, en cuanto orden jurídico “positivo”, pueden oponerse a los postulados meramente ético-subjetivos de la Política.”

<sup>74</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1971, pp. 50, 51.

experiencia jurídica, al permitir al conocimiento del derecho construir su objeto, al concebirlo como una totalidad significativa que da calificación jurídica a los hechos de la naturaleza social, ya que “*fuera del sistema del Derecho, en el reino de la naturaleza, no hay “robos”, ni “negocios jurídicos”, ni “castigos”, ni “ejecución”.*”<sup>75</sup>

He utilizado, casi exactamente, la interpretación que hice del purismo metódico (separar para unir) de Kelsen en mi tesis de licenciatura,<sup>76</sup> para describir la concepción de la norma jurídica en este autor, por la razón de que me sigue pareciendo útil la inversión dialéctica del mismo (unir para separar),<sup>77</sup> con el objeto de “unir para separar”, no ya el derecho con la economía, sino la semántica y la pragmática de la norma jurídica en el acto de habla, tarea a la que nos ocupamos enseguida.

---

<sup>75</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 62.

<sup>76</sup> Berumen Campos, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, pp. 9-19.

<sup>77</sup> El fundamento de esta inversión dialéctica, se puede consultar en la tesis mencionada en la nota anterior, en el capítulo tercero, en las páginas 30 a 50.

### 2.3. La norma jurídica como acto de habla

Si comparamos la teoría del acto de habla, en la versión de Habermas, con la teoría de la norma jurídica de Kelsen, nos parece claro que la norma jurídica puede entenderse como un acto de habla o un acto lingüístico. Es decir, que el sentido de la norma jurídica no puede determinarse si no se hacen explícitos los elementos de que se compone todo acto de habla: su elemento proposicional y su elemento ilocucionario. Pero aquí mismo empiezan los problemas.

#### 2.3.1 Intención ilocucionaria e imputación coactiva

Parecería que sería suficiente decir que la norma jurídica como acto de habla, comprendería un elemento proposicional, que sería la descripción de la conducta normada y un elemento ilocucionario que sería la modalidad deóntica correspondiente: permisión, obligación, prohibición. ( v.g. **Op** = obligatorio “p”) Es decir, que la norma jurídica sería un acto de habla regulativo.<sup>78</sup> Sin embargo, no queda claro donde puede ubicarse la imputación coactiva que, según Kelsen, forma la esencia de la norma jurídica, dentro del esquema básico del acto de habla.

Podemos pensar en una solución más apegada a la teoría de Kelsen, es decir, en una posición más semanticista. Si sólo decimos que la norma jurídica es un acto de habla regulativo (**PHp**), no podríamos distinguirla de una norma moral, que también sería un acto de habla regulativo. Por ejemplo, si decimos “está

---

<sup>78</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.3.

prohibido apoderarse de lo ajeno”, puede que nos estemos refiriendo tanto a una prohibición jurídica como a una prohibición moral de apoderarse de lo ajeno. Es decir, el sentido del acto de habla no se encuentra determinado, con lo cual se diluye su finalidad lingüística que es, precisamente, la de determinar el mínimo de sentido del lenguaje.<sup>79</sup>

Ahora bien, si recordamos que la estructura de la norma jurídica general, según Kelsen, es la de un condicional simple: “*Si A es, debe ser B*”, donde “*A*” es el hecho ilícito y “*B*” la sanción coactiva, entonces, tal relación de imputación coactiva,<sup>80</sup> debe incluirse, en su totalidad, en el elemento ilocucionario del acto de habla regulativo, bajo el que se pretende subsumir el concepto de norma jurídica. Por ejemplo: “ se debe sancionar coactivamente, si existe apoderamiento de lo ajeno”, que podría formularse así: “*Se debe B, si A*”, donde “*A*” es el elemento proposicional del acto de habla y “*Se debe B*” sería el elemento ilocucionario regulativo coactivo. Y, en la notación de la lógica simbólica moderna, la norma jurídica, entendida como acto de habla regulativo coactivo, podría expresarse de la siguiente manera: “**O p  $\supset$  q**”. Que se leería: “Obligatorio p, si q”.

Si simplificamos la anterior estructura sintáctica, pero conservamos su mismo sentido semántico, podríamos decir, siguiendo con el ejemplo: “se debe sancionar coactivamente, el apoderamiento de lo ajeno”, es decir: “*Se debe B, el A*”. Y con la notación simbólica: “**OKq**”, que se leería: “obligatorio coaccionar q”. Donde, el elemento proposicional sería: “el apoderamiento de lo ajeno” (“*A*”) (“**q**”);

---

<sup>79</sup> Ver *supra*, inciso 2.1.1.

<sup>80</sup> Ver *supra*, 2.2.1.

y el elemento ilocucionario regulativo coactivo sería: “Se debe sancionar coactivamente” (“*Se debe B*”) (“OK”). Esta manera de expresar la norma jurídica, como acto de habla regulativo coactivo, se aproxima bastante a la manera usual de expresarse en el lenguaje del derecho, aunque no necesariamente en el lenguaje de la ciencia jurídica. Por lo cual nos parece convincente esta subsunción semántica de la norma jurídica bajo el acto de habla.

Podemos pensar también en otra manera de relacionar la norma jurídica con el acto de habla, una manera pragmática. Para ello, tomaremos en cuenta la estructura de la norma jurídica que nos propone García Maynez.<sup>81</sup> Para este autor la norma jurídica se compone de dos partes o de dos normas simples. Una de ellas establece la obligación y la segunda establece la sanción coactiva en caso de incumplimiento de la primera. La fórmula usual es la siguiente: “Si A es, debe ser B; si B no es debe ser B”; o en la notación simbólica: “ $(p \supset q) (\sim q \supset r)$ ”, que se leería: si “p” entonces “q”; si no “q” entonces “r”. Por ejemplo: Si se contrata a un trabajador, debe pagarse un salario justo; si no se paga un salario justo deberá indemnizársele”. La norma que establece la obligación es la norma primaria y la que establece la sanción es la secundaria, al contrario de lo que establece Kelsen. En otro lado,<sup>82</sup> hemos dicho que la estructura de la norma de Kelsen nos parece correcta, semánticamente, mientras que la de García Maynez nos parece correcta pragmáticamente, pues la primera nos permite dotar de sentido a los conceptos jurídicos fundamentales, mientras la segunda nos permite entender la relación

---

<sup>81</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 59, 60.

<sup>82</sup> *Idem.* pp. 69-71.

teleológica de las normas. La norma primaria establece la finalidad (la obligación) y la norma secundaria establece el medio (la sanción coactiva).

Desde esta perspectiva, la norma jurídica puede entenderse conformada por dos actos de habla relacionados teleológicamente: uno establece el medio coactivo para alcanzar la finalidad del primero. Y así podemos decir: “Es obligatorio sancionar coactivamente el incumplimiento de la obligación de pagar un salario justo”. O dicho simbólicamente: “**OK~q ⊃ Oq**”, que se leería: obligatorio coaccionar “no p”, si obligatorio “p”. Donde ambos actos de habla son regulativos, el primero es el medio y el antecedente del segundo que es el fin y la condición, al mismo tiempo. Es claro que en ambos casos existe la intención ilocucionaria, sólo que en el segundo, la intención es obligar la realización de “q”, y en el segundo es obligar la coacción de “no q”, por eso este sirve de medio eventual para la realización de aquel.

De este modo, contamos con dos maneras de concebir a la norma jurídica como acto de habla. La primera simbolizada con “**OKq**”, que se leería “obligatorio coaccionar q”; y “**OK~q ⊃ Oq**”, que se leería “obligatorio coaccionar no “q” si obligatorio “q”. La comparación subsiguiente de la teoría del acto de habla con la teoría de la norma jurídica, nos indicará cual de las dos resulta la más adecuada para los propósitos de este trabajo.

### **2.3.2. Intención ilocucionaria y voluntad del legislador**

El propósito de sancionar una conducta, sin señalar la finalidad de la misma es una manera, todavía, demasiado abstracta de expresar la norma jurídica como un acto de habla. Sin embargo, es la forma positivista con que se expresa el derecho moderno, lo cual no tiene nada de particular, sin recordamos, como dice Hegel, que el derecho moderno es un “derecho abstracto”.<sup>83</sup> Tampoco son de extrañarse los problemas de interpretación de las normas jurídicas, pues su sentido queda, en gran medida, indeterminado, al no expresarse su intención ilocucionaria de una manera expresa y completa.

Para subsanar este déficit de sentido, la escuela de la exégesis ha apelado a la búsqueda de la *voluntad del legislador*, la cual correspondería a la *intención ilocucionaria* de la norma jurídica como acto de habla. A pesar de las críticas que el positivismo jurídico le ha hecho a la escuela de la exégesis,<sup>84</sup> nos parece que la exégesis es una técnica de interpretación jurídica muy adecuada a la estructura del acto de habla, como trataremos de argumentar más abajo.<sup>85</sup> Lo que aquí nos interesa, por lo pronto, es como integramos o vinculamos la voluntad del legislador a la estructura de la norma jurídica como acto de habla que hemos propuesto en los incisos anteriores.

Nos parece que la primera fórmula que proponíamos más arriba (**OKq** = obligatorio coaccionar q) es la más sencilla para integrar en ella a la voluntad del legislador. Una primera solución es considerar a la voluntad del legislador, no como parte de la norma jurídica, como acto de habla, sino como otro acto de habla

---

<sup>83</sup> Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 34 y ss.

<sup>84</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 209, 210.

<sup>85</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.3.1.

distinto, pero que se refiere o que tiene como objeto a la norma jurídica. Es decir, como un metalenguaje y a la norma jurídica como un lenguaje objeto.<sup>86</sup> En otro lugar, hemos llamado “*meta-acto de habla*” o “*acto de meta-habla*” cuando, al acto de habla que se refiere a otro acto de habla.<sup>87</sup> Esta manera de vincular la voluntad del legislador con la norma jurídica como acto de habla, puede complicar la fórmula de la norma jurídica de la siguiente manera: **V(OKq)**, que se podría leer: “es voluntad del legislador que sea obligatorio coaccionar q”. Sin embargo, tiene la desventaja de que no considera a la voluntad del legislador como parte de la norma jurídica, sino únicamente vinculada a ella “metalingüísticamente”, lo cual equivale a sostener la postura de la teoría tradicional que considera aleatorio apelar a la voluntad del legislador para determinar el sentido de las normas jurídicas.

Otra manera en que podemos pensar para integrar a la voluntad de l legislador dentro de la norma jurídica como acto de habla, es distinguir, dentro del elemento ilocucionario de la norma jurídica, dos partes: una parte deóntica y una parte ilocucionaria, propiamente dicha o intencional, lo cual nos permitiría quitarle el paréntesis a la fórmula anterior, que quedaría del siguiente modo: **VOKq**, que se leería, empero, de la misma manera: “es voluntad del legislador que sea obligatorio coaccionar q”. Además de ser más simple, en su formulación, esta manera tiene la ventaja de considera a la voluntad del legislador como parte integrante de la norma jurídica, con lo cual sería necesario, aunque no suficiente,

---

<sup>86</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 12 y ss.

<sup>87</sup> Berumen, Arturo, “El delito como acto de habla”, en *Iter criminis*, núm. 5, INACIPE, México, 2000, pp. 32, 35.

apelar a ella para determinar el sentido de la norma jurídica, entendida como acto de habla.

Una tercer manera de relacionar a la voluntad del legislador con la norma jurídica como acto de habla, la podemos tomar, inspirándonos en la segunda versión de la teoría de los acto de habla de Habermas, y considerar que son tres los elementos de los actos de habla: el elemento proposicional, el elemento expresivo (intencional) y el elemento ilocucionario (normativo).<sup>88</sup> Con lo cual, la fórmula de la norma jurídica como acto de habla y su lectura sería la misma que la anterior. La desventaja de esta última concepción es que no nos permitiría distinguir las normas jurídicas de cualquier otro acto de habla. Por esta razón, nos parece más adecuada la segunda manera para integrar a la voluntad del legislador dentro de la estructura de la norma jurídica como acto de habla, es decir, la que subdivide el elemento ilocucionario en dos partes: la deóntica y la intencional y que se expresaría con la fórmula: **VOKq**, que se lee: “es voluntad del legislador que sea obligatorio coaccionar a q”, ya que es la más sencilla, la que expresa la voluntad del legislador como parte de la norma jurídica como acto de habla y, a la vez, nos permite distinguirla de los restantes actos de habla y de las normas morales.

### **2.3.3. La norma jurídica y el mundo de la vida**

---

<sup>88</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, II, 91, 92.

Con la inclusión de la voluntad del legislador como elemento integrante de la norma jurídica, como elemento intencional del acto de habla en que la norma jurídica se traduce, la determinación del sentido de la misma se facilita, pero no necesariamente se realiza en todos los casos, pues puede haber sucedido que el legislador no previó el caso controvertido. Para ello, la inserción de la norma jurídica como acto de habla en el mundo de la vida, que se encuentra estructurado, también, por actos de habla, nos puede ayudar a determinar su sentido, nos puede proporcionar el contexto que nos ayude a interpretar el significado del texto normativo.

*El mundo de la vida no forma parte de la norma jurídica, pero la norma jurídica sí forma parte del mundo de la vida* de los juristas. El cual se encuentra integrado por actos de habla que pueden contribuir a determinar el significado de los elementos de la misma norma, entendida como actos de habla también. En especial, el mundo de la vida nos puede ayudar a precisar el elemento ilocucionario de las normas jurídicas, el cual a su vez, nos permitirá determinar el elemento proposicional que es el que cuyo significado es más indeterminado la mayoría de las veces, aunque también lo llegue a ser, en ocasiones, el elemento deóntico de la norma jurídica.<sup>89</sup> Más arriba hemos hecho referencia a algunas relaciones del mundo de la vida con el derecho y más abajo volveremos sobre este concepto tan importante en la teoría de Habermas, cuando tratemos el

---

<sup>89</sup> Aunque las normas penales o civiles que no estén formulados, sintácticamente, de una manera deóntica, semánticamente se interpretan normativamente.

problema de la interpretación de las normas jurídicas. Remitimos al lector a esos lugares.<sup>90</sup>

#### **2.3.4. Validez jurídica y verdad comunicativa**

Una de las cuestiones que más parecen dificultar la convergencia entre la teoría pura del derecho de Kelsen y la teoría de la acción comunicativa de Habermas es la de la distinción entre la verdad y la validez de los enunciados. Kelsen sostiene que los enunciados descriptivos pueden ser verdaderos o falsos y que los enunciados prescriptivos pueden ser válidos o inválidos.<sup>91</sup> Por ejemplo, si digo: “la puerta está cerrada”, este enunciado es verdadero si, en realidad la puerta está cerrada, pero es falso, si la puerta no está cerrada. En cambio, si digo, “cierre usted, la puerta”, este otro enunciado no puede ser ni verdadero ni falso, sino si es válido o inválido, es decir, si realmente, “usted” debe cerrar la puerta.

En cambio, para Habermas, una de las pretensiones de validez de los actos de habla, incluidos, por supuesto, los regulativos es, precisamente, la verdad. Es decir, la validez y la verdad no tan sólo no se refieren a distintos tipos de enunciados, sino que la verdad es una condición de la validez de los actos de habla. La dificultad, sin embargo, puede abordarse diciendo que la verdad se refiere, como lo hemos dicho más arriba,<sup>92</sup> al elemento proposicional de los actos de habla y la validez al elemento ilocucionario deóntico, de modo que los actos de

---

<sup>90</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.4., e *infra* inciso núm. 3.3.2.

<sup>91</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p, 86.

<sup>92</sup> Ver *supra*, incisos núms.. 2.1.5.1.2. y 2.1.5.1.3.

habla regulativos, como las normas jurídicas, son válidos no tan sólo si su elemento ilocucionario es recto, es decir, legitimado diría Kelsen, si no, si además, entre otros requisitos, su elemento proposicional es verdadero, como diría Habermas. Por ejemplo, si digo: “cierra la puerta, si está abierta”, en este enunciado, se está obligado a cerrar la puerta, si, además de quien lo ordena está autorizado a ello, la puerta está, efectivamente abierta, porque si no es verdad que está abierta, entonces no hay obligación de cerrarla, puesto que ya está cerrada. Claro que siempre es posible que alguien insista: “no me importa si está cerrada, ciérrela usted”, uno puede abrir la puerta y cerrarla para darle gusto, pero nadie puede negar que se trata de una norma notoriamente irracional y no obliga, en principio, comunicativamente.

El que una norma jurídica sea irracional, es decir, que su elemento proposicional no sea verdadero, no quiere decir que no debe ser obedecida, sino únicamente que su irracionalidad es una condición para su anulabilidad, o que puede convalidarse, comunicativamente. La anulabilidad y la convalidación comunicativas de una norma jurídica como acto de habla, serán problemas que desarrollaremos más abajo.<sup>93</sup>

### **2.3.5. Coacción jurídica y rectitud comunicativa**

Otro problema importante que es necesario reflexionar, al momento de considerar a la norma jurídica como una acto de habla, es la incompatibilidad entre

---

<sup>93</sup> Ver *infra*, inciso, núm. 3.3.2.

la naturaleza coactiva de la norma jurídica y la pretensión de rectitud del acto de habla. Es posible que la conclusión pueda ser que toda norma jurídica es de una naturaleza patológica, comunicativamente hablando, pues si la rectitud comunicativa implica que los actos de habla no han de ser impuestos, sino argumentados, la norma jurídica se caracteriza precisamente por ser impuesta, incluso por la fuerza si es necesario.<sup>94</sup> La misma estructura de la norma jurídica como acto de habla que hemos propuesto más arriba nos hace patente dicha incompatibilidad. En su versión más simple, decíamos que la norma jurídica es un acto de habla con la siguiente estructura: “**OKq**”, que se lee: “obligatorio coaccionar q”, donde la obligación de coaccionar implica necesariamente la imposición de “no q”.

Podemos abordar esta problemática de diversos modos. Podemos considerar, en primer lugar, que *la amenaza con la violencia que significa la norma jurídica debe ser una consecuencia de la comunicación racional y no una condición*. Es decir, no se debe usar la violencia jurídica, a menos que se hallan llevado a cabo actos de habla argumentativos, en los que hayan participado todos los posibles afectados, libres de toda coacción. Esto implica que en los procesos judiciales no tan sólo debe excluirse cualquier acto de habla coactivo, sino que deben compensarse, en la medida de lo posible, los efectos intimidantes que conlleva la misma norma jurídica coactiva, para que el procedimiento judicial esté integrado con actos de habla exentos de coacción.

---

<sup>94</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 47.

Pero también el procedimiento legislativo en el que se establece la norma jurídica coactiva debe estar integrado de actos de habla en los que participen todos los posibles afectados por la norma o sus representantes, libres de coacción, tal como lo exige el principio del discurso de Habermas.<sup>95</sup> De esta exigencia se desprende la importancia de la democracia para dotar de validez comunicativa a las normas jurídicas portadoras de la sanción coactiva. Es decir, que sólo son válidas las normas jurídicas coactivas si han sido creadas e individualizadas de una manera no coactiva, para que se puedan aplicar de una forma coactiva.

En este específico problema, nos parece más útil la segunda fórmula de la norma jurídica como acto de habla que hemos propuesto más arriba,<sup>96</sup> que es la siguiente: **OK~q ⊃ Oq**, que se lee: es obligatorio coaccionar no q, si es obligatorio q". Donde es claro que la obligación de coaccionar a "no q" está condicionada a que sea obligatorio "q", y sólo es obligatorio "q" si el proceso comunicativo mediante el que se estableció, está integrado por actos de habla no coactivos, de acuerdo al principio del discurso. De modo que una norma jurídica, establecida de una manera no democrática, comunicativamente hablando, no sería válida, en principio o, como dicen los analíticos, *prima facie*. *Desde esta perspectiva la norma jurídica se integra por dos actos de habla: uno que contiene la coacción y otro que condiciona su validez, el que contiene la obligación.*

---

<sup>95</sup> Ver *supra*, inciso núm. 1.2.

<sup>96</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.3.1.

En segundo lugar, las normas jurídicas coactivas como actos de habla, pueden entenderse como el resultado de lo que Apel llama, siguiendo a Weber, la ética de la responsabilidad. La coacción jurídica sólo puede justificarse cuando trata de evitar un mal mayor, sólo en la medida necesaria para evitarlo y una vez agotados otros medios de solución, sin resultados.<sup>97</sup> La separación que Kelsen establece entre derecho y moral, para “unir a lo jurídico”,<sup>98</sup> puede redeterminarse, uniendo al derecho con la ética de la responsabilidad para “separar a lo jurídico racional de lo jurídico irracional.”<sup>99</sup> Más adelante, cuando nos ocupemos de la relación de la ética jurídica con la efectividad del derecho, abundaremos en la ética de la responsabilidad en los procedimientos jurídicos de comunicación.

---

<sup>97</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, pp. 154 y ss.

<sup>98</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.2.2.

<sup>99</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.2.5.

## 2.4. El delito como acto de habla

La primera aproximación a la idea de la norma jurídica como acto de habla, fue desde el derecho penal, cuando, en un trabajo sobre el análisis comunicativo del proceso penal,<sup>100</sup> se me ocurrió que los elementos objetivos del delito podían entenderse como el elemento proposicional de actos de habla y los elementos subjetivos como el elemento ilocucionario.<sup>101</sup>

En un artículo posterior, propuse una segunda versión de esta idea, con base en la también segunda versión de Habermas del acto de habla, que añade a los elementos proposicional e ilocucionario tradicionales, un tercer elemento, el elemento expresivo, como hemos visto más arriba,<sup>102</sup> con el propósito de poder incluir en el modelo, los elementos normativos del delito, junto con los elementos objetivos y subjetivos ya mencionados. A la postre, después de adecuaciones y ajustes, esta segunda versión quedó de la siguiente manera: al elemento proposicional del delito como acto de habla regulativo corresponde la tipicidad, la conducta y los elementos normativos; al elemento ilocucionario, la punibilidad y la antijuricidad y al elemento expresivo la culpabilidad y la imputabilidad.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, pp. 106 y ss.

<sup>101</sup> *Idem.* p. 109: “los elementos objetivos del delito podrían entenderse como los enunciados proposicionales del acto de habla, porque describen la conducta y el resultado fácticos, mientras que los elementos subjetivos del delito, podrían entenderse como los enunciados ilocucionarios del acto de habla, porque le dan sentido al enunciado proposicional como dolo o como culpa.”

<sup>102</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.3.2.

<sup>103</sup> Berumen, Arturo, “El delito como acto de habla”, en *Iter Criminis*, núm. 5, INACIPE, México, 2000, pp. 30, 31.

Podemos proponer, ahora, una tercera idea del delito como acto de habla, de acuerdo a la concepción simple de la norma jurídica como acto de habla, que hemos propuesto más arriba.<sup>104</sup> Decíamos ahí que para integrar a la voluntad del legislador dentro de la norma jurídica como acto de habla, habría que distinguir, dentro del elemento ilocucionario, dos partes: la parte deóntica o normativa y la parte intencional.

Pues bien, para considerar al delito como acto de habla en tanto que norma jurídico-penal, tendríamos que distinguir también dos partes del elemento proposicional del acto de habla correspondiente: la tipicidad y la culpabilidad. La tipicidad describiría, por un lado, la conducta y, por otro, los elementos normativos del delito. La culpabilidad, por su parte, describiría los elementos del dolo o de la culpa. La punibilidad y la antijuricidad, como elementos del delito, podría ser considerados como una distinción de la parte deóntica del elemento ilocucionario del acto de habla delictivo.

En conclusión, podríamos considerar al delito, como una norma jurídica que tiene la siguiente estructura de un acto de habla: *su elemento ilocucionario se compondría de dos partes: una deóntica y una intencional. La deóntica, a su vez, comprendería a la antijuricidad y a la punibilidad. La parte intencional, por su parte, podría referirse al bien jurídico protegido por el legislador. Por otro lado, en el elemento proposicional también se podrían distinguir dos partes: la tipicidad y la culpabilidad. La primera, es decir, la tipicidad describiría tanto a la conducta como a los elementos normativos. La culpabilidad incluiría tanto al dolo ya la culpa como*

---

<sup>104</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.3.2.

a la imputabilidad. De este modo quedaría redefinidos todos los elementos del delito, incluyendo al bien jurídico protegido, excluido por la mayoría de las teorías, como elementos de la norma jurídica, entendida como acto de habla.

La explicación, el desarrollo y la utilidad de este concepto de delito tendría que ser objeto de otro trabajo más específico. Pero, tendremos que detenernos en explicar dos aspectos importantes, cuando menos. El primero de ellos salta a la vista: los elementos normativos del delito no quedan comprendidos dentro de la parte deóntica, como parecería que debiera de ser a primera vista. La razón de ello, es que los elementos normativos no pueden ser entendidos como formando parte de elemento ilocucionario, pues no se refieren a la intención deóntica del legislador, sino a alguna modalidad normativa del destinatario de la norma. Es decir, los elementos normativos sólo se mencionan, descriptivamente, y no se usan, realizativamente.<sup>105</sup>

Algo semejante podemos decir del segundo elemento. Se trata de las razones por las cuales se incluyen el dolo, la culpa y la imputabilidad de la teoría del delito, dentro del elemento proposicional del acto de habla regulativo y no dentro de la intencionalidad del elemento ilocucionario, como lo consideré en la primera y segunda versión de la propuesta del delito como acto de habla.<sup>106</sup> La intencionalidad de delito como dolo o como culpa se refiere a la descripción de esos estado de ánimo en el autor del delito, y no a la expresión de la intencionalidad por parte del legislador, para proteger el bien jurídico,

---

<sup>105</sup> Ver Voces “uso” y “mención” en Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2001, T. III, p. 2359 y t. IV, p. 3618.

<sup>106</sup> Berumen, Arturo, *El delito como acto de habla*, pp. 29, 31.

distinguiendo, para ello, estas dos modalidades subjetivas del delito. En las dos versiones anteriores se confundían estos dos niveles de intencionalidad (del delincuente y del legislador), debido, tal vez, a que me dejé llevar muy fácilmente por la atracción de la simetría entre los elementos objetivos y subjetivos del delito, por una parte, y los elementos proposicional e ilocucionario de los actos de habla, por otra.

Considerar a la norma jurídica como acto de habla plantea otros problemas teóricos además de los tratados en este capítulo, pero nos parece que sólo pueden resolverse desde la perspectiva del sistema jurídico en su conjunto, estudio que intentaremos realizar en el próximo capítulo del presente trabajo. Por lo pronto, enunciaremos las conclusiones que nos parecen más importantes derivadas de la comparación de la norma jurídica con el acto de habla, de una manera aislada.

## Conclusiones parciales y provisionales del segundo capítulo

**1. Primera conclusión.** Es posible considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla. En el primer caso, el elemento proposicional equivale a la descripción de la conducta (q), el elemento ilocucionario, podemos dividirlo en dos partes: la primera contiene la modalidad deóntica coactiva (OK) y la segunda la voluntad del legislador (V). El resultado es la fórmula siguiente: **VOKq**, que se lee: “es voluntad del legislador coaccionar q”. También es posible considerar a la norma jurídica conformada por dos actos de habla. El primero establece la obligación deóntica de coaccionar a “~q”, y el segundo la condición de que sea comunicativamente obligatorio “q”. La fórmula sería la siguiente: **OK~q  $\supset$  Oq**, que se lee: “obligatorio coaccionar no q, si obligatorio q”, la cual aunque no contiene a la voluntad del legislador explícitamente, sin embargo, sirve para condicionar la validez de la coacción jurídica a la obligatoriedad comunicativa de la conducta.

**2. Segunda conclusión.** Es conveniente considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla, porque su validez queda condicionada al cumplimiento de todos los requisitos de validez de éste, (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) así como al procedimiento comunicativo de validación o revalidación de todo acto de habla (pretensiones de validez, problematización y desempeño), que hace posible la estabilidad social y la crítica ética del derecho (actitud asertórica y actitud hipotética).

**3. Tercera conclusión.** Es necesario considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla, pues nos permite “unir” la ética de la responsabilidad con el derecho para “separar” las normas jurídicas racionales de las no racionales y, por lo tanto las normas jurídica eficaces de las no eficaces, de una manera teórica o conceptual.

**4. Cuarta conclusión.** En este orden de ideas, podríamos considerar al delito, como una norma jurídica que tiene la siguiente estructura de un acto de habla: *su elemento ilocucionario se compondría de dos partes: una deóntica y una intencional. La deóntica, a su vez, comprendería a la antijuricidad y a la punibilidad. La parte intencional, por su parte, podría referirse al bien jurídico protegido por el legislador. Por otro lado, en el elemento proposicional también se podrían distinguir dos partes: la tipicidad y la culpabilidad. La primera, es decir, la tipicidad describiría tanto a la conducta como a los elementos normativos. La culpabilidad incluiría tanto al dolo ya la culpa como a la imputabilidad.*

**CAPITULO TERCERO. EL SISTEMA JURIDICO COMO ESTRUCTURA  
COMUNICATIVA DE ARGUMENTACION**

A pesar del auge de la teoría de la argumentación, en el ámbito jurídico ha encontrado serias dificultades para su aplicación y fuertes resistencias para su aceptación. La causa de ello puede encontrarse en la inconmensurabilidad de la teoría del derecho predominante y la propia teoría de la argumentación. Mientras que la teoría del derecho dominante, es una teoría positivista, de ideología científicista, como la teoría de Kelsen, la teoría de la argumentación es una teoría emparentada con la dialéctica y la hermenéutica, por ejemplo, la de Perelman. La adopción del positivismo jurídico, por parte de los juristas, ha llevado a un formalismo rígido, más allá de la exigencia de la seguridad jurídica. Por su parte, se teme que la adopción de la teoría de la argumentación en la operación del derecho, ponga en riesgo la seguridad jurídica, en aras de los contenidos éticos y justos de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, esta inconmensurabilidad entre la teoría del derecho y la teoría de la argumentación es sólo relativa. Es decir, es posible mediarlas, a través de una tercera teoría que, las pueda redeterminar y hacerlas conmensurables, por tanto. Nos parece que este papel puede cumplirlo, con cierto grado de plausibilidad, la teoría de la acción comunicativa de Habermas.

Con base en la teoría del discurso, como también se le conoce a la teoría de la acción comunicativa, pueden homogenizarse las normas y los argumentos, considerándolos a ambos como actos de habla. Sólo que las normas sería actos de habla regulativos y los argumentos, actos de habla expresivos, utilizando la terminología del propio Habermas que ya hemos descrito más arriba.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ver *supra*, inciso 2.1.3.

De este modo sería menos problemático introducir a los requisitos de validez de los actos de habla, y, por tanto, de los actos de habla argumentativos (claridad, verdad, veracidad y rectitud), como condición de la validez de los actos de habla regulativos, es decir, de las normas jurídicas, y no solamente los requisitos positivistas de validez formal.

Por otro lado, condicionar la validez de los actos de habla normativos al cumplimiento de los requisitos de validez de los actos de habla argumentativos, sería de una manera también relativa, pues las normas jurídicas se entenderían como actos de habla válidos sólo de una manera hipotética, es decir, que pueden invalidarse y revalidarse, comunicativamente.

*Si consideramos, tanto a las normas jurídicas como a los argumentos jurídicos, como actos de habla, regulativos aquéllas y expresivos éstos, tal vez se podría condicionar la validez de las primeras a las pretensiones de validez de los segundos de una manera hipotética, es decir, invalidables y convalidables, comunicativamente. En otros términos, podríamos considerar al sistema jurídico como una estructura de argumentación.*

### 3.1. La dinámica jurídica y los procesos jurídicos de comunicación

Ya se ha vuelto un lugar común el considerar al derecho como un lenguaje o como un discurso.<sup>2</sup> Sin embargo, decir que el derecho es un lenguaje es decir demasiado poco, pues se hace una abstracción semanticista,<sup>3</sup> si no se agrega su vinculación con la acción social, con lo cual se añade la dimensión pragmática del lenguaje, que como vimos más arriba, consiste en la coordinación de la acción social.<sup>4</sup> Desde este punto de vista pragmático, el derecho es un conjunto de procesos de comunicación que tienen como finalidad la coordinación social de grandes grupos sociales.<sup>5</sup>

Los procesos jurídicos de comunicación no son otros que los procesos jurídicos que constituyen la dinámica jurídica, según Kelsen: los procedimientos legislativos, los procedimientos jurisdiccionales, los procedimientos administrativos y los procedimientos contractuales. Es claro que los procedimientos legislativos son procedimientos de comunicación, conformados por un conjunto de actos de habla de quienes participan en el proceso legislativo: el Presidente de la República, los diputados y los senadores que son los facultados para la creación de las leyes.

El análisis de los actos de habla argumentativos expresados en los diversos procedimientos legislativos, desde el punto de vista de la teoría del acto de habla que hemos descrito en el capítulo anterior, tiene una importancia no sólo desde el

---

<sup>2</sup> Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 28.

<sup>3</sup> Ver *supra*, nota núm. 49.

<sup>4</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.7.2.

<sup>5</sup> Ver *infra*, inciso núm. 3.2.3.

punto de vista interno del derecho como desde su punto de vista externo. Es decir, no sólo como auxiliar de la hermenéutica jurídica, sino también para verificar su racionalidad comunicativa, y, por ende, de su moralidad, y en consecuencia, para anticipar su eficacia y su efectividad, como veremos en el capítulo cuatro.<sup>6</sup>

Del mismo modo, los procesos jurisdiccionales pueden entenderse como procesos jurídicos de comunicación, pues se conforman también con actos de habla de un buen número de interlocutores: las partes, el juez, los testigos, los secretarios, los peritos, entre otros. Cada proceso jurisdiccional también es susceptible de analizarse, comunicativamente, desde un punto de vista interno o semántico o desde un punto de vista externo o pragmático. Desde este último, es interesante analizar los métodos de interpretación jurídica, de argumentación jurídica, de las técnicas de interrogatorios judiciales y, en general de valoración de las pruebas. Haremos estos análisis en este mismo capítulo.

También los procedimientos administrativos y los procesos contractuales pueden entenderse como procesos de comunicación jurídica. Sólo que, es estos casos, su análisis comunicativo se dificulta por la falta de acceso a los textos en los cuales consten los actos de habla mediante los cuales se llevan a cabo. Sin embargo, su análisis es de mucha importancia, ya que en ellos radica, en gran medida, la colonización que los sistemas administrativo y económico llevan a cabo del mundo de la vida y del mismo derecho, como lo describe Habermas.<sup>7</sup>

El análisis de lo que Kelsen llama la dinámica jurídica, es decir, el análisis

---

<sup>6</sup> Ver Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, como un ejercicio de este tipo de análisis.

<sup>7</sup> Ver *supra*, inciso núm. 1. 3. e *infra*, inciso núm. 3.5.

puramente formal de los procesos de creación jurídica y el análisis comunicativo de los actos de habla mediante los cuales se llevan a cabo dichos procesos jurídicos de creación, son dos métodos distintos pero complementarios del sistema jurídico.

### 3.1.1. La dinámica jurídica

Es conocido que fue Kelsen, el primero que planteó la concepción del derecho como sistema.<sup>8</sup> Para este autor el derecho se puede estudiar, desde dos puntos de vista: el estático y el dinámico. El punto de vista estático estudia al derecho en sí mismo, como una norma aislada. Hemos hecho referencia, aunque sea parcialmente, a este punto de vista en el capítulo segundo. El punto de vista dinámico estudia al derecho como al sistema normativo que establece los procedimientos de su propia creación. Los procedimientos de auto-creación jurídica se determinan en distintos niveles normativos. El resultado ha sido la teoría de la pirámide jurídica, cuya versión fundamental podría ser la siguiente:

El sistema jurídico se integra por tres tipos de normas: la norma fundamental, las normas generales y las normas particulares. La norma fundamental o constitución establece, directa (para el caso de las normas generales) o indirectamente (para el caso de las normas particulares), los procedimientos para la creación de las restantes normas del sistema y determina, positiva (garantías sociales) o negativamente (garantías individuales), su contenido. Las normas generales (leyes federales o locales y tratados) establecen los procedimientos (leyes adjetivas) para la creación de las normas particulares y determinan su contenido (leyes sustantivas).

Las normas particulares (sentencias, contratos, laudos, actos administrativos, entre otras) sólo tendrán validez jurídica (obligatoriedad, existencia) si han sido

---

<sup>8</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Capítulo V, pp. 201-284.

establecidas mediante los procedimientos y con los contenidos determinados por las leyes o normas generales y por la constitución o norma fundamental. Por su parte, las leyes o normas generales sólo tendrán validez jurídica, si han sido creadas o establecidas mediante los procedimientos y con los contenidos determinados por la constitución o norma fundamental.

Las normas particulares, las normas generales y la norma fundamental están, por tanto, ordenadas jerárquicamente en un sistema descendente de validez. Las normas particulares son las normas inferiores del sistema porque sus contenidos y sus procedimientos de creación están establecidos, directamente, en las normas generales, e, indirectamente, en la norma fundamental. Las normas generales o leyes, son normas superiores a las normas particulares (sentencias, contratos, actos administrativos) porque establecen los procedimientos de creación de estas últimas y les determinan sus contenidos, pero las normas generales son normas inferiores a la norma fundamental o constitución por que en esta última, se establecen los procedimientos y se determinan los contenidos de aquéllas. La constitución, por su parte, es la norma superior de todo el sistema porque establece los procedimientos y determina los contenidos de todas las restantes normas del sistema.

Dice Kelsen que la creación de las normas inferiores del sistema jurídico es, a la vez, la ejecución de las normas superiores y, viceversa, la ejecución de las normas superiores es, a la vez, la creación de las normas inferiores. De este modo, la ejecución de la constitución se realiza mediante la creación de las normas legales o de las normas particulares. La ejecución de las leyes se realiza mediante la creación de las normas particulares. Las normas particulares ya no se ejecutan con la creación de otras normas, sino únicamente con los actos puros de ejecución. Por

su parte, la creación de la constitución o norma fundamental no implica la ejecución de una norma superior, pues ella es la norma suprema de todo el sistema jurídico.

De este modo, las leyes o tratados son, a la vez, ejecución de la constitución o norma fundamental y creación de las normas generales, mientras que la norma fundamental es un acto de “pura” creación jurídica, sin que sea ejecución de ninguna otra norma, y los actos de ejecución son actos de “pura” ejecución, sin que se cree ninguna otra norma del sistema.

La “pureza” de la norma fundamental y de los actos de ejecución, constituyen la clausura del sistema jurídico, según Kelsen, pues, no tan sólo la validez de éstos últimos se refiere, en última instancia a aquélla, sino que la revisión de la regularidad de tal validez se encuentra determinado por la propia constitución. La validez de una norma jurídica o de sus actos de ejecución, “*desciende*” desde la constitución hasta los actos de pura ejecución, pasando por las normas generales o leyes y por las normas particulares o sentencias, entre otras. La revisión “*asciende*” de los actos de pura ejecución hasta la norma fundamental de pura creación, pasando por las decisiones de primera instancia, la instancia de apelación y la de revisión de la constitucionalidad, o amparo en nuestro país. Es este el *ciclo autopoietico de la validez jurídica* lo que, en el fondo, expresa el “*purismo*” metódico y la teoría de la *pirámide jurídica* de la escuela jurídica de Viena.

La validez parte de la constitución, llega a las leyes o a las normas generales, por medio del procedimiento legislativo y llega a las normas particulares, por medio de los procesos judiciales o administrativos. La revisión de la validez parte de las normas particulares para verificar su congruencia con las normas generales o leyes, por medio de los procedimientos de apelación y para verificar su congruencia y la de

las leyes o normas generales con la constitución o norma fundamental, por medio de los procedimientos constitucionales, entre ellos el de amparo. El ciclo de la validez jurídica se abre y se cierra en la constitución. Las normas jurídicas no necesitan de otros sistemas sociales para ser válidas. El sistema al que pertenecen es autosuficiente, se autoconstituye a sí mismo, es autopoietico. Los mismos operadores del derecho no argumentan la validez de un acto o de una norma más allá de la norma fundamental. La pirámide jurídica de Kelsen puede entenderse como un sistema autopoietico de argumentación jurídica. Por eso, su teoría es pura. La pureza metódica se corresponde con la autopoiesis del sistema jurídico, se identifica con ella, pues se basta a sí misma, se refiere a sí misma. La misma teoría pura del derecho es autopoietica.<sup>9</sup>

Sin embargo, a Kelsen nunca satisfizo plenamente la autopoiesis de su sistema. Desde un principio trató de justificar, al menos hipotéticamente, su sistema desde fuera del ciclo de la validez jurídica, tratando de permanecer fiel a la “pureza” de su método. El problema se le planteó como la “razón de validez” de la norma fundamental o constitución. Si la constitución es la norma fundamental de un sistema jurídico, porque establece los procedimientos de creación de las restantes normas del sistema, la validez de la constitución tendría que encontrarse en otra norma que estableciera, a su vez, los procedimientos constitucionales de creación de la norma constitucional. Si existiera tal norma sería, por tanto, la verdadera norma fundamental, la cual, a su vez, tendría que ser fundamentada por otra norma y así sucesivamente. Para evitar caer en tal “progresión hasta el infinito”, que es un vicio

---

<sup>9</sup> Ver *infra* inciso núm. 3.1.3.

del conocimiento,<sup>10</sup> Kelsen incurre en otro vicio, que es el de la hipótesis.<sup>11</sup>

Supone la existencia de una *norma hipotética fundamental*, cuyo contenido sería aproximadamente el siguiente: “compórtate como lo manda la primera constitución histórica de país”,<sup>12</sup> lo cual constituye una verdadera tautología que repite lo mismo que la propia constitución.<sup>13</sup>

La teoría de la norma hipotética fundamental (NHF) ha sido muy criticada, incluso por los propios partidarios de Kelsen. García Maynez, por ejemplo, considera que la NHF es una norma de derecho natural encubierta, pues equivale al “motor inmóvil” de Aristóteles.<sup>14</sup> En opinión de Cerroni, la NHF es una recaída en la metafísica.<sup>15</sup> Por su parte, Ulises Schmill considera que la NHF debe ser considerada una hipótesis, no del sistema jurídico, sino de la ciencia del derecho.<sup>16</sup> En opinión de Cossio, la NHF debe ser entendida como un presupuesto de los juristas que interpretan, aplican y argumentan a partir de un sistema jurídico.<sup>17</sup> El mismo Kelsen, al final de su vida, “abjura” de la NHF y la considera una ficción

---

<sup>10</sup> Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía*, II, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985, pp. 446, 448

<sup>11</sup> *Idem.* p. 447. 449.

<sup>12</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p.208; Berumen, Arturo, “Dialéctica de la teoría pura del derecho”, en *Crítica jurídica*, núm. 15, UNAM, México, 1994, p. 59.

<sup>13</sup> Ver Berumen, Arturo, “Dialéctica de la teoría pura del derecho”, pp. 31-68.

<sup>14</sup> *Idem.* p. 58

<sup>15</sup> Cerroni, Umberto, “Kelsen y Marx”, en *Marx y el derecho moderno*, trad. Arnaldo Cordova, Grijalbo, México, 1975, p. 172.

<sup>16</sup> Schmill, Ulises, “La pureza del método en la teoría kelseniana”, en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1984, pp. 38, 39.

<sup>17</sup> En Herrendorf, Daniel, *El estado actual de la teoría general del derecho*, Cárdenas, Tijuana, 1991, p. 143.

jurídica.<sup>18</sup> A partir de esta consideración de la NHF como una ficción, Correas argumenta a favor de entenderla como una ficción, no de Kelsen, sino de los juristas cuando suponen, ficticiamente, que la constitución es válida, cuando argumentan sin ir más allá de lo que ella establece.<sup>19</sup>

Independientemente de la utilidad crítica de la NHF, entendida como ficción jurídica, lo que parece indudable es que la creación de la NHF, por Kelsen, es el resultado de la “autopoiesis” absoluta de su sistema, o, lo que es lo mismo, de la “pureza” absoluta de su método. La derivación de la validez de una norma no se detiene en la norma fundamental, sino que va hasta una norma hipotética fundamental que ni es norma, sino en todo caso una ideología, que ni es hipotética, sino una ficción y que ni es fundamental, porque no funda la validez de ninguna norma. La norma hipotética fundamental es la clausura del sistema. Como tal presupone la eficacia del sistema jurídico y, en consecuencia su funcionalidad. Es decir, como buen sistema autopoietico, presupone la existencia de los restantes sub-sistemas sociales, pero no los “pone”, como dice Hegel, es decir, nos los relaciona recíprocamente entre sí.<sup>20</sup> Lo impide la pureza metódica, que se supone absoluta.

Si se relativizara tal postura epistemológica, podríamos entender al modelo de sistema jurídico de Kelsen, únicamente como el momento de clausura del sistema, el cual requeriría de un segundo momento, el momento de apertura, es decir de la reciprocidad con los demás sub-sistemas restantes del sistema social. Pero

---

<sup>18</sup> *Idem.* p.89.

<sup>19</sup> Correas, Oscar, “Kelsen y Gramsci o la eficacia como signo de hegemonía”, en *Crítica jurídica*, núm. 10, p. 21.

<sup>20</sup> Berumen, Arturo, “Dialéctica de la teoría pura del derecho”, p. 59; Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 83: “Pero el ser determinado tiene todavía el sólo significado del ser puesto, y presupone esencialmente un fundamento, más bien en el sentido de que no lo pone.”

entonces, ya no se necesitaría de la NHF, pues la validez de la constitución, se tendría que buscar, en los otros sub-sistemas, sobre todo en el sub-sistema político y en el sub-sistema económico. Incluso la utilidad de la NHF como ficción, tendría una tematización mucho más amplia si relacionamos el sub-sistema jurídico con el sub-sistema cultural, en términos de la teoría del sistema social de acción de Parsons.<sup>21</sup>

No por ello, el modelo de Kelsen dejaría de tener utilidad, pues el momento de clausura del sistema jurídico es esencial, sobre todo, para su operación. Lo retomaremos, cuando intentemos reconstruir un modelo de sistema jurídico, basado en la teoría de los actos de habla, como el momento de clausura del sistema.

---

<sup>21</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 135 y ss.

### 3.1.2. Procesos jurídicos de comunicación

Es posible que la clausura y la apertura del sistema jurídico con respecto de otros sistemas sociales, en especial con el sistema cultural (que comprende a la moral y a la ideología), que es el problema central del concepto de sistema jurídico, encuentre una solución plausible, si concebimos, con base en Habermas y Kelsen, al sistema jurídico como un sistema de procesos de comunicación sujetos a reglas, las cuales, a su vez, son el resultado de anteriores procesos de comunicación,<sup>22</sup> o como un sistema de reglas que son la condición y el resultado de procesos de comunicación.

Ahora bien, si aceptamos, como hemos dicho en el capítulo segundo, que las reglas jurídicas son actos de habla y que los procesos de comunicación se componen, así mismo, de actos de habla, *el derecho se compondría de actos de habla, organizados sistemáticamente*. Para tratar de describir como se encuentran organizados los actos de habla jurídicos, apelaremos al modelo kelseniano de sistema jurídico que hemos expuesto con anterioridad y a la versión de Habermas de la teoría de los actos de habla.

Si complementamos al modelo de sistema jurídico de Kelsen, con las teorías de Hart y de Ross,<sup>23</sup> podríamos utilizar la distinción entre normas primarias o de conducta (normas sustantivas, en la terminología tradicional) y normas

---

<sup>22</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación del derecho natural*, pp. XXII, XXV y 263.

<sup>23</sup> Ver Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 156 y ss.

secundarias o de competencia (normas adjetivas en la terminología tradicional), para caracterizarlas, comunicativamente, como actos de habla regulativos y actos de habla expresivos, respectivamente. De este modo, *las normas de conducta son actos de habla regulativos y las normas de procedimiento son actos de habla expresivos* que, desde el punto de vista de la teoría de la argumentación son *actos de habla argumentativos*. Por lo que respecta a la distinción kelseniana, entre normas generales y normas particulares, podemos entenderlas como actos de habla regulativos y actos de habla constatativos, respectivamente. De esta manera, *las normas generales son actos de habla regulativos y las normas particulares son actos de habla constatativos*.

Ahora, si correlacionamos los distintos actos de habla como elementos de un sistema jurídico, tanto en sentido kelseniano, como en sentido habermasiano y en sentido hegeliano, podemos definir, en un primer momento, al sistema jurídico, como *el sistema comunicativo que tiene como objetivo transformar los actos de habla regulativos (normas generales de conducta) en actos de habla constatativos (normas particulares de conducta) por medio de los actos de habla expresivos (normas de competencia y de procedimientos) o actos de habla argumentativos*.

El ingrediente kelseniano se encuentra en que el sistema jurídico se integra tanto de normas generales, de normas particulares y de procedimientos. El ingrediente habermasiano radica, en que se intenta comprender a tales elementos del sistema jurídico como sistema comunicativo de actos de habla. Y el elemento hegeliano radica en que la relación entre los elementos comunicativos del sistema jurídico, es un proceso de transformación de lo general (actos de habla regulativos), en lo singular o concreto (actos de habla constatativos) por medio de lo particular

(actos de habla expresivos-argumentativos).<sup>24</sup>

Sin embargo, en la definición anterior no han sido considerados los llamados, por Dworkin, “principios de moralidad compartida”, ni tampoco lo que Correas llama, “el contenido ideológico del discurso del derecho”. Por tal razón, hasta este momento, parecería que se trata de una concepción “autopoiética” del sistema jurídico, es decir, se trataría de un modelo de sistema jurídico cerrado. Empero, si consideramos a los contenidos ideológicos y a los principios morales, como “pretensiones de validez de los actos de habla” y como “el desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla”, ambos en sentido habermasiano, respectivamente,<sup>25</sup> *podemos concebir al derecho como un sistema ideológico o “autopoiético” si tales pretensiones de validez de los actos de habla que lo componen no pueden ser problematizadas ni, por tanto, desempeñadas; o como un sistema moral o “heteropoiético” de actos de habla, si tales pretensiones de validez pueden ser problematizadas y desempeñadas, al mismo tiempo.*

Veamos con mayor detenimiento esta propuesta. Desde el punto de vista comunicativo, los órdenes jurídicos, las instituciones jurídicas y las mismas normas jurídicas, se pretenden justificadas racional y moralmente. Ninguna norma jurídica pretende, al menos explícitamente, ser inmoral, injusta o irracional. Podemos decir, con Habermas, que *las normas jurídicas son actos de habla con pretensiones morales y racionales de validez*. Ahora bien, dichas pretensiones de las normas jurídicas, entendidas como actos de habla, pueden ponerse en cuestión, como todo

---

<sup>24</sup> Cfr. Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 302.

<sup>25</sup> Ver *supra*, incisos núm. 2.1.5.2. y 2.1.5. 3.

acto de habla. Y como todo acto de habla, deben ser “desempeñadas” dichas pretensiones cuestionadas o problematizadas, para poder ser consideradas racionales (“claras” y “verdaderas”) y morales (“veraces” y “rectas”).

Si dichas normas, como todo acto de habla, no pueden ser cuestionadas, en cuanto a sus pretensiones de validez, o, una vez, cuestionadas o problematizadas, no son debidamente desempeñadas o justificadas, en cuanto a sus pretensiones de validez, dicha validez sólo queda en eso, en pretensión de validez, como lo entiende Habermas, es decir, su validez sólo existe en abstracto, para expresarnos como Hegel, o tienen sólo una validez en potencia, si utilizamos la terminología de Aristóteles.<sup>26</sup>

Las normas jurídicas, entendidas como actos de habla, no tienen una validez absoluta, sino sólo una validez en potencia, en abstracto o una pretensión de validez. La validez “comunicativa” de las normas jurídicas se tiene que “actualizar”, “concretizar” o “desempeñar”, mediante el desarrollo del sistema jurídico. O mejor dicho, *el sistema jurídico es el desempeño comunicativo de las validez de las normas jurídicas que lo integran, en tanto que actos de habla*. O todavía mejor, *el sistema jurídico es el sistema comunicativo que tiene como objetivo desempeñar las pretensiones de validez (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) en la transformación de los actos de habla regulativos (normas generales de conducta) en actos de habla constatativos (normas particulares de conducta) por medio de los actos de habla expresivos (normas de competencia y de procedimientos) o actos de habla argumenativos*.

---

<sup>26</sup> Ver *infra*, inciso núm. 4.3.1.3.

El proceso de validación comunicativa (pretensión, problematización de la pretensión y desempeño de la pretensión problematizada) de los actos de habla jurídicos se puede dar en distintos momentos: en la creación y revisión de las normas generales o actos de habla regulativos, en la creación y revisión de las normas particulares o actos de habla constatativos y en la creación y en la revisión de los actos de habla expresivo-argumentativos, en cualquier caso. Es decir, el proceso de validez comunicativo se puede llevar a cabo en los procesos constitucionales y legislativos, en los procesos judiciales y administrativos o en los procesos de revisión legal o constitucional. Si los requisitos de validez comunicativa no se cumplieron en los procesos de establecimiento de los actos de habla regulativos (normas constitucionales y legales), pueden llevarse a cabo en los procedimientos de creación de los actos de habla constatativos (normas particulares) o durante los procedimientos de revisión de los actos habla regulativos, constatativos o expresivos-argumentativos.

La validez comunicativa de los actos de habla de un sistema jurídico comprende lo que se conoce como la “*validez formal*” de las normas jurídicas, sólo que entendida como como la *pretensión de inteligibilidad de validez*, tanto del elemento ilocucionario como del elemento proposicional de los actos de habla de un sistema jurídico.<sup>27</sup> Es decir, la coherencia entre las normas constitucionales, legales y normas particulares que debe caracterizar a un sistema jurídico, no es otra cosa que la pretensión de inteligibilidad de validez de los actos de habla del sistema jurídico.

El que las normas jurídicas de un sistema sean coherentes entre sí, no basta

---

<sup>27</sup> Ver *supra*, inciso, núm. 2.1.5.1.

para que los actos de habla que estas normas significan sean válidos, comunicativamente. Se requiere además que los elementos proposicionales de tales actos de habla sean desempeñados como verdaderos, es decir, que se pueda demostrar que tal elemento proposicional tenga un referente determinado o determinable, y no sea un contenido ideológico, descriptivo falso. Aquí, la verdad es un elemento de la validez, es una *pretensión de verdad de validez* de los actos de habla jurídicos.

Pero, además de la inteligibilidad de los elementos ilocucionario y proposicional y la verdad del elemento proposicional, las normas jurídicas, en tanto que actos de habla (regulativos, constatativos y expresivos-argumentativos), requieren tener desempeñadas las *pretensiones de veracidad y de rectitud de validez* de su elemento ilocucionario. Es decir, la validez de las normas jurídicas sólo será parcial y limitada si su elemento ilocucionario (regulativo, constatativo y expresivo) es tan sólo inteligible y no es también veraz y recto y si su elemento proposicional es tan sólo claro y no verdadero.

Esto significa, en términos de la teoría del derecho natural, que la moral es un elemento del derecho. Y, en términos de la teoría de los actos de habla, *la moral es el desempeño de las pretensiones de veracidad y de rectitud del elemento ilocucionario de los actos de habla jurídicos*. Lo cual no quiere decir que su ausencia invalide, necesariamente, a las normas como jurídicas, como lo considera el mismo derecho natural, sino que su validez sólo es potencial, es abstracta, es una pretensión, la cual puede actualizarse, concretizarse y desempeñarse, en los subsiguientes procesos de creación del sistema jurídico, aunque también sea posible que, agotados éstos, no haya sido así y, por tanto, la validez comunicativa de las

normas jurídicas permanezca cuestionada indefinidamente y, por lo tanto, sea susceptible de no ser obligatoria moralmente.

Esta concepción del sistema jurídico como desempeño comunicativo de las pretensiones de validez en la transformación de los actos de habla regulativos en actos de habla constatativos por medio de actos de habla expresivo-argumentativos puede ser útil, en varios sentidos: en primer lugar, nos ayuda a explicar la existencia de los sistemas jurídicos heteropoiéticos (abiertos) y de los autopoiéticos (cerrados), según si desempeñan o no todas las pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla. En segundo lugar, nos permite integrar al sistema jurídico, tanto los principios morales como los contenidos ideológicos, entendiéndolos como pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla, comunicativamente desempeñadas o no desempeñadas, respectivamente. En tercer lugar, nos permite entender al derecho, tanto como un instrumento de dominación ideológica como un medio de liberación humana, sin favorecer una hegemonía más desventajosa para la mayoría de los miembros del grupo dominado, al distinguir entre la validez comunicativa en potencia, en abstracto en grado de pretensión de los actos de habla jurídicos -que sirven a la función de dominación ideológica- de la validez en acto, concreta o comunicativamente desempeñada que puede servir la función emancipadora del sistema jurídico. En cuarto lugar, puede constituir un fundamento de la desobediencia civil, si las pretensiones de validez de las normas jurídicas no han sido desempeñadas en ninguno de los procedimientos de creación o de revisión jurídicas. En quinto lugar, esta propuesta puede constituir una estructura de interpretación y de argumentación jurídicas. Antes de analizar esta última utilidad de este modelo de

sistema jurídico, nos gustaría criticar y redeterminar comunicativamente, aunque sea de una manera general, dos problemas que han surgido de la comparación de Kelsen y de Habermas, con respecto del sistema jurídico: el primero sería el de la clausura y de la apertura del sistema jurídico en el sentido de Luhmann; y, relacionado con éste, el de la norma fundamente básica o “Grundnorm” de Kelsen.

### **3.1.3. Apertura y clausura de los sistemas sociales**

Para Luhmann, *la sociedad es un sistema autorreferente y autopoietico de comunicaciones.*<sup>28</sup> Según esto, la sociedad no se compone de hombres sino de comunicaciones o de sub-sistemas de comunicaciones, como el sub-sistema político de comunicación, el sub-sistema económico de comunicación, el sub-sistema cultural de comunicación y el sub-sistema jurídico de comunicación.

Estos sub-sistemas de comunicación no pueden, empero, comunicarse entre sí, pues cada uno opera mediante códigos con “sentidos” comunicativos diferentes. Así los sub-sistemas sociales de comunicación son autorreferentes, es decir, se refieren a sí mismos y se constituyen a si mismos, es decir, son autopoieticos como los sistemas biológicos. La influencia que los sub-sistemas pueden llegar a tener entre sí, son simplemente “irritaciones”, si son a corto plazo, y si son interinfluencias evolutivas, entonces los sub-sistemas se “acoplan estructuralmente”, según Luhmann.

Pero, en cualquier caso, los sub-sistemas sólo operan con sus códigos propios, si no se disolverían como sistemas. Así, por ejemplo, el sub-sistema

---

<sup>28</sup> Ver Luhmann, Niklas y De Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, Capítulo 1, pp. 27-80.

económico opera con el código binario: escaso-no escaso; el sub-sistema jurídico opera con el código binario lícito-ilícito. Las influencias que otros sub-sistemas tengan sobre los demás, para que sean tomadas en cuenta o “reconocidas” por el sistema de que se trata, deben ser “traducidas” al lenguaje con que opera este último. De hecho, cada sistema cuenta con un sub-sistema teórico o con un meta-lenguaje científico que se encarga de hacer esta traducción de las “irritaciones” del entorno al lenguaje del código del sistema de referencia.

En este sentido, cada sistema sólo “presupone” la existencia de los demás sub-sistemas y del entorno y, por lo tanto, también presupone la existencia de los sujetos que sólo son sistemas síquicos y forman parte del entorno de los sistemas sociales. Esto es inevitable, dada la “función” social de los sistemas, que es la reducción de la complejidad del entorno, aumentando su propia complejidad, es decir, autoconstituyendo nuevos sub-sistemas propios, lo cual ya es demasiado complejo como para aumentarla, con la complejidad de los demás sub-sistemas sociales. *Por todas estas razones podemos considerar que los sub-sistemas sociales, para Luhmann, son sistemas operativamente cerrados, es decir, autopoieticos, autorreferentes y autoconstituidos, para poder reducir la complejidad del entorno, sin aumentar en exceso su propia complejidad.*

Habermas ha criticado la concepción sistémica de Luhmann, no en el sentido de que los sistemas autopoieticos no existan en nuestras sociedades modernas que requieren reducir, constantemente su complejidad a términos manejables, sino en el sentido de que considere que sólo se puede reducir la complejidad, mediante la

“colonización” del mundo de la vida, por medio de los sistemas.<sup>29</sup> Es decir, Habermas le objeta a Luhmann que considere que no puede haber “consensos legítimos” entre quienes operan con los distintos sub-sistemas.

La falla principal de la teoría de los sistemas de Luhmann es que el “sentido” comunicativo con que operan “sus” sistemas es, desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, un “sin-sentido” lingüístico, puesto que hace abstracción del elemento ilocucionario que forma parte de cualquier acto de habla, para que, como hemos visto en el capítulo segundo,<sup>30</sup> pueda existir la mínima unidad lingüística con sentido. Es decir, el sentido sistémico de Luhmann no es un sentido completo o determinado, pues se compone únicamente del elemento proposicional de cualquier acto de habla y, sólo “presupone” el elemento ilocucionario, lo cual nos permite decir que los actos de habla de que se componen, tanto la teoría de Luhmann como los sistemas comunicativos a que se refiere su teoría, son actos de habla perlocucionarios.

Que la teoría de los sistemas de Luhmann contenga actos de habla perlocucionarios, que implican una contradicción “performativa” entre el elemento proposicional explícito y el elemento ilocucionario implícito, se puede ejemplificar con aquél enunciado con que Luhmann ha “escandalizado” a la teoría social que dice que “no existen los sujetos sino sólo comunicaciones.”<sup>31</sup> La contradicción

---

<sup>29</sup> Para ver la crítica de Habermas a Luhmann ver, *La lógica de las ciencias sociales*, Capítulo 6, pp. 309-419.

<sup>30</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.2.

<sup>31</sup> Luhmann, Niklas y De Georgi, Raffaele, *op. cit.* p. 52: “No es el hombre quién puede comunicarse; sólo la comunicación puede comunicar”; p. 53: “El acoplamiento estructural entre comunicación y conciencia, por su modo de funcionar sin ruido y sin visibilidad, no excluye

performativa queda patente si hacemos explícito el elemento ilocucionario de este acto de habla, que podría ser: “yo, el sujeto Luhmann afirmo que”, con el elemento proposicional del mismo que es: “no existen los sujetos”, pues el acto de habla completo quedaría como sigue: “yo, el sujeto Luhmann, afirmo que no existen los sujetos”, cuya contradicción es palmaria, pues si es cierta la proposición, Luhmann no podría enunciarla.

Ahora bien, los actos de habla de que se componen los sistemas comunicativos, tal como los describe Luhmann, son actos de habla perlocucionarios, pues el elemento ilocucionario de los mismos también se encuentra implícito y se sustrae a cualquier problematización o desempeño. Aquí Luhmann tiene parcialmente razón, pues, en las sociedades modernas, los sub-sistemas sociales operan con sentidos implícitos o con actos ilocucionarios supuestos. Por ejemplo, los títulos de crédito, en tanto que actos de habla, sólo presuponen, pero no “ponen” diría Hegel, la obligación subyacente que los ha generado, cuya validez es independiente de la validez del título, por ello no se pueden oponer (problematizar) al tenedor del mismo, las excepciones personales que tenga el obligado contra quién ha contratado, originariamente.<sup>32</sup> Es decir, al derecho cambiario moderno no le importa la justicia, ni la verdad, ni la verdad ni la rectitud, si no están contenidas en la ley de títulos de crédito. Es un sub-sistema operacionalmente cerrado que reduce la

---

absolutamente que quienes forman parte de la comunicación sean identificados en la comunicación o que además sea a ellos a quienes se dirija la palabra. Bajo este aspecto, uniéndonos a una vieja tradición, los llamaremos personas, es decir, diremos que el proceso de comunicación está en condiciones de personificar referencias externas.” Desafortunadamente no podemos citar a la “comunicación” que, según Luhmann es la que nos comunica lo anterior, pues Luhmann mismo no sólo es la “personificación de una referencia externa”, sino es quién escribió tal comunicación y tenemos que citarlo a él y no a la “comunicación”.

<sup>32</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 477.

complejidad del entorno mercantil, es decir, aumenta la seguridad de las operaciones comerciales.

Pero parcialmente Luhmann no tiene razón, pues considera que la clausura autopoietica de los sub-sistemas es inevitable, pues los equipara, analógicamente a los sistemas biológicos, y no los analiza con categorías sociales, comunicativas en este caso. Si los sistemas operan con sentido, y el sentido social es, predominantemente lingüístico, lo más adecuado es analizarlos con categorías lingüísticas. Las metáforas biológicas sólo tendrían una función ilustrativa, representativa pero no conceptual, diría Hegel.<sup>33</sup> Ahora bien, la autopoiesis sistémica podríamos entenderla, lingüísticamente como aquél conjunto de actos de habla, cuyo elemento ilocucionario, al encontrarse implícito, se sustrae a cualquier problematización, y, por tanto, a cualquier justificación.<sup>34</sup> Es decir, en términos de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la clausura de un sistema social se produce porque los actos de habla de que se compone, están integrados por elementos ilocucionarios total y permanentemente asertóricos. La actitud ilocucionaria de los sujetos que los operan es siempre categórica, nunca hipotética. *Un sistema social de comunicación es autopoietico, cuando no permite que sus operadores asuman, en ningún caso, actitudes ilocucionarias hipotéticas, sino únicamente actitudes ilocucionarias asertóricas.* De manera que los elementos proposicionales de que se componen los actos de habla que lo integran, en ningún momento se pueden mediar con los de los demás restantes sistemas de

---

<sup>33</sup> Podría ponerse a prueba la validez de la analogía entre los sistemas biológicos y los sistemas sociales, con base en las metáforas que puedan derivarse de ellas, de acuerdo a la tesis que proponemos en el inciso núm. 5.2.6.

<sup>34</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.2.

comunicación.

De este modo los títulos de crédito como actos de habla del sistema jurídico cambiario de comunicación, no permiten que se suponga, hipotéticamente, que el obligado a pagarlos haga valer, contra el tenedor, las excepciones personales que pueda tener contra el primer titular del documento. La autonomía de los títulos de crédito no es otra cosa sino un caso de la autopoiesis sistémica del derecho cambiario, integrado por actos de habla perlocucionarios que impiden que se tematizen, procesalmente, todos los ingredientes relevantes de la situación crediticia, en perjuicio de los deudores. La vinculación de la “perlocucionariedad” de los títulos de crédito con el fetichismo del capital, en sentido marxista, lo abordaremos en el capítulo cuarto.

*Por el momento quisieramos destacar que es posible interpretar la “autopoiesis sistémica” de los sub-sistemas sociales como efecto de dicha “perlocucionariedad”, y, por tanto, superable ilocucionariamente, en principio. En otros términos, es posible que la clausura autopoietica de los sistemas de comunicación se transforme en una apertura “heteropoiética”, en la medida en que podamos combinar los elementos ilocucionarios asertóricos de los actos de habla de los que se componen con elementos ilocucionarios hipotéticos, pues de esta forma podemos mediar y redeterminar los elementos proposicionales de los mismos actos de habla, de una manera recíproca con los de otros sistemas.*

Nos parece que, con base en estas ideas, podemos proponer un concepto de *sistema jurídico, compuesto por actos de habla cuyos elementos ilocucionarios puedan ser, alternativamente, asertóricos e hipotéticos, para poder clausurar y abrir el sistema jurídico, en aras de la seguridad jurídica y de la justicia, respectivamente.*

Antes de aplicar este concepto de sistema jurídico a los distintos procedimientos jurídicos de creación normativa, reinterpretaremos, discursivamente, forma como Kelsen clausura el sistema jurídico mediante la “Grundnorm”.

#### **3.1.4. El principio del discurso y la “Grundnorm”**

Si Kelsen pensara en términos de la teoría de sistemas, es posible que considerara a su teoría de la “Grundnorm” como la clausura del sistema jurídico, y si lo hiciera en términos de la teoría del acto de habla, ella misma sería tanto la clausura como la apertura del sistema. Para ello es necesario relativizar la interpretación de la norma hipotética fundamental (Grundnorm) de Kelsen como ficción. Como veíamos más arriba, Correas considera que la “Grundnorm” de Kelsen, como fundamento del sistema jurídico, es una ficción, no de Kelsen, sino de los juristas,<sup>35</sup> pues ellos, al argumentar fingen que la constitución es válida, pues no cuestionan la validez de la constitución, ni argumentan más allá de la propia constitución. De modo que la validez del sistema jurídico pende de considerar ficticiamente a la constitución como válida.

Kelsen mismo distingue entre hipótesis y ficción, diciendo que tanto una como otra, no responden a la realidad, pero en la ficción no se tiene conciencia de esta falta de correspondencia con la realidad, mientras que, en la hipótesis si existe esta conciencia de la falta de su correspondencia con la realidad.<sup>36</sup> Sin embargo, parece

---

<sup>35</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.1.1.

<sup>36</sup> Kelsen, “La función de la constitución”, en *Derecho y Psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 86: “Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no

ser que, en el lenguaje ordinario, se entiende por hipótesis una aseveración que se va a poner a prueba con la realidad, es decir, que no se sabe si corresponde o no con la realidad, por ello, es una afirmación hipotética, en el sentido de Habermas. Y por ficción, algo que o se cree que tiene correspondencia con la realidad o no se cree que tenga tal correspondencia. Es decir, es una afirmación dogmática o asertórica, en términos de Habermas.

Si usamos esta distinción de Habermas, entre actos de habla asumidos en actitud hipotética y actos de habla asumidos en actitud asertórica, podemos decir que la norma hipotética fundamental como fundamento del sistema jurídico, no sería otra cosa que asumir a los actos de habla constitucionales en actitud hipotética, es decir, susceptibles de ser problematizados y, por tanto, desempeñables argumentativamente. En cambio, la ficción que fundamenta a la constitución, no sería otra cosa sino la asunción de los actos de habla constitucionales, en actitud asertórica, es decir, no problematizables y no desempeñables, argumentativamente.

En consecuencia, desde el punto de vista de la ética del discurso habermasiana, la construcción kelseniana de una norma que fundamente a la constitución es innecesaria, pues tal norma no sería otra cosa sino los actos de habla (o meta-actos de habla), expresivos o argumentativos mediante los cuales se asume la validez de la constitución, cuyo elemento ilocucionario, es la hipótesis fundamental (en el caso de la norma hipotética fundamental) o el elemento

---

logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa: interpretarlas como normas válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de la ficción. Nótese, por lo tanto, que la norma básica en el sentido de la filosofía del 'como si' vaihingeriana no constituye una hipótesis –como yo mismo la he caracterizado algunas veces- sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad.”

perlocucionario (en el caso de la ficción fundamental) de los actos de habla constitucionales, y cuyos elementos proposicionales, serían los contenidos de la misma constitución.

En otras palabras, como todo acto de habla regulativo, la constitución puede ser considerada válida sólo *prima facie*, es decir, sólo tiene a su favor una pretensión de validez que puede ser puesta en cuestión y defenderse, ambas en actitud hipotética, de modo que ni se acepte ni se rechace, asertóricamente. La teoría constitucional tradicional considera, asertóricamente, que, independientemente, del examen comunicativo de su validez, la constitución es válida, mientras que la teoría crítica considera, también asertóricamente, que la constitución sólo es válida ficticiamente. Para la teoría de los actos de habla jurídicos tendrá que examinarse, en cada caso, la validez comunicativa de los procesos de creación constitucional.

Si en el proceso de creación de la constitución se cumplieron los requisitos de validez comunicativa de cualquier acto de habla, tanto en lo que se refiere a las deliberaciones de los constituyentes como a la elección de los mismos, podemos decir que la constitución es válida. Es decir, encuentra su fundamento en el principio del discurso.<sup>37</sup> Si no se han cumplido, tales requisitos, tanto en la elección como en la deliberación de los constituyentes, podemos afirmar que la constitución no es válida, desde el punto de vista del principio del discurso mencionado. Esto no significa, necesariamente, que la constitución no deba ser obedecida, sino que, puede suceder que, en cada acto de aplicación de la misma, ya sea legislativo, administrativo o judicial, sea necesario convalidarla, también comunicativamente, es

---

<sup>37</sup> Ver *supra*, inciso núm. 1.2.

decir, que se interprete de la manera como lo hubieran hechos unos constituyentes comunicativa o discursivamente racionales.<sup>38</sup>

Puede suceder también, que tal convalidación comunicativa no sea posible, en la mayoría de los casos. Es entonces, cuando estaremos en presencia de la procedencia de la desobediencia civil o de la acción revolucionaria. La “Grundnorm” como fundamento ficticio de la constitución, no puede fundamentar, *a priori*, el deber de obediencia a las normas jurídicas, al no cumplir con el principio del discurso, es decir, al impedir la participación de los afectados en la creación del sistema jurídico, por lo que es posible, desde el punto de vista de la ética del discurso, una vez haber intentado, infructuosamente, su convalidación discursiva, acudir a la desobediencia civil de una norma notoriamente injusta.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 169: “Pero si los discursos (...) constituyen el lugar en el que se puede formar una voluntad racional, la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los afectados. Por tanto, la conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en que el “sistema de derechos” se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden a su vez institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma.”

<sup>39</sup> Ver *infra*, inciso núm. 4.6.

### **3.2. Análisis comunicativo de los procesos legislativos**

El principio del discurso, en tanto que expresión de la democracia radical, no tan sólo nos sirve para distinguir entre la “Grundnorm”, en tanto que fundamento asertórico o ficticio o como fundamento hipotético de la constitución, sino también como criterio para determinar la validez ético-discursiva de las leyes o normas generales del sistema jurídico. Para ello, nos valdremos de las teorías de Habermas y de Apel para aplicarlas al discurso del derecho, lo cual, lo repetimos, no quiere decir que éstas sean sus opiniones al respecto.

#### **3.2.1. Coordinación comunicativa de la acción social**

La siguiente interpretación de la teoría de Habermas,<sup>40</sup> nos parece que es válida para cualquier proceso de comunicación social, pero nos parece particularmente útil, en el análisis de los procedimientos jurídicos legislativos, es decir, en la ética del discurso jurídico de las normas generales. Partimos de la idea de que el uso más pragmático del lenguaje es la *coordinacion de la acción social*. Por acción social, Habermas entiende no tan sólo cualquier interacción entre dos o más sujetos capaces de lenguaje y de acción, sino *la secuencia de interacciones recíprocas*. El lenguaje tiene que garantizar la secuencia de interacciones. Para ello se precisa, normalmente de un plan de acción social. Incluso, en la más

---

<sup>40</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.7.2.; Habermas, “Sobre el concepto de acción comunicativa”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp. 479-507.

mínima interacción, como por ejemplo, las actividades que una familia realiza un fin de semana, se requiere de un plan, aunque sea mínimo también. Con mayor razón se necesita de un plan de acción social, cuando se trata de interacciones entre grandes conglomerados humanos.

Para Habermas, *el plan de acción social* se compone, cuando menos, de las siguientes fases: la interpretación común de la situación, las alternativas de acción y la ejecución del plan. Sólo tomando en cuenta estas tres fases del plan de acción, es posible garantizar la secuencia de interacciones recíprocas. La interpretación de la situación problemática debe ser común entre los participantes en la interacción. Sin el acuerdo en la interpretación de las necesidades de los participantes, no es posible la coordinación de la acción social, no es posible la misma acción social. Si cada quién interpreta de diferente manera los elementos de la situación, si no se ponen de acuerdo en la interpretación de la situación que afecta a ambos, la acción social, la coordinación de sus acciones no sería posible.

La *interpretación común de la situación* es, quizá, la fase más importante de la planeación de la acción social, pues de ella se derivan las *alternativas de acción*. Según como sea dicha interpretación, las alternativas serán unas o serán otras. Así mismo, la *eficacia del plan de acción social* se encuentra vinculada con las alternativas elegidas para resolver la situación social, las cuales dependen de la interpretación común de la situación. Si la interpretación no es la adecuada, la eficacia del plan dejará mucho que desear, porque las alternativas serán poco pertinentes a la situación.

Las fases del plan de acción social, pueden relacionarse con los tipos de acción social que, para Habermas, pueden ser dos: la acción social orientada al

éxito y la acción social orientada al entendimiento mutuo. *La acción social orientada al éxito* es aquella en la cual los participantes buscan su éxito, a cualquier costo o a cualquier precio, mediante un lenguaje patológico. Por su lado, *la acción social orientada al entendimiento mutuo* también busca el éxito, pero no a cualquier precio, sino *acción instrumental* mediante un lenguaje racional.<sup>41</sup>

A la acción social orientada al éxito, se puede subdividir en tres sub-tipos de acción social: la acción instrumental, la acción estratégica y la acción dramatúrgica. Por su parte, la acción social orientada al entendimiento es la acción comunicativa, de donde deriva el nombre de la teoría de Habermas: la teoría de la acción comunicativa. Definamos cada una de ellas.

En la, los participantes se instrumentalizan unos a otros, es decir, se utilizan como *instrumentos*, es decir, el lenguaje mediante el cual se realiza esta acción padece de la patología de la violencia, abierta o subrepticia. Aunque se usa en todos los ámbitos de la realidad social, es particularmente usada en las relaciones económicas de mercado. Por ejemplo, en la contratación de la fuerza de trabajo o en la incondicionalidad de los contratos de adhesión.

En la *acción estratégica*, los participantes simulan llegar a un acuerdo sin el propósito de cumplirlo. Este tipo de acción le puede encontrar también en cualquier interacción social, pero es la acción que predomina en la política y en la política jurídica, por tanto. El engaño estratégico, como hemos visto, puede ser total o parcial. Por ejemplo, la demagogia electoral es un engaño completo y la publicidad comercial y las ideologías políticas y religiosas, pueden entenderse como engaños parciales, lo cual las hace mucho más eficaces que la primera, para lograr el éxito, a cualquier precio.

---

<sup>41</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.7.2.

La *acción dramática* es aquella en la cual los participantes hacen uso de los sentimientos del otro y le ocultan sus propios pensamientos para lograr salirse con la suya. Es decir, se hace un drama para lograr que el otro acepte nuestro punto de vista o que actúe como nosotros queremos. Se usa sobre todo en la vida privada, aunque no está ausente de otros ámbitos de la vida social. Los actos de habla, mediante los cuales se realiza, padecen también de la patología de la falta de veracidad e incluso de rectitud. Por ejemplo, cuando, en las relaciones de pareja, los hombres hacen los ofendidos y las mujeres lloran para lograr el éxito.<sup>42</sup>

Por su parte, *la acción comunicativa* es la acción orientada al entendimiento mutuo, en la cual los participantes están dispuestos a convencer y a dejarse convencer mediante los mejores argumentos. Es decir, es la acción social coordinada mediante actos de habla cuyo elemento ilocucionario es una actitud hipotética. Es la acción social paradigmática, es decir, la que sirve de modelo para criticar las acciones sociales y determinar la medida en que se acercan o se alejan de este modelo. No es que Habermas crea, como muchos malinterpretan, que sea esta acción la que describe las acciones sociales reales, sino que es el concepto, en sentido hegeliano, al que deben aspirar las acciones sociales reales. Podemos decir que *la acción comunicativa es la medida ética de las acciones sociales, entre ellas, las acciones jurídicas*. Por esta razón, podemos aplicar este modelo al análisis de los procesos jurídicos de creación y de aplicación de las normas

---

<sup>42</sup> La acción dramática puede ser tanto una acción orientada al éxito, como una acción orientada al entendimiento. Ver Habermas, "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa, Complementos y estudios previos*, pp. 487, 491, 492.

jurídicas, para verificar en que medida se acercan o se alejan de la acción comunicativa.

Comparemos ahora, la acción social orientada al éxito y la acción social orientada al entendimiento, con respecto de las tres fases del plan de acción social. Comencemos con la interpretación común de la situación. Si la acción instrumental, o la acción estratégica o la acción dramática buscan el éxito a cualquier precio, lo que va a suceder, al momento de interpretar la situación que se quiere resolver, es que *no se van a tematizar*, de una manera adecuada, ni de una manera completa ni de una manera suficiente, los ingredientes o elementos o factores relevantes de la misma situación problemática. Tematizar significa convertir en tema explícito del discurso los elementos o ingredientes relevantes de la situación, sin dejarlos sobreentendidos o implícitos, de modo que se reduzcan los equívocos o los malos entendidos, a lo mínimo.

La manera como puede impedirse la adecuada tematización de un ingrediente relevante depende de la acción utilizada para ello: si se actúa instrumentalmente, la adecuada tematización se impide mediante la violencia abierta o subrepticia. Si se actúa estratégicamente, una amplia tematización se impide mediante el engaño parcial o total. Y si se actúa dramáticamente, la manera de impedir una suficiente tematización, puede ser la violencia subrepticia o el engaño parcial.

Por su parte, tratándose de la acción orientada al entendimiento, es decir, de la acción comunicativa, *se intentan tematizar* todos los ingredientes relevantes de la situación, mediante la participación libre de coacción, de engaño, de error y de oscuridad (libre de patologías de la comunicación) de todos los afectados por la

situación o por sus representantes (principio del discurso). Si no participan todos los afectados por la situación, es probable que los puntos de vista de los no participantes no sean tomados en cuenta en la interpretación de la misma situación. Claro que la falta de tematización también puede llevarse a cabo mediante cualquiera de las patologías de la comunicación, como hemos visto.

Si, en la acción orientada al éxito, no se consideran todos los aspectos de un problema, por causa de cualquiera de las patologías de las acciones instrumentales, estratégicas o dramatúrgicas, la consecuencia de ello es que se *restringen o se limitan las alternativas de solución* al mismo problema, porque los ingredientes no tematizados aparecen, en el discurso, como obstáculos intocables e inamovibles de la situación. Esta falta de tematización o de discusión y su subsecuente “intocabilidad”, nos parece, que es el origen de las ideologías. Es decir, es la abstracción, en el sentido de Hegel, y la falacia abstractiva, en el sentido de Apel lo que ocasiona la falsa conciencia de la realidad o la inversión de la realidad en la conciencia, en el sentido de Marx y de Correas.<sup>43</sup>

Por ello, en la acción comunicativa, la tematización completa de los ingredientes más relevantes de la situación, permite encontrar *alternativas adicionales de solución* al problema social que se pretende resolver. En ella los obstáculos ideológicos se pueden transformar en recursos comunicativos que contribuyan a la solución de la situación social. Los ingredientes no tematizados

---

<sup>43</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 116.

que, por ello, eran obstáculos ideológicos inamovibles, pueden ser retomados y, por ello, redeterminados en los aspectos morales de la solución.<sup>44</sup>

En la tercera fase del plan de acción social, la acción social orientada al éxito, paradójicamente, *la eficacia del mismo es muy baja*, pues las alternativas de solución han quedado restringidas y limitadas por los ingredientes no tematizados, convertidos en ideologías, que impiden remover los obstáculos reales de la situación. Eso no impide que algunos de los participantes en la interacción tengan éxito en la consecución de sus intereses personales o sistémicos, a lo cual podemos llamar efectividad del plan de acción social. Si sólo existe efectividad del plan, pero no eficacia, la situación problemática volverá a resurgir, constantemente, hasta que los intereses de todos los participantes hayan sido considerados y tomados en cuenta adecuadamente.

Esto es lo que sucede en la acción social orientada al entendimiento, en la acción comunicativa, pues si los ingredientes no tematizados, inicialmente, se retomados y se transforman en recursos adicionales de solución, *la eficacia del plan aumenta* en esa misma medida. En este caso la eficacia y la efectividad del plan se identifican, pues los intereses de todos los afectados han sido tomados en cuenta, de modo que la situación se ha resuelto, en la medida en que han quedado satisfechos los intereses de todos los afectados por la misma.

Del análisis del esquema comunicativo podemos extraer algunas conclusiones: la primera de ellas es que la eficacia de la acción social se encuentra estrechamente vinculada con la ética del discurso. Si distinguimos,

---

<sup>44</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 50.

como hace Correas,<sup>45</sup> entre eficacia y efectividad, podemos decir, de acuerdo a Habermas, que *la acción social eficaz es la que se encuentra coordinada por la ética del discurso* y la acción social, puramente efectiva, es la que se encuentra coordinada por patología del discurso. La segunda conclusión es que *las ideologías sociales son obstáculos de la eficacia de la acción social y son producto de la falta de tematización* de alguno o algunos de los ingredientes de la situación social que la acción social quiere resolver. Y la tercera es que la acción comunicativa es la acción social eficaz porque se encuentra coordinada por actos de habla cuyo *elemento ilocucionario es una asunción hipotética*, es decir, son emitidos en actitud de tercera persona, lo cual permite una adecuada tematización o retematización de los ingredientes de la situación social, incrementando las alternativas de acción; mientras que la acción orientada al éxito está coordinada por actos de habla cuyo *elemento ilocucionario es una asunción asertórica*, o emitidos en actitud de primera o de segunda persona, lo cual obstaculiza la adecuada tematización, restringiendo las alternativas de acción y, por tanto, reduce la eficacia de la acción social aunque no su efectividad, necesariamente.

### **3.2.2. Ética del discurso**

El esquema de la coordinación comunicativo de la acción social propuesto por Habermas es un excelente método de crítica y de *análisis comunicativo* de las acciones sociales reales e incluso de *redeterminación comunicativa* de la acción

---

<sup>45</sup> Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, Capítulos 8 y 9, pp. 207-253.

social. Sin embargo, puede resultar difícil de servir como guía en la práctica de acciones sociales reales por su elevada exigencia de racionalidad comunicativa, como seguido se le ha reprochado a Habermas. En el mundo social real la realización de la acción comunicativa es sumamente rara, el mismo Habermas lo reconoce.<sup>46</sup> Lo importante es que la acción social real se acerque, paulatinamente a su modelo ético y racional. Mientras tanto, las exigencias comunicativas de la acción pueden flexibilizarse un tanto, en determinadas condiciones y con determinados requisitos. Tales condiciones y requisitos es lo que se llama la ética del discurso que Habermas ha retomado de varios autores, sobre todo de Apel.<sup>47</sup>

Podemos resumir la teoría de la ética del discurso de este último autor en cinco puntos: los niveles de desarrollo de la conciencia ética; la distinción entre la ética de los principios y la ética de la responsabilidad; la búsqueda del consenso posible; las contradicciones performativas y las falacias abstractivas. Analizaremos cada uno de ellos.

La ética del discurso parte de la validez de la acción comunicativa como exigencia de eticidad y de racionalidad. Esta supone, en abstracto, que todos los sujetos capaces de lenguaje y acción están obligados igualmente a cumplirla. Sólo que los sujetos se encuentran en distintos *niveles de desarrollo de su conciencia ética*. Siguiendo a autores como Piaget y Kohlberg, Apel y Habermas distinguen hasta seis niveles de desarrollo de la conciencia ética, pero que podemos reducir a sólo tres: el nivel pre-convencional, el nivel convencional y el

---

<sup>46</sup> Habermas, "Entrevista con la "New Left Review", en *Ensayos políticos*, p. 196.

<sup>47</sup> Apel, Karl-Otto, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant", en *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación* de Apel, Dussel y Fernet, pp. 11-44.

nivel post-convencional. En el primero, es decir, en el nivel pre-convencional, se encuentran aquellos sujetos que sienten la obligación moral de reconocer como sujetos, sólo a las personas de su familia, es decir, están guiados por intereses. Es el nivel alcanzado por los niños y algunos adultos delincuentes.

En el segundo, es decir, en el nivel convencional, se encuentran aquellos que sienten la obligación moral de reconocer como sujetos, a miembros de grupos más amplios, como los miembros de su país, de su raza, de su religión, de su partido, de su sexo, de su clase, entre otros, pero no a los extranjeros, a los “negros”, a los “protestantes”, a los “liberales”, a las “mujeres”, a los “pobres”, a los “indígenas”, etcétera. Están guiados por normas. Es el nivel de la moral convencional de un grupo social más o menos amplio.

Por último, en el tercer nivel, es decir, en el nivel post-convencional, se encuentran aquellas personas que sienten la obligación moral de reconocer como sujetos a todos los seres humanos, independientemente de su país, de su raza, de su religión, de su ideología política, de su sexo, de su clase social, etcétera. Están guiados por principios y por la actitud en tercera persona. Son aquellos que creen en los derechos humanos, son los que tienen una conciencia ética universal. Es la conciencia de los grandes hombres de la historia de la humanidad.

Ahora bien, vamos a suponer que, por alguna razón, tienen que coordinar su acción social, sujetos que tienen un diferente nivel de desarrollo de su conciencia ética. Supongamos, que tienen que coordinarse, por un lado, Eichman y, por otro lado, Gandhi. El primero, con un nivel de desarrollo pre-convencional o convencional de su conciencia ética, está dispuesto a utilizar todas las acciones sociales, tanto instrumentales como estratégicas y dramatúrgicas, con tal de

salirse con la suya. El segundo, con un nivel de desarrollo post-convencional de su conciencia ética, ¿sólo va actuar comunicativamente? ¿No le es lícito actuar estratégicamente o instrumentalmente cuando el primero sí lo va a hacer e incluso ya lo esta haciendo? ¿Hasta que punto está obligado a tolerar las acciones patológicas de Eichman? ¿Indefinidamente? O ¿puede pasar a una acción orientada al éxito inmediatamente? Estas preguntas son más comunes de lo que parece. Se las puede plantear un abogado ante un contrincante que no juega limpio. Un maestro ante sus alumnos desordenados. Un gobernante ante sus gobernados rebeldes. Un fiscal o un defensor ante el acusado o su defendido, respectivamente.

Para empezar a responder a ellas, Apel y Habermas, con base en Weber, han distinguido entre *la ética de principios* y *la ética de la responsabilidad*. La primera es la ética que resulta de la acción comunicativa, es decir, de la ética que busca el entendimiento mutuo sin ninguna patología comunicativa. La segunda es la ética que resulta de la situación de un sujeto que tiene bajo su responsabilidad a otra persona o a un grupo social, como lo puede ser el abogado, el maestro, el gobernante, el fiscal, el mismo Gandhi. Alguien, en una situación de responsabilidad no puede estar sujeto, incondicionalmente, a una ética de principios. Es decir, puede dejar de cumplir la ética de principios para salvaguardar a las personas que están bajo su responsabilidad. El caso de la legítima defensa lo ilustra bastante bien.

Pero, dejar de cumplir la ética de principios para salvaguardar a los que están bajo la responsabilidad de alguien, no quiere decir que pueda pasar a la acción estratégica o a la acción instrumental o a la acción dramaturgica, en

cualquier momento. Es necesario, dice Apel, agotar las posibilidades del consenso, *buscar el consenso posible*. Es decir, antes de pasar a la ética de la responsabilidad, es imperativo tratar de intentar llegar a un acuerdo con el otro, o sea, tratar de lograr una interpretación común de la situación, tematizando todos los elementos relevantes de la misma, hasta el momento mismo en que el peligro de los que están bajo la responsabilidad se vuelva actual e inminente. Este mismo criterio, el del peligro eminente de quienes están bajo responsabilidad, será el límite de las acciones instrumentales o estratégicas que se tomen para ello, pero no más allá, pues se estaría incumpliendo la misma ética de la responsabilidad.

Hay que tomar en cuenta que, es posible y es común, que la búsqueda del consenso posible, sea sólo una simulación, con el objeto de querer justificar un incumplimiento de la acción comunicativa con el pretexto del peligro de quienes se encuentran bajo la responsabilidad de alguien, en especial, los gobiernos y las autoridades judiciales y administrativas. Para tratar de detectar la búsqueda simulada del consenso posible, hay que detectar, lo que Apel llama, las *contradicciones performativas*, es decir, la contradicción entre el elemento ilocucionario y el elemento proposicional de los actos de habla que coordinan la acción social, entre la intención ilocucionaria y la expresión proposicional, entre lo que se dice y la intención con la que se dice. Dicha contradicción puede evidenciarse, confrontando ambos elementos de los actos de habla, cuando están expresos ambos, pero cuando el elemento ilocucionario se encuentra implícito, se puede comparar la coherencia de los enunciados proposicionales entre sí y con algunos indicios contextuales de la intención ilocucionaria no explícita.

Pero para ello, es necesario contar con la mayor información posible, evitando caer o identificando las *falacias abstractivas*, en términos de Apel, es decir, en la creencia de que una parte de la información es toda la información. Es en la búsqueda de las contradicciones performativas donde se hace más necesario señalar la necesidad de la completa tematización de todos los elementos relevantes de la situación. Si la otra parte se niega, obstinadamente, a tematizar, es posible que esté incurriendo en falacias abstractivas para ocultar sus contradicciones performativas. Sólo entonces es válido no tematizar adecuadamente, pero sólo en la medida y en el tiempo necesario para evidenciar las contradicciones performativas del interlocutor, todo ello para retematizar adecuadamente los ingredientes relevantes de la situación comunicativa.

La ética del discurso no clarifica, con precisión, cuando nos encontramos en la ética de la responsabilidad o en la simulación de la ética del discurso, pues tanto las falacias abstractivas como su combate “responsable” pueden llevarnos a no tematizar adecuadamente y, por tanto a limitar las alternativas de acción, a las que convienen a sólo una de las partes, con lo cual la acción social sólo reproducirá o agravará la situación problemática indefinidamente. A pesar de ello, sí nos proporciona algunos principios generales que pudieran orientar nuestra acción e ilustrar nuestro análisis y nuestra crítica. Podemos señalar tres criterios o principios, cuando menos. El principio más general es que hay que actuar comunicativamente. El segundo es que, cuando no se pueda actuar comunicativamente, por una situación de responsabilidad, hay que asumir, hipotéticamente, la voluntad de consenso en el interlocutor, cuando investiguemos las contradicciones performativas y sus falacias abstractivas de sus actos de

habla. Y el tercer principio podría ser, la asunción hipotética de que no buscamos el consenso cuando intentamos demostrar que no incurrimos en contradicciones performativas o en falacias abstractivas en nuestros actos de habla.

Es claro que esta dialéctica de la ética del discurso no resuelve todos los problemas, ni mucho menos, pero puede servirnos de guía cuando actuemos socialmente, en actitud participante, en primera o segunda persona, o cuando analicemos comunicativamente las acciones sociales, en actitud objetivamente, en tercera persona, como dice Habermas.<sup>48</sup>

### **3.2.3. La ética del discurso legislativo**

En este inciso, intentaremos aplicar la ética del discurso a los procedimientos de creación legislativa de normas jurídicas generales. Nuestro punto de partida, nuestro “tópico”, será el hecho general de que los procedimientos jurídicos son procedimientos sociales de comunicación sujetos a reglas. Tanto los procedimientos jurídicos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales pueden ser interpretados, ya en lo particular, como “*actos de habla argumentativos*”, sujetos a *actos de habla regulativos*.<sup>49</sup> Es decir, los actos de habla regulativos que “regulan” los procedimientos jurídicos son las normas que, según Kelsen, establecen los procedimientos de creación normativa de un sistema jurídico. Y los actos de habla argumentativos son los procedimientos concretos de creación de normas, es decir, de creación de nuevos actos de habla regulativos.

---

<sup>48</sup> Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, pp. 172, 186.

<sup>49</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.1.2.

Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, puede interpretarse el modelo de sistema jurídico de Kelsen, como una estructura de actos de habla regulativos y argumentativos.<sup>50</sup>

Si esta interpretación fuera posible, la cuestión de la “eticidad” del derecho se podría plantear con toda legitimidad filosófica, por la razón de que el elemento ilocucionario de los actos de habla, es decir, su intención ilocucionaria, puede ser moral o inmoral. Tanto los actos de habla regulativos como los argumentativos puede padecer diversas patologías de la comunicación, en el sentido de Habermas.<sup>51</sup> Nos parece que la moralidad o la inmoralidad de los actos de habla regulativos provienen de la moralidad o de la inmoralidad de los actos de habla argumentativos mediante los cuales se discutió la aprobación de aquellos.

Por otro lado, si recordamos que, según el propio Habermas, el uso más pragmático del lenguaje es la “coordinación de la acción social”,<sup>52</sup> entonces la cuestión de la eticidad del derecho, entendido como actos de habla, no se encuentra desvinculada de su eficacia, es decir, de la finalidad del derecho que, al decir de Del Vecchio, consiste en coordinar, de manera objetiva, las acciones de varios sujetos, sin ningún impedimento ético.<sup>53</sup> Si entendemos esto a la manera

---

<sup>50</sup> Ver *supra*, inciso, núm. 3.1.2.

<sup>51</sup> Ver *supra*, inciso, núm. 2.1.5.

<sup>52</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, p. 124: “el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (...) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones (...) En este modelo de acción el lenguaje ocupa, como veremos, un puesto prominente.”

<sup>53</sup> Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, p. 327, p. 327: “el derecho consiste en la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento.”

comunicativa, podemos decir que, *la eficacia de la coordinación social depende de la ética del discurso jurídico*. Claro que ésta, es sólo una hipótesis que habrá que demostrar en un estudio sociológico jurídico, al respecto. Aquí sólo nos compete formularla con mayor amplitud.

Ahora bien, si redeterminamos la teoría de Kelsen y la de Del Vecchio por medio de la teoría de Habermas, podemos decir que *la coordinación de la acción social es eficaz cuando la estructura de actos de habla regulativos y argumentativos se articula mediante la ética del discurso jurídico*. Partimos de tópico “*Del Vecchio-Habermas-Kelsen*”, de que el discurso jurídico tiene como finalidad la coordinación de la acción social de grandes conglomerados humanos, como los habitantes de un país, de un estado o de una región. Por ello, podemos entender a la ley como un plan de acción social, en el que el discurso legislativo está constituido por los actos de habla argumentativos que buscan una interpretación común de la situación, por parte de los afectados por la misma; los artículos de la ley serán entendidos como los actos de habla regulativos que constituyen las alternativas de acción y la aplicación de la ley son los actos de habla argumentativos y regulativos que sirven para la ejecución del plan de acción.

Del mismo modo, podemos distinguir dos modalidades jurídicas de acción, que pueden ser orientadas al éxito y orientadas al entendimiento. Las primeras se encuentran constituidas por actos de habla realizados en actitud asertórica y las segundas, por actos de habla realizados en actitud hipotética. Sólo las primeras pueden ser consideradas éticas y racionales y no las segundas, distinción que no toma en cuenta ni Kelsen ni Del Vecchio.

---

La falta de ética en el discurso legislativo va llevar que, en los debates legislativos no se tematizen todos los elementos relevantes de la situación problemática que el plan legal pretende resolver, debido a las actitudes instrumentales, estratégica o dramatúrgicas de los legisladores. Por ejemplo, en la discusión de la iniciativa de reformas de la constitución en materia penal, sobre el cuerpo del delito y los elementos del tipo, no se tematizaron adecuadamente los aspectos a favor o en contra de cada una de las alternativas, sino que se incurrió en falacias abstractivas, mediante la realizaron acciones estratégicas por parte de la entonces bancada oficialista (como desviar la atención a temas incidentales) o acciones dramatúrgicas (como la exagerada alarma social por la inseguridad pública). Así mismo, se simuló un consenso entre los especialistas para ocultar las contradicciones performativas entre ellos mismos. Ello llevó, por supuesto a reducir las alternativas de acción legal, pues todo se orientó a reducir las garantías penales de los procesados y aumentar las penas, como única alternativa para reducir la impunidad y la inseguridad. Todo ello, por asumir una actitud asertórica en sus actos de habla, por parte de quienes elaboraron y quienes estuvieron a favor de la iniciativa. En un trabajo dedicado especialmente, predecimos una muy baja eficacia de dichas reformas en el combate a la impunidad y a la inseguridad pública, aunque se haya aumentado la efectividad en el número de los detenidos preventivamente, pues no todos los factores del aumento de la delincuencia no se tematizaron adecuadamente, en el procedimiento legislativo correspondiente.<sup>54</sup>

Si, en el mismo ejemplo, los legisladores, tanto los que estaban a favor o en contra de la iniciativa, hubieran asumido una actitud hipotética en sus respectivos

---

<sup>54</sup> Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, p. 86.

actos de habla, es posible que se hubiera tematizado un poco más ampliamente la situación del aumento de la delincuencia. La razón de ello hubiera sido que la asunción de la actitud hipotética en sus actos de habla, en el sentido de que todos los legisladores buscaban el consenso legítimo, hubiera posibilitado sopesar, tanto las razones a favor como las razones en contra de cada alternativa. Entonces, es posible que las alternativas hubieran comprendido medidas preventivas además de las represivas y, en consecuencia, la disminución de la impunidad y de la inseguridad hubiera sido más eficaz. Lo cual no ha sido posible, porque los legisladores sólo buscaban el éxito político, a cualquier precio, el cual, sin embargo, no se identifica con el éxito en la coordinación de la acción social para disminuir la delincuencia, mediante el discurso jurídico, legislativo y judicial.

Por otro lado, no basta analizar la ética del discurso legislativo para determinar los motivos de la ineficacia del discurso jurídico para coordinar la acción social, pues bien puede suceder que la ley haya sido elaborada mediante un discurso legislativo ético, pero el discurso ejecutivo o el discurso judicial padezcan de diversas patologías de la comunicación. O bien, puede suceder que la falta de eticidad o de racionalidad de una norma general, pueda subsanarse, mediante los actos de habla, regulativos y argumentativos, en los procedimientos de aplicación administrativa o jurisdiccional. Es decir, es posible que el principio del discurso, como fundamento de las leyes generales, puede menoscabarse o subsanarse mediante el principio de adecuación.

### 3.3. El principio de adecuación y la hermenéutica de los actos de habla jurídicos

Con base en Klaus Günther, Habermas complementa el principio del discurso con el principio de adecuación. Si el primero es un “discurso de fundamentación” comunicativa de la validez de las normas, el segundo es un “discurso de aplicación” de las mismas.<sup>55</sup> La importancia de complementar el principio del discurso con el principio de adecuación, proviene de la necesidad que siente Habermas de sustraer a la teoría del discurso de la crítica que Hegel dirigió a Kant, y que los neohegelianos dirigen al “universalismo abstracto” de los liberales.<sup>56</sup> Esta crítica se refiere, especialmente, a la rigidez con que se pretenden aplicar las normas, aún a casos no previstos por las mismas. Es decir, se pretende aplicar una norma, en tanto que acto de habla, cuyo ingrediente proposicional no ha sido debidamente connotado y, en consecuencia, con una denotación indeterminada para el caso controvertido. Es el problema conocido por Hart, como la textura abierta del derecho.<sup>57</sup>

Si el elemento proposicional de la norma, en tanto que acto de habla, se encuentra insuficientemente denotado, de modo que no es claro si se aplica o no al caso controvertido, es porque no ha sido connotado de un modo adecuado en el proceso legislativo.<sup>58</sup> Y no ha sido connotado adecuadamente, porque, en el

---

<sup>55</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 287.

<sup>56</sup> Habermas, “¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?”, en *Aclaraciones a la ética del discurso*, p. 26 y ss.

<sup>57</sup> Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Nacional, México, 1978, pp. 155 y ss.

procedimiento legislativo, no se tematizaron, suficientemente, los ingredientes relevantes de la situación comunicativa que se quería resolver.<sup>58</sup> Esta insuficiente tematización se pudo haber debido, ya sea a una falta de representación democrática en los órganos legislativos, o a una comunicación patológica del proceso legislativo o una imposibilidad preventiva. En cualquiera de los tres casos, la falta de tematización adecuada llevó al proceso comunicativo de legislación a una interpretación parcial de la situación. De modo que la norma, o mejor, su elemento proposicional, resulta inadecuado para resolver la cuestión controvertida que se plantea al juez o al operador del derecho. Se requiere por lo tanto una adecuación del acto de habla regulativo, para aplicarlo al caso concreto.

Por tanto, con el principio de adecuación se pretende reconstruir hermenéuticamente el proceso comunicativo de legislación, para retematizar, argumentativamente, todos los aspectos relevantes de la situación, de modo que la nueva connotación del elemento proposicional del acto de habla regulativo de la ley denote o no al caso controvertido. Como esta reconstrucción la lleva a cabo el órgano judicial, ya sea unitario o colegiado, y no el órgano legislativo necesariamente, la retematización debe llevarse a cabo, asumiendo, hipotéticamente o idealmente, los roles de las partes, de los legisladores y de los posibles afectados por la nueva situación.

De esta manera, al aplicar las normas jurídicas se toma en cuenta no tan sólo los intereses de las partes ni tan sólo la “voluntad del legislador” de los

---

<sup>58</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 20: “la connotación se refiere a las características, atributos o propiedades de una clase de sujetos o de objetos y la denotación se refiere a los sujetos u objetos a que se aplica la palabra o expresión”; “entre mayor sea la connotación (comprensión, intensión) de una palabra, menor será su denotación (extensión) Y entre mayor es la denotación de una palabra menor deberá ser su connotación.”

<sup>59</sup> Ver *supra*, incisos, núms.. 2.1. 7. 2. y 3.2.1.

exegetas, sino también las nuevas circunstancias que han cambiado la situación comunicativa. Dentro de esta reconstrucción comunicativa de la ley, en tanto que acto de habla, pueden redeterminarse todos los métodos de interpretación y de argumentación de la tradición jurídica, pero, en este trabajo sólo nos ocuparemos de algunos de ellos, los que nos parecen que muestran el principio de adecuación, de una manera más ilustrativa.

Interpretar una norma, entendida como acto de habla, consiste, sobre todo en determinar el sentido semántico de su elemento proposicional. Para ello, la determinación del elemento ilocucionario intencional resulta esencial, pues el sentido mínimo de la norma jurídica, como de cualquier acto de habla, se alcanza mediante ambos elementos. Por ello, en este inciso, nos proponemos estudiar, en primer lugar, el método de la exégesis jurídica, que es la que se ha ocupado, de dicho elemento ilocucionario intencional, sólo que llamándolo “voluntad del legislador”.<sup>60</sup> A pesar de las críticas que se le han dirigido a la escuela de la exégesis, nos parece que puede redeterminarse, es decir, puede superarse y conservarse a la vez, comunicativamente, mediante la teoría del acto de habla y el principio de adecuación.

Ahora bien, la determinación o la indeterminación del elemento ilocucionario de la norma jurídica como acto de habla, puede no resultar suficiente para determinar el elemento proposicional de la misma, ya sea porque la intención ilocucionaria del legislador no era del todo consciente o se encontraba presupuesta en el mundo de la vida al cual pertenecía. Por ello, en segundo lugar, utilizaremos los actos de habla que integran el concepto del mundo de la vida de Habermas, para

---

<sup>60</sup> Ver *supra* inciso núm. 2.3.2.

intentar complementar a la “intención ilocucionaria” de la exégesis jurídica, mediante el concepto del “horizonte hermenéutico” de Gadamer y el de la “comunidad de interpretación” de D’workin, con el propósito de tomar en cuenta las pre-interpretaciones que determinan, muchas veces la interpretación de las normas jurídicas.

Por último, la misma interpretación de los hechos a los que se les aplica un norma jurídica, pueden ayudar a interpretar, a su vez, a la misma norma. Si consideramos a ambos, a los hechos y a las normas, como actos de habla, podemos utilizar, con mejores perspectivas de éxito, las teorías de Kelsen, de Ferrajoli y de Wiehveg sobre la interpretación de los hechos.

### **3.3.1. La voluntad ilocucionaria del legislador**

Si entendemos a las normas jurídicas como actos de habla, la voluntad del legislador que buscan o inventan los exégetas correspondería al elemento ilocucionario intencional de dichos actos de habla normativos. Desde este punto de vista, la exégesis de una norma jurídica significa buscar el elemento ilocucionario intencional del acto de habla que la contiene, con el propósito de seleccionar el referente más probable de entre los varios posibles del elemento proposicional de una norma oscura

El método de la exégesis jurídica es, junto con él de *sedes materiae*, con mucho, el método más socorrido en la enseñanza y en la práctica jurídicas. Son, por ello, tal vez, los únicos que trata Vernengo en su exposición de la interpretación

operativa.<sup>61</sup> En este trabajo será el único que determinaremos y redeterminaremos aquí, aunque, existen muchos otros métodos de interpretación jurídica.

El origen religioso de la exégesis jurídica, en la exégesis bíblica, se nota, todavía, en su operación cotidiana. Como es conocido, la exégesis jurídica surge junto con el Código de Napoleón, a principios del siglo XIX, en Francia, y desde entonces ha tenido una influencia decisiva en los países que han sufrido la influencia del mismo código napoleónico, hasta en la actualidad. Ante una norma oscura, el propósito de los exégetas, cuyos representantes más importantes han sido Demolombe, Baudry, Lacantiniere, Planiol, Bonecasse, entre otros,<sup>62</sup> era buscar y encontrar la "voluntad del legislador".

La voluntad del legislador va a ser el criterio que decida cuál va a ser el referente más probable de entre los varios posibles de una norma oscura, aunque los exégetas no se expresen en términos semánticos. Nada tendría de particular esta búsqueda de la voluntad del legislador para resolver una duda en la interpretación de la ley pues, en términos de la teoría del acto de habla la cual utilizaremos para redeterminar la teoría de la exégesis, la voluntad del legislador no va a ser otra cosa que el elemento ilocucionario del acto de habla legal que tiene como elemento proposicional a la letra misma de la ley, el cual está determinado por aquél, como hemos visto más arriba, en la teoría del acto de habla.<sup>63</sup> La búsqueda de tal voluntad, por tanto, puede redeterminarse como la búsqueda del elemento

---

<sup>61</sup> Vernengo Roberto, *La interpretación jurídica*.

<sup>62</sup> Bonecasse, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, trad. José Ma. Cajica, México, 1944, p. 141.

<sup>63</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.2.

ilocucionario de un acto de habla regulativo de naturaleza legal, con el objeto de determinar el elemento proposicional que se encuentra indeterminado.

Sin embargo, la escuela de la exégesis, en esa búsqueda de la voluntad del legislador, no asume una actitud hipotética sino una actitud asertórica, pues considera que siempre es posible encontrar el sentido de esa voluntad, aunque no se encuentre en los textos paralegislativos como los son la exposición de motivos de la iniciativa, el dictamen de la comisión correspondiente, la minutas y los diarios de los debates. La razón de esta certeza tan categórica, por parte de los exégetas, es que presuponen que el legislador, cuya voluntad buscan, es un legislador absolutamente racional, es decir, un legislador que todo lo ha previsto, que no se contradice, que es un legislador infalible, es suma, que es una especie de "dios jurídico", como el dios de la exégesis bíblica. Para la escuela de la exégesis las contradicciones y las lagunas de la ley son solamente aparentes, pues si se busca con cuidado y con persistencia, encontraremos la auténtica voluntad del legislador que nos permita seleccionar el referente, también auténtico. Empero, esto es una ficción pues, es posible e, incluso probable, que el legislador no haya previsto el caso controvertido y también lo es, que el legislador también se haya equivocado y contradicho, pues es un ser humano, y como tal, perfectamente falible. A esta ficción, Vernengo siguiendo a Wroblewski, le llama la ideología del legislador racional, pues oculta la angustia que el intérprete siente de hacer coincidir, a toda costa, su interés personal con la voluntad del legislador. Debido a esta falta de racionalidad de la escuela de la exégesis, Vernengo y, en general, los positivistas jurídicos, parecen desecharla como un método adecuado de interpretación jurídica.

A pesar de estar de acuerdo con ellos, me parece que la ideología del

legislador racional de la escuela de la exégesis, como toda ideología, puede redeterminarse,<sup>64</sup> es decir, puede superarse, pero, a la vez, conservarse, como propone Hegel.<sup>65</sup> Para ello, necesitamos considerar, primero, la necesidad práctica, cuya satisfacción trata de lograr la ideología de la exégesis, pues las ideologías, por lo común, se generan y se imponen en la mentalidad de los sujetos, en este caso de los juristas, porque satisfacen una necesidad que no necesariamente o no únicamente, es reprobable. Me parece que la ideología de la escuela de la exégesis no solamente trata de justificar al poder político, sino que también intenta proporcionar seguridad jurídica, al tratar de preservar al orden jurídico de la contradicción que, de acuerdo con los temores infundados de la lógica formal, "lo destruiría ipso facto".<sup>66</sup>

Ahora bien, en segundo lugar, si la exégesis incurre en la *ideología del legislador absolutamente racional*, cuando presupone que en cualquier caso encontrará la voluntad del legislador, incluso cuando está no se encuentre o no resuelva la oscuridad de la norma legal, esto no quiere decir que, en algunos casos, sí sea posible encontrar o reconstruir comunicativamente dicha voluntad, en o a partir de los textos que he denominado paralegislativos. Si la crítica de la ideología de la exégesis considera que nunca es posible encontrar la voluntad del legislador incurre en la ideología opuesta que podría llamarse la *ideología del legislador*

---

<sup>64</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. XX.

<sup>65</sup> Hegel, *La ciencia de la lógica*, I, p. 138.

<sup>66</sup> Berumen, Arturo, "La ciencia del derecho y la interpretación administrativa de la constitución", en *Alter*, núm. 6, pp. 77-105.

*absolutamente irracional.* Una actitud semejante sería también una actitud asertórica, desde el punto de vista de la teoría del acto de habla, pues presupone, categóricamente que nunca es posible encontrar la voluntad del legislador para resolver los problemas de interpretación de las normas jurídicas, lo cual impide utilizar a la propia exégesis para los fines éticos que se proponga una crítica jurídica de la aplicación del derecho.

Para evitar la dialéctica negativa de la crítica de la ideología de la exégesis,<sup>67</sup> se requiere, en consecuencia distinguir una exégesis ideológica y una exégesis técnica. La *exégesis ideológica* será aquella que busca la voluntad del legislador para seleccionar el referente verdadero de una norma oscura, presuponiendo que siempre la va a encontrar, para ocultar la maniobra semántica de hacer coincidir dicha voluntad con los intereses del intérprete. Por su parte, la *exégesis técnica* será aquella que también busca la voluntad del legislador, pero sin presuponer si la encontrará o no, analizando los textos paralegislativos para formar un contexto que nos permita seleccionar el referente más probable de una norma oscura. En aquella, la exégesis ideológica, se asume una actitud asertórica y en ésta, la técnica, se asume una actitud hipotética. Por ello, la primera, la ideológica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la seguridad de la coincidencia de la voluntad del legislador), al encontrarse implícito, sustrae a cada acto de habla en su conjunto a toda problematización y, por tanto, los constituye como actos de habla perlocucionarios. La segunda, en cambio, la técnica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la aceptación de la posibilidad de que la voluntad del legislador no coincida con el interés del intérprete) se encuentra explícito y, por

---

<sup>67</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 35.

tanto, permite que la totalidad de cada acto de habla sea puesto en cuestión. La exégesis ideológica construye, con los textos paralegislativos un contexto *ad-hoc*, para seleccionar el referente más favorable a los intereses del intérprete. La exégesis técnica, por su parte, con los mismos textos paralegislativos, reconstruye el contexto histórico que permita seleccionar el referente que más sea más coherente con ese contexto, independientemente de que sea o no él que más favorezca los intereses del intérprete.

El positivismo jurídico, como él de Vernengo, rechaza al método exegético porque no distingue entre una exégesis ideológica y una exégesis técnica, al no poder *interpretar a la voluntad del legislador como el elemento ilocucionario de los actos de habla regulativos que conforman a las leyes*, elemento que puede ser perlocucionario o puede no serlo, pero que es necesario para determinar el sentido lingüístico de los actos de habla legales. En otras palabras, la ideología del legislador racional, sólo ha sido criticada por el positivismo jurídico, pero no ha sido redeterminada por éste último. *Tomando como base la crítica a la exégesis ideológica, estamos en posibilidades de redeterminarla, hegelianamente,*<sup>68</sup> *en la exégesis técnica, por medio de la teoría del acto de habla*, de manera que sea posible superar y, a la vez, conservar a la exégesis como método de interpretación jurídica de las normas oscuras. Conservarla, cuando sea posible determinar, ilocucionariamente, la voluntad del legislador y superarla, cuando tal determinación sólo pueda ser perlocucionariamente, es decir, ficticiamente.

Por otro lado, si bien es cierto que, tomando en cuenta la racionalidad argumentativa, la exégesis ideológica y la exégesis técnica difieren,

---

<sup>68</sup> *Idem*, p. 50.

pragmáticamente, desde el punto de vista semántico ambas operan de una manera parecida. Es decir, tanto la exégesis ideológica como la exégesis técnica utilizan las mismas operaciones semánticas para seleccionar el referente más probable, de entre los varios posibles de una norma oscura, sólo que la segunda lo hace de una manera justificada, comunicativamente, y la primera, patológicamente, para utilizar la terminología de la acción comunicativa de Habermas. *Dichas operaciones semánticas consisten en la ampliación de la denotación de una expresión relevante de la norma oscura mediante la disminución de la connotación, por un lado, y, por el otro, en la restricción de la denotación mediante la ampliación de la connotación de la misma expresión relevante de una norma oscura.*<sup>69</sup>

Mediante la ampliación de la denotación y la restricción de la connotación se amplía el campo semántico de la expresión relevante, de modo que quede comprendido, dentro de ese campo, el referente más probable, de entre los varios posibles de una norma oscura. Por el contrario, mediante la restricción de la denotación y la ampliación de la connotación se restringe el campo semántico de la expresión relevante, de modo que quede excluido el referente menos probable, de entre los varios posibles de una norma oscura. Mediante las operaciones semánticas de ampliación y de restricción se incluye el referente más probable o se excluye el referente menos probable.

Que el referente incluido en el campo semántico sea el más probable y que el referente excluido del campo semántico sea el menos probable, significa, en la

---

<sup>69</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 20: "la connotación se refiere a las características, atributos o propiedades de una clase de sujetos o de objetos y la denotación se refiere a los sujetos u objetos a los que se aplica la palabra o expresión."

exégesis técnica, que esa inclusión o que esa exclusión es la probable intención del legislador o, dicho en términos de la teoría del acto de habla, que la extensión del elemento proposicional del acto de habla regulativo se determina por la probable determinación de su elemento ilocucionario. Y, en el caso de la exégesis ideológica, la inclusión o la exclusión de un referente posible del campo semántico de la expresión relevante, no significa, necesariamente, que sea el más o el menos probable, respectivamente, sino que tal inclusión o exclusión es la operación que más conviene a los intereses del intérprete o, en otras palabras, que el elemento proposicional del acto de habla regulativo se establece, perlocucionariamente.

Si aplicamos dichas operaciones semánticas al ejemplo de la gratuidad de educación, en el artículo 3º constitucional, la expresión oscura relevante, entre otras, sería la palabra Estado, en la fracción cuarta que dice: "Toda la educación que el Estado imparta será gratuita". Aparentemente, esa norma es clara. Pero a la luz del problema del aumento de las cuotas de la UNAM, no es claro si la palabra "Estado" denota a las universidades públicas. Si se connota a la palabra "Estado" diciendo solamente que comprende a la "administración pública", entonces su denotación sí incluye a las universidades públicas pues éstas forman parte de su campo semántico y, por tanto la UNAM no debe cobrar cuotas. Pero si se connota a la misma palabra "Estado" añadiéndole la característica de "centralizada", de modo que denote, únicamente, a la "administración pública centralizada", entonces las universidades públicas no se encuentran denotadas por la palabra "Estado" y se excluyen de su campo semántico y, en consecuencia la UNAM, puede cobrar cuotas, válidamente.

A las autoridades universitarias les convenía excluir a las universidades

públicas del campo semántico de la palabra "Estado" para que esta palabra no las denotara y, en consecuencia no les estuviera prohibido cobrar cuotas, para ello aumentaban la connotación de la palabra "Estado", añadiéndole al significado la propiedad de ser "centralizado". A los estudiantes huelguistas les convenía incluir a las universidades públicas en el campo semántico de la palabra "Estado" para que esta misma palabra las denotara y, en consecuencia, les estuviera prohibido a las autoridades cobrar cuotas, para ello disminuían la connotación de la palabra "Estado", restándole la propiedad de ser "centralizado".

Ambas partes sostenían, a priori, que la "voluntad del legislador" era, casualmente, la que coincidía con su interés político. Apelaban ambos, a una "exégesis ideológica". Eran incapaces de aceptar que la norma era oscura, es decir, que tenía, cuando menos, dos referentes posibles: por un lado, "administración pública" y , por otro, "administración pública centralizada". En el primero, la palabra "Estado" denotaba a la UNAM, y en el segundo la palabra "Estado", no la denotaba. Habría que haber aceptado que ambos significados eran posibles, desde el punto de vista semántico, pues la connotación constitucional no lo determinaba con precisión.

Si se hubiera apelado a una "exégesis técnica", se hubiera intentado reconstruir el contexto histórico en que se aprobó la fracción de referencia, a partir de los textos paralegislativos, como los son la exposición de motivos, los dictámenes de las comisiones correspondientes, los diarios de los debates, entre otros. Si tal reconstrucción contextual fuere posible, entonces la voluntad del legislador, o el elemento ilocucionario de su acto de habla regulativo, nos permitiría seleccionar, racionalmente, el referente más probable de la palabra "Estado", ya fuera

"administración pública" o "administración pública centralizada" y, en consecuencia, estaríamos en condiciones de incluir o excluir, respectivamente de su campo semántico, la denotación de las universidades públicas, entre ellas, a la UNAM y, por tanto, se podría determinar, con gran probabilidad, la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del aumento de las cuotas de esta última.

La exégesis es un filtro metalingüístico normativo porque sirve para interpretar las normas jurídicas, es decir, para seleccionar el referente más probable de entre los varios posibles de una norma oscura. Dicha interpretación normativa o selección de referentes, la exégesis la puede hacer de dos maneras: de una manera ideológica o de una manera técnica. La manera ideológica presupone que siempre va a encontrar la voluntad del legislador en los documentos paralegislativos (exposición de motivos, dictámenes, debates, minutas, etc.), pues lo supone absolutamente racional. Es decir, asume una actitud asertórica con respecto de los actos de habla regulativos de la norma oscura que va a interpretar. En cambio, la exégesis técnica asume una actitud hipotética, pues puede ser que no encuentre la voluntad del legislador en los documentos paralegislativos o puede que sí la encuentre. Si es posible encontrar la voluntad del legislador, entonces la exégesis técnica reconstruye, con esos textos, un contexto histórico, con el cual se comparan los referentes posibles, de los cuales se seleccionará, como elemento ilocucionario del acto de habla legal, el que sea más coherente con dicho contexto. Aunque, tanto la exégesis ideológica como la exégesis técnica seleccionan el referente más probable, mediante las operaciones semánticas de ampliación o de restricción del campo semántico de las expresiones relevantes de las normas oscuras, la primera obtiene un elemento perlocucionario, es decir, no argumentado racionalmente,

mientras que la segunda obtiene un elemento ilocucionario del acto de habla legal determinado mediante una argumentación racional.

Ahora bien, si no hubiera sido posible reconstruir el contexto histórico que nos permitiera hacer la selección del referente más probable, aunque dificultaría el trabajo, no tiene porque angustiarnos como para que apelemos a la exégesis ideológica, presuponiendo siempre la voluntad del legislador, pues tampoco estamos tan desarmados, pues podemos continuar la indagación del sentido de la norma oscura, utilizando otros métodos de interpretación, o podemos reconstruir comunicativamente la susodicha voluntad del legislador.

### **3.3.2. Reconstrucción hermenéutica de los procesos legislativos**

Si entendemos a las normas jurídicas como actos de habla, la voluntad del legislador que inventan o, a veces, buscan los exégetas correspondería a la parte intencional del elemento ilocucionario de dichos actos de habla normativos.<sup>70</sup> Desde este punto de vista, *la exégesis técnica de una norma jurídica significa buscar el elemento ilocucionario intencional del acto de habla que la contiene, asumiendo una actitud hipotética, con el propósito de seleccionar el referente más probable de entre los varios posibles del elemento proposicional de una norma oscura.*

Hemos dicho más arriba que la exégesis ideológica consistía en asumir una actitud asertórica con respecto al elemento ilocucionario intencional de los actos de habla regulativos, pues presupone que siempre va a encontrar la voluntad del

---

<sup>70</sup> Ver *supra* inciso núm. 2.3.2.

legislador, aunque ésta no se encuentre en los textos paralegislativos de la iniciativa, los dictámenes, los debates, etc. Para que la interpretación exegética no sea ideológica deber aceptar que la voluntad del legislador puede no existir para el caso controvertido que se quiere resolver, y pasar a utilizar otro método hermenéutico.

Sin embargo, es posible reconstruir comunicativamente el método exegético, a pesar de que no encontremos el elemento ilocucionario de los actos de habla regulativos que tratamos de interpretar, si hechamos mano de lo que Gadamer llama el "*horizonte hermeneútico*";<sup>71</sup> que Dworkin denomina la "comunidad hemenéutica",<sup>72</sup> y que Habermas vincula con el "mundo de la vida".<sup>73</sup> Si aceptamos que el mundo de la vida se compone de actos de habla regulativos, constatativos y expresivos, entonces las normas jurídicas forman parte del mundo de la vida, y comparten el mismo horizonte hermenéutico de los restantes actos de habla del mismo mundo de la vida. Es decir, si podemos conocer los presupuestos semánticos y pragmáticos que comparten los actos de habla de un mismo mundo de la vida, estaremos en condiciones de reconstruir, con algún grado de probabilidad, los elementos ilocucionarios de los actos de habla regulativos de las normas jurídicas, aunque no

---

<sup>71</sup> Gadamer, *Verdad y método*, I, p. 372: "Todo saberse procede de una predeterminación histórica que podemos llamar con Hegel "sustancia", porque soporta toda opinión y comportamiento subjetivo y en consecuencia prefigura y limita toda posibilidad de comprender una tradición en su alteridad histórica. (...) Al concepto de la situación le pertenece esencialmente el concepto de horizonte. Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto."; p. 474: "El horizonte de sentido de la comprensión no puede limitarse ni por lo que el autor tenía originalmente in mente ni por el horizonte del destinatario al que se dedicó el texto en origen."

<sup>72</sup> Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho.*, trad. Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 102: "Por lo general, estas convicciones interpretativas no son explícitas, pues están profundamente arraigadas en nuestro ambiente cultural y profesional; son compartidas de manera latente por grupos de personas que constituyen por eso mismo una "comunidad interpretativa".

<sup>73</sup> Ver supra, *inciso* núm. 2.1.4.

se encuentren en los textos paralegislativos. En otros términos, podremos reconstruir un contexto histórico, no solamente con dichos textos, tal y como sucede con la exégesis técnica, sino con textos de otra índole, tales como textos culturales, artísticos, periodísticos, sociológicos e, incluso, filosóficos. Y podrá ser, un tal contexto ampliado, él que sirva para seleccionar el referente más probable del elemento proposicional de una norma oscura.

Ahora bien, dicho contexto es el horizonte hermenéutico del legislador, que muy bien puede no coincidir con el horizonte hermenéutico del intérprete o del juzgador, lo cual no deja de ser problemático, pues una expresión que, en el horizonte hermenéutico del legislador tenía un significado, puede tener otro distinto en el horizonte hermenéutico del juzgador. En casos como éste, el problema hermenéutico consiste en determinar la elección de un determinado horizonte hermenéutico para interpretar una expresión ambigua contenida en el elemento proposicional de un acto de habla jurídico: él del legislador o él del juzgador.

Hay quienes dicen que debe ser preferido el horizonte hermenéutico legislativo, pues es el que conocía o, cuando menos, influía en el legislador, lo cual hace probable que su "voluntad ilocucionaria" determine el sentido del acto de habla jurídico en discusión. Hay otros que consideran que la ilocución de los actos jurídicos de habla debe determinarse a partir del horizonte hermenéutico del juzgador, pues es el más justo, pues bajo su influencia se desarrollaron e interpretaron, por las partes, los actos jurídicos que dieron motivo a la controversia.

Para Gadamer ambos horizontes tendrían que tomarse en cuenta, de manera

que pudiera establecerse un diálogo o "*círculo hermeneúutico*", entre ellos.<sup>74</sup> Dicho de otro modo, tendría que compararse el significado de la expresión relevante en cuestión bajo el supuesto del horizonte hermenéutico del legislador con su significado bajo el supuesto del horizonte hermenéutico del juzgador, para estar en condiciones de confrontarlos y sopesar los argumentos a favor y en contra de cada alternativa e, incluso, considerar la posibilidad o la conveniencia de intentar una síntesis entre ellos o, como lo llama Gadamer, una "*fusión de horizontes hermeneúuticos*".<sup>75</sup>

La hermenéutica filosófica de Gadamer puede ser utilizada para redeterminar comunicativamente la interpretación jurídica en general, no tan sólo el modelo de la exégesis, pues el contexto normativo del modelo de *sedes materiae* y el contexto ético de la equidad, así como el contexto de los intereses en pugna, de la escuela de intereses e, incluso las redes semánticas de la escuela de conceptos, pueden entenderse como elementos de los distintos horizontes hermenéuticos, o como argumentos del círculo hermenéutico o como medios para lograr la fusión de horizontes hermenéuticos.

---

<sup>74</sup> Gadamer, *op. cit.* p. 360: "en este punto recordaremos la regla hermenéutica de comprender el todo desde la individualidad y lo individual desde el todo. Es una regla que procede de la antigua retórica y que la hermenéutica moderna ha trasladado del arte de hablar al arte de comprender. Aquí como allá subyace una relación circular. La anticipación de sentido que hace referencia al todo sólo llega a una comprensión explícita a través del hecho de que las partes que se determinan desde el todo determinan a su vez a ese todo." ; Marmor, *op. cit.* p. 110: "Pero, de hecho, la teoría es circular; la relación que postula entre los diferentes ámbitos del conocimiento (por ejemplo, el derecho, la justicia, la individualidad) no es reductiva, sino un equilibrio reflexivo, esto es, una relación de coherencia. (...) Esta circularidad se justifica mediante la tesis de la complejidad y el holismo que presupone Dworkin." Cfr. con Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, pp. 189-191.

<sup>75</sup> Gadamer, *op. cit.* p. 453: "forma parte de la verdadera comprensión el recuperar los conceptos de un pasado histórico de manera que contengan al mismo tiempo nuestro propio concebir. Es lo que antes hemos llamado fusión de horizontes."

Es una condición indispensable para lograr esta redeterminación, partir de la asunción de actitudes hipotéticas en los actos de habla de interpretación jurídica, es decir, los intérpretes deben pasar de una actitud participante asertórica a una actitud objetivamente o hipotética en sus actos de habla, sin que esto signifique el abandono del ingrediente proposicional de los mismos actos de habla. De otro modo no sería posible que los intérpretes pudieran comparar los distintos significados de las expresiones relevantes problemáticas bajo los distintos horizontes hermenéuticos, ni mucho menos realizar el círculo hermenéutico entre ellos ni lograr la fusión de horizontes, pues cada uno de ellos sólo contemplaría los textos jurídicos desde el horizonte hermenéutico más favorable a sus intereses excluyendo él de sus oponentes.

Si continuamos con el ejemplo que hemos utilizamos anteriormente, es decir, él de las cuotas de la UNAM, podemos ubicar una de las expresiones relevantes problemáticas de la fracción cuarta del artículo tercero constitucional, es decir, la palabra "Estado", en los distintos horizontes hermenéuticos: en el horizonte hermenéutico del legislador y en el horizonte hermenéutico del intérprete. Es posible que en el primer caso, la palabra "Estado" pudiera connotar al estado interventor en la economía y en la educación, y en el segundo caso, la misma palabra significara al estado neoliberal y abstencionista. Si cada intérprete actúa como participante, sus actos de habla se compondrán de un elemento ilocucionario asertórico y no lo cambiará por un elemento ilocucionario hipotético, pues tendrá temor de que con ello este cambiando el elemento proposicional de sus actos de habla al respecto, es decir, confundirá el elemento ilocucionario de sus actos de habla con el acto de habla completo, y no estará en condiciones de comparar el significado de la misma

expresión, bajo los dos horizontes hermenéuticos, lo cual hará imposible el diálogo hermenéutico y aún más la fusión de horizontes. En cambio, si cada intérprete asume una actitud objetivamente, es decir, una actitud hipotética, como está consciente de que sólo está variando el elemento ilocucionario de sus actos de habla y no, todavía no, su elemento proposicional, no tendrá ningún problema para ubicar, hipotéticamente la palabra "Estado" en ambos horizontes hermenéuticos y entablar, con su contraparte, un diálogo hermenéutico que pueda llevar, aunque no sea necesariamente, a una eventual fusión de horizontes hermenéuticos, fusión que permita entender a la palabra "Estado" ya no como estado interventor ni como estado abstencionista, sino como estado ético, que interviene o se abstiene cuando una actitud u otra es la más equitativa o la menos injusta, por ejemplo.

Claro que esta fusión de horizontes abriría el derecho a la argumentación ética, lo cual presentaría algunos inconvenientes, pero también grandes ventajas. La ponderación de ambos, la intentaremos hacer más tarde, cuando tratemos de la ética judicial, pero antes trataremos de temas relacionados, con la interpretación jurídica y con la aplicación del derecho, tales como la prueba judicial, el interrogatorio judicial y la argumentación jurídica.

### **3.3.3. El discurso de la prueba judicial**

El principio de adecuación no tan sólo puede ser útil para la interpretación de las normas, sino también para la reconstrucción comunicativa de los hechos que son objeto de un juicio, ya sea aumentando o disminuyendo la denotación del lenguaje mediante el cual se describen los mismos, con lo cual se disminuye o aumenta,

inversamente, la connotación de las normas jurídicas que los tipifican.<sup>76</sup> Esta reconstrucción directa de la semántica de los hechos e indirecta de la semántica de los términos legales puede ser arbitraria o puede ser racional. La arbitrariedad o la racionalidad de la reconstrucción lingüística de los hechos va a depender de la patología o de la racionalidad del desarrollo de los actos de habla que integran los procedimientos probatorios y de los interrogatorios judiciales. Para medir la racionalidad de las pruebas, el principio dialéctico del contradictorio de Ferrajoli y la ética del discurso de Apel, respectivamente, nos parecen dos modelos mediante los cuales puede realizarse la reconstrucción comunicativa de los hechos y de las normas jurídicas.

### **3.3.3.1. La estructura lógica de la prueba judicial**

De acuerdo con Ferrajoli, el proceso jurídico en general y del proceso penal, en particular, debe ser un procedimiento cognitivo, es decir, un medio para conocer la verdad. Debe ser un proceso racional no decisional.<sup>77</sup> La racionalidad judicial descrita por Ferrajoli como el principio del contradictorio o principio de la defensa, podemos interpretarla como el desarrollo judicial de la racionalidad comunicativa de los actos de habla jurídicos, en términos de Habermas. Aunque las partes asuman, generalmente, actitudes asertóricas, y , excepcionalmente, actitudes hipotéticas, la validación constatativa de sus respectivos actos de habla, la lleva a cabo el juez, en actitud hipotética, aunque deba decidir en actitud

---

<sup>76</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón*, Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1997, pp. 120 y ss.

<sup>77</sup> *Idem.* pp. 129 y ss.

asertórica. La afinidad del principio del contradictorio judicial de Ferrajoli con el desempeño de las pretensiones de validez problematizadas de los actos de habla de Habermas es tan amplio que podemos considerar al primero como un caso del segundo, razón por la cual nos permitimos utilizar la descripción del aquél como la aplicación judicial del éste.

### **3.3.3.1.1. La verdad judicial**

Empieza Ferrajoli criticando aquellas reglas jurídicas de valoración de las pruebas que, suponiendo la certeza absoluta en el proceso judicial, establecen verdaderas ficciones jurídicas que, tomadas absolutamente, sólo entorpecen la búsqueda de la verdad, en el proceso judicial penal. Por ejemplo, las normas que consideran a la primera declaración del acusado o de los testigos como la que debe prevalecer en el proceso por encima de las declaraciones subsecuentes, en razón de la inmediatez de la primera y del posible "aleccionamiento" de las segundas.

La inmediatez de las primeras declaraciones puede ocultar diversas patologías comunicativas, en el sentido de Habermas.<sup>78</sup> Por ejemplo, puede ocultar la violencia, abierta o subrepticia, con que pudieron haberse arrancado dichas declaraciones, lo cual no sería nada raro en países como el nuestro. También pueden ocultar, las primeras declaraciones, el error en que el declarante pudo haber incurrido, ya sea espontáneamente o inducido por la autoridad que le haya tomado su declaración. Es claro que también la mediatez de las subsiguientes

---

<sup>78</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.5.1.

declaraciones pueden ocultar patologías comunicativas, como pudiera ser el engaño del declarante ya aconsejado por su abogado.

Es decir, cualquiera de las declaraciones puede estar afectada de patologías comunicativas (oscuridad, violencia, error, engaño). Pero, precisamente, por esta razón, la valoración de las mismas no debe encontrarse "tasada" con anterioridad, sino que el operador del derecho (juez, ministerio público) debe argumentar en cada caso, la valoración que resulte de la comparación de las mismas declaraciones, en su totalidad.

La existencia de estas reglas "tasadas" de las pruebas en la legislación y en el práctica judicial obedece a un prejuicio "cientificista" , que se remonta a la época de la ilustración en la que se creía que era posible obtener una verdad absoluta en cualquier tipo de conocimiento, incluido el orden jurídico. Como el prestigio de la ciencia moderna era muy grande, todas las disciplinas, incluida la jurisprudencia, pretendieron aplicar los métodos científicos a sus propios objetos, transformándose, presuntuosamente, en "ciencia jurídica". No obstante que el objeto de la jurisprudencia no era del todo adecuado a dicho método científico, se simuló que se podría obtener una "verdad científica", aplicando dichas reglas "tasadas" a las pruebas judiciales. Lo que se obtuvo fue, precisamente, lo contrario a la verdad científica, es decir, se obtuvo una "verdad dogmática" que no se podía discutir, ni siquiera dudar, por parte del juzgador ni por parte de cualquier operador del derecho.

Para Ferrajoli, *la verdad judicial es una verdad probable*, pues, no tan sólo no se condenaría a nadie si se exigiera, en los procesos penales, una verdad absolutamente indudable, sino que la misma estructura epistemológica de la prueba judicial no nos puede proporcionar otra cosa que distintos grados de probabilidad.

Para Ferrajoli es mejor aceptar este "límite de la razón práctica"<sup>79</sup> y establecer los requisitos de la verdad probable, que simular que estamos en condiciones de alcanzar la verdad jurídica absoluta, mediante las ficciones procesales establecidas en la ley, para la valoración de las pruebas.

Antes de exponer la estructura epistemológica de la prueba judicial, según Ferrajoli, recordaremos brevemente a los tipos de verdad que se distinguen en la filosofía del lenguaje, en general y en la teoría del acto de habla, en particular,<sup>80</sup> para estar en condiciones de determinar a cual de ellos se refiere Ferrajoli con su propuesta teórica.

Podemos distinguir tres significados de la palabra verdad, en filosofía: la verdad como correspondencia, la verdad como coherencia y la verdad como consenso. La primera de ellas, es decir, *la verdad como correspondencia*, que es a la que, explícitamente, se adhiere Ferrajoli, es la antigua concepción de la verdad de los escolásticos: la verdad es la correspondencia entre la idea y la realidad,<sup>81</sup> sólo que expresada en términos de la filosofía del lenguaje: *la verdad es la correspondencia entre los enunciados proposicionales y los hechos*. Si digo, por ejemplo, "el cielo está nublado", tal enunciado será verdadero si se corresponde con los hechos, es decir, si verifico que, efectivamente, el cielo está nublado; y tal enunciado será falso si no se corresponde con los hechos, es decir, si verifico que el cielo no está nublado.

---

<sup>79</sup> A semejanza de los límites que Kant establece para la razón teórica, Ferrajoli así llama a la verdad probable. *op. cit.* pp. 51 y ss.

<sup>80</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.5.1.2.

<sup>81</sup> Verneaux, *Epistemología general o crítica del conocimiento*, trad. L. Medrano, Barcelona, 1979, p. 118 y ss.

La verdad como correspondencia es la verdad científica, pues los enunciados científicos pueden verificarse si corresponden o no con los hechos, tantas veces como sean necesarias. Por ejemplo, el enunciado "la causa del SIDA es el virus tal", puede verificarse cuantas veces sea necesario, para ver si se corresponde o no con los hechos. Sólo de una manera parcial e indirecta este tipo de verdad científica o verdad como correspondencia, constituye a la verdad jurídica, como veremos más adelante.

El segundo tipo de verdad es *la verdad como coherencia*. En este tipo de verdad ya no se trata de la correspondencia entre enunciados y hechos, sino sólo de *la coherencia entre enunciados proposicionales*. Si digo, por ejemplo: "en México está permitida la reelección presidencial", tal enunciado será falso no porque no corresponda con los hechos, sino porque no corresponde con el enunciado constitucional del artículo 83 que prohíbe, precisamente, la reelección presidencial, es decir, tal enunciado es falso porque no es coherente con el enunciado constitucional mencionado. En la filosofía tradicional a este tipo de verdad se le llamaba verdad como coherencia entre las ideas. Para muchos filósofos del lenguaje, la verdad como correspondencia sólo es un caso de la verdad como coherencia, pues los hechos científicos sólo pueden estar descritos en un lenguaje "protocolario", cuya coherencia con los enunciados teóricos, constituye la verdad de éstos.<sup>82</sup>

Para algunos filósofos del derecho, la verdad judicial es una verdad como coherencia y no una verdad como correspondencia. El juez no está en condiciones

---

<sup>82</sup> Habermas, "Teorías de la verdad" en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp 130 y ss. Cfr. con Ferrajoli, que sólo acepta la verdad como correspondencia, *op. cit.* pp. 47 y ss.

de verificar si los hechos corresponden a los enunciados, aunque puedan estarlo los peritos en lo que respecta a los resultados de los hechos. Lo único que puede verificar el juez, o cualquier operador del derecho, es si existe coherencia entre los distintos enunciados: los testimonios de los testigos, las confesiones de las partes, los dictámenes de los peritos, los documentos públicos o privados, entre otros.

No se trata, pues, de una verdad científica, en la que puedan repetirse los experimentos para verificar la correspondencia entre los enunciados y los hechos, sino una verdad histórica, pues la historia sólo obtiene, como resultado, una verdad como coherencia, pues la verificación de la correspondencia de los enunciados historiográficos con los hechos históricos está fuera del alcance del historiador, lo mismo que la verificación de la correspondencia de los hechos con los enunciados jurídicos está fuera del alcance del juzgador. *La verdad judicial es, pues, una verdad histórica, pero en el sentido de que no es una verdad científica pues no es una verdad como correspondencia como ésta, sino una verdad como coherencia, como aquélla.*

Por último, la verdad como consenso se refiere ya sea a la verdad como correspondencia o a la verdad como coherencia. Es decir, la verdad como correspondencia y la verdad como coherencia no existen sin que alguien las afirme o las niegue ante otro. Alguien tiene que decir a otro, que existe o no existe la verdad como correspondencia o la verdad como coherencia. Pero la existencia de la correspondencia o de la coherencia la tiene que afirmar o negar, proporcionando razones o argumentos, es decir, tratando de convencer a las partes (auditorio particular), a su superior jerárquico (auditorio de élite) o a la comunidad jurídica (auditorio universal), tratando de alcanzar el consenso de tales auditorios. *La*

*verdad como consenso consiste pues en la demostración de la afirmación o de la negación de la verdad como correspondencia o de la verdad como coherencia, por medio de argumentos o de razones capaces de convencer á cualquier auditorio, es decir, a un auditorio universal.*<sup>83</sup>

La verdad judicial es, en realidad una verdad como consenso pues, consiste en la demostración de la afirmación o de la negación de la verdad como coherencia entre los enunciados que describen los hechos o las normas, mediante argumentos que intenten lograr el consenso de los diversos auditorios. Bien pudiera decirse que la verdad judicial es una meta-verdad consensualizable. Vamos a analizar, más adelante, como el modelo epistemológico de la prueba judicial de Ferrajoli, presupone los tres tipos de verdades que acabamos de exponer.

### **3.3.3.1.2. Hipótesis de la acusación**

En la hipótesis de la acusación, Ferrajoli sugiere que el ministerio público (M.P.) utilice como esquema de argumentación sobre los hechos, el *modus ponens*; y la defensa utilice el *modus tollens*. Al respecto hay que hacer algunos comentarios. El primero es que nos parece adecuada dicha propuesta, pues si se trata de la hipótesis que el M.P. va a tratar de demostrar, nada más natural que sea el mismo quien pruebe sus afirmaciones, mediante el *modus ponens* que es el "modo de poner" o de afirmar, en un condicional simple, que es la estructura lógica

---

<sup>83</sup> Perelman, Ch y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1994, p. 71.

de la norma jurídica, como veíamos más arriba.<sup>84</sup> En términos del desarrollo de los actos de habla equivaldría al momento que hemos llamado “pretensiones de validez”. Y, en la misma hipótesis de la acusación, parece adecuado que la defensa niegue, o trate de demostrar la negación de las afirmaciones o pruebas del M.P., mediante el *modus tolles*, que es el "modo de quitar" o de negar en una norma jurídica, cuya estructura lógica es condicional simple. Que correspondería al momento de la “problematización de las pretensiones de validez de los actos de habla.

En segundo lugar, es sorprendente el uso "inductivo" que hace Ferrajoli de dos consecuencias lógicas de naturaleza deductiva, como lo son el *modus ponens* y el *modus tollens*. Sin embargo, también nos parece válido pues si de lo que se trata, es de obtener, de una manera realista, resultados probables y no necesarios, el razonamiento inductivo es el más adecuado para ello.<sup>85</sup>

En tercer lugar, es necesario decir que las fórmulas utilizadas en este inciso no son, exactamente, las mismas utilizadas por Ferrajoli. Es quizá en este aspecto formal donde más me aparto de la propuesta del pensador italiano. Sin embargo, no me parece que esté diciendo algo distinto de lo que propone el original, a no ser en el aspecto, puramente didáctico. Dicho esto, expondremos primero la fórmula del *modus ponens* "inductivo" y después la del *modus tollens* "inductivo".

### **3.3. 3. 1.2.1. Acusación por *modus ponens***

---

<sup>84</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.3.1.

<sup>85</sup> Verneaux, *Introducción general y lógica*, trad. Joseph A. Pombo, Herder, Barcelona, 1968, p. 159.

Antes de exponer la fórmula correspondiente, señalaremos los significados concretos que les asigna Ferrajoli a las letras utilizadas en ésta y en las restantes fórmulas. La letra "P" significa prueba. La letra "I" significa indicio. La letra "H" significa hecho tipificado como delito. Una última aclaración. Como Ferrajoli tiene en mente el derecho italiano, vale la pena decir que lo que él entiende como prueba, en nuestro derecho es lo que nosotros entendemos como medio de prueba; lo que él entiende como indicio, es lo que nosotros entendemos como objeto de la prueba, que suele no ser el hecho tipificado como delito.

Dicho esto, podemos exponer la fórmula lógica, a partir de la cual se debe hacer la acusación por *modus ponens*:

$$(P \supset I) \supset H$$

Que se lee del siguiente modo: "si P, entonces I; si I, entonces H". Si usamos los significados atribuidos a las letras, la lectura será la siguiente: "si pruebas, entonces indicios; si indicios, entonces hechos tipificados". Lo cual, dicho en términos ordinarios, quiere decir que para que se consideren probados los hechos delictivos cometidos por determinado sujeto es condición necesaria que existan indicios y para que existan los indicios tienen que haber prueba de los mismos.

Desarrollando la fórmula del *modus ponens* podemos distinguir tres etapas: la primera es la ,determinación de las pruebas y los indicios particulares; la segunda,

es la generalización de las pruebas y de los indicios y la tercera es la de la inducción de los hechos a partir de dichas generalizaciones.

El desarrollo de la primera fase, la de la determinación particular de las pruebas y de los indicios, puede esquematizarse de la manera siguiente:

**( P ⊃ I ) ⊃ H**

**P<sub>1</sub>**

---

**I<sub>1</sub>**

**P<sub>2</sub>**

---

**I<sub>2</sub>**

**P<sub>3</sub>**

---

**I<sub>3</sub>**

Que se leería del siguiente modo: “si existen pruebas (P), entonces serán verdaderos los indicios ( I ), si son verdaderos los indicios, entonces se inducirán los hechos delictivos (H). Se da el caso de que existe la prueba uno (P<sub>1</sub>), por tanto, es el caso de que es verdadero el indicio uno ( I<sub>1</sub> ). También es el caso de que existe la prueba dos (P<sub>2</sub>), por tanto, es el caso de que es verdadero el indicio dos ( I<sub>2</sub> ). También se da el caso de que existe la prueba tres (P<sub>3</sub>), por tanto, es el caso de que es verdadero el indicio tres ( I<sub>3</sub> )”.

Podemos poner un ejemplo simplificado, para que se entienda mejor este esquema. Supongamos que se acusa a una persona de que ha robado mil pesos de una oficina, pero nadie ha visto el momento en que se ha "apoderado" del dinero. Sólo existe el testimonio de la secretaria (P<sub>1</sub>), que lo vió entrar a la oficina. Por dicho testimonio se demuestra que el sujeto entró a la oficina, acción que es el indicio uno (I<sub>1</sub>). Además existe el testimonio del contador de la empresa (P<sub>2</sub>), que demuestra el indicio consistente en que dejó en el escritorio mil pesos (I<sub>2</sub>). Por último, el estimonio

del policía ( $P_3$ ), por el que se demuestra el indicio, consistente en que al sujeto se le encontraron mil pesos en sus ropas ( $I_3$ ).

Cabe resaltar que, esta primera etapa se podría pretender equiparar a la obtención de la verdad como correspondencia, pues las pruebas ( $P_1, P_2, P_3$ ), en este caso los testimonios, serían los enunciados, a los cuales corresponderían los indicios ( $I_1, I_2, I_3$ ). Sin embargo, la verdad de los enunciados de las pruebas no va a depender de su correspondencia con los indicios, pues los indicios son acciones del pasado que ya no pueden repetirse, por lo que no puede verificarse su correspondencia con los enunciados probatorios. En realidad la verdad de los enunciados de las pruebas y de los indicios va a derivar de su coherencia entre sí, es decir, se tratará de una verdad como coherencia, pero le llamaremos “verdad por correspondencia impropia”. Pero ya estamos en la segunda fase del desarrollo de la fórmula de la acusación por *modus ponens*: la de la generalización de los enunciados.

La continuación del desarrollo de la fórmula, en esta segunda etapa, podría esquematizarse así:

$$\frac{P_1. P_2. P_3.}{I_1. I_2. I_3} \\ P. I$$

Que podría leerse del siguiente modo: “se da el caso de que existen las pruebas  $P_1$  y  $P_2$  y  $P_3$ , por tanto, son verdaderos los indicios  $I_1$  y  $I_2$  y  $I_3$ ; y por tanto se da el caso de que  $P$  y de que  $I$ ”. Es decir, la coherencia entre las pruebas, que está expresado por la conectiva “y” y simbolizada por el punto “.”, le permite a la

acusación inferir la coherencia de los indicios, también expresada por la conectiva "y", simbolizada por ".". Con ello, se puede inducir la realización de P y de I de la fórmula original, es decir, se puede generalizar tanto la realización de la prueba y la demostración de los indicios, a que se refiere la fórmula original.

Si continuamos con el ejemplo, podemos decirlo del modo siguiente: dado que existe coherencia entre los testimonios de la secretaria (P1) y el testimonio del contador (P2) y del policía (P3), por tanto se puede inferir la coherencia de los indicios de que el sujeto entró en la oficina (I1) y existían los mil pesos en el escritorio del contador (I2) y el sujeto traía mil pesos en sus ropas (I3), por tanto se puede inducir la existencia de pruebas (P) que demuestran los indicios ( I ).

Ya se está en condiciones de realizar la tercera etapa del desarrollo de la acusación por *modus ponens*, la de la inducción de los hechos, cuyo esquema que completaría la fórmula, sería el siguiente:

$$\frac{P. I}{H}$$

Que se leería del modo siguiente: “se da el caso de que pruebas (P) e indicios ( I ), por tanto es el caso de que se den los hechos (H)”. Es decir, siguiendo con el ejemplo, podemos decir, dado que existen pruebas que demuestran los indicios, por tanto se puede inducir que el sujeto se apoderó del dinero de la oficina. No hay que olvidar que la conclusión al ser inductiva, es sólo probable, ya que su verdad puede ser negada por la defensa, por medio del *modus tollens*. Pero antes de pasar a este modo, expondremos el desarrollo completo de la fórmula de la acusación por *modus*

*ponens:*

## ESQUEMA COMPLETO DE LA ACUSACION POR MODUS PONENS

$$\begin{array}{r} (P \supset I) \supset H \\ \\ P_1 \\ \hline I_1 \\ \\ P_2 \\ \hline I_2 \\ \\ P_3 \\ \hline I_3 \\ \\ P_1. P_2. P_3 \\ \hline I_1. I_2. I_3 \\ \hline P. I \\ \hline H \end{array}$$

Que se puede leer, de manera completa también, del modo siguiente: “si pruebas, entonces indicios; si indicios, entonces hechos. Se da el caso de que existe la prueba uno ( $P_1$ ), por tanto es el caso de que está comprobada la existencia del indicio uno ( $I_1$ ). Se da el caso de que existe la prueba dos ( $P_2$ ), por tanto es el caso de que está comprobada la existencia del indicio dos ( $I_2$ ). Se da el caso de que existe la prueba tres ( $P_3$ ), por tanto es el caso de que está comprobada la existencia del indicio tres ( $I_3$ ). Si existen la coherencia entre la prueba uno y la prueba dos y la prueba tres, ( $P_1. P_2. P_3$ ) entonces está demostrada la coherencia entre el indicios uno y el indicio dos y el indicio tres ( $I_1. I_2. I_3$ ), por tanto podemos generalizar, diciendo

que es el caso de que existen las pruebas necesarias (P) y están demostrados los indicios suficientes ( I ). Y, por tanto, podemos inducir que, probablemente, se ha realizado el hecho tipificado como delito (H), por determinado sujeto”.

Si exponemos el ejemplo completo, podríamos decir lo siguiente: Alguien se ha robado mil pesos de una oficina. Nadie vió que alguien se haya apoderado del dinero. Sin embargo, si hay suficiente pruebas para probar suficientes indicios podemos inducir quien se apoderó del dinero con suficiente probabilidad (  $P \supset I \supset H$  ). Y es el caso de que del testimonio de la secretaria (P<sub>1</sub>) se comprueba que determinado sujeto entro a la oficina donde estaba el dinero (I<sub>1</sub>). Del testimonio del contador (P<sub>2</sub>) se comprueba que en el escritorio estaban los mil pesos (I<sub>2</sub>). Del testimonio del policia (P<sub>3</sub>) se comprueba que el sujeto traía mil pesos a la hora de salida (I<sub>3</sub>). Hay coherencia entre el testimonio de la secretaria, del contador y del policia (P<sub>1</sub>. P<sub>2</sub>. P<sub>3</sub>), por tanto existe la verdad como coherencia entre los indicios consistentes en que el sujeto entró a la oficina, en que existían mil pesos en el escritorio de la oficina y en que el sujeto traía mil pesos (I<sub>1</sub>. I<sub>2</sub>. I<sub>3</sub>). Por tanto podemos generalizar, diciendo que existen prueba (P) e indicios ( I ) para inducir que el sujeto en cuestión, probablemente, se ha apoderado de los mil pesos (H).

No hay que olvidar que la conclusión inductiva de culpabilidad sólo es probable, es decir, que entre mayor sea el número de pruebas y de indicios coherentes entre sí, mayor será el grado de probabilidad de la culpabilidad. Por ello mismo, es falible, es decir, su coherencia puede ser puesta en duda por la defensa, mediante la refutación de las pruebas y el "desvanecimiento" de los indicios, realizada mediante el *modus tollens*.

### 3.3.3.1.2.2. Defensa por *modus tollens*

Para conservar la coherencia con lo expuesto sobre el *modus ponens*, se debe partir de la conclusión de éste, es decir, de la culpabilidad, pero asumida en actitud hipotética. Por ello, hemos invertido la fórmula de éste, desarrollada en el inciso anterior, para poder negarla por *modus tollens*, ya que creemos que, de esta manera, se expresa más claramente, la idea de Ferrajoli, de garantizar la la verdad judicial, mediante la posibilidad de "negar" la acusación. Los únicos símbolos adicionales que utilizaremos, en el desarrollo de la fórmula del *modus tollens*, será el símbolo de la negación, que será ( $\neg$ ), que se leerá "no" y el símbolo de la disyunción que será ( $\vee$ ), que se leerá "o".

Proponemos para la defensa por *modus tollens*, la fórmula siguiente, como punto de partida, que no es sino la conclusión condicional del *modus ponens*:

$$H \supset (I \supset P)$$

Que se puede leer del siguiente modo: "si hechos, entonces indicios; si indicios, entonces pruebas". Es decir, si tenemos por probados los hechos delictivos, entonces quiere decir que hubo indicios, y si hubo indicios es que existen pruebas. Como se trata de refutar las pruebas de la acusación para desvanecer los indicios, la defensa va "negar" o "problematizar" cada una de las pruebas. Su proceder puede esquematizarse del siguiente modo:



$$H \supset (I \supset P)$$

$$\begin{array}{c} \underline{\sim P_1} \\ \sim I_1 \\ \underline{\sim P_2} \\ \sim I_2 \\ \underline{\sim P_3} \\ \sim I_3 \end{array}$$

La esquematización de la negación particular de cada prueba y de cada indicio, podría leerse de la manera siguiente: “si, según la acusación existen hechos, entonces hay indicios; si existen indicios, entonces hay pruebas. Se da el caso de que se niega (se desvirtúa) la prueba uno ( $\sim P_1$ ), por tanto es el caso de que se niegue (se desvanezca) el indicio uno ( $\sim I_1$ ). O, se da el caso de que se desvirtúa la prueba dos ( $\sim P_2$ ), por tanto es el caso de que se desvanezca el indicio dos ( $\sim I_2$ ). O, se da el caso de que se desvirtúa la prueba tres ( $\sim P_3$ ), por tanto el el caso de que se desvanezca el indicio tres ( $\sim I_3$ )”.

Aplicándolo al ejemplo que hemos venido manejando, en este apunte, se entendería de la siguiente manera: si la acusación dice que el sujeto es culpable de robo, es porque hubo indicios y si hubo indicios hubo pruebas. Se da el caso de que el testimonio de la secretaria es nulo porque se contradice a sí mismo, por ejemplo ( $\sim P_1$ ), por tanto es el caso de que el indicio consistente en que el sujeto acusado

entró a la oficina, no fue cierto ( $\sim I_1$ ). O, se da el caso de que el testimonio del contador es también nulo porque no es fiable, e.g. ( $\sim P_2$ ), por tanto es el caso de que el indicio consistente en que los mil pesos estaban en el escritorio de la oficina, tampoco es cierto ( $\sim I_2$ ). O, por último, es el caso de que el testimonio del policia es inedóneo ( $\sim P_3$ ), por tanto es el caso de que el indicio consistente en que el sujeto llevaba los mil pesos, en sus ropas, tampoco es cierto ( $\sim I_3$ ).

En la etapa de la generalización, en el *modus tollens* basta con que se niegue una prueba y, por tanto para que se niegue un indicio para no se pueda entender probada la realización del indicio o de la prueba, en general. Por ello, el esquema de esta segunda etapa en el *modus tollens*, continuará de la manera siguiente:

$$\begin{array}{c}
 \sim P_1 \vee \sim P_2 \vee \sim P_3 \\
 \hline
 \sim I_1 \vee \sim I_2 \vee \sim I_3 \\
 \hline
 \sim I . \sim P
 \end{array}$$

Que se leerá de la siguiente manera: “si se ha negado (desvirtuado) o la prueba uno o la prueba dos o la prueba tres y, en consecuencia, se ha negado (desvanecido) o el indicio uno o el indicio dos o el indicio tres, entonces tenemos que negar, en general, la validez de la prueba y del indicio, en general”. En el caso del *modus tollens*, basta con que se niegue una prueba , y por tanto un indicio, para que se pueda negar la realización, en general, de la prueba o del indicio. Por eso, la negación de las pruebas y de los indicios se encuentran unidos con la disyuntiva "o", a diferencia de lo que sucede en el *modus ponens*, donde la copulativa "y", indica

que para la afirmación de la prueba o del indicio, son necesarias la afirmación de todas las pruebas y de todos los indicios.

La defensa por *modus tollens*, concluye del siguiente modo:

$$\frac{\sim I \cdot \sim P}{\sim H}$$

Que se puede leer del siguiente modo: “si no hay prueba y ni, por tanto, hay indicio, por tanto, se puede inducir, con probabilidad que tampoco hay realización del hecho, tipificado como delito”, por parte del sujeto acusado. La esquematización completa de la defensa por *modus tollens* es la siguiente:

### ESQUEMA COMPLETO DE LA DEFENSA POR *MODUS TOLLENS*

$$\begin{array}{c}
 H \supset (I \supset P) \\
 \\
 \frac{\sim P_1}{\sim I_1} \\
 \\
 \frac{\sim P_2}{\sim I_2} \\
 \\
 \frac{\sim P_3}{\sim I_3} \\
 \\
 \frac{\sim P_1 \vee \sim P_2 \vee \sim P_3}{\sim I_1 \vee \sim I_2 \vee \sim I_3}
 \end{array}$$

$$\frac{\sim I \cdot \sim P}{\sim H}$$

Cuya lectura completa es la siguiente: “si la acusación ha imputado los hechos delictivos al acusado, entonces debe haber indicios, si hay indicios, debe haber pruebas. Pero se da el caso de que la prueba uno se ha negado (desvirtuado), por lo tanto hay que negar (desvanecer) el indicio uno. O, se da el caso de que la prueba dos se ha negado, por tanto se debe negar el indicio dos. O, se da el caso de que la prueba tres se ha negado, por tanto debe negarse el indicio tres. Si se ha negado o la prueba uno o la prueba dos o la prueba tres y, en consecuencia, se debe negar el indicio uno o el indicio dos o el indicio tres, por tanto se debe negar la generalización del supuesto de la existencia de pruebas o de indicios y, en consecuencia se debe inducir, con probabilidad, que el acusado no ha cometido el delito de que se le acusa”.

Utilizando el ejemplo, podemos decir: que si la acusación ha imputado al acusado el robo de los mil pesos, debe haber indicios; y si hay indicios debe haber pruebas. Pero como se ha desvirtuado (negado) el testimonio de la secretaria ( $\sim P_1$ ), debe desvanecerse el indicio consistente en la entrada del acusado á la oficina ( $\sim I_1$ ). O, se ha negado el testimonio del contador ( $\sim P_2$ ), por tanto debe negarse el indicio de que existían mil pesos en el escritorio de la oficina ( $\sim I_2$ ). O, se ha refutado el testimonio del policía ( $\sim P_3$ ), por lo que debe negarse el indicio de que el acusado traía los mil pesos ( $\sim I_3$ ). En consecuencia, si se ha negado cualquiera de los testimonios: o de la secretaria o del contador o del policía ( $\sim P_1 \vee \sim P_2 \vee \sim P_3$ ), y, por ende, se debe negar cualquiera de los indicios: o la entrada en la oficina o la

existencia de los mil pesos o la tenencia de los mismos por el acusado ( $\sim I_1 \vee \sim I_2 \vee \sim I_3$ ), entonces debe negarse la existencia de pruebas ( $\sim P$ ) y de indicios ( $\sim I$ ) suficientes, por lo que se debe inducir, con probabilidad la negación de la culpabilidad del acusado ( $\sim H$ ).

No hay que olvidar que, en el modelo de Ferrajoli, la verdad judicial sólo es probable, tanto si afirma o niega la responsabilidad de los hechos. La probabilidad no es lo mismo que la posibilidad. La posibilidad es lo no contradictorio,<sup>86</sup> mientras que la probabilidad es el grado de lo posible.<sup>87</sup> De modo que lo probable tiene grados, hay grados de probabilidad. Puede decirse que algo es altamente probable, medianamente probable y poco probable.

El grado de probabilidad de la verdad judicial lo debe determinar el juez, o el operador del derecho, mediante argumentos (verdad mediante consenso), determinando la correspondencia entre las pruebas y los indicios (verdad como correspondencia impropia) y la coherencia entre las pruebas entre sí y entre los indicios entre sí (verdad como coherencia), tomando en cuenta tanto la acusación por *modus ponens* como la defensa por *modus tollens*. Esto si sólo existe la hipótesis de la acusación, porque si se da también la hipótesis de la defensa, entonces las cosas se complican un poco más.

### 3.3.3.1.3. Hipótesis de la defensa

Si la defensa no tan sólo trata de refutar las pruebas de la acusación, sino que

---

<sup>86</sup> Verneaux, *Introducción general y lógica*, pp. 114 y 116.

<sup>87</sup> Abbagnanno, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, trad. Alfredo N. Galleti, FCE, México, 1985, p. 949.

también presenta otras pruebas para comprobar otros indicios que lleven a la demostración de una hipótesis absolutoria (hipótesis de la defensa), entonces los papeles de la acusación y de la defensa se invierten: la defensa opera mediante *modus ponens* y el acusador mediante el *modus tollens*, porque, en este caso, es la defensa quien afirma y es el acusador quien debe negar lo que la defensa afirma.

Como las variantes son mínimas, expondremos conjuntamente y de una manera completa, tanto el *modus ponens* como el *modus tollens*, dentro de la hipótesis de la defensa. Las variaciones son las siguientes: los hechos cuya afirmación pretende inducir la defensa y cuya negación pretende inducir la acusación, no son hechos típicos, sino hechos incompatibles con los hechos tipificados como delito e imputados al acusado, para inferir, por parte de la defensa, la imposibilidad de que el acusado haya cometido estos últimos y, por parte de la acusación, para inferir la probabilidad de la comisión de los mismos. Por esta razón sería conveniente simbolizar estos hechos con una letra diferente a la "H" que Ferrajoli utiliza para simbolizar los hechos típicos. Bien pudieramos utilizar la letra "E", por connotar la exculpación del acusado.

Hay que tomar en cuenta que los hechos exculpatorios deben ser contradictorios con los hechos típicos para que, de comprobarse, puedan excluir la responsabilidad del acusado. Por ello habría que entender a "E" como " $\sim$ H", es decir, como excluyente de los hechos típicos. Por último hay que mencionar que, como se trata de pruebas e indicios diferentes, los números que las distinguen serán también diferentes a los de la hipótesis de la acusación.

Expondremos, primero, el esquema del *modus ponens* y luego el *modus*

*tollens*, ambos, no se olvide, dentro de la hipótesis de la defensa.

## ESQUEMA DE LA DEFENSA POR MODUS PONENS

$(P \supset I) \supset E (\sim H)$

$P_4$   
\_\_\_\_\_

$I_4$

$P_5$   
\_\_\_\_\_

$I_5$

$P_6$   
\_\_\_\_\_

$I_6$

$P_4. P_5. P_6$   
\_\_\_\_\_

$I_4. I_5. I_6$   
\_\_\_\_\_

$P. I$   
\_\_\_\_\_

$E (\sim H)$

La lectura completa podría ser del siguiente modo: “si hay pruebas, entonces habrá indicios, si hay indicios, entonces habrá un hecho exculpatorio. Se da el caso, de que existe la prueba cuatro, por tanto es el caso de que exista el indicio cuatro. Se da el caso de que existe la prueba cinco, por tanto es el caso de que existe el indicio cinco. Se da el caso de que existe la prueba seis, por tanto es el caso de que exista el indicio seis. Si existe la prueba cuatro y la prueba cinco y la prueba seis, es el caso de que existe el indicio cuatro y el indicio cinco y el indicio seis. Por tanto, es el caso de existen pruebas coherentes e indicios correspondientes, por tanto se

puede inducir con probabilidad que existe el hecho exculpatorio”.

En el caso del ejemplo del robo que hemos venido utilizando, podría decir que si existen pruebas de indicios, entonces puede inducirse la no culpabilidad del acusado. Se da el caso de que del testimonio de registrador de asistencia (P<sub>4</sub>) se desprende que el día del robo el acusado no registró su asistencia (I<sub>4</sub>). Se da el caso de que del testimonio del maestro de la escuela (P<sub>5</sub>), el acusado estuvo en clase a la hora del robo (I<sub>5</sub>). Se da el caso de que del testimonio del conserje de la escuela (P<sub>6</sub>), el acusado se quedó a jugar fútbol hasta la tarde del día del robo (I<sub>6</sub>). Por tanto de la correspondencia de los testimonios del registrador, del maestro y del conserje (P<sub>4</sub>. P<sub>5</sub>. P<sub>6</sub>) se infiere la coherencia del no registro, de la asistencia a la escuela y del juego de fútbol hasta muy tarde (I<sub>1</sub>. I<sub>2</sub>. I<sub>3</sub>). Por tanto se infiere que existen pruebas e indicios válidos y coherentes (P.I). Y se puede inducir que el acusado no asistió a la oficina el día del robo (E), y por tanto no pudo cometerlo él (~H).

Por supuesto, la acusación va a intentar negar estas pruebas y estos indicios, por medio del *modus tollens*.

## ESQUEMA DE LA ACUSACION POR MODUS TOLLENS

$$\begin{array}{r} E (\sim H) \supset (I \supset P) \\ \hline \sim P_4 \\ \sim I_4 \\ \hline \sim P_5 \\ \sim I_5 \\ \hline \sim P_6 \\ \sim I_6 \\ \hline \sim P_4 \vee \sim P_5 \vee \sim P_6 \\ \hline \sim I_4 \vee \sim I_5 \vee \sim I_6 \\ \hline \sim P. \sim I \\ \hline \sim E (H) \end{array}$$

Que se puede leer de la siguiente manera: “si hubo hecho exculpatorio, entonces hubo indicios; si hubo indicios, entonces hubo pruebas. Se da el caso de que se niega la prueba cuatro, por tanto no está probado el indicio cuatro. O se da el caso de que se niega la prueba cinco, por tanto no se prueba el indicio cinco. O se da el caso de que se niega la prueba seis, por tanto se niega el indicio seis. Si se niega la prueba cuatro o la prueba cinco o la prueba seis, entonces se niega el indicio cuatro o el indicio cinco o el indicio seis. Por tanto, se niegan la correspondencia (impropia) de las pruebas y la coherencia de los indicios. En

consecuencia se niega el hecho exculpatorio, es decir, se confirma el hecho delictivo”.

Si continuamos con el ejemplo, podríamos decir: que si el acusado no estuvo en la oficina en el momento del robo, entonces debe haber indicios de ello, y si hubo indicios, entonces debió haber pruebas. Se da el caso de que el testimonio del registrador de asistencia se desvirtúa, ( $\sim P_4$ ) entonces el indicio de que el acusado no registro su asistencia se desvanece ( $\sim I_4$ ). Se da el caso de que el testimonio del maestro se devirtúa ( $\sim P_5$ ), por tanto el indicio de que el acusado estuvo en clases se desvanece ( $\sim I_5$ ). O se da el caso de que el testimonio del portero se desvirtúa ( $\sim P_6$ ), entonces el indicio de que el acusado estuvo jugando futbol hasta muy tarde se desvanece ( $\sim I_6$ ). Si se niega el testimonio del registrador o del maestro o del portero ( $\sim P_4 \vee \sim P_5 \vee \sim P_6$ ), entonces hay que negar o el indicio de que no registró o de que estuvo en la escuela o de que estuvo jugando futbol ( $\sim I_4 \vee \sim I_5 \vee \sim I_6$ ). En consecuencia, no hay correspondencia de las pruebas ni coherencia de los indicios. Por tanto no se puede inducir, con probabilidad que el acusado estuviera fuera de la oficina, lo cual es compatible con su comisión del robo.

Tenemos, pues, cuatro esquemas: en la hipótesis de la acusación: la acusación por *modus ponens* y la defensa por *modus tollens*; en la hipótesis de la defensa: la defensa por *modus ponens* y la acusación por *modus tollens*. Los cuatro han de ser tomados en cuenta por el juez, al valorar los hechos que se consideren como probados.

#### **3.3.3.1.4. Hipótesis más probable**

El juez, o el operador del derecho, puede contar, con estos esquemas, con una guía para valorar las pruebas, comprobar los indicios e inducir la culpabilidad o la inocencia del acusado. Puede ser útil que verifique, con ellos, tanto la verdad como correspondencia impropia, como la verdad como coherencia, de modo que aspire a la verdad como consenso, en cada una de la hipótesis: la de la acusación o la de la defensa.

En cuanto a la verdad como correspondencia impropia, podría ser útil confrontar las pruebas (P) del *modus ponens* y las contrapruebas (~P) del *modus tollens* que se refieren al mismo indicio, para argumentar si se encuentra probado ( I ) o disprobado (~I ). Puede ser útil la siguiente fórmula disyuntiva:

$$\frac{P_1 \vee \sim P_1}{I_1 \vee \sim I_1}$$

Que se puede leer del siguiente modo: “prueba uno o no prueba uno, por tanto o indicio uno o no indicio uno”. Con el ejemplo, podríamos decir: el testimonio de la secretaria es válido o se desvirtúa, por tanto el acusado entró o no entró a la oficina. En cada prueba y contraprueba, se tendrían que dar razones de porque hay correspondencia o no hay correspondencia entre la prueba o las pruebas y el indicio o los indicios.

En el caso de la verdad como coherencia, pudiera ser útil la siguiente fórmula disyuntiva:

$$\frac{(P_1. P_2. P_3) \vee (\sim P_1 \vee \sim P_2 \vee \sim P_3)}{}$$

$$(I_1. I_2. I_3) \vee (\sim I_1 \vee \sim I_2 \vee \sim I_3)$$

Que podría leerse del siguiente modo: “hay coherencia entre todas las pruebas (*modus ponens*) o no la hay (*modus tollens*), por tanto hay coherencia o no la hay entre todos los indicios”. En el caso del ejemplo: hay coherencia entre los testimonios de la secretaria, del contador y del policia o no la hay, por tanto, hay coherencia entre los indicios de que el acusado entró a la oficina, de que existían mil pesos en la misma y de que el acusado traía mil pesos o no la hay.

También sería útil comparar la inducción de la culpabilidad por *modus ponens* o de la no culpabilidad por *modus tollens*. La fórmula disyuntiva podría ser la siguiente:

$$P. I \vee \sim P. \sim I$$

---


$$H \vee \sim H$$

Que podría leerse de la manera siguiente: “hubo pruebas e indicios o no las hubo, por tanto se pueden inducir los hechos o no se pueden inducir”. En el caso del ejemplo: hubo pruebas e indicios suficientes del robo o no los hubo, por tanto se induce que el acusado es culpable o no es culpable.

Hay que tener en cuenta que la probabilidad de la culpabilidad o de la inocencia del acusado resulta de la valoración de la verdad como correspondencia

impropia y de la verdad como coherencia de las dos hipótesis: la de la acusación y de la defensa, no de una sola. Pueden darse varios supuestos. El primero, es que se valore probada la verdad (como correspondencia impropia y como coherencia) del *modus ponens* en la hipótesis de la acusación y del *modus tollens* en la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de culpabilidad (H) es muy alta. Podemos pensar en la siguiente fórmula para la sentencia condenatoria:

$$\begin{array}{c}
 \frac{\mathbf{P. I}}{\mathbf{H}} \quad \frac{\sim\mathbf{P. \sim I}}{\sim\mathbf{E (H)}} \\
 \hline
 \mathbf{H}
 \end{array}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que pruebas e indicios y entonces hechos y se da el caso no contrapruebas y no contra indicios y entonces hechos, por tanto hechos”.

El segundo, es que se valore probada la verdad (como correspondencia y como coherencia) del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y del *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de inocencia también es muy alta ( $\sim H$ ). Podemos proponer la siguiente fórmula para la sentencia absolutoria:

$$\begin{array}{c}
 \frac{\sim\mathbf{I. \sim P}}{\sim\mathbf{H}} \quad \frac{\mathbf{P. I}}{\mathbf{E (\sim H)}} \\
 \hline
 \sim\mathbf{H}
 \end{array}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que no pruebas ni indicios y entonces no hechos; y se da el caso de que contra pruebas y contra indicios y entonces no hechos, por tanto no hechos”.

El tercero, que se considere probada la verdad del *modus ponens* de la hipótesis de la acusación y el *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo

caso es tanta la probabilidad de la culpabilidad como de la inocencia. Se podría ilustrar con la siguiente fórmula:

$$\frac{\frac{P. I}{H} \quad \frac{P. I}{E(\sim H)}}{H \vee \sim H}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que pruebas e indicios y entonces hechos; y se da el caso de que contra pruebas y contra indicios y entonces no hechos; por tanto hechos o no hechos”.

El cuarto, que se considere probada la verdad del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y el *modus tollens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso también la probabilidad de la culpabilidad y de la inocencia es la misma.

$$\frac{\frac{\sim I. \sim P}{\sim H} \quad \frac{\sim P. \sim I}{\sim E(H)}}{\sim H \vee H}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que no indicios y no pruebas y entonces no hechos; y se da el caso de que no contra pruebas y no contra indicios y entonces hechos, por lo tanto no hechos o hechos”.

En el caso tercero (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus ponens*) y en el caso cuarto (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus tollens*) existe la misma probabilidad de culpabilidad o de inocencia, es decir, existe la duda de una u otra. El

el supuesto de procedencia del principio: in dubio pro reo: en caso de duda debe absolverse.

A título de conclusión, expondremos los tres principios en los que Ferrajoli resume su propuesta epistemológica:

*El acusador debe obrar por modus ponens en la hipótesis de la acusación y por modus tollens en la hipótesis de la defensa.*

*La defensa debe actuar por modus tollens en la hipótesis de la acusación y por modus ponens en la hipótesis de la defensa.*

*El juez debe condenar si valora como verdadero el modus ponens de la hipótesis de la acusación y el modus tollens de la hipótesis de la defensa; debe absolver si valora como verdadero el modus tollens de la hipótesis de la acusación y el modus ponens de la hipótesis de la defensa y debe absolver también si valora igual ambos modos en ambas hipótesis.*

Y como un corolario, haremos notar la convergencia de esta concepción de Ferrajoli del principio del "contradictorio" penal,<sup>88</sup> por un lado, con el "soportar todo el peso de la contradicción" de la dialéctica de Hegel,<sup>89</sup> y la "fusión de horizontes" de la hermeneútica de Gadamer,<sup>90</sup> y, por otro, con la "asunción de una actitud hipotética" de la acción comunicativa de Habermas,<sup>91</sup> con el "auditorio universal" de de la teoría

---

<sup>88</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 93.

<sup>89</sup> Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 387: "El pensamiento especulativo consiste sólo en que el pensamiento mantiene firme la contradicción y en ella se mantiene firme a sí mismo."

<sup>90</sup> Gadamer, *Verdad y método* I, p. 453.

<sup>91</sup> Habermas, "Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva" en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp. 179, 180.

de la argumentación de Perelman,<sup>92</sup> y con la "ponderación" de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.<sup>93</sup>

El principio del contradictorio, el soportamiento de la contradicción, la fusión de horizontes, la actitud hipotética, el auditorio universal y la ponderación, aunque provenientes de distintas tradiciones filosóficas, pueden entenderse como expresiones convergentes de un mismo principio: el principio de adecuación que busca reconstruir comunicativamente los procesos legislativos, tomando en cuenta todos los aspectos de un problema, aunque sean opuestos y asumiendo, idealmente, los roles de las partes, para llevarlos hasta el extremo sin privilegiar ni soslayar a ninguno de ellos, con el propósito de buscar la verdad como consenso, aunque no siempre sea posible conseguirlo. En este espíritu, redeterminaremos la teoría de la argumentación jurídica. Pero antes nos referiremos a los interrogatorios judiciales en tanto que actos de habla expresivos.

---

<sup>92</sup> Perelman, *Teoría de la argumentación*, p. 71

<sup>93</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, CEC, Madrid, 1997, p. 239.

### **3.3.3.2. Interrogatorios judiciales**

El discurso judicial se compone de actos de habla mediante el cual se aplica la ley, en tanto que plan de coordinación de la acción social. Para ello, los actos de habla judiciales tienen como elemento ilocucionario un gran número de propósitos, tales como interpretar la ley, verificar los hechos o argumentar como resolver un caso controvertido. Ya hemos visto, más arriba, que tanto la interpretación jurídica (Wroblewski-Vernengo), como la prueba judicial (Ferrajoli), y veremos más abajo, la argumentación jurídica (Alexy), para llevarse a cabo racionalmente, deben consistir en actos de habla en actitud hipotética, o la actitud de la tercera persona, lo cual constituye la imparcialidad judicial y, por tanto, la ética del discurso judicial. Existe sin embargo, dentro de los procedimientos comunicativos del proceso judicial, un tipo de discurso de una gran importancia que no hemos analizado hasta ahora y que representa ciertas particularidades comunicativas que lo pueden hacer decisivo en la decisión judicial: los interrogatorios judiciales, de la defensa y de la acusación en materia penal, o de las partes, en materia civil. Haremos, al respecto, algunas reflexiones sobre su racionalidad discursiva.

#### **3.3.3.2.1. La ética del discurso de los interrogatorios judiciales**

Es, cuando menos, enigmático el que, siendo los interrogatorios elementos tan importantes para determinar, en muchos casos, la decisión de una controversia judicial, no se les haya prestado la debida atención teórica ni académica, a pesar de que su práctica se convierte en uno de los saberes fundamentales de los juristas. No

existe, al menos no lo conocemos en nuestro país, ni una cátedra ni un texto sobre la teoría y la práctica del interrogatorio judicial. Estas breves reflexiones no pretenden remediar tal laguna, sin embargo. Lo único que pretenden es proponer algunas ideas sobre la manera que el discurso de los interrogatorios judiciales puede llegar a ser racional y ético y cuando no puede serlo.

A pesar de que el propio Habermas la considera inadecuada para ello,<sup>94</sup> intentaremos analizar los interrogatorios judiciales, mediante la teoría de la ética del discurso, un tanto redeterminada dialécticamente. Para ello, podemos distinguir dos niveles de análisis del discurso del interrogatorio judicial: el primero, se refiere a las reglas jurídicas que conducen el interrogatorio de los testigos, de los peritos y de las confesiones; el segundo se refiere a la práctica de los interrogatorios como tales. Analizaremos, primero, algunas reglas, a la luz de la ética del discurso.

### **3.3.3.2.1.1. Reglas procesales y acciones instrumentales**

Podemos señalar que, desde el punto de vista de la *inteligibilidad* de los actos de habla, el discurso de los interrogatorios judiciales es más bien oscuro, tanto en las reglas como en la práctica. Por ejemplo, al discurso de la confesión se le conoce como “articular posiciones” y “absolver posiciones”, para querer referirse a preguntar

---

<sup>94</sup> Habermas, “Teorías de la verdad”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp. 122, 123: “No todas las cuatro pretensiones de validez se enderezan a ser desempeñadas o resueltas en un discurso. Las pretensiones de veracidad sólo pueden desempeñarse en los contextos de acción. Ni los interrogatorios ni los diálogos psicoanalíticos entre médico y paciente pueden entenderse como discursos en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad. La cuestión de si alguien expresa verdaderamente sus intenciones o si en sus emisiones manifiestas se limita simplemente a fingir las intenciones que se imputa o le imputamos (comportándose en realidad estratégicamente), esto es algo que habrá de demostrarse en sus acciones con tal que prosigamos nuestras interacciones con él por tiempo suficiente.”

y contestar, respectivamente. Se puede indagar el sentido ilocucionario de los actos de habla en que tales expresiones se encuentran insertas. Es decir, porque no se dice con claridad “preguntar” y “contestar” en lugar de “articular y absolver posiciones”.

Hay quién dirá que se trata de un lenguaje jurídico necesario, es decir, que su intención ilocucionaria no es preguntar o contestar, sino fijar la “posición” del interrogado, con respecto a un determinado hecho. Ciertamente el acto de habla no está formulado, sintacticamente, en forma de pregunta sino en forma asertórica condicional. Por ejemplo: “que diga el acusado, si conocía al occiso”, donde el elemento proposicional, “diga el acusado, si conocía al occiso” parece no tener el sentido de una pregunta, porque el elemento ilocucionario que no está dicho, podría ser cualquiera: desde una súplica: “suplico que diga el acusado, si conocía al occiso”, hasta una exigencia: “exijo que diga el acusado si conocía al occiso”, pasando también por la mera pregunta: “pregunto si conocía al occiso”. Sin embargo, el sentido de la “absolución” con un sí o un no categórico, nos está indicando que se trata, realmente de una pregunta, pero oculta, es decir, se trata de un acto de habla interrogativo perlocucionariamente, pues la intención de interrogar se sustrae a cualquier problematización.

A título de hipótesis, nos aventuraremos a decir que términos como “articular y absolver posiciones”, y otros semejantes, constituyen actos de habla perlocucionarios que ocultan la intención ilocucionaria de preguntar y de responder, de modo que el elemento proposicional aparezca dicho en actitud de tercera persona, cuando en realidad se está emitiendo en actitud de primera persona, lo cual le da una apariencia de imparcialidad que no tiene, cuando en realidad lo que logra

es que el absolvente simule también una actitud en tercera persona, cuando en realidad está actuando estratégica o dramáticamente.

Por otro lado, el lenguaje de los interrogatorios judiciales es demasiado formal y rígido, tanto en las preguntas como en las respuestas, lo cual lleva a que *no se logren tematizar* adecuadamente todos los elementos de la situación que se quiere comprobar o aclarar. Por ejemplo, la “fórmula consagrada”, de “que diga si es cierto como lo es”, antes de la pregunta, implica ya una orientación o una *presión* hacia el declarante que no se justifica, comunicativamente, de ningún modo. Es claro que se trata, también, de un *acto de habla perlocucionario* interrogativo, que pretende ser substraído al cuestionamiento por parte del interrogado. Lo mejor sería no usar fórmulas para darle más flexibilidad al discurso, pero sí se insiste en usar alguna, nos parece que otra que sólo dijera: “que diga si es cierto o no” sería más adecuada para conservar la imparcialidad del interrogador, es decir, que implicaría que en sus actos de habla se ha asumido una, auténtica *actitud hipotética* o la actitud imparcial de la tercera persona.<sup>95</sup>

Por lo que se refiere a las “absoluciones”, en la confesión, la regla que exige que sean ó un “sí” ó un “no”, nos parece, francamente, inquisitorial y carente de toda *rectitud comunicativa*, pues, si bien es cierto que se pueden hacer aclaraciones posteriores, lo que, en realidad toma en cuenta el juez o el ministerio público, es si se confesó o no el hecho tipificado por la ley como delito, en el caso del derecho penal o como ilícito, en el derecho civil, para dictar su resolución provisional, e.g. el auto de

---

<sup>95</sup> En reciente jurisprudencia por contradicción de tesis (*Semanario judicial de la federación*, Novena época, Tomo, XXII, México, enero 2006, p. 1023) se resolvió considerar insidiosas las posiciones que contengan el planteamiento “diga si es cierto como lo es que usted no”, es decir, se prohibió la fórmula que incurre en contradicción preformativa, pero no la que incurre en otras faltas de veracidad.

formal prisión, dejando para después la valoración de las aclaraciones, cuando ya se le ha causado un gran mal al procesado. Además, esta regla parece querer descargar a los juzgadores (y ahí se incluye al ministerio público que ejercita la acción penal) de la argumentación de la valoración de los interrogatorios en su conjunto. Si se dejara que el interrogado respondiera libremente, en nada afectaría la seguridad jurídica, pues así como la confesión es sólo uno de los indicios de la responsabilidad, la confesión también puede ser inducida por indicios, según lo hemos visto en la estructura lógica de la prueba judicial, según Ferrajoli.<sup>96</sup> Por el contrario, con una amplia libertad en las respuestas del interrogatorio podría lograrse una mejor tematización de los hechos, pues los participantes en el mismo se encontrarían *libres de coacción*, relativamente.<sup>97</sup>

Si de por sí, ya el procesado o el interrogado se encuentra sujeto a una coacción por la amenaza de la sanción jurídica, ciertas reglas, en lugar de tratar de

---

<sup>96</sup> Es posible incluso que la mencionada fórmula “que diga si es cierto como lo es” se haya originado en la época en la cual la confesión era considerada como la reina de las pruebas, para dar certeza al juez y seguridad al propio procesado. Sin embargo, desde el momento en que la confesión sólo es un indicio más entre otros, no se justifica mantener dicha fórmula, a menos, claro está, que se trate, en la práctica de seguir considerando a la confesión como prueba privilegiada, lo cual, sería una clara “contradicción preformativa”, inaceptable racional y éticamente.

<sup>97</sup>. Podemos incluso considerar como más revelador un interrogatorio que, a semejanza de la “libre asociación de ideas” de Freud, nos conduzca a vencer las “resistencias” indirectamente, a través de la “posición” más débil, que, aparentemente, nada tiene que ver con el asunto principal, en la cual el interrogado no haya sido preparado, pero que, el “juego del diálogo” nos puede conducir a él. Cfr. Gadamer, *Verdad y método*, II, p. 151: “La pregunta que debemos contestar –pensemos en el ejemplo extremo del interrogatorio o de la declaración ante tribunal- es como una barrera que se establece contra el espíritu del lenguaje que quiere expresarse y quiere diálogo (“aquí hablo yo”, o “responda a mi pregunta”). Lo dicho nunca posee su verdad es sí mismo, sino que remite, hacia atrás y hacia delante, a lo no dicho. Toda declaración está motivada; es decir, cuando se dice algo, es razonable preguntar “¿por qué lo dices?” y sólo si se entiende eso no dicho juntamente con lo dicho es inteligible un enunciado. Esto lo sabemos sobre todo por el fenómeno de la pregunta. Una pregunta cuyo motivo ignoremos no puede encontrar respuesta. Porque sólo la historia de la motivación abre el ámbito desde el cual se puede obtener y dar una respuesta. De ese modo el preguntar y el responder implican en realidad un diálogo interminable en cuyo espacio están la palabra y la respuesta. Lo dicho se encuentra siempre en este espacio.”

neutralizar dicha coacción, como lo exigiría una ética del discurso judicial, la hacen más intensa, como sucede con la regla procesal que le da mayor valor probatorio a las primeras declaraciones que a las posteriores. La razón que se aduce para justificar esta *acción instrumental*, en el interrogatorio judicial, es la de evitar una *acción estratégica*, por parte de la defensa, es decir, porque las subsecuentes declaraciones ya se encuentran aconsejadas por el abogado y son menos fidedignas, por tanto. Sin negar este conflicto entre la acción instrumental y la acción estratégica en los interrogatorios judiciales, no hay una razón para preferir, *asertóricamente* la acción instrumental o la acción estratégica, sino que debe asumirse una actitud hipotética y evaluar, imparcial y coherentemente, tanto los *elementos ilocucionarios* y los *elementos proposicionales* de los actos de habla en los que ambas se expresan, para decidir su fidedignidad, en cada caso. Es posible que entre los criterios que se tengan que tomar en cuenta para decidirse por la acción instrumental o por la acción estratégica, se podrían encontrar la ética de la responsabilidad o la ética de principios, como hemos visto más arriba.<sup>98</sup>

Creo que estos ejemplos bastan para concluir que las reglas procesales que regulan los interrogatorios judiciales propician, en gran medida, acciones instrumentales para lograr interpretar la situación de una manera común, razón por la cual rara vez se tematizan adecuadamente los ingredientes de la misma, antes bien, muchas veces son “fabricados” discursivamente, lo cual no lleva directamente en la acción estratégica dentro de los interrogatorios judiciales.

### **3.3.3.2.1.2. Práctica de los interrogatorios y acciones estratégicas**

---

<sup>98</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.2.2.

Es en este campo donde es más cierto, lo que se ha dado en llamar la “construcción lingüística de la realidad”.<sup>99</sup> Y aún más, en los interrogatorios judiciales no tan sólo se puede construir la realidad sino que también se puede “destruir”, lingüísticamente. La acusación, por ejemplo, mediante actos de habla *perlocucionarios* de testigos puede “performar” culpables, es decir, que, por el sólo hecho de que se diga que alguien es culpable, por ese sólo hecho de decirlo, ese alguien es culpable, sin que se pueda cuestionarse realmente, pues los actos de habla respectivos se han sustraído, instrumentalmente, a toda *problematización*. Pero también, puede suceder que la defensa, también por medio de actos de habla *perlocucionarios* de otros testigos puede “performar” inocentes, es decir, por el sólo hecho de que se diga que alguien es inocente, por el sólo hecho de decirlo, ese alguien es inocente, sin que se pueda cuestionar realmente, pues los actos de habla respectivos se han sustraído, estratégicamente, a toda *problematización*.

Por supuesto que no siempre la performance de la realidad jurídica, mediante los actos de habla de los interrogatorios judiciales, es *perlocucionaria*, también puede serlo de una manera *ilocucionaria*, es decir, de una manera ético-comunicativa. Si tomamos en cuenta que los interrogatorios y las respuestas a los mismos pueden ser entendidos como actos de habla, para evitar o, cuando menos limitar las *acciones estratégicas o dramatúrgicas* de las partes, e.g. la acusación y la defensa, podría ser conveniente pensar en alguna fórmula legal para preguntar y para responder que hiciera explícita la intención *ilocucionaria*, tanto del que pregunta como del que

---

<sup>99</sup> Searle, *La construcción de la realidad social*, trad. Antonio Domenach, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 93-123.

responde, de modo que se restrinja la performación perlocucionaria de culpabilidad y de inocencia.

Habría que reflexionar, por ejemplo, como positivizar jurídicamente las reglas de la *falacia abstractiva* y de la *contradicción performativa* de Apel, de modo que la pregunta o la respuesta que incurriera en ella, no sería de tomarse en cuenta, al momento de valorar los interrogatorios. Algo así como: “*la falacia abstractiva y la contradicción performativa no puede beneficiar a quién incurre en ella*”, que se podría complementar con otra regla, como la siguiente: “*la congruencia performativa beneficia a quién la realiza*”.<sup>100</sup> Podría pensarse en el siguiente ejemplo: si el ministerio público (M.P.) pregunta, por ejemplo, si el acusado se encontraba o no en el lugar de los hechos delictivos, con la intención perlocucionaria de “ubicarlo en las circunstancias de lugar y tiempo”, para que proceda la orden de aprehensión o el auto de formal prisión y el acusado responde que sí, sin saber esta circunstancia, tal respuesta no debería tomarse como confesión, pues hay contradicción entre lo que se dice (si el sujeto se encontraba en el lugar) y la intención con que se dice (consignarlo), ocultada por la estrategia de la falacia abstractiva de la segunda. Ahora, si el sujeto contesta que estuvo en otro lugar, con la intención de “no ubicarse en lugar y tiempo”, también incurre en la estrategia de la falacia abstractiva y de la contradicción performativa, lo cual no podría beneficiarlo. La pertinencia de una propuesta como ésta se determinaría por la dificultad probatoria de la suposición tanto de la culpabilidad como de la inocencia.

---

<sup>100</sup> Podría entenderse por “congruencia performativa” lo opuesto a la “contradicción performativa” entre el elemento ilocucionario y el elemento proposicional de los actos de habla, a que se refiere Apel. Ver *supra*, inciso núm. 3.2.2.

Sin embargo, lo que podría resultar interesante para la práctica y para la crítica de los interrogatorios judiciales, desde el punto de vista de la teoría del acto de habla, es que nos podría ayudar a esclarecer la relación entre lo que se pregunta o se contesta y la intención con la que se pregunta o se contesta, desde el momento en que ambos forman parte del acto de habla, como elemento proposicional y elemento ilocucionario, respectivamente. Un estudio detallado de este tipo revelaría, tal vez, que muchas de las prácticas procesales, al respecto serían muy criticables, desde la ética del discurso jurídico. Tal vez, aquí también la exigencia de racionalidad ética sería demasiado elevada, por ello, enseguida, sólo comentaremos algunos problemas relacionados con la ética de la responsabilidad.

### **3.3.3.2.1.3. La ética de la responsabilidad y los interrogatorios judiciales**

Tal vez, si se aplicara, estrictamente, la ética del discurso a los interrogatorios judiciales, disminuiría la eficacia de estos últimos, como medio de prueba para la consecución de la verdad jurídica que, como vimos, es una verdad como coherencia entre enunciados. Pero también es cierto que podrían evitarse muchos abusos que se comenten, con sus solos efectos performativos. Habría que reflexionar en que medida es posible mitigarla con la ética de la responsabilidad del discurso.

Podemos partir del hecho de que, en los interrogatorios judiciales, las acciones instrumentales, las acciones estratégicas y las acciones dramatúrgicas se encuentran vinculadas recíprocamente. Es decir, es común que el uso de una acción estratégica se lleve a cabo para neutralizar una acción instrumental, una acción dramatúrgica e, incluso, otra acción estratégica y viceversa, las acciones instrumentales se usan para neutralizar una acción estratégica o una acción dramatúrgica y, también, otra acción instrumental. Por ejemplo, los ministerios públicos apelan a métodos intimidatorios para contrarrestar el engaño o la dramatización de la defensa. Del mismo modo, la defensa incurre en engaños y dramatización porque las acciones intimidatorias del ministerio público o de la policía e, incluso, del mismo juez les motivan a ello. Claro está que esta dialéctica negativa de la comunicación patológica de los interrogatorios judiciales, en la que se suceden la acción instrumental, la acción estratégica, la acción dramatúrgica, y nuevamente la acción instrumental, tienen, como telón de fondo, la naturaleza coactiva del derecho,

la amenaza de la violencia, la prisión como la institución más patológica de las sociedades modernas. Mientras no se mitigue un tanto la patología comunicativa de las prisiones y, en general de la sanción jurídica, los procedimientos judiciales y, en especial los interrogatorios judiciales, padecerán de la dialéctica negativa de las patologías de la comunicación que hemos señalado.

A pesar de ello, es posible que, en una situación en la que la sanción jurídica, en general o la cárcel, en particular, fueran más racionales, fuera necesario apelar a la ética de la responsabilidad en lugar de una ética de principios, tanto por parte de las autoridades como de parte de los procesados o de los participantes, en un proceso judicial. Dentro de una ética de la responsabilidad sería válido apelar a acciones estratégicas y a acciones instrumentales, sólo después de intentar, hasta el límite de la responsabilidad, la acción comunicativa, en actitud hipotética. Si ésta no es posible sin perjudicar la seguridad pública o la seguridad jurídica, es válido, para la autoridad o para el procesado, respectivamente, apelar a la acción estratégica, cuando y, en la medida en que, se quiera neutralizar otra acción estratégica o una acción instrumental, pero no lo sería apelar a una acción instrumental para neutralizar una acción estratégica, pues se ocasionaría un mal mayor que el que se quiere resolver. Una acción instrumental sólo es válida para neutralizar otra acción instrumental, pero sólo en la medida necesaria para hacerlo.

Hay que tomar en cuenta que, en los interrogatorios judiciales, es común simular el consenso, es decir, que tanto las autoridades como las partes simulen haber intentado una acción comunicativa o que, simulen o exageren una situación en la que se hace necesario pasar a una acción estratégica o a una acción instrumental. Por ello, es crucial analizar aquí, los actos de habla de las preguntas y de las

respuestas para detectar contradicciones performativas o falacias abstractivas, con el objeto de que puedan ser problematizadas en sus pretensiones de validez comunicativa, es decir, en su intención ilocucionaria y en su verdad proposicional.

Por ejemplo, podemos analizar, desde el “tópico” de la ética de la responsabilidad, el caso de los testigos preparados por las partes. Los testigos preparados actúan estratégicamente a favor de alguna de las partes, por lo tanto, desde el punto de vista de la ética de la responsabilidad, sería válida la acción estratégica de la otra parte para hacerlos caer en contradicciones y desacreditar su dicho, con las condiciones de que se haya intentado, hasta el grado de que no se perjudiquen los intereses de su defendido, o una acción comunicativa en actitud hipotética, pues la contraparte no puede estar seguro si son testigos preparados, y de que no se vaya más allá de defender estos intereses, pero no sería válido utilizar ninguna acción instrumental que intimide o coaccione a los testigos. Sólo si los testigos amenazaran a cualquiera de las partes, la autoridad utilizaría, válidamente, acciones instrumentales contra ellos.

Ahora bien, cualquiera de las partes puede simular una acción comunicativa en actitud hipotética, cuando es una actitud estratégica para confundir a los testigos que no se sabe si son preparados o no. Para saber si tal actitud estratégica se justifica o no, desde el punto de vista de la ética de la responsabilidad, la contraparte, el juzgador o el observador tendrán que analizar los actos de habla del interrogador para poder detectar contradicciones performativas o falacias abstractivas, en cuyo caso, serían criticables a la luz de la ética del discurso jurídico. Puede suceder, sin embargo, que a pesar de este análisis discursivo, no se pueda saber si tal acción sea o no estratégica. Esto es posible, pero creo que esto es todo lo que puede aportar

una ética del discurso jurídico, en este aspecto, aunque pudiera profundizarse en la determinación de sus verdaderos límites. Lo importante es aceptar que tales límites existen y que se pueden utilizar otras herramientas que pudieran complementarla, tales como la argumentación jurídica que, desde siempre ha formado parte de la dialéctica del discurso jurídico.

### **3.4. Dialéctica de la argumentación jurídica**

La argumentación jurídica puede tener por objeto ya sea la interpretación de las normas o también la interpretación de los hechos. Como cada una de las partes tiene su propia interpretación al respecto, la argumentación jurídica no puede dejar de ser dialéctica, como ya hemos visto en la estructura de la prueba judicial. Del mismo modo, en la interpretación del derecho sugerimos un modelo dialéctico de argumentación que expondremos más abajo. Pero antes de ello, abundaremos en la confrontación entre la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría del acto de habla de Habermas, en relación con el derecho, como paso previo necesario para proponer un posible desarrollo del principio de adecuación mediante un modelo de argumentación basado en Alexy. Por último, a título de conclusión, abordaremos el tema del juez dialógico, utilizando para ello la propia teoría de Habermas.

#### **3.4.1. Autopoiesis y heteropoiesis jurídicas**

Es sabido que la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría de los actos de habla en que se basa Habermas para plantar su propuesta teórica filosófica han sido confrontadas por sus propios autores. Lo que sigue no es una especie de relación de la célebre polémica entre Habermas y Luhmann,<sup>101</sup> sino una crítica a

---

Luhmann con base en la teoría de Habermas. Es decir, no quiere decir que estos sean los argumentos de Habermas necesariamente. Habrá algunos que sí lo son, es verdad, pero la idea es que a partir de la teoría de Habermas se puede criticar la teoría de Luhmann y reflexionar sobre las repercusiones que tendría tal crítica para la concepción de la teoría de sistemas en el la argumentación jurídica para hacer una propuesta alternativa en ese sentido.

#### **3.4.1.1. Crítica de la teoría de sistemas desde el punto de vista de las pretensiones de validez de los actos de habla**

Realizaremos este ejercicio en cuatro partes. La primera es una crítica a la teoría de sistemas desde el punto de vista de las pretensiones de validez del acto de habla. La segunda parte es una crítica a la teoría de sistemas desde el punto de vista de la estructura interna del acto de habla; y una tercera parte, es una crítica a la teoría de sistemas desde el punto de vista del desempeño de las pretensiones de validez de la teoría del acto de habla; y por ultimo, una propuesta alternativa, que sería explicar o considerar a la argumentación jurídica, a la vez como sistema cerrado y como sistema abierto.

Bien, empecemos con la primera que es la crítica a la teoría de sistemas desde el punto de vista de las pretensiones de validez del acto de habla.<sup>102</sup> Como hemos visto más arriba, según Habermas, el acto de habla debe cumplir cuatro

---

<sup>101</sup> Vease Habermas, Jürgen, "Discusión con Niklas Luhmann (1971): ¿Teoría sistémica de la sociedad o teoría crítica de la sociedad?", en *La lógica de las ciencias sociales*, pp. 309-419.

<sup>102</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 43 y ss.

requisitos de validez: la inteligibilidad del acto de habla; la verdad del acto de habla; la veracidad del acto de habla y la rectitud del acto de habla.

Son cuatro pretensiones de validez. Vamos a ir viendo una por una para ver en que medida la teoría de sistemas de Luhmann cumple estas pretensiones de validez.

**3.4.1. 1.1.** Bien, empezamos por la *inteligibilidad*. Desde el punto de vista de la inteligibilidad, la teoría de sistemas, al menos a mi, se me hace ininteligible, se me hace muy oscura, se me hace que es una teoría que utiliza un lenguaje metafórico. El mismo Luhmann dice que toma sus términos de los sistemas biológicos, los términos de “autopoiesis”, de “acoplamiento estructural”, de “irritación”, “de resonancia”, “de observación”, etc. Esos términos son términos de los sistemas biológicos, que se aplican en la ciencia que estudia los sistemas biológicos y, Luhmann los traslada a los sistemas sociales que, supuestamente, según él, son los sistemas que operan con el sentido lingüístico.

Con este uso metafórico del lenguaje, Luhmann viola aquí su propio concepto de autopoiesis. Según hemos entendido, la autopoiesis es la característica de los sistemas que se constituyen con sus propios conceptos, que operan de una manera cerrada, nada tiene que ver un sistema con el otro. Sin embargo, él mismo utiliza expresiones de los sistemas biológicos como es la misma idea de autopoiesis y las aplica a los sistemas sociales, ahí el mismo se está autocontradiendo, porque él está demostrando pragmáticamente que los sistemas sociales no son autopoieticos puesto que pueden ser analizados con

términos de sistemas biológicos.<sup>103</sup> Hay que aclarar, nuevamente, que esta crítica no es contra el uso de lenguaje metafórico en el derecho, sino al olvido de que se trata de un lenguaje metafórico, es decir, al permitir que se “adormezcan” las metáforas.<sup>104</sup>

En segundo lugar, el mismo término “autopoiesis” y el término “acoplamiento estructural” me parecen términos metafísicos en el sentido estricto de la palabra, en el sentido filosófico de la expresión. La autopoiesis no es una idea tan inusitadamente novedosa como se pretende hacernos creer. Ya usaban una expresión parecida los filósofos neoplatónicos a finales del imperio romano. Había un filósofo que se llamaba *Proclo* en aquella época y él, claro no hablaba de sistemas, pero hablaba de unas entidades “raras” que se llamaban *hénadas*. El era discípulo de *Plutarco*.<sup>105</sup>

Estas *hénadas* eran así como entidades unitarias, parecidas a los sistemas de Luhmann, unidades unitarias que eran, y aquí viene la palabra: “*auto hipostáticas*” o “*autoconstituidas*”; que es justamente el significado de *autopoiesis*. La *autopoiesis* significa que los sistemas se autoconstituyen a sí mismos. Pues bien, esto hace como dos mil años, ya lo había dicho *Proclo*, de esas entidades metafísicas raras. Por eso, a mi me parece que los sistemas de Luhmann son entidades metafísicas raras también.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 185.

<sup>104</sup> Ver *infra*, inciso núm. 5.3.2.

<sup>105</sup> Samaranch, Francisco, Prólogo a *Elementos de teología*, de Proclo, Aguilar, Buenos Aires,”. 1965, p. 10.

Pero también la expresión “acoplamiento estructural”, es curiosa. Luhmann dice que los sistemas son *autopoieticos*, que sólo se observan así mismos, que sólo se construyen así mismos, pero tiene necesidad de meter de contrabando la manera cómo se relacionan con los demás sistemas. Inventa este término de acoplamiento estructural que tampoco es muy claro a que se refiere, parece una descripción fáctica de algo que se acopla en sus estructuras. Pues bien, Proclo también tenía una explicación parecida para resolver éste problema de las relaciones entre las *hénadas*, la expresión era “el ser participado”. Entonces no era que se autohipostasiaran las hénadas nada más, también participaban de la unidad. Es la manera como se relacionaban con otras hénadas (sistemas en aquella época).<sup>107</sup>

Hay otro filósofo más posterior que hace ver todavía más clara la vinculación de Luhmann con la metafísica, que es Leibniz. Todos hemos oído hablar de Leibniz alguna vez. Quien no se acuerda por ejemplo de las famosas *mónadas* de Leibniz. Las mónadas de Leibniz eran unidades, expresión de la unidad, también entidades metafísicas que no tenían ni puertas ni ventanas, dice, que no se comunicaban con otras *mónadas*. Decía Leibniz que el mundo está

---

<sup>106</sup> Proclo, *Elementos de teología*, par. 189, p. 198: “Pues, si es capaz de reversión sobre sí misma, y todo lo que es capaz de tal reversión es autohipostático o autoconstituido, entonces el alma es autohipostática y es la causa de su propio ser.”; Izuzquiza, Ignacio, Introducción a *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, de Luhmann, Paidós, Barcelona, 1990, p. 19: “un sistema es autopoietico en tanto es un sistema que puede crear su propia estructura y los elementos de que se compone”.

<sup>107</sup> Proclo, *Elementos de teología*, par. 197, p. 205: “Así pues, todos existen unidos y separadamente. Pero, si todos están juntos en un ser que carece de partes, están recíprocamente interpenetrados; y, si existen individualmente, están por otra parte diferenciados y no confundidos: de manera que cada uno existe en sí mismo y además en todos.”; Luhmann, De Georgi, *Teoría de la sociedad*, trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1993, p. 54: “En el caso en que tales relaciones se desarrollen conforme a una recíproca coevolución, por lo que ninguno de los sistemas acoplados estructuralmente podría existir sin ellas, se puede hablar también de interpenetración.”

lleno de *mónadas* pero no se comunican entre sí, son un concepto muy parecido al sistema de Luhmann.<sup>108</sup>

Claro, también Leibniz tiene que buscar una manera de explicar las relaciones entre las *mónadas* y el inventa o utiliza una expresión que se llama “la armonía pre-establecida”. Dice: las *mónadas* son armónicas porque desde su inicio, desde su creación por Dios están armónicamente establecidas unas con otras. Y ese es el significado que Luhmann le da al acoplamiento estructural. Ya previamente, dice Luhmann, los sistemas están convenidos previamente para que se auto-evolucionen recíprocamente.<sup>109</sup> Esto, lo que hace es demostrarme que el lenguaje luhmanniano, es un lenguaje totalmente metafísico, con lo que se vuelve una generalización, que oculta como se relacionan sistemas sociales con los operadores de los mismos. Para Habermas, el problema principal de la teoría de los sistemas de Luhmann consiste en que es incapaz de entender que los sujetos “se individualizan socializándose”, es decir, que no se requiere de un “metafísico acoplamiento estructural de los sistemas sociales con los sistemas psíquicos, pues la constitución de aquéllos se realiza mediante la interacción recíproca de éstos.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Leibniz, *Monadología*, Porrúa, México, 1977, p. 389: “Las mónadas no tienen ventanas donde algo pueda entrar o salir (...) en una mónada no puede entrar de fuera ni sustancia ni accidente alguno”, p. 390: “Síguese de lo que acabamos de decir que los cambios continuos de las mónadas, vienen de un *principio interno*, puesto que ninguna causa externa puede influir en su interior.”

<sup>109</sup> Leibniz, *Monadología*, p. 398: “Sigue el alma sus propias leyes y el cuerpo también las suyas propias, y se encuentran en virtud de la armonía preestablecida entre todas las sustancias, puesto que todas son las representaciones de un mismo universo.”; Luhmann, De Georgi, *Teoría de la sociedad*, p. 53: “así también los sistemas de conciencia y los sistemas de comunicación están previamente convenidos uno con el otro para que puedan funcionar sin que esto se note.”

<sup>110</sup> Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, pp. 363, 364.

Una tercera crítica, desde el punto de vista de la inteligibilidad del acto de habla, es que el lenguaje de la teoría de sistemas es totalmente o en gran medida, es un lenguaje poco funcional, poco útil analíticamente. La inicial teoría de sistemas, digamos la de Bertalanffy, era muy útil y tenía un gran atractivo para el análisis político y para la implementación de políticas y era lo que a mí más me atraía de la teoría de sistemas. De hecho, yo mucho tiempo interpreté a Luhmann a la luz de ésta primera versión de teoría de sistemas, pero después me di cuenta que no, que Luhmann absolutiza la autopoiesis, prácticamente. La idea a que me refiero era otra, era la siguiente: los sistemas funcionan de doble modo, funcionan primero como sistemas y luego como subsistemas. Cuando funcionan como sistemas, funcionan como sistemas cerrados es decir autopoieticamente; pero, cuando funcionan como subsistemas, funcionan como sistemas abiertos, es decir, se relacionan con los otros sistemas, se relacionan con su entorno. De esta manera era extraordinario hacer un análisis de la sociedad desde el punto de vista de la teoría de sistemas; se analizaba el sistema político, el sistema económico, el sistema jurídico, el subsistema cultural, siguiendo a Parsons un poco, y se podían estudiar estos sistemas ya sea como sistemas o como subsistemas, es decir, como sistemas abiertos o como sistemas cerrados o más flexiblemente todavía, como sistemas que se abren y que se cierran o usando la terminología de Luhmann, como sistemas que en parte son cerrados o autopoieticos y, en parte, son abiertos o heteropoieticos.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Duhalt, Krauss, citado por Alejandro Carrillo Castro, en *La reforma administrativa en México*, Miguel Angel Porrúa, México, 1980, p. 34: "el enfoque sistémico es aquel que concibe a cualquier

A mí no me gusta mucho esa palabra porque es una expresión de la biología y los seres humanos somos algo más que biología, somos seres sociales. Pero bueno, parece que ha adquirido cierta naturalización esta expresión “autopoiesis” y también “heteropoiesis”. Me gusta más abierto y cerrado. El sistema necesita cerrarse, por supuesto, para operar; pero necesita abrirse también para evolucionar y para cambiar. Esta idea era muy sencilla y muy útil y muy operativa en el análisis de políticas, por ejemplo de la política criminal. En cambio, la teoría de Luhmann es farragosa, es innecesariamente compleja, tiene que introducir conceptos “ad hoc” para explicar nuevas cosas, se vuelve un aparato categorial sumamente difícil de manejar, al menos a mí se me hace difícil. En cambio la teoría tradicional se me hacía muchísimo más sencilla.

Estas son las tres críticas que yo le hago, con base en la teoría de Habermas desde el punto de vista de la inteligibilidad del acto de habla, a la teoría de sistemas de Luhmann: su lenguaje es metafórico, metafísico y poco funcional para el análisis social.

**3.3.1.1.2.** Pasemos ahora a la pretensión de *verdad*, a la pretensión de verdad como exigencia del acto de habla. ¿Qué tan verdadera es la teoría de Luhmann? Bueno, a mí se me hace que es parcialmente verdadera y parcialmente falsa. Por ejemplo, algo que se me hace parcialmente verdadero de la teoría de Luhmann es que dice que existe un “primado funcional” de los sub-sistemas sociales, es decir, que hay primacía del sub-sistema que, en determinada complejidad del entorno, es él más importante para la evolución del sistema social,

---

fenómeno del universo como un sistema, como elemento de un sistema o como un sistema de sistemas.”

según Habermas.<sup>112</sup> Pero, es parcialmente falsa, porque de acuerdo con Marx, “el primado funcional” lo tendrá el sub-sistema que sea más importante para la evolución, no de la sociedad, sino del capital. Es decir, en el fondo, quién tiene la primacía es el “sistema capitalista” y no el “sistema social”.<sup>113</sup>

Claro, esto se ha discutido mucho, los marxistas batallan mucho para demostrar esto. Por ejemplo, era difícil que este aserto marxista se demostrara, que la política, el derecho y la cultura estaban subordinados al sistema económico-capitalista, no era tan fácil de demostrar. Pero la misma evolución de los sistemas políticos ha venido a demostrar la verdad de este aserto marxista. Nada más necesitamos analizar los actuales gobiernos de México y de Estados Unidos para demostrar, con los hechos, que Marx tenía razón, cuando dice: “ el estado no es más que la junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa”.<sup>114</sup> Creo que hoy, eso es más claro que nunca.

Pero no siempre es claro que el sub-sistema económico-capitalista subordina a los demás sub-sistemas sociales. Por eso a mí se me hace que tenemos que remitirnos al concepto más fundamental de Marx que es el concepto de capital. El no habla de sistema económico, el habla del capital; el capital como fenómeno de la sociedad moderna.<sup>115</sup> Y, justamente, el capital sí es “autopoiético”,

---

<sup>112</sup> Habermas, *op. cit.* p. 415: “El primado funcional recae, pues, en cada caso, sobre el subsistema que resulta más importante para la (...) dirección de la evolución social”.

<sup>113</sup> Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 485, 486.

<sup>114</sup> Marx-Engels, “Manifiesto del partido comunista”, en *Obras escogidas*, I, Progreso, Moscú, 1977, p. 23.

<sup>115</sup> Es aquí donde, me parece que Habermas ha renunciado, demasiado apresuradamente, a algunas categorías marxistas y le ha dado demasiadas concesiones a la teoría de Luhmann. Cfr.

nada más que Marx decía que el capital se “autovalora” a sí mismo, aparentemente, claro. La auto valoración del capital quiere decir que el capital subordina a su propia lógica al trabajo humano, subordina, a sus propias necesidades de reproducción, a la ciencia, subordina a su propia gramática, diría Wittgenstein, al mismo Estado, e incluso estamos viendo ahora que subordina incluso a la comunidad internacional.<sup>116</sup>

Es el capital, él que Luhmann cree que es la sociedad. Se ha equivocado Luhmann, realmente él quería describir al capital. El capital sí es un sistema autopoietico, en el sentido de que sólo le interesa su propia lógica, las demás lógicas de los demás sistemas o las subordina, las modifica, las destruye, las incorpora a su propio sistema, no le importa ni el sufrimiento, no le importa ni la justicia, no le importa ni el derecho, no le importa nada con tal de reproducirse así mismo mediante la ganancia. Eso es lo que está sucediendo actualmente en el mundo y en México. Sí Luhmann quería decir que esto, entonces estoy de acuerdo con él.

Pero esto no significa que toda la sociedad sea autopoietica. No tendríamos remedio, no tendríamos salvación. Por eso Habermas dice que si la sociedad fuera como la describe Luhmann, la sociedad hace mucho que hubiera desaparecido.<sup>117</sup> La sociedad no puede ser absolutamente sistémica, es

---

Sitton, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, trad. Juan Carlos Rodríguez Aguilar, FCE, México, 2006, pp. 239 y ss.

<sup>116</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, pp. 127 y ss.

<sup>117</sup> Habermas, *op. cit.* pp. 375, 376: “Pero esto significa que una interpretación filosófica del mundo en conjunto (...) que estableciese una completa transparencia y autotransparencia, no podría

parcialmente sistémica porque el capital la hace sistémica. Habermas a éste fenómeno le llama “la colonización del mundo de la vida por los sistemas”, por el sistema económico y por el sistema político. Pero él dice que existe en la sociedad un ámbito, que le llama el mundo de la vida, que no es sistémico, que justamente está constituido por los actos de habla normales y cotidianos.<sup>118</sup>

Bien, por eso se me hace que, desde el punto de vista de la verdad como exigencia del acto de habla, la teoría de Luhmann es parcialmente falsa y parcialmente verdadera.

**3.4.1.1.3.** Desde el punto de vista de la *veracidad*, que es otra exigencia del acto de habla, también la teoría de Luhmann es patológica, por que aparentemente nos está describiendo a la sociedad, pero lo que está haciendo, en realidad, nos la está prescribiendo. Nos está diciendo que así debemos nosotros aceptar la sociedad, que no hay remedio y que así está bien. Por eso, la democracia, dice Luhmann, según Habermas claro, es incompatible con la racionalidad, por lo tanto hay que ir renunciando a esos sueños de democracia. A eso Habermas le llama “una ideología”. La teoría de Luhmann se convierte en una ideología que el sistema económico capitalista necesita para reproducirse, es decir, el capital subsume también a la teoría de Luhmann y la funcionaliza como momento de sí mismo.<sup>119</sup>

---

atribuirse a ningún sistema pensable: una teoría de sistemas ampliada a filosofía suprimiría todas las latencias y tendría que problematizar todas las decisiones estructurales.”

<sup>118</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 103.

<sup>119</sup> García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p. 164: “Puesto que los sistemas ordenan sus comunicaciones sobre esta base, y puesto que no hay comunicación fuera de algún sistema social, no podría ser ningún tipo de “racionalidad comunicativa” base del consenso, ni éste el referente ideal de la comunicación. Aquí se sitúa una de las claves de los

**3.4.1.1.4.** Bien, con respecto a la *rectitud*, que es la cuarta característica de validez de los actos de habla, la teoría de Luhmann, a mí me parece una teoría que usa un lenguaje autoritario y dogmático, y, en el caso de algunos de sus seguidores, excluyente, cosificador e instrumentalista. Quien no piensa como ellos, es inmediatamente excluido. El mismo De Georgi excluye a Habermas, lo considera un tipo ya superado.<sup>120</sup> Habermas que fue quien hizo famoso a Luhmann con ésta polémica. Luhmann adquirió fama porque Habermas le dio su lugar y le reconoce sus méritos, aunque lo critique, como hemos visto.

, a mí se me hace, que el lenguaje del mismo Luhmann, o de sus traductores, es un lenguaje autoritario. Incluso, podríamos decir que les da órdenes a los propios sistemas y a sus entornos. Veamos tan sólo algunos ejemplos de ello. Dice Luhmann: “Como paradigma de la teoría de sistemas, la diferencia entre sistema y entorno *obliga* a sustituir la diferencia entre todo y parte por una teoría de la diferenciación sistémica.”<sup>121</sup> ¡No se dice que sea conveniente o mejor o más adecuado sustituir la diferencia del todo y la parte por la de sistema y entorno, sino que es obligatorio hacerlo!

La complejidad también genera obligaciones según Luhmann: “La inferioridad de complejidad *debe ser* compensada por estrategias de selección.

---

ataques de Luhmann a Habermas. No hay discurso al margen de la “dominación” de algún sistema, pues sería *noise*, ruido, no comunicación; no hay una razón previa o superior a los sistemas, o encarnada prototípicamente en uno de ellos; “al sistema le falta la razón”.; Habermas, “*Discusión con Niklas Luhmann*”, p. 397: “El nuevo método de legitimación que Luhmann construye no descansa ni en el reconocimiento de tradiciones, ni en convicciones que fueran personalmente imputables al individuo por venir ligadas a la disponibilidad de éste a defenderlas y razonarlas discursivamente, sino en una aceptación rutinaria de decisiones oficiales.”

<sup>120</sup> Recuerdo haber escuchado esta exclusión de Habermas, por parte de De Georgi, cuando vino a México, en la década de los noventa.

<sup>121</sup> Luhmann, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, pp. 53, 54.

Que el sistema esté *obligado* a la selección, es consecuencia de su propia complejidad.”<sup>122</sup> En lugar de describir que la complejidad de un sistema ocasiona que este aumente su complejidad, se dice que es una ¡obligación!, ¡un deber ser! del sistema.

Y hasta sanciones les establece a los sistemas que incumplan: “las estructuras *deben* posibilitar la capacidad de conexión de la reproducción autopoietica *si no quieren* renunciar a su propia base existencial, y esto reduce el campo de posibles cambios y aprendizajes.”<sup>123</sup> Es decir, que ¡si los sistemas incumplen su obligación de ser autopoieticos serán sancionados con su propia muerte sistémica!

Esta manera de expresarse es violenta, nos coacciona, nos hace que aceptemos cosas sin reflexionarlas, por el miedo a que los sistemas se deterioren o se desvanezcan si no aceptamos que deben ser autopoieticos.<sup>124</sup> Se nos quiere obligar a considerarnos a nosotros mismos como sistemas autopoieticos, para que los sistemas sociales, como el derecho, sean autopoieticos, pues somos los seres humanos quienes operamos los sistemas. El lenguaje de la teoría de Luhmann pretende que sucedan las cosas que dice que suceden, es decir, es un lenguaje “preformativo perlocucionario”, por lo tanto no es un lenguaje recto, sino patológico en una teoría pues, no lo debes problematizar y si no la aceptas, entonces te

---

<sup>122</sup> *Idem.* p. 71.

<sup>123</sup> *Idem.* p. 96.

<sup>124</sup> El mismo Habermas ha sido victima de esta coacción sistémica, pues ha tenido miedo a que por la mismísima acción comunicativa se deterioren los sistemas económico y político, ver Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*, pp. 274 y ss.

excluye. Es la “universal exclusión”, pero por parte de la teoría del propio Luhmann.<sup>125</sup>

Bien, ¿qué podemos concluir de éste primer análisis? De esta primera crítica, desde el punto de vista de las pretensiones de validez del acto de habla, yo concluyo que la teoría de Luhmann es la que es autopoietica, no la sociedad, ella, esa teoría, la de Luhmann, es autopoietica, se cierra en sí misma, ella misma se construye así misma y construye entidades metafísicas que no existen o no existen como él nos dice, en el mundo social. Claro, esto no quiere decir que no haya en la sociedad elementos de autopoiesis. Según Habermas, esos elementos de autopoiesis están colonizando, están dominando a l mundo de la vida, pero no es fatal, ni es inevitable ni absoluto, y la idea que nos da Luhmann, es que en las sociedades complejas es inevitable la autopoiesis. A mí se me hace que ni es inevitable ni absoluto y, por lo tanto, es reversible, este proceso de dominación de los sistemas, de deshumanización del mundo le llamaría yo, es reversible y no es inevitable como quiere hacernos creer Luhmann. Entonces la primer conclusión es que la autopoiesis existe, pero en la teoría de Luhmann.

#### **3.4.1.2. Crítica de la teoría de los sistemas desde el punto de vista de la estructura interna de los actos de habla.**

---

<sup>125</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 47 y ss.; Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, “La construcción “particular” de la realidad y los sistemas de control social”, en *Política criminal y sociología jurídica*, ENEP Acatlán, UNAM, México, 1998, pp. 342 y ss.

Bien, pasemos ahora al segundo punto, que es la crítica de la teoría de sistemas desde el punto de vista de la estructura interna del acto de habla. Según Luhmann, los sistemas sociales operan con la idea de sentido, de sentido comunicativo, de sentido lingüístico. Pues bien, el sentido en la teoría de sistemas no tiene sentido, no tiene sentido de sentido, es un sin sentido ¿Por qué? Porque para que haya sentido en una expresión lingüística, un mínimo de sentido, dice Habermas, debemos partir del acto de habla.<sup>126</sup> Si no hay acto de habla no hay sentido, pues el acto de habla es el mínimo de sentido de la expresión lingüística, dice Habermas. Recordemos esta idea, que Habermas la toma de los pragmatistas ingleses y norteamericanos, como Austin y Searle: la idea de acto de habla como mínimo de sentido lingüístico. Bien, ¿porqué el mínimo de sentido lingüístico?, bueno, porque según esto, el acto de habla se compone de los elementos que le dan sentido al lenguaje: un elemento proposicional y un elemento ilocucionario.

El *elemento proposicional* es, digamos la parte de la oración o del enunciado lingüístico que describe el mundo, que describe el mundo fáctico, el mundo social o el mundo subjetivo. El *elemento ilocucionario* es la parte del enunciado lingüístico que expresa las intenciones del que está comunicándose. Si no juntamos estos dos elementos, el sentido de la expresión lingüística queda totalmente indeterminado. Un ejemplo puede ayudarnos a entender la determinación del sentido por medio del acto de habla. Si yo digo por ejemplo, “apropiarse de lo ajeno”, eso es un enunciado proposicional. ¿Qué sentido tiene

---

<sup>126</sup> Ver Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 38 y ss.

ese enunciado proposicional? Por sí mismo puede tener muchos sentidos. Necesito insertarlo, dice Habermas, en la estructura de un acto de habla para que tenga un sentido determinado y pueda decir “yo afirmo que el robo es apropiarse de lo ajeno”, aquí el acto de habla, la expresión tiene un sentido determinado. ¿Cuál sentido? El sentido de que alguien afirma que el robo es apropiarse de lo ajeno. El elemento ilocucionario: “Yo afirmo”, le da sentido al enunciado proposicional: “apropiarse de lo ajeno”. Sin embargo, ese enunciado proposicional puede tener otro sentido. Si digo: “deseo apropiarme de lo ajeno”. El sentido es diferente, ya no es el mismo sentido del primero. ¿Porqué? Porque el mismo enunciado proposicional está conectado con otro enunciado ilocucionario diferente, por lo tanto el sentido ha cambiado. Y todavía más, un tercer acto de habla sería: “esta prohibido apropiarse de la ajeno”. Este es otro acto de habla. ¿Porqué? Porque el mismo enunciado proposicional lo relacionamos con otro enunciado ilocucionario: “está prohibido”. Por lo tanto el acto de habla como unidad mínima de sentido ha variado, es decir, un mismo enunciado proposicional descriptivo de estado de cosas se vincula con distintos enunciados ilocucionarios que expresan distintos estados de ánimo de quien habla, de quien se expresa.

Todo enunciado lingüístico, dice Habermas, es un acto de habla, sólo que en algunas ocasiones o en muchas ocasiones, el elemento ilocucionario del acto de habla está implícito, está sobreentendido en la situación comunicativa. Así por ejemplo, si yo digo: “la tarde está calurosa”. Ahí parece que sólo existe el elemento proposicional. ¿Dónde está el elemento ilocucionario? Bueno, está implícito porque yo soy el que afirmo que la tarde está calurosa, no está expresado pero está implícito el elemento ilocucionario. Ahora ¿qué se puede

entender en la situación comunicativa, que la tarde esté lluviosa? Bueno, como el elemento ilocucionario está implícito se pueden entender muchas cosas, dependiendo de la situación comunicativa. Si estoy con una amiga, se puede entender que la estoy invitando a nadar, pero si estoy con un amigo, se puede entender que lo estoy invitando a tomar una cerveza. El que no este expresado, no quiere decir que no haya elemento ilocucionario. Lo hay. Lo que pasa, dice Habermas, cuando el elemento ilocucionario del acto de habla está implícito, puede dar lugar a muchos sentidos y a muchos sin sentidos, puede dar lugar a contradicciones, puede dar lugar a falacias, puede dar lugar a malos entendidos, puede dar lugar a patologías, en suma. Cuando no se dice el elemento ilocucionario, con el propósito de ocultar la intención o de sustraer al acto de habla a su problematización, se le denomina acto de habla perlocucionario.

Bien. Si desde esta estructura interna del acto de habla analizamos la teoría de Luhmann, se convierte pues o en una teoría sin sentido o en una teoría perlocucionaria. Por ejemplo, cuando Luhmann dice que “el sujeto no existe”<sup>127</sup>, aquí hay, diría Habermas, en esta expresión, hay una contradicción performativa. ¿Por qué? Porque el enunciado ilocucionario que está implícito es: “yo, el sujeto Luhmann afirmo que”, lo cual es contradictorio con el elemento proposicional: “el sujeto no existe”. Es como si dijera: “El sujeto Luhmann afirma que los sujetos no existen”. Claro que no lo dice para que no se note la contradicción. Eso es una contradicción preformativa: la contradicción entre el elemento ilocucionario (“Yo,

---

<sup>127</sup> Sólo se presupone por la comunicación, dice, en realidad Luhmann. Ver Luhmann, De Georgi, *Teoría de la sociedad*, p. 52: “la conciencia no es ni el sujeto de la comunicación, ni en cualquier otro sentido, el sustrato de la comunicación.”

Luhmann, sujeto, afirmo que”) y el elemento proposicional (“los sujetos no existen”) de un acto de habla.

O, cuando Luhmann dice que los sujetos no se comunican, que la que se comunica es la comunicación. Lo dice Luhmann así.<sup>128</sup> Bien, a mí se me hace que ésta también es una contradicción preformativa. ¿Quién dice que los sujetos no se comunican? A, pues lo dice Luhmann. Y, ¿para que lo dice? Para comunicarse. Lo cual también es una contradicción performativa.

Creo que ésta es la crítica central a la teoría de sistemas de Luhmann, desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla de Habermas. Claro que podría objetarse que el sentido de “sentido” en Luhmann tienen otro sentido, a saber: “Por sentido se entiende únicamente una determinada “estrategia” de selección de elementos o posibilidades, a partir de un medio más complejo”.<sup>129</sup> Pero, aún así, sin la intención ilocucionaria de quien o quienes establecen la estrategia de selección de posibilidades, dicha estrategia queda indeterminada, pues sólo constituye la parte proposicional de la misma, es decir, dice qué hacer, pero no dice con que intención se dice que hacer. Por tanto, las posibilidades de selección no tan sólo no disminuyen, sino que aumentan la complejidad de las mismas. Es decir, el sentido, únicamente proposicional, es no sólo un sinsentido, sino un contrasentido, pues lejos de disminuir la complejidad, la aumenta.

Pero Luhmann ni siquiera se imagina que existen los actos de habla. Por eso, a mi me parece que la teoría de Luhmann es un conjunto de actos de habla,

---

<sup>128</sup> Id. p. 52: “No es el hombre quien puede comunicarse; sólo la comunicación puede comunicar.”

<sup>129</sup> García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p. 123.

performativos perlocucionarios, que se contradicen entre su elemento proposicional y su elemento ilocucionario. Claro está que nosotros los sabemos, porque hemos logrado escuchar decir que un sujeto diga que no existen los sujetos. Pero como se trata de “Luhmann” que usa un lenguaje violento y excluyente, tenemos miedo de decirlo, pero bueno, por eso necesitamos protegernos con un pensador de la misma talla, como es Habermas, para poder decirlo, sin que nos excluyan tan fácilmente.

Bien, esto que parecería, tan sin importancia tiene significados muy trascendentales. ¿Por qué? Porque esto lleva a la teoría de Luhmann a incurrir en una serie de falacias. Lo que llama Habermas y Apel, la falacia de la semántica, la falacia semanticista.<sup>130</sup> Es decir, que para la teoría de sistemas sólo existe el lenguaje descriptivo del mundo y no existe el lenguaje regulativo de los valores o el lenguaje expresivo de las vivencias. Es decir, niega que exista el lenguaje ilocucionario. Ilocucionario es el lenguaje mediante el cual expresamos nosotros nuestra propia humanidad, nuestro ser humano, expresamos nuestros sentimientos, nuestros deseos, nuestros valores, nuestros deberes y nuestros derechos. Nos priva de nuestra ilocucionariedad. Es más, hasta el amor él lo analiza como un sistema autopoietico que consiste en un “acoplamiento estructural”. El tiene un libro que se llama “*El amor como pasión*” y en el fondo no es más que eso, el amor son dos sistemas psíquicos autopoieticos que un momento llegan a acoplarse estructuralmente.<sup>131</sup> Y bueno sí, biológicamente eso

---

<sup>130</sup> Apel, Karl-Otto, *Teoría de la verdad y la ética del discurso*, pp. 56 y ss.

<sup>131</sup> Luhmann, Niklas, *El amor como pasión*, trad. Joaquín Adsuar Ortega, Panínsula, Barcelona, 1985, p. 186: “El ser-vivido-por-el otro se convierte en componente de la reproducción operativa.

es el amor, un acoplamiento estructural, pero humanamente el amor es otra cosa, el amor humanamente, socialmente, es lo que hace compensar nuestras vulnerabilidades, como dice Habermas,<sup>132</sup> lo que hace que el hombre tenga esperanzas, lo que hace que el hombre sea solidario con otros hombres, lo que hace que el hombre se fije no sólo en sus necesidades sino también en las necesidades de los demás, es decir, una verdadera “heteropoiesis”. Esto es lo que dice Luhmann, bueno no dice que tal amor no existe, sino que es una ilusión, que es una ideología, disfuncional en la complejidad de nuestra época.

Bien, esto lleva a su vez a consecuencias todavía más graves, porque con esta idea de negar lo ilocucionario del lenguaje humano, es decir la parte del acto de habla que expresa nuestros deseos, nuestros sentimientos, nuestros valores, nuestros deberes, nuestros derechos también, esta idea lleva a que no exista más que un tipo de ciencia en el mundo, que son las ciencias fácticas. Niega por ejemplo, que puedan existir las ciencias explicativas por un lado y las ciencias hermenéuticas por el otro. Las ciencias que se encargan de explicar porqué suceden las cosas y las ciencias que se encargan de interpretar la vida para el hombre, las que se encargan de interpretar el sentido que tiene de la vida humana, las que se encargan de interpretar el sentido que tiene el derecho para el hombre, la religión para el hombre, la moral para el hombre, el arte para el hombre. O sea, no hay otras ciencias más que las ciencias fácticas.

---

La autorreproducción y la reproducción ajena se mantienen separadas de acuerdo con los contextos del sistema, pero se realizan *uno actu*.”

<sup>132</sup> Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, p. 228: “Este tipo de socialización comunicativa a través de la cual los sujetos particulares simultáneamente se individualizan, funda una profunda vulnerabilidad, ya que la identidad de los individuos socializados solo se desarrolla por la vía de la integración en dependencias sociales que cada vez van más lejos.”

Esto, claro está, también se da en la realidad, o sea los científicos tratan de analizar todo lo humano como si fuera fáctico nada más, como si no tuviera sentido y, en este sentido, pues Luhmann tendría razón. Pero tendría razón en decir que esos científicos o esos sistemas son autopoieticos, ellos, no la realidad que estudian, no la realidad humana. Claro que nosotros también nos convertimos en seres autopoieticos cuando le negamos al otro su humanidad, cuando no reconocemos que el otro es un ser con sentimientos, cuando no le reconocemos al otro que es un ser con derechos, y que no le reconocemos al otro que es un ser con ideas propias y diferentes. O sea, la autopoiesis sí es una cuestión real pero, la crítica es que no es una cuestión absoluta, ni de principio, ni inevitable, ni fatal. A mí se me hace que, por eso mismo, es reversible y es la idea de Habermas. La idea de Habermas es que él quiere limitar la colonización del mundo de la vida por el medio de la acción comunicativa, que no inventa él, sino que lo toma de la comunidad, de la comunidad humana.

Pero, ¿Dónde existe la acción comunicativa? ¿En que parte del mundo? Bueno, en aquellas relaciones humanas, en aquellas relaciones sociales que son solidarias por ejemplo, que son de respeto al otro, por ejemplo, que son de cariño, que son de comprensión, pero también las que son de lucha y que son de solidaridad con el otro. Hay muchísimas organizaciones así, muchas familias son así, muchas organizaciones sociales son así, muchos grupos humanos son así, lo que sucede es que el mundo sistémico nos está colonizando, dice Habermas. Y está precisamente destruyendo esa solidaridad humana y eso ha invadido todos los sistemas incluso el derecho, como lo vamos a ver más adelante. El derecho es un sistema que cada vez es más autopoietico, pero no porque sea fatal que sea sí,

ni porque así sea su naturaleza. En seguida vamos a ver cual es el mecanismo, según Habermas, que hace que un sistema social, digamos “estándar”, se vuelva autopoietico.

Esta sería pues ya la segunda crítica. ¿Cuál sería la conclusión de esta segunda crítica? Bueno, podríamos decir que la teoría de sistemas de Luhmann, es un conjunto de actos de habla sin sentido, o con un sentido indeterminado, de actos de habla perlocucionarios, es decir de actos de habla que niegan o que soslayan el elemento ilocucionario de los actos de habla de los que se componen los sistemas sociales de comunicación, y por consecuencia, el mundo interno, el mundo humano de los sujetos. Eso no significa negar que la sociedad moderna, en alguna medida, sea así también, un mundo sin sentido. Por eso Habermas le reconoce ese gran mérito a Luhmann, y retoma gran parte de su teoría para incorporarla a la suya. Por eso divide a la sociedad en el mundo de la vida y en el mundo sistémico. Pero para Luhmann todo es sistémico, lleva a lo absoluto, lleva al extremo esa idea, por eso el mismo se vuelve autopoietico.

### **3.4.1.3. Crítica de la teoría de sistemas desde el punto de vista del desempeño de las pretensiones de validez de la teoría de los actos de habla**

La tercera parte es una crítica desde el punto de vista del desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla. Lo que quisiera expresar aquí es como considera Habermas que en la sociedad, en la ciencia, en el derecho o en cualquier sistema se constituye la autopoiesis. ¿Qué es lo que sucede? ¿Por qué se hace autopoietico un sistema de comunicación? Autopoietico lo estoy

entendiendo como cerrado. Y bueno claro, Luhmann, nos dirá que el sistema se abre, cognitivamente, cuando lo irrita su entorno. Pero esto es una metáfora que se toma de los organismos biológicos. No es claro que significa que un sistema de comunicación se irrite o se auto-irrite, y, por eso aprende y evoluciona, como si fuera una célula o una ameba, ciego al sentido lingüístico. Como si los sistemas sociales de comunicación no tuvieran una terminología más adecuada a su propio medio de operación como lo es el lenguaje. Bien podría decirse que el sistema se abre, cuando la intención ilocucionaria de los actos de habla de los operadores del sistema sea la de aprender y conocer; y se cierra, cuando dicha intención ilocucionaria sea la de operar. Dicho de este modo, se evitaría mucha “irritación” y muchos malentendidos, reduciendo la complejidad de los sistemas de la teoría de los sistemas.<sup>133</sup>

Bien. Voy a volver a las pretensiones de validez del acto de habla. Habíamos dicho inicialmente que todo acto de habla tiene cuatro pretensiones de validez que son: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud. Cualquier sujeto, dice Habermas, que entable una comunicación, se expone o se obliga, comunicativamente, a sostener estas cuatro pretensiones de validez. Por su parte, el otro sujeto con él que se está comunicando tiene el derecho, en cualquier momento, de *problematizar* cualquiera de estas pretensiones de validez, es decir, de cuestionar, de cuestionar la inteligibilidad, de cuestionar la verdad, de

---

<sup>133</sup> García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y de Luhmann*, pp. 137, 138: “Las estructuras de los sistemas se forman como respuesta continuada frente a las continuas “irritaciones” provenientes del exterior, del medio, y sólo así se mantiene la autopoiesis del sistema, la producción de sus propios elementos.”; p. 139: “Lo que cada sistema recibe de su medio no es un impulso causal sin participación del sistema mismo, sino una “resonancia” subsiguiente a la producción de un cambio en ese medio, pero en cuanto percibido por el sistema conforme a sus claves. Los cambios en el medio son meros “datos” que en cuanto tales, no significan nada en el sistema.”

cuestionar la veracidad y de cuestionar la rectitud. El sujeto que escucha o que lee, es decir, el tú, tiene ese derecho comunicativo y el sujeto que habla o escribe, es decir, el yo, tiene la obligación comunicativa de *desempeñar*, dice Habermas, de solventar, de contestar, de desarrollar las pretensiones de validez problematizadas.<sup>134</sup>

Esto quiere decir, específicamente que, si se le cuestiona la pretensión de validez de la inteligibilidad, tiene que *hacer aclaraciones*. Cuando se le dice a Luhmann: “¿qué entiendes tú por irritación Luhmann?”. Luhmann está obligado comunicativamente, a aclarar que entiende por irritación. La pretensión de validez de la inteligibilidad se desempeña, dice Habermas, dando aclaraciones de los términos y, eso puede suceder en cualquier momento de la relación comunicativa.

Si lo que se problematiza es la pretensión de validez de la verdad, el sujeto que habla tiene la obligación comunicativa de *dar explicaciones*, tiene que explicar porqué considera que aquella expresión es verdadera, está obligado comunicativamente dice Habermas, a explicar porqué es verdadera. Si se le cuestionara a Luhmann, por ejemplo “¿por qué dices que todas las sociedades modernas son autopoieticas?”. Luhmann tendría la obligación comunicativa de dar una explicación y, eso en cualquier momento del desarrollo comunicativo.

Si es cuestionada la pretensión de la veracidad, el sujeto que habla tiene la obligación comunicativa, dice Habermas, de *dar justificaciones*. La veracidad tiene que justificarse, tiene que sustentarse, tiene que argumentarse, no vale por sí

---

<sup>134</sup> Ver Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 43 y ss.

misma, es una simple pretensión, sólo será un desempeño cuando se da una justificación. Lo mismo sucede cuando se cuestiona la pretensión de validez de la rectitud, tienen que darse justificaciones. “¿por qué consideras que tal norma es válida? ¿por qué consideras que tal norma es correcta?”. El que habla tiene la obligación comunicativa, dice Habermas, de dar justificaciones y, es cuando se establece precisamente, lo que Habermas llama, la acción comunicativa.

La acción comunicativa, pues, se compone de tres pasos:

1.- Las pretensiones de validez de los actos de habla de los hablantes, que son estas cuatro:

a) inteligibilidad; b) verdad; c) veracidad; y d) rectitud

2.- La problematización de estas pretensiones de validez, por que son pretensiones nada más, son pretensiones, precisamente.

3.- El desempeño de estas pretensiones de validez.

Claro que esto puede invertirse, el que habla, puede convertirse en el oyente y el que esté cuestionando, puede ser el que esta justificándose o el que está justificando, puede ser el que cuestiona.

Entonces, estos tres momentos: las pretensiones de validez, la problematización y el desempeño de las pretensiones de validez, constituyen la acción comunicativa. Esta tríada se parece a la tríada hegeliana, por supuesto. La pretensión de validez comunicativa vendría a ser lo que Hegel llamaba la tesis, es una tesis, nada mas, no es algo que este demostrado, es algo que todavía se puede discutir. Y bueno, la antítesis es la problematización de las pretensiones de validez en la terminología de Hegel. El desempeño ya no se parece mucho a la síntesis hegeliana, pero es la manera como, diría Habermas, que se puede llegar

a un consenso. La síntesis de Hegel como que se parecería un poco al consenso habermasiano. Se parece nada más, es decir, podemos hacer analogías y metáforas. Sí se vale por supuesto, pero hay que tener conciencia que son analogías y que son metáforas y eso es, precisamente, lo que pierde de vista la teoría de sistemas de Luhmann.

También se parece esta tríada, a lo que Aristóteles llamaba la potencia y el acto. La pretensión de validez es digamos un argumento en potencia y el desempeño ya, es ya el argumento en acto. Hay como un parentesco histórico entre Aristóteles, Hegel y Habermas. A mí esto se me hace muy claro. Claro que también es una hipótesis que tendría que demostrarse y problematizarse por supuesto.<sup>135</sup>

¿Qué sucede entonces cuando hay una comunicación autopoietica, cuando hay una comunicación cerrada, cuando hay una comunicación que no es comunicación realmente? Bueno lo que sucede, según esta estructura de la acción comunicativa, es que se confunde la potencia con el acto, se confunde la tesis con la síntesis, se confunde la pretensión de validez comunicativa con el desempeño de esa pretensión. El que está proponiendo una tesis cree que ya está demostrada, cree que ya es la síntesis, cree que ya está desempeñada, cree que ya está argumentada. Por eso a quien se la problematiza, lo ve como un elemento externo, lo ve como alguien que lo irrita, por eso reacciona el sistema, simulando que se abre, pero, en realidad, cerrándose. No acepto yo ningún cuestionamiento, no acepto yo ninguna problematización, me hago la autopoiesis, me cierro. ¿Por

---

<sup>135</sup> Ver *infra*, inciso, núm. 4. 3.

qué? Por qué estoy confundiendo la pretensión con el desempeño, la tesis con la síntesis, la potencia con el acto.

Me refiero, no que no haya argumentos, pero con él que estoy hablando, a él no le he dado argumentos, a él no se los he dado, ante él, mi comunicación, mis actos de habla sólo tienen una pretensión de validez comunicativa, no he desempeñado, no he sustentado, no he desarrollado esa pretensión de validez; el otro no tiene porqué creerme.

Cuando nos volvemos autopoieticos, cuando nos volvemos sistémicos, cuando nos cerramos, no escuchamos al otro, el cuestionamiento que nos hace el otro lo consideramos como una agresión, como una auto-irritación. E inmediatamente le hacemos un señalamiento y lo excluimos y lo descalificamos en lugar de desempeñar las pretensiones de validez de nuestros actos de habla, porque confundimos la pretensión con el desempeño, la tesis con la síntesis, la potencia con el acto, utilizando las terminologías de los tres grandes pensadores mencionados.

Un ejemplo, que algún día quiero analizar desde el punto de vista de la teoría de Luhmann y desde el punto de vista de la teoría de Habermas, es la huelga de la UNAM. El diálogo de la huelga de la UNAM se convirtió en dos sistemas de incomunicación autopoieticos. Los estudiantes inmediatamente, cualquier cosa que les decían las autoridades, las excluían con anatemas y viceversa, las autoridades también ante cualquier propuesta, esgrimían la política de la sospecha. Ninguno se preocupaba por argumentar, por desarrollar esas pretensiones de validez, por eso se cerraron, autopoieticamente. Por eso tuvo que resolverse, y aquí sí Luhmann tenía razón, con una agresiva irritación, mediante la

intervención de la policía federal preventiva. Pero ¿era inevitable? Era inevitable, claro diría Luhmann: “ya ven tengo razón, la huelga de la UNAM demuestra que la comunicación es autopoiética”. Y Habermas diría: “lo que pasó es que se confundieron las pretensiones de validez, con el desempeño de las pretensiones de validez”.

Ahora, no es fácil distinguirlas, por qué existe como un impulso de defender hasta irracionalmente nuestras pretensiones de validez. No queremos nosotros, por ejemplo, quedar en ridículo; no queremos, por ejemplo, nosotros aceptar que el otro es más listo que nosotros. Por eso muchas veces nos cerramos. Pero también hay además, diría Luhmann, razones sistémicas. La presión de la complejidad social y de la acción social presiona a los que se están comunicando, para que no hagan esta distinción entre pretensión de validez del acto de habla y desempeño de la pretensión de validez del acto de habla.

¿Qué sugiere Habermas para hacer que esta presión social, esta acción social se anule? o ¿se contrarreste cuando menos? Es necesario, propone Habermas, *neutralizar el contexto de la acción social*. Por qué si estamos nosotros comunicándonos en un contexto de acción contradictorio, vamos a incurrir en autopoiesis; vamos a confundir la pretensión de validez con el desempeño de la pretensión de validez. Ahora, ¿cómo se neutraliza? ¿cómo se neutraliza el contexto de acción para que no haya autopoiesis o para que la autopoiesis sea más difícil que se dé? Bueno, Habermas dice, que es necesario que los comunicantes, que los que se están comunicando asuman dice, una *actitud hipotética*. Pero, ¿qué significa asumir una actitud hipotética en una comunicación? Bueno, según Habermas, asumir una actitud hipotética en una comunicación

significa *suponer que el otro tiene razón*, pero nada más suponer. “No estás renunciando a tu querida autopoiesis, estás suponiendo simplemente, que renuncias a ella”. “Vamos a suponer realmente que tú, rector, tienes razón y, el rector vamos a suponer que tu, estudiante, tienes razón, pero suponiéndolo realmente”. Vamos a discutir el problema desde el punto de vista del rector, vamos a discutir el problema desde el punto de vista de los estudiantes.

Claro que yo tengo derecho a tratar de demostrar que desde su propio punto de vista, desde el punto de vista del otro, su pretensión es equivocada. Esa es la verdadera refutación, ya lo decía Hegel: “La refutación deberá ser, en rigor, el desarrollo del mismo principio refutado”.<sup>136</sup> O sea, yo no refuto al otro desde mi postura, tengo que irme a su cancha, hay que ponerse en la cancha del otro. Claro que después vamos a mi cancha, después tú tienes que suponer que yo tengo razón, tienes que hacerlo para que haya una equidad comunicativa, sino, no es así.

El problema está en saber quien es el primero que debe de asumir la actitud hipotética. Bueno, el que sepa más, dice Habermas, que el que sepa más es el que tiene que tener más consideración con el otro. Si yo se más, voy a suponer que tú tienes razón, que tus postulados, que tus pretensiones de validez son el punto de partida para la argumentación. Suponer que el otro tiene razón, no es aceptar que la tiene. Son dos actos de habla diferentes. El primero dice: “Supongo que tienes razón”. El segundo reza: “Acepto que tienes razón”. La dificultad para asumir una actitud hipotética es que confundimos estos dos actos de habla,

---

<sup>136</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 19.

porque tienen el mismo elemento proposicional, a saber: “tienes razón”, y se nos olvida que el elemento ilocucionario es distinto en cada caso. En el primero es: “supongo que”; en el segundo es: “acepto que”. Como el elemento proposicional (“tienes razón”) se encuentra explícito, mientras que el elemento ilocucionario (“supongo que” o “acepto que”) se encuentra indeterminado, nos parece que aceptar el primero predetermina o implica aceptar la segunda variante del segundo, es decir, nos parece que implica decir: “acepto que tienes razón”. Pero no es así, pues lo único que se está aceptando la variación del elemento ilocucionario: en lugar de ser “acepto que”, se dice: “supongo que”. Pero no se está aceptando la variación del elemento proposicional, al menos no todavía.

Asumir una actitud hipotética facilita que el “yo” se abra sin temor al “tú”, al aclararse que no se está aceptando el elemento proposicional de los actos de habla de éste, sino únicamente se está variando el elemento ilocucionario, de asertórico a hipotético, de los propios actos de habla de aquél. Pero también, la actitud hipotética del “yo” facilita que el “tú” se abra al yo, pues, a pesar de que aquél no ha aceptado que tiene razón, tampoco lo ha negado, es decir, el elemento ilocucionario de los actos de habla del primero no es “acepto que”, pero tampoco “niego que”, sino “supongo que”, lo cual indica que se está dispuesto a suspender el juicio mientras se analizan los argumentos.

Dice Habermas que así se resuelven muchos problemas y así se neutralizan los contextos de acción en gran medida, no siempre por supuesto. A veces los contextos son muy complejos como el caso de la huelga de la UNAM en plena época pre-electoral, pero hubiera sido otro el resultado, sí las partes hubieran asumido la actitud hipotética que aconseja Habermas. Entonces, por que

no asumimos la actitud hipotética, sino únicamente la actitud asertórica, es decir, categórica, por eso vienen las autopoiesis, por eso nomás estamos repitiéndonos lo mismo y nos estamos escuchándonos a nosotros mismos.<sup>137</sup> ¿A quién no le gusta escucharse así mismo? Pero, por eso no escuchamos al otro, por eso viene la autopoiesis. Podríamos incluso decir, que la autopoiesis no es sino la asunción de una actitud asertórica, por parte de los operadores del sistema, mientras que la heteropoiesis, por su parte es la asunción de una actitud hipotética.

Pero esto es a nivel de la comunicación cara a cara, Luhmann le diría a Habermas. Que eso no funciona para los grandes conglomerados humanos, para los sistemas políticos y económicos, donde la complejidad social, requiere de la autopoiesis, para estabilizar las expectativas de comportamiento.<sup>138</sup> Bueno, para esta problematización, Habermas dice que lo que se debe de hacer es constituir en la sociedad lo que él llama *el poder comunicativo*, es decir, fortalecer todas aquellas organizaciones sociales que buscan cuestionar a los sistemas autopoieticos sin ser autopoieticas. Claro que esto no es sencillo por supuesto, y puede que no lleven al éxito pero, Habermas no ve otra alternativa, por qué si yo me opongo frontalmente al sistema puedo incurrir también en autopoiesis y me vuelvo un sistema cerrado, formado por actos de habla asumidos en actitud asertórica, que fue lo que le pasó al comunismo. El comunismo estalinista cuando menos, se hizo autopoietico, se cerró en sí mismo y, dejó de ser alternativa al

---

<sup>137</sup> Gadamer, "La incapacidad para el diálogo", en *Verdad y método*, II, p. 209: "Sólo no oye, o en su caso oye mal, aquel que permanentemente se escucha a sí mismo".

<sup>138</sup> García Amado, *La filosofía de Habermas y Luhmann*, p. 163: "Ese consenso acabaría con la diferenciación de los sistemas"; p. 165: "Aquello sobre lo que en la sociedad se consiente es el funcionamiento de los sistemas, no las decisiones o los contenidos que se sigan de ese funcionamiento (...) Decisión legítima, desde el punto de vista social, sería aquella que se admite sin crítica, aquella cuya autoridad es aceptada sin examen de la corrección de sus premisas."

capitalismo. Entonces a partir de esa experiencia, hay que, dice Habermas, evitar incurrir también en esa dialéctica negativa de la autopoiesis.<sup>139</sup>

Entonces la autopoiesis se da por qué, en primer lugar, se confunde la pretensión de validez con el desempeño de los actos de habla y esto es así, en segundo lugar, por que no se neutralizan los contextos de la acción social, ya que, en tercer lugar, los interlocutores, los que se comunican, no asumen una actitud hipotética, sino una actitud asertórica, lo cual sucede porque, en cuarto lugar, se considera que variar el elemento ilocucionario, de asertórico a hipotético, de los propios actos de habla, implica que se está aceptando el elemento proposicional de los actos de habla del otro.

---

<sup>139</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 463, 464: “Pues en los casos de una movilización dependiente de una conciencia de crisis, la comunicación pública informal se mueve en tales condiciones (es decir, en las de una cultura política liberal) por unas vías que, por un lado, impiden la formación de masas adoctrinadas y fanatizadas, fácilmente seducibles en términos populistas, y que, por otro lado, agavillan los potenciales críticos diseminados de un público que sólo queda cohesionado ya en términos abstractos a través del espacio público que crean los propios medios, focalizando esos potenciales en dirección al ejercicio de una influencia política-publicística sobre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas.”

#### **3.4.1.4. La autopoiesis en el derecho y en la argumentación jurídica**

La autopoiesis sucede por supuesto también, en el derecho. En el derecho parece ser que consideramos a la norma, la norma escrita, la ley, no como una norma que tenga una pretensión de validez sino como una norma absolutamente válida. Sin embargo, con base en Habermas, decimos que no, la ley, la norma general sólo tiene una pretensión de validez, no es válida en sí misma, tiene que demostrarse su validez, tiene que desempeñarse su validez, claro, en el caso de que sea problematizada, en actitud hipotética.<sup>140</sup>

Por lo tanto, tenemos que aceptar que la norma puede cambiar, la norma puede interpretarse, la norma puede ser flexible. Es posible considerar al derecho como un sistema como un sistema abierto o heteropoiético, es decir, integrado por actos de habla emitidos en actitud hipotética. Cuando creemos que el derecho debe ser estricto derecho sin ninguna adecuación, estamos considerando al derecho como autopoiético y, nosotros mismos como juristas autopoiéticos. ¿Por qué? Por qué estamos confundiendo la validez de la norma, en tanto que acto de habla, por que la norma es un acto de habla, con la pretensión de validez de la misma. Porque la norma jurídica sólo pretende ser válida, no es válida por sí misma, pero tampoco inválida. Tiene las cuatro pretensiones de validez de todo acto de habla. Por lo tanto, pueden cuestionarse esas cuatro pretensiones de su validez, por lo tanto se tienen que desempeñar, se tienen que argumentar,

---

<sup>140</sup> Ver *supra* inciso núm. 3.1.2.

entonces la norma no es válida sino hasta que se desempeñan las pretensiones de validez problematizadas, es decir, hasta que su validez cuestionada se argumenta. ¿Esto que implica? Implica que la norma jurídica no vale ni deja de valer, por sí misma, no es autopoietica. Sólo vale si está justificada, si, como dice Habermas, es inteligible, es decir, si se ha aclarado; segundo si dice, si tiene contenidos verdaderos, es decir si se ha explicado y, además si se ha justificado desde el punto de vista sobre todo ético y moral. Pero también hay que tener en cuenta, que una norma, cuya validez ha sido cuestionada hipotéticamente, puede convalidarse, ya sea corrigiendo sus patologías o aplicándola sin ellas.

Entonces, el sistema jurídico, se vuelve, pues, autopoietico cuando no asumimos la actitud hipotética. Vamos a suponer que la norma no es válida, vamos a suponer que mi contrario tiene razón. En derecho se usa esa expresión: "suponiendo sin conceder", pero nada más como una fórmula, creo yo. Hay que tomarla en serio. ¿Por qué? Porque sólo así podemos nosotros demostrar la validez de nuestra propia postura, desde el punto de vista del contrincante.

Pero, también, por eso, el sistema, el sistema jurídico y más, el sistema penal es un sistema cerrado, por eso se presta, creo yo, el sistema penal más al análisis sistémico, porque sí es más autopoietico que cualquier otro sistema jurídico. Pero no quiere decir que así deba de ser y que sea fatal que así sea y, que sea correcto que así sea siempre. A lo mejor en algunos casos tendría que ser de estricto derecho, a lo mejor en otros no. Tal vez, podría decirse que el derecho es tanto autopoietico como heteropoietico, es decir, se compone de actos de habla, unos emitidos en actitud asertórica y otros emitidos en actitud hipotética. Habría que problematizar, habría que justificar, habría que desempeñar en que

circunstancias, sería conveniente o necesario, que en derecho se integrara de ambos tipos de actos de habla: asertóricos e hipotéticos, del mismo modo habría que determinar, hasta que medida, en que materias, por cuanto tiempo, qué operadores jurídicos, etcétera, convendría utilizar ambos tipos de actos de habla.

Tanto la autopoiesis como la heteropoiesis pueden ser considerados como momentos diferentes pero necesarios de la estructura argumentativa del sistema jurídico. La primera puede entenderse como los actos de habla argumentativos emitidos en actitud asertórica y la segunda, como los actos de habla emitidos en actitud hipotética. Los litigantes en un proceso judicial utilizan con más regularidad los argumentos asertóricos y excepcionalmente, los hipotéticos; en cambio el juez o el operador del derecho, deberá asumir sobre todo, la actitud hipotética para argumentar y la actitud asertórica para resolver. Pero esto ya forma parte del modelo de argumentación jurídica que proponemos enseguida para llevar a cabo el principio de adecuación comunicativa del sistema jurídico.

### **3.4.2. La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa**

Es sabido que Perelman subtítulo su “Tratado de la Argumentación como “La Nueva Retórica”. Ello, a pesar del sentido peyorativo que ha adquirido y sigue teniendo la palabra “retórica”. Prefiere el término “retórica” al de “dialéctica” porque, entre otras razones, la dialéctica ha adquirido, según él, a partir de Hegel, un sentido muy alejado de su sentido originario que era “razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas”.

A pesar de que la dialéctica hegeliana no enfatiza, ciertamente, lo probable o lo verosímil, como la dialéctica de Aristóteles, no nos parece que está demasiado alejada de una teoría moderna de la argumentación jurídica, como por ejemplo, la de Robert Alexy, sobre todo, si consideramos las afinidades que ambas: la dialéctica de Hegel y la teoría de la argumentación jurídica de Alexy tienen con la teoría de la acción comunicativa de Habermas.

Es posible que de la comparación de las teorías de estos tres autores: Hegel, Habermas y Alexy, pueda redeterminarse no tan sólo la teoría de la argumentación y la dialéctica, sino la misma teoría de la acción comunicativa.

Esto no quiere decir, necesariamente, que la teoría de la argumentación jurídica deba concebirse como una “nueva dialéctica”, sino únicamente que entender a la argumentación jurídica como una dialéctica comunicativa, puede servir de base para proponer un modelo de argumentación jurídica. Exponer los fundamentos de tal modelo, es el objeto del presente inciso.

#### **3.4.2.1. Dialéctica del Concepto y Concepto de la Dialéctica**

Antes de referirnos al concepto de la dialéctica en Hegel, hay que disipar dos malos entendidos muy extendidos, respecto de la misma. Aunque el mismo Hegel procede casi siempre por tríadas, la tríada de “la tesis, antítesis y síntesis” de todos conocida, no es de Hegel, ni tampoco de sus simpatías por lo que tiene de mecánico y de automático.

Otro mal entendido es creer, no se porqué, que la lógica dialéctica hegeliana, es una “ontología”, cuando él no se cansa de decir que su filosofía es

una fenomenología, una Fenomenología del Espíritu, tal y como se llama uno de sus libros más conocidos.

No deja de ser revelador que una de las expresiones más genuinas de la dialéctica, se pueda extraer de sus escritos de *Estética* y no de la *Lógica*. La dialéctica dice ahí Hegel, consiste en “*colocar, soportar y superar la contradicción misma*”.<sup>141</sup> Esta manera de concebir a la dialéctica que, por otro lado destaca Gadamer,<sup>142</sup> tiene la ventaja de rescatar todo el dramatismo de la filosofía de Hegel. Lejos de ser un filósofo frío y racional como se ha dicho, sino, al contrario su filosofía es “*el drama de los conceptos*”, una “*dramaturgia de lo absoluto*”.<sup>143</sup> Detrás de cada concepto hegeliano hay una pasión humana<sup>144</sup>, o un conflicto histórico y, por que no, un litigio jurídico.

Analicemos, brevemente, ésta definición de dialéctica. “*Colocar la contradicción*” es precisar los términos contradictorios con toda la amplitud y concreción posibles. Si no se concretiza la contradicción se queda en la abstracción misma, pues la contradicción no es otra cosa que la absoluta abstracción de los conceptos, como ya decía Aristóteles cuando consideraba que el “*ser en potencia*” contiene la “*unidad de los contrarios*”.<sup>145</sup>

Ahora bien, la contradicción no puede precisarse, sino se soporta “todo el peso de la misma contradicción, por incómoda o dolorosa que resulte para el

---

<sup>141</sup> Hegel, *Estética*, II, p. 61.

<sup>142</sup> Gadamer, *La dialéctica de Hegel*, trad. Manuel Garrido, Cátedra, Madrid 1981, p.35.

<sup>143</sup> Bourgeois, Bernard, *El pensamiento político de Hegel*, trad. Aníbal C. Leal, Amorrortu, Buenos Aires, 1972, p. 20.

<sup>144</sup> Dilthey, W., *Hegel y el idealismo*, trad. Eugenio Imaz, FCE, México, 1978, p. 153.

<sup>145</sup> Aristóteles, *Metafísica*, trad. Patricio Azcárate, Porrúa, México, 1980, pp. 158, 159.

pensamiento”. Para determinar o redeterminar los conceptos opuestos “no queda más remedio que tomar a las dos partes de la contradicción, llevar a ambas hasta sus límites, sin privilegiar ni soslayar a ninguna de ellas, mientras se desarrolla el conocimiento”.<sup>146</sup>

Soportar la contradicción entre dos conceptos significa, para Hegel, llevar la contradicción hasta el extremo, hasta el límite de su determinación, hasta el “*punto nodal de transformación*”, en la que se superan y, al mismo tiempo, se conservan los términos de la contradicción.

La incapacidad para soportar todo el peso de la contradicción equivale al temor a la contradicción. Hegel lo dice del siguiente modo: “la vida del espíritu no es la vida que se asusta ante la muerte y se mantiene pura de la desolación, sino la que sabe afrontarla y mantenerse en ella. El espíritu sólo conquista su verdad cuando es capaz de encontrarse asimismo en el absoluto desgarramiento. El espíritu no es esta potencia como lo positivo que se aparta de lo negativo, como cuando decimos de algo que es nada o que es falso y, hecho esto, pasamos sin más a otra cosa, sino que sólo es esta potencia cuando mira cara a cara a lo negativo y permanece cerca de ello. Esta permanencia es la fuerza mágica que hace que lo negativo vuelva al ser.”<sup>147</sup>

Las contradicciones eludidas impiden al pensamiento encontrar nuevas determinaciones de los conceptos. “Por todo ello, la dialéctica exige del pensamiento la libertad (y la imparcialidad) de sus determinaciones. Si se suprime

---

<sup>146</sup> Berumen, Aturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 40.

<sup>147</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, pp. 23, 24.

cualquier determinación, sólo por ser contradictoria con otro, se suprime la libertad (y la imparcialidad) del pensamiento, y, en realidad, al pensamiento mismo, puesto que se elimina la posibilidad de su desarrollo cualitativo y concreto”.<sup>148</sup>

Pero la contradicción debe ser superada. Sino se supera la contradicción, el pensamiento “se hunde en la contradicción”.<sup>149</sup> La finalidad de soportar los dos extremos de la contradicción no es mantenerse en la misma contradicción como, equivocadamente lo considera Popper, sino para precisar los términos de la misma y así estemos en condiciones de superar la contradicción.

La superación de la contradicción es, empero, relativa, es decir, los conceptos contradictorios solo en parte se superan y en parte se conservan, este es el secreto de la redeterminación hegeliana de los conceptos, la famosa “*aufheben*” que significa, al mismo tiempo, superar y conservar.

No basta superar la contradicción, hay que conservarla, redeterminados los conceptos contradictorios. Esta conservación redeterminada es la única garantía de que se han tomado en cuenta, imparcialmente los dos elementos de la contradicción. La conservación redeterminada es la garantía contra la unilateralidad. Cuando sólo se toma en cuenta uno de los elementos de la contradicción, el otro es puesto de lado o es subordinado al primero, sin que se conserve en la superación, la cual no deja de ser, por este hecho, una superación aparente. La razón de ello radica en que el elemento no tomado en cuenta o subordinado al primero, reaparece, más tarde o más temprano, de una manera no

---

<sup>148</sup> Berumen, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, pp. 40, 44.

<sup>149</sup> Hegel, *Estética*, 2, p. 28.

controlada “clamando venganza”, como dice Hegel “y convertido en enemigo de la conciencia”.<sup>150</sup>

La consecuencia de la unilateralidad y de la parcialidad es la “dialéctica negativa del concepto”, en la que el elemento soslayado y excluido se convierte en el predominante y excluyente del primero, el cual a su vez, buscara “su venganza dialéctica” y así, hasta el infinito, se pasa de un extremo al otro, “en un movimiento aturridor de la conciencia”.<sup>151</sup>

La verdadera tragedia del pensamiento consiste en que se enfrenten dos valores o dos principios positivos. Si se enfrentaran un valor positivo y uno negativo, no podría causar asombro, ni dificultad, se escogería el positivo y no habría drama. Pero la verdadera comedia del pensamiento es aferrarse, tercamente a una determinación y considerar que esa única determinación es la verdad, cuando sólo es una de sus partes, lo cual no puede causar sino risa y comicidad.<sup>152</sup>

#### **3.4.2.2. Desarrollo de los Actos de Habla**

La comedia es la determinación parcial que se considera asimismo como la totalidad, es puesta en escena en la sociedad moderna, por partida doble, por los procesos sistémicos sociales y por la propia teoría de sistemas que pretende explicarlos, por ejemplo y sobre todo, la teoría de Luhman. Los sistemas sociales

---

<sup>150</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 277.

<sup>151</sup> *Idem.* p. 360.

<sup>152</sup> Hegel, *Estética*, 8, trad. Alfredo Llanos, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, p. 281.

modernos, entre ellos el sistema jurídico son, en la mayoría de los casos, sistemas cerrados o autopoieticos porque se componen, en su mayor parte, de actos de habla asertóricos y no de actos de habla hipotéticos.

Volveremos a exponer, en seguida, sumariamente la teoría de los actos de habla, en la versión de Habermas, antes de correlacionarla con la dialéctica de Hegel, para estar en condiciones de vincularla, posteriormente, con la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

El acto de habla es la unidad mínima del lenguaje, para que este tenga un sentido determinado. Se compone de dos elementos: el elemento proposicional y el elemento ilocucionario. El primero “describe” un estado de cosas y el segundo “expresa” un estado de ánimo. Aquel expresa lo que dice y éste expresa la intención con que se dice.<sup>153</sup>

Todo acto de habla se integra de los dos elementos: el ilocucionario (la intención) y el proposicional (lo que se dice). Cuando el acto de habla solo expresa el elemento proposicional, queda implícito el elemento ilocucionario. Cuando el elemento ilocucionario queda implícito con el propósito de que no se conozca la intención ilocucionaria del hablante, se le llama elemento perlocucionario, lo mismo que al acto de habla al que pertenece, es decir, es un acto de habla perlocucionario.

Cuando el elemento perlocucionario oculta una intención realizativa se le llama elemento performativo perlocucionario, es decir, se oculta que se quiere realizar algo con sólo decirlo, aparentando sólo describir ese algo.

---

<sup>153</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, II, pp. 162- 280.

Habermas destaca la importancia de tres tipos de actos de habla relevantes: los que integran lo que él llama el mundo de la vida: los actos de habla regulativos, los actos de habla constatativos y los actos de habla expresivos (que nosotros hemos equiparado con los actos de habla argumentativos). Los primeros tienen por elemento ilocucionario una norma; los segundos una constatación y los terceros una expresión subjetiva.

También distingue fases de desarrollo de los actos de habla. La primera es la manifestación asertórica de las pretensiones de validez de los actos de habla (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud). Mientras los actos de habla no sean cuestionados o problematizados, es válido sostener asertóricamente, es decir, con una actitud ilocucionaria asertórica (categórica), la validez de estas cuatro pretensiones para mis actos de habla.

Pero una vez, problematizada, cualquiera de estas pretensiones de validez de mis actos de habla, debo cambiar la actitud ilocucionaria con que los sostengo, de asertórica a hipotética. Es decir no cambio el elemento proposicional de mis actos de habla, sólo el elemento ilocucionario de categórico a presupuesto. Solo estoy suponiendo que pueda estar equivocado pero no lo estoy concediendo. “*Suponiendo sin conceder*” dicen los abogados.

Hay que señalar que la misma problematización de los actos de habla de alguien, también está formada por actos de habla y también deben, según Habermas, exponerse en una actitud ilocucionaria hipotética y no asertórica, para facilitar el desempeño o el solventamiento de las pretensiones de validez problematizadas de los actos de habla.

El desempeño de las pretensiones problematizadas, hay que hacerla también mediante otros actos de habla en actitud hipotética, es decir, suponiendo que el que los cuestiona tiene la razón.

Estas tres frases: la exposición asertórica, la problematización hipotética y el desempeño hipotético de las pretensiones de validez de los actos de habla, fases que pueden reiterarse indefinidamente, constituyen el proceso que Habermas llama, acción comunicativa, que es la que nos puede llevar a un consenso argumentativo alcanzado.

Es justamente aquí, donde nos parece ver una correlación entre la dialéctica hegeliana y la acción comunicativa habermasiana, aunque también resalten las diferencias. *Precisar la contradicción* entre los conceptos es semejante a la *problematización* y al *desempeño discursivo* de las pretensiones de validez, pues la contradicción sólo puede precisarse mediante el cuestionamiento y la defensa de las pretensiones de cada uno de los participantes. Sin embargo, son distintos porque la precisión de la contradicción puede hacerla un sujeto que confronta, en su conciencia, mientras que el cuestionamiento y la defensa de las pretensiones de validez de los actos de habla se realiza entre dos o más individuos que se comunican.

Pero esta diferencia no tiene por que impedir su complementación recíproca. Bien podemos decir que la precisión de la contradicción hegeliana es un cuestionamiento y una defensa con respecto de dos ideas contrarias u opuestas llevadas a cabo, *internamente* en la conciencia del sujeto. También puede decirse que la problematización y el desempeño discursivo de las pretensiones de validez

de los actos de habla, pueden entenderse como la precisión *comunicativa* de la contradicción. Es una precisión externa, intersubjetiva de la contradicción.

De hecho, en un diálogo racional, ambos aspectos, el interno y el externo se suceden. Después de una problematización y de una defensa comunicativa, es común que cada contendiente siga discutiendo en su fuero interno, con el otro, y viceversa, que después de una reflexión interna, se puedan proporcionar nuevos argumentos a favor o en contra de una cuestión debatida. Con la combinación de *la discusión externa y de la discusión interna* es como se van precisando las contradicciones entre las ideas opuestas. Por ello, la filosofía de la conciencia y la filosofía del lenguaje no tienen porque absolutizarse, como a veces hace Habermas, si no es necesario aceptar que guardan también, entre sí, una relación de reciprocidad.

En segundo lugar, podemos decir que *soportar todo el peso de la contradicción* tiene también una semejanza con la *asunción de una actitud hipotética* (o actitud en tercera persona o actitud objetivante, como a veces, también la llama Habermas). “Soportar la contradicción entre dos conceptos opuestos quiere decir, recordemos, que el sujeto que redetermina no debe favorecer ni soslayar a ninguno de ellos, para evitar su parcialidad”.<sup>154</sup> Por su parte, la asunción de la actitud hipotética, en una problematización o en un desempeño de pretensiones de validez en actos de habla, es la mejor garantía para no precipitarnos a tomar una decisión, sin tomar, seriamente en cuenta los argumentos de nuestro interlocutor, del que suponemos que, hipotéticamente, tiene razón. Este es el punto más difícil, tanto de la redeterminación dialéctica

---

<sup>154</sup> Berumen, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 40.

como de la acción comunicativa, pues tendemos a *favorecer o a aceptar la postura más acorde con nuestras ideas o nuestros prejuicios*, sin siquiera ponernos a suponer que la otra idea o el otro interlocutor pudieran tener razón, cuando menos en parte e, inmediatamente les descalificamos en términos absolutos. Lo cual significa que somos incapaces de soportar la contradicción o que nos aferramos a la asunción de actitudes asertóricas o categóricas.

La situación de la redeterminación dialéctica y de la acción comunicativa no es, sin embargo, la misma, ante esta dificultad que echa a perder tantas veces, el diálogo y la reflexión. La acción comunicativa tiene la ventaja de que los interlocutores se *controlan recíprocamente*, cuando cualquiera de ellos quiere o tiende a soslayar las ideas del otro. Esto mismo, constituye, empero, su desventaja, pues, sin el debido respeto al reconocimiento del otro, este recíproco control puede volverse un recíproco rechazo y una *lucha por el prestigio* que puede volver al diálogo comunicativo, en dos monólogos autopoéticos. Por parte de la redeterminación dialéctica sólo se cuenta, para su control con la *íntima convicción* de que únicamente soportando la contradicción se puede llegar a un resultado redeterminativo. Lo cual lleva implícito el peligro de favorecer aunque sea, *inconscientemente, la propia posición*. Pero, en cambio, cuenta con la ventaja de que, en la intimidad de la conciencia es más fácil *reconocer un error propio y también un acierto en las ideas de la contraparte*. Todo lo cual nos lleva a concluir que la sola redeterminación dialéctica y la sola acción comunicativa son insuficientes para pensar y hablar racionalmente y objetivamente. Nuevamente volvemos a encontrarnos con su reciprocidad.

En tercer lugar, podemos decir también, que la *superación de la contradicción* y *el consenso argumentativo* alcanzando tienen semejanzas innegables. El mismo Hegel habla, en ocasiones, de un acuerdo entre los conceptos o de una reconciliación. *El consenso puede entenderse como la superación de una contradicción comunicativa.*

Podemos decir, que la redeterminación dialéctica es la mejor manera de alcanzar, discursiva, un consenso y, viceversa, que la mejor manera de redeterminar conceptos, es mediante una comunicación racional. En este tercer punto encontramos, pues, también la reciprocidad entre ambos. Aunque también existen diferencias, que se refieren sobre todo a la manera de alcanzar el consenso que es aceptar el “*mejor argumento*”, según Habermas y la unidad de los conceptos opuestos se logra mediante “*la superación y conservación*” (*aufheben*), a la vez de ambos argumentos. Tal vez la discusión se reduzca a determinar si la “*aufheben*” es el mejor argumento.

A modo de recapitulación, podemos decir, que un sistema de comunicación social, como el derecho, será *abierto o heteropoiético cuando esté integrado por actos de habla cuyos elementos ilocucionarios consistan en problematizar y desempeñar en actitud hipotética, la precisión, el soportamiento y la superación de la contradicción de sus elementos proposicionales.*

*En cambio, los sistemas de comunicación social cerrados y autopoiéticos, contendrán actos de habla cuyos elementos ilocucionarios son actitudes asertóricas sobre la supresión y ocultamiento de la contradicción entre sus elementos proposicionales.*

### 3.4.2.3. La Estructura de la Argumentación Jurídica

Tal vez la exposición que vamos a hacer enseguida de la teoría de la teoría argumentación ya se encuentre influida tanto por la dialéctica como por la acción comunicativa de Hegel y Habermas respectivamente. En tal circunstancia, sólo haremos explícitas, lo que ya está implícito en el modelo: algunas correlaciones y algunas diferencias entre las tres teorías.

Si presuponemos, como sugiere Viehweg, partir de un *problema* jurídico particular, podemos considerar que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se integra con tres partes: La justificación interna, la justificación externa y la ponderación.<sup>155</sup> Quisiéramos aclarar que no existe correspondencia con las tres partes de la dialéctica y las de la acción comunicativa, sino un traslapamiento.

La *justificación interna* consiste en determinar las posibles soluciones al problema jurídico (de interpretación o de valoración) que, normalmente, son dos, correspondientes cada una a cada parte en la controversia (S1 ó S2). Se corresponde parcialmente con “*el precisar la contradicción*” entre ambas soluciones, de dialéctica. Es claro, también que la justificación interna implica *la actitud hipotética* ante el planteamiento de las dos posibles soluciones contrapuestas.

*Soportar la contradicción entre ambas soluciones quiere decir que el juez debe suponer que cualquiera de las dos puede ser la correcta y cualquiera puede ser la incorrecta.* Por ello, nos parece que la forma lógica de expresar la

---

<sup>155</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 131-142.

justificación interna, es el *silogismo hipotético* y no el *silogismo categórico*, como tradicionalmente se han estructurado las sentencias. El silogismo hipotético *bicondicional* se compone del *antecedente* y del *consecuente* ( $p \equiv q$ ). Una solución consistirá en la *afirmación del consecuente* (S1) y la otra solución consistirá en la negación del consecuente (S2). Ambas soluciones son posibles hipotética y dialécticamente. Todo depende de la afirmación o de la negación del antecedente. Si se afirma al antecedente ( $p$ ) se tendrá que afirmar el consecuente ( $q$ ); si se niega el antecedente ( $\sim p$ ) se tendrá que negar el consecuente ( $\sim q$ ). Esto es lo que nos dice la justificación interna: *si se afirma el antecedente, se afirma el consecuente y si se niega el antecedente se niega el consecuente*. Pero nada nos dice sobre la necesidad o la probabilidad de afirmar o negar el antecedente. Esto le corresponde a la justificación externa.

Mediante la justificación externa se pretende proporcionar argumentos para fundamentar la afirmación o la negación del antecedente, desde distintos puntos de vista que tradicionalmente se llaman *tópicos*, pero que Alexy denomina *cánones* que significa criterios, en griego. Alexy distingue hasta seis cánones: el semántico, el sintáctico, el pragmático, el genético, el histórico y el teleológico, a los que nosotros añadimos los cánones de autoridad y el ético. De este modo se analizan las dos soluciones desde la mayor parte de puntos de vista posibles para determinar cual es la solución más probable.

Los argumentos de cada canon, puede favorecer a una solución u a otra (S1 ó S2), es decir los diversos cánones pueden ser contradictorios entre sí. Puede ser que a la solución (S1) le favorezcan los cánones, semántico, genético,

teleológico y el de autoridad; y que la solución (S2) le favorezcan los argumentos de los cánones sintáctico, pragmático, histórico y ético, por ejemplo.

De esta manera se continúa el proceso de precisar la contradicción entre ambas soluciones, lo cual es impensable, si el juzgador no asume o no continúa asumiendo una *actitud hipotética*, para soportar la contradicción de los argumentos, hasta el fin, hasta la superación de la contradicción.

Se destaca, de esta manera, que es la actitud hipotética la que debe conducir la argumentación del juez, para no privilegiar, ni soslayar ninguno de los argumentos a favor de la solución uno (S1) y de la solución dos (S2). *La asunción de la actitud hipotética para soportar la contradicción de los cánones es la imparcialidad judicial*. Pero también es una condición epistemológica para la búsqueda de la verdad fáctica o de la verdad hermenéutica, pues sólo mediante la actitud hipotética se puede soportar la contradicción entre los cánones hasta el extremo, hasta que la contradicción entre ellos se haga absolutamente general, y se esté en condiciones de redeterminar los argumentos contrarios y opuestos. Es aquí, donde juega un papel muy importante la *ponderación de cánones*.

La ponderación es el sopesamiento de los argumentos a favor de una solución y a favor de la otra. Se dice que es balancear los argumentos en pro y en contra de cada canon o punto de vista. Por ello, el símbolo de la justicia ha sido, desde siempre, la balanza.

Pero también pintan a la justicia ciega, con una venda sobre los ojos, lo cual no quiere decir que el juez no deba tomar en cuenta cuestiones o argumentos que no sean “estrictamente” jurídicos, sino que debe asumir una *actitud hipotética en la ponderación*. Podemos redeterminar la regla que da Alexy para la ponderación de

la manera siguiente: entre más argumentos favorezcan a una solución, más argumentos deben buscarse para favorecer a la otra.<sup>156</sup>.

Esta regla de *ponderación de cánones no es otra cosa que la manera judicial de soportar, hegelianamente, la contradicción entre argumentos a favor de una solución y los argumentos a favor de la otra solución.*

Notamos en la *ponderación argumentativa*, una correlación entre la *actitud hipotética* de la acción comunicativa y la exigencia de *soportar la contradicción* de la redeterminación dialéctica. Sin embargo, donde no parece que haya una correspondencia necesaria, es en el momento de la *superación de la contradicción*, o del consenso argumentativo alcanzado con la resolución judicial, esta sí *asertórica*, a favor de una pretensión o de otra.

Es claro que la resolución judicial no es producto, necesariamente del consenso de las partes, aunque exista la tendencia, en el derecho moderno, a terminar los conflictos jurídicos, mediante *la conciliación* (laboral, familiar, etc.). A pesar de ello, podemos decir que el consenso comunicativo, es materia judicial, debe alcanzarse dentro de la *comunidad jurídica*, es decir, ante el *auditorio universal* de los juristas o, en todo, caso ante un *auditorio de élite* como pueden ser los superiores jerárquicos del juzgador.

Por lo que se refiere a la superación de la contradicción, mediante la resolución judicial, podemos decir, que la resolución judicial no es una síntesis de las pretensiones de las partes, aunque habrá casos en los que se conceden

---

<sup>156</sup> En realidad Alexy se refiere a la ponderación de principios y no de los cánones, cuya colisión se resuelve, mediante la ponderación de los intereses que significa cada uno de ellos, con el objeto de determinar, según las circunstancias de cada caso, cual de ellos debe prevalecer, en ese caso, no necesariamente en todos los casos. Más abajo nos referiremos a esta forma de argumentación. Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, CEC, Madrid, 1993. p. 89.

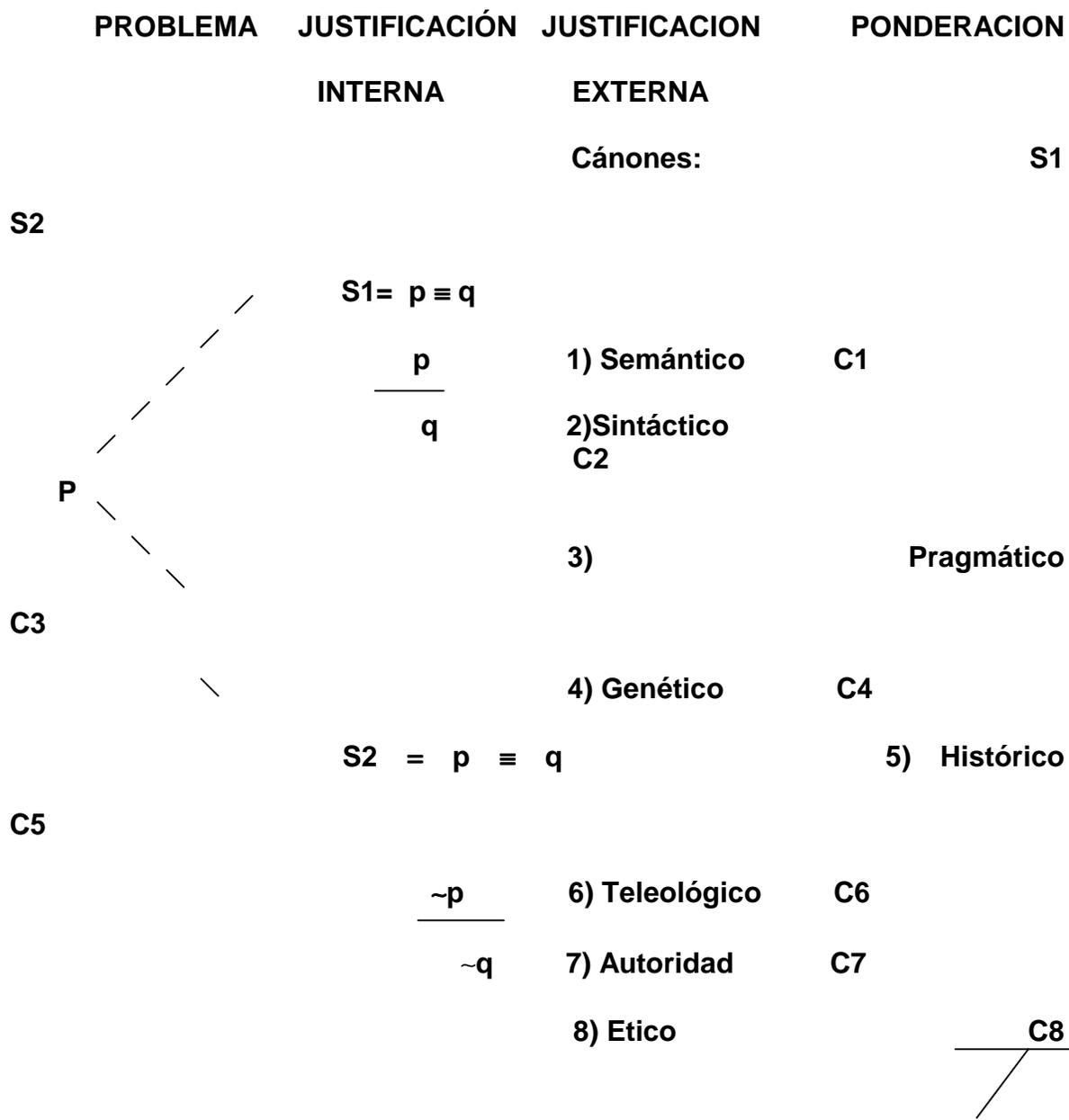
pretensiones a ambas partes. Pero lo que sí podemos decir es que, una resolución dialécticamente racional, es aquella que *redetermina la verdad, fáctica o hermenéutica, controvertida, mediante los argumentos de ambas partes y no sólo con los argumentos proporcionados por una sola de ellas.*

Podríamos decir, incluso, que una resolución que considera que una solución al problema controvertido tiene a su favor todos los cánones o los puntos de vista, es cuando menos sospechosa de parcialidad, de que es el resultado de una actitud asertórica y no hipotética del juez, el cual no fue capaz de precisar, soportar y superar la contradicción hasta el fin. *La superación asertórica judicial de la contradicción jurídica, no es siempre, una síntesis de las pretensiones de las partes, pero sí debe ser el resultado de la ponderación de todos los argumentos de todos los cánones, realizada en actitud hipotética.* En otro lugar<sup>157</sup> hemos propuesto el siguiente esquema de la argumentación dialéctica jurídica o de la argumentación jurídica como dialéctica comunicativa:

---

<sup>157</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 332.

## ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACION DIALECTICA JURIDICA



Este esquema del modelo de la argumentación dialéctica jurídica, no es tan solo una propuesta didáctica y expositiva, sino que puede servir también de una propuesta para la práctica jurídica de los jueces. Es decir, las resoluciones, cuando menos de los casos difíciles, podría tener dicha estructura. Podrían comprender cuatro partes: el planteamiento del problema, las soluciones posibles, los argumentos a favor y en contra de cada solución, desde los tópicos relevantes en cada caso y la ponderación de los argumentos de una y otra solución. Para definir el problema, es decir, para precisar la contradicción se utilizarían actos de habla interrogativos, emitidos en actitud asertórica.

Para establecer las soluciones posibles, el juez asumiría una actitud hipotética en los actos de habla bicondicionales para poder “soportar la contradicción entre ellas”. La argumentación, desde cada uno de los cánones relevantes al caso, se deberá llevar a cabo mediante actos de habla afirmativos, emitidos también en actitud hipotética, para estar en condiciones de precisar y soportar la contradicción entre cada una de las soluciones. La ponderación de los cánones se haría en actitud hipotética, suponiendo, primero que el actor tiene la razón y analizando cada uno de los argumentos de cada uno de los cánones relevantes al caso; segundo, suponiendo, que el demandado es quien tiene la razón, para analizar desde este punto de vista nuevamente los mismos argumentos de todos los cánones relevantes y, tercero, ya en actitud asertórica, resolviendo la contradicción de las soluciones, determinando cual es la más probables, la más plausible y la más justa.

Que la justificación interna, la argumentación externa y la ponderación deba hacerse en actitud hipotética en los considerandos mismos de la resolución,

ayudaría a que el mismo juez, sus superiores y cualquier auditorio puedan controlar el nivel de imparcialidad con que se ha elaborado la resolución. Y que la fijación del problema y los puntos resolutivos se emitan en actitud asertórica basta para dar claridad y seguridad a las expectativas de las partes y al sistema jurídico.

### **3.4.3. El juez dialógico y la ponderación discursiva de los principios**

Este modelo dialéctico comunicativo de la argumentación jurídica nos lleva directamente a analizar el tema de, lo que hemos llamado con base en Habermas, el “juez dialógico” y su importancia en los procesos, que Kelsen llama, de revisión de la regularidad de la validez jurídica.

Si comparamos las tres expresiones del principio de adecuación que hemos analizado: la reconstrucción comunicativa de la voluntad del legislador, la estructura dialéctica de la prueba judicial y el modelo jurídico de la argumentación dialéctica, encontramos que el juez de adecuación jurídica lleva a cabo un diálogo interior en el que asume, idealmente, los roles opuestos de las partes (acusación y defensa), asume una actitud hipotética (justificación interna, justificación externa, ponderación), una búsqueda de conciliación (fusión de horizontes hermenéuticos) y una actitud asertórica probable (fijación del problema, puntos resolutivos). Un juez que reconstruye comunicativamente los procesos legislativos, de esta manera, podemos llamarlo un juez dialógico.

El juez dialógico se parece al juez Hércules de D’workin, en el sentido de que trata de tematizar todos los aspectos de la situación, pero se distingue de él,

en el sentido de que no es un juez monológico, es decir, un juez autopoietico o asertórico, que no transforma la racionalidad comunicativa externa en racionalidad interna, sino que reproduce internamente las patologías externas de la comunicación jurídica. Mientras que el juez dialógico es heteropoiético e hipotético, es decir procura llevar la racionalidad comunicativa externa a su diálogo interior y, a la vez, impide que la comunicación patológica externa contamine su diálogo consigo mismo.<sup>158</sup> Mucho se le ha criticado a Habermas que su teoría de la acción comunicativa no es aplicable al derecho, porque en éste no se busca el consenso sino el éxito.<sup>159</sup> Sin embargo, la posibilidad del juez dialógico significa la posibilidad de un consenso no proposicional sino un consenso ilocucionario ideal, que nos está indicando, la necesidad de que el derecho busque también un consenso proposicional y real, por encima del éxito a cualquier costo. La importancia cada vez mayor de la conciliación en los procedimientos jurídicos puede ser un indicador de que el derecho puede tener otros caminos, como nos lo muestran los órdenes jurídicos indígenas que privilegian el consenso sobre el éxito, la conciliación sobre el conflicto, la comunidad sobre la desunión.<sup>160</sup>

Por otro lado, el consenso habermasiano puede aplicarse al derecho, en el caso de los tribunales colegiados, que normalmente son los tribunales de segunda instancia y los tribunales constitucionales. En la comunicación que se realiza entre los miembros de estos órganos colegiados se utilizan actos de habla

---

<sup>158</sup> Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, p. 295.

<sup>159</sup> Cfr. Bolanderas, Margarita, *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 134 y ss.

<sup>160</sup> Cfr. Ortiz Andrade, Jacqueline, "Racionalidad comunicativa en la justicia indígena triqui: Caso Xuman`li", en *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, Núm. 2, Enero-Julio de 2006, pp.121 y ss.

argumentativos para llegar a un consenso que debe ser “racionalmente motivado”, aunque no siempre sea así. Lo cual no quiere decir que los magistrados o ministros deban alcanzar la unanimidad, sino que tanto el proyecto de resolución esté racionalmente motivado, que las problematizaciones y los desempeños se emitan en actitud hipotética.

Ahora, puede suceder que, a pesar de que el proceso comunicativo al interior de los tribunales colegiados carezca de patologías comunicativas y a pesar de ello, el proceso argumentativo esté compuesto de actos de habla expresivos emitidos en actitud asertórica y, por tanto, la resolución no se imparcial, ello debido a las “irritaciones” del entorno social, como pueden ser el conflicto de roles institucionales y no institucionales, los efectos sistémicos de los sistemas político y económico, los prejuicios del mundo de la vida del que proceden los jueces, la actitud asertórica, autopoietica y monológica de los propios jueces, entre otras, que más abajo analizaremos cuando tratemos de la ética judicial.

Una manera, no ya de solucionar esta vulnerabilidad de la parcialidad judicial, sino tan sólo de mitigarla un poco, podría ser proponer un modelo de argumentación dialéctica comunicativa en el que, en lugar de un magistrado o ministro expusiera el proyecto de resolución correspondiente, uno de ellos asumiera, idealmente, el rol de una de las partes y otro, el rol de otra de las partes, mientras el tercero asumiera el rol del juez monológico de que hablábamos más arriba. Y aunque serían los tres o más jueces los que resolverían el caso, esta estructura dialéctica, tal vez, ayudaría a que se tematizaran lo más integralmente posible los ingredientes relevantes de la situación, o se tomarán en cuenta todos los cánones o puntos de vista de, hasta donde lo permita la “asunción ideal de los

roles” de cada una de las partes, cuando menos en algunos casos. Si se pudiera combinar una propuesta de este tipo, junto con la neutralización de las funciones latentes de las instituciones y de los roles no institucionales mediante el poder comunicativo de la sociedad civil que, también, más abajo nos referiremos, se podrían fortalecer las funciones manifiestas de las instituciones y los roles institucionales de los miembros de las mismas.

Un caso en el que podría ser aplicable este modelo que podríamos llamar “tribunal deliberante”, sería el caso de la ponderación de principios a que se refieren D’workin, McCormick, Zagrebelsky y, sobre todo, Alexy. Para este último autor, los principios son normas que constituyen “mandatos de optimización” que deben ser realizados en la medida de lo posible “de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario”.<sup>161</sup> Es muy común, encontrar casos en los cuales dos o más principios pueden entrar en colisión. Es decir, problemas jurídicos en los cuales la aplicación de un principio implica la no aplicación del otro y viceversa. Podemos pensar en la colisión entre los principios de legalidad y de certeza electoral que se ha dado en el conflicto poselectoral de este año.

Alexy propone para resolver esta colisión, la “ley de ponderación”, según la cual: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>162</sup> Para ponderar dos principios en colisión se requiere, primero, definir el grado de

---

<sup>161</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp. por Enrique Cáceres, et. al. UNAM; México, 2005, p. 18.

<sup>162</sup> *Idem.* p. 22.

afectación de uno de los principios, segundo, el grado de importancia de la satisfacción del otro de los principios y, tercero, determinar, si , para ese caso, la satisfacción del segundo justifica la afectación del primero, o viceversa. <sup>163</sup> Se trata, como es claro de determinar, pramáticamente, el mal menor: la afectación de cual de los dos principios implica el menor mal; y el bien mayor: la satisfacción de cuál de los dos principios implica el mayor bien y si el bien es mayor que el mal menor. <sup>164</sup> Podríamos decir que se trata de combinar el “míni-max” y el “máxi-max”, de la teoría utilitarista de Bentahm.

Para llevar a cabo la ponderación, Alexy sólo toma en cuenta tres criterios pragmáticos: el peso concreto, el peso abstracto y la certeza empírica. <sup>165</sup> El primero es lo que Bentham llama la intensidad del mal o del bien, el segundo , equivaldría a la cantidad del mal o del bien y el tercero, a la seguridad del mal o del bien. En el caso de ejemplo de colisión entre el principio de legalidad y él de la certeza electoral, podemos decir que el bien que se alcanzaría con la aplicación del principio de certeza electoral es mayor que el mal que se ocasionaría con la no aplicación del principio de legalidad y que, el bien que se alcanzaría con la aplicación del principio de legalidad sería menor que el mal que se ocasionaría con la no aplicación del principio de certeza electoral.

Sin embargo, como en los casos que D´workin llama “difíciles”, intervienen muchos más ingredientes, Habermas ha criticado el modelo de ponderación de

---

<sup>163</sup> *Ibidem.*

<sup>164</sup> Cfr. García Landeros, Erika, *El fundamento de los derechos humanos como la mejor seguridad de su cumplimiento* (tesis), UNAM, México, 2005, pp. 215 y ss.

<sup>165</sup> Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* pp. 22, 23.

principios de Alexy en el sentido de que la seguridad jurídica, es decir, la “estabilización de las expectativas de comportamiento”, función propia del derecho, quedaría menoscabada por la incertidumbre que se ocasionaría por la distinta valoración sobre el grado afectación o de beneficio por la aplicación o no aplicación de cada principio en colisión.<sup>166</sup> Para intentar superar esta crítica, Alexy ha propuesto una “fórmula de peso”,<sup>167</sup> para precisar y formalizar los elementos de la ponderación. No obstante ello, no nos parece que haya superado la objeción habermasiana, pues lo que ha logrado es sólo trivializar su modelo sin superar la indeterminación de la valoración de los efectos que ocasionan ambos principios. Tal vez, ello se deba a que no utiliza una concepción de la verdad como consenso, sino una concepción de la verdad como correspondencia o como coherencia.

Es por esta razón que, con base en la teoría habermasiana, nos atrevemos a proponer algunas sugerencias que podrían disminuir, que no corregir, la indeterminación de la ponderación de principios de Alexy. En primer lugar, hay que tomar en cuenta que la estructura de la ponderación de principios sólo toma en cuenta el canon pragmático de todos los que el mismo Alexy propone para la argumentación jurídica.<sup>168</sup> No vemos porque no se deba tomar en cuenta los puntos de vista semántico (los clásicos argumentos *a simile*, *a contrario*, *a fortiori*, entre otros), sintáctico (argumento *a coherencia*), genético (voluntad del legislador), teleológico, histórico (derecho comparado), ético (equidad) y de autoridad (doctrina y jurisprudencia), junto con el pragmático (consecuencias

---

<sup>166</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 332.

<sup>167</sup> Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* pp. 24 y ss.

<sup>168</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.4.2.3.

jurídicas y fácticas). La ponderación sería, claro está más difícil, pero también mucho más completa.

En segundo lugar, con respecto al mismo canon pragmático, podemos decir que Alexy sólo considera tres de los siete criterios que propone Bentham en su análisis utilitarista del derecho y de la moral. Hemos interpretado a los criterios de Alexy, del “peso concreto”, como el criterio berthamiano de la “intensidad del bien y del mal”, el “peso abstracto”, como el criterio utilitarista de la “cantidad del bien y del mal” y al de la “certeza empírica”, con el de la “seguridad del bien y del mal”. Habría que buscar la manera de integrar también los criterios de “irreversibilidad del bien y del mal”, el de “sustitución del bien y del mal”, el de “duración del bien y del mal” y el de “proximidad del bien y del mal”, para valorar con mayor grado de determinación las consecuencias de escoger, en cada caso concreto, la aplicación de un principio o de otro.

Es claro que la introducción de todos los criterios pragmáticos y no pragmáticos complican extraordinariamente la ponderación de los principios, pero también nos parece que disminuirían, en gran medida la indeterminación que se le reprocha, sobre todo si consideramos que no todos los cánones de un tipo y de otro, se utilizarían en todos los casos, sino sólo los que resulten posible y necesarios en cada caso, aunque tendrían que probarse todos y cada uno de ellos.

Ahora bien, en tercer lugar, la aplicación y la eficacia de esta complejidad de criterios, se podría optimizar si la ponderación se lleva a cabo por medio del “juez dialógico” o por el “tribunal deliberante”. La asunción ideal o discursiva de los roles de las partes, por parte del juez o de los magistrados, respectivamente,

analizando cada uno de los principios, desde el punto de vista de todos los cánones, asumidos en actitud hipotética y resolviendo en actitud asertórica la aplicación del más convincente, puede ayudar a que cada uno de los argumentos, al superar los argumentos contrarios, se fortalezcan o se debiliten si no los superan.

La verdad dialéctica consiste, hemos dicho más arriba, consiste en superar y conservar, a la vez, la contradicción entre dos posturas opuestas, contradicción precisada argumentativa y tópicamente y soportada por medio de la asunción de la actitud hipotética, es decir, en tercera persona, pero, a la vez, asumiendo, los roles de cada una de las partes, es decir, en primera y segunda persona. Es posible que la “dramatización” (actitud participante) de las partes por los jueces o magistrados, pueda ayudar, también, sin perder objetividad (actitud objetivante) a superar los prejuicios o preinterpretaciones del mundo de la vida del que proceden los jueces que muchas veces condicionan la interpretación de las normas jurídicas y de los hechos en los casos controvertidos.

Una racionalidad dialógica no cuenta con recetas ni con fórmulas que faciliten la fundamentación y la motivación jurídicas, pero tampoco se queda atrapada en formulismos rígidos que pueden hacer no tan sólo que la argumentación jurídica se constituya en un sistema autopoietico sino que hagan muy difícil la imparcialidad, que debe ser la virtud ética fundamental de los jueces. Aquí nos encontramos, nuevamente unidos, la razón discursiva y la ética del discurso y más adelante con la estética de la función judicial. Pero antes de llevar a cabo ese análisis, en seguida nos ocuparemos de estudiar en que medida es

posible la aplicación del principio del discurso y del principio de adecuación en los actos administrativos entendidos también como actos de habla.

### 3.5. Acto administrativo y acto de habla

Si la interpretación de los actos legislativos como actos de habla conlleva el problema de la aplicación del principio del discurso y si la interpretación de los actos judiciales también como actos de habla nos confronta con la dificultad de la aplicación de adecuación, de igual modo, si consideramos a los actos administrativos como actos de habla, nos encontramos, con el problema de la aplicación de ambos principios habermasianos, ante la racionalidad instrumental de la administración pública y del sistema del capital; es decir, con el problema de la legitimación del Estado ante la sociedad civil.<sup>169</sup>

No basta que las leyes (actos de habla regulativos) sean producto de un consenso democrático de los afectados (principio del discurso), ni que las decisiones judiciales (actos de habla constatativos) sean imparciales (principio de adecuación), sino que también es necesario, sobre todo, que los actos administrativos (actos de habla regulativos y constatativos), además de democráticos e imparciales, sean eficaces, teleológicamente, para que el sistema jurídico sea racionalmente aceptable y moralmente obligatorio.<sup>170</sup> Podemos decir, incluso, que, en los actos de habla administrativos, con los que la administración pública coordina la acción social de una nación, se encuentran, en competencia, estos tres principios: el principio del discurso, el principio de adecuación y el

---

<sup>169</sup> Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1995, pp. 88 y ss. ; Cfr. Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*, pp. 176, 178.

<sup>170</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 255 y ss. .

principio teleológico. El debilitamiento del principio del discurso en los actos de habla administrativos, lleva a la autopoiesis de la administración pública; el predominio del principio teleológico ha conducido a la subordinación de la administración pública al capital nacional o transnacional y el uso comunicativo del principio de adecuación puede ser el medio por el cual el poder comunicativo de la sociedad civil se transforme en poder administrativo, como lo propone Habermas.<sup>171</sup> Analizaremos, brevemente, estos problemas en los puntos de este inciso.

### **3.5.1. El principio del discurso y la autopoiesis administrativa**

Para Kelsen, el proceso democrático de creación normativa no se agota en los procedimientos legislativos, sino que puede presentarse también en la ejecución administrativa o judicial de la ley.<sup>172</sup> En este caso, pone como ejemplo, la institución del jurado popular y, en aquél, a la autonomía municipal.<sup>173</sup> Por lo que se refiere a la administración central de los estados modernos, la democracia se agota en la elección del titular del Poder Ejecutivo y en la responsabilidad parlamentaria de los ministros.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 255 y ss.

<sup>172</sup> Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 459.

<sup>173</sup> *Idem.* pp. 460, 461.

<sup>174</sup> *Idem.* p. 461.

Sostiene Kelsen que “*la democratización radical*” de “las instancias medias e inferiores de la administración”, “haría peligrar la democracia legislativa”,<sup>175</sup> pues podría tener el peligro de paralizar a la “legislación central” que regula a la administración pública. Por ello considera que el principio de legalidad queda mejor garantizado, combinando el principio democrático con el principio autocrático en la ejecución administrativa de la legislación.<sup>176</sup> Kelsen excluye, pues, la conveniencia del principio del discurso, es decir, de la “*democracia radical*”, de que habla Habermas, en la administración pública.

Habermas, por su parte, considera que, ante la necesidad de reducir, racionalmente, los riesgos que genera la complejidad de la sociedad moderna, el principio del discurso debe tomar la forma de una institucionalización de un “espacio público, informado, despierto, móvil, desconfiado”,<sup>177</sup> que influya sobre las decisiones administrativas, pero no al grado que permita que los propios afectados las asuman directamente, pues ello menoscabaría la eficacia de un “estado de seguridad”, para la disminución de los riesgos globales.<sup>178</sup>

Es decir, así como Kelsen relativiza la democracia administrativa mediante los límites que le impone el principio autocrático, del mismo modo Habermas relativiza el principio del discurso a la “influencia” que los afectados por los actos administrativos del gobierno, organizados comunicativamente, puedan llevar a

---

<sup>175</sup> *Idem.* pp. 461, 467.

<sup>176</sup> *Idem.* pp. 462, 463.

<sup>177</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 525, 526.

<sup>178</sup> *Idem.* pp. 452, 453, 529.

cabo sobre el poder administrativo.<sup>179</sup> El límite que el poder comunicativo que, según Habermas, puede imponerle al poder administrativo puede al limitar o impedir la completa autonomización o la autopoiesis de la administración pública,<sup>180</sup> si es lo suficientemente organizada, como para compensar al principio autocrático, a que se refiere Kelsen, o lo suficientemente extendida como para que, en la forma de desobediencia civil, contraresta la influencia que el sistema económico (capital) ejerce sobre la administración pública.<sup>181</sup>

La autopoiesis de la administración pública se puede manifestar de diferentes maneras, en especial en la burocratización de los servicios públicos, en la corrupción de los procedimientos administrativos y en la alienación, tanto de los “clientes/ ciudadanos”, como de los servidores públicos.<sup>182</sup> Al no tomar en cuenta la opinión, los intereses o el punto de vista de los usuarios de los servicios públicos, los operadores de los mismos los llevan a cabo de una forma burocratizada, es decir, sin hacer el menor esfuerzo por comprender la finalidad de los procedimientos y requisitos exigidos por los actos de habla administrativos regulativos. Es decir, no toman en cuenta ni el principio del discurso, ni el principio

---

<sup>179</sup> *Idem.* p. 463. Sitton; *op. cit.* p. 193 y ss.

<sup>180</sup> Ver *supra*, incisos núms. 3.1.3. y 3.4.1.

<sup>181</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 459 y 465; Ver *infra* inciso núm. 4.6.

<sup>182</sup> Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*; p. 254: “Habermas afirma que el conflicto de los Estados benefactores capitalistas tardíos se basa en los papeles que forman las relaciones de intercambio entre subsistemas y mundo de la vida: el empleado y el consumidor, el cliente y el ciudadano.”; Berumen, Arturo, “La corrupción de la universalidad”, en *Crítica jurídica*, núm. 21, Facultades Do Brasil, 2002, pp. 117 y ss.

teleológico, ni el principio de adecuación. Sus actos de habla constataivos totalmente irracionales y su actividad, aburrida y enajenante.<sup>183</sup>

Lo mismo sucede con quienes elaboran los procedimientos administrativos para la prestación de los servicios públicos que, al no asumir, idealmente, el rol social de los usuarios, ni permitir o no tomar en cuenta su participación, no se garantiza la completa tematización de todos los ingredientes relevantes de la situación que los servicios públicos pretenden resolver y, por tanto, sólo obstaculizan la eficiencia de los mismos y propician la corrupción de los servidores públicos.<sup>184</sup>

La misma corrupción, al ser una privatización de la universalidad,<sup>185</sup> es decir, al reducir los intereses y los recursos comunes a propiedad particular, implica que a la burocracia sólo le interesan sus propios intereses, se reproduce a sí misma a costa de toda la sociedad, se hace autopoética. Pierde, al decir de Hegel, su carácter de clase universal y, al decir, de Weber, su racionalidad instrumental.<sup>186</sup> No hay que olvidar que la autopoiesis de la clase universal se ve alentada porque existe una gran desigualdad de ingresos entre los distintos niveles jerárquicos de la toda la estructura administrativa, aunque no, necesariamente, quienes ganan más desproporcionalmente, son menos corruptos, menos burocráticos y menos alienados.

---

<sup>183</sup> Ver *supra*, incisos núms. 3.1.3 y 4.4.1.

<sup>184</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.2.1.

<sup>185</sup> Berumen, Arturo, "La corrupción de la universalidad", p. 118.

<sup>186</sup> *Ibidem*; Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, p. 215.

### 3.5.2. El principio teleológico y la hegemonía de la administración pública por el capital

La importancia que tiene el dinero en el funcionamiento de la burocracia estatal nos está indicando que su autopoiesis administrativa sólo es relativa, pues se encuentra subordinada, en gran parte, al código sistémico del capital: pérdidas / ganancias.<sup>187</sup>

De hecho, los servicios públicos juegan un doble papel en el estado capitalista: “la satisfacción de las necesidades del interés general y la satisfacción de las necesidades del capital”.<sup>188</sup> Sin embargo, el derecho administrativo pretende ocultar esta segunda función, regulando a la primera. Con respecto de ésta tiene un contenido deóntico y, con respecto de aquélla, un contenido ideológico, en términos de Correas.<sup>189</sup>

El aspecto deóntico del derecho de los servicios públicos está constituido por los actos de habla regulativos, y el contenido ideológico de los servicios públicos radica en asumir los actos de habla argumenativos y constatativos correspondientes, de una manera “perlocucionaria,” pretendiendo que no pueda problematizarse o que no deba desempeñarse la privatización de los servicios

---

<sup>187</sup> Ver supra, inciso, *núm.* 3.3.1.1.2.

<sup>188</sup> Berumen, Arturo, *Los servicios públicos y la crisis del estado benefactor*, s/p, p. 8.

<sup>189</sup> *Idem.* pp. 7, 22; Correas, Oscar, “La sociología jurídica frente al análisis del discurso”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, UNAM, México, Mayo-Agosto de 1990, pp. 217, 218.

públicos, al presuponerse el dogma fundamental del neoliberalismo dominante: la prioridad de la productividad económica por encima de la solidaridad social.<sup>190</sup>

Fue, precisamente, la solidaridad social, que se manifiesta, según León Duguit, en la propiedad como función social, en el derecho privado y en el servicio público, en el derecho público, la que otorgó legitimidad al estado benefactor o estado social de derecho.<sup>191</sup> Después de la crisis del estado capitalista liberal, ya no fue suficiente la democracia electoral para justificar el poder del estado, sino que se hizo necesaria, además la democracia en la prestación de los servicios públicos, los cuales, de acuerdo con Duguit, deben ser democráticos, obligatorios y permanentes.<sup>192</sup>

En la actual etapa capitalista del neoliberalismo, estas tres características están siendo erosionadas con mayor profundidad, en beneficio del capital, es decir, el servicio público ya no se considera como una obligación legal y permanente del estado, sino un servicio privado instrumental, por un lado y, por otro, como una dádiva estratégica política. El déficit de legitimidad que esto acarea al estado, el neoliberalismo pretende compensarlo incrementando la competitividad económica y política, mientras que el estado social de derecho pretendía legitimarse en la solidaridad social, a pesar de la burocratización clientelar en la prestación de los servicios públicos.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Berumen, Arturo, *Los servicios públicos y la crisis del estado benefactor*, p. 4.

<sup>191</sup> *Idem.* p. 11; Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1926, p.117; Cfr. Habermas, en *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, pp. 124 y ss.

<sup>192</sup> Berumen, Arturo, *Los servicios públicos y la crisis del estado benefactor*, p. 12.

Competitividad y solidaridad se corresponden con lo que Habermas llama la integración sistémica y la integración social del estado y la sociedad.<sup>194</sup> El estado moderno requiere de ambos tipos de integración y de ambos tipos de legitimación, por tanto. El grado y los ámbitos de competitividad sistémica y de solidaridad social deberá determinarse, en cada caso por la compaginación del principio teleológico y el principio del discurso que caractericen a los actos de habla administrativos que los realizan o expresan, mediante el principio de adecuación.

### **3.5.3. Principio de adecuación, poder comunicativo y actos de habla administrativos ilocucionarios.**

Los actos de habla administrativos que regulen la prestación de los servicios públicos, han de ser actos de habla ilocucionarios para que tengan capacidad de justificar el poder administrativo. Es decir, deben ser democráticos, de acuerdo con el principio del discurso en relación con su eficiencia teleológica, pero no en relación con la rentabilidad del capital. Si los servicios públicos se subordinan al interés del capital dejan de ser democráticos y eficientes. La limitación del principio del discurso en la prestación de los servicios públicos sólo lo puede ser la racionalidad instrumental, pero no la irracionalidad (comunicativa, ecológica y alienante) del capital. La acumulación del capital no debe ser la finalidad de los servicios públicos, sino que el capital debe ser un medio, entre

---

<sup>193</sup> Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*, p. 178.

<sup>194</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 102.

otros, para el incremento y el mejoramiento de la prestación de los servicios públicos.

La obligatoriedad, la permanencia y la gratuidad de los servicios públicos han de tematizarse desde todos los tópicos posibles, en todas las instancias de los espacios públicos del poder comunicativo, en las que participen todos los necesitados y demás participantes de los mismos servicios públicos o sus representantes legítimos. La ponderación pragmática de los intereses permitirá determinar, en cada caso, cuales servicios deben ser públicos y cuales no, periódicamente, la forma de su prestación y su costo o gratuidad.<sup>195</sup>

Esta aplicación del principio de adecuación en la regulación y prestación de los servicios públicos como actividad administrativa de legitimación del estado, sólo podrá ser imparcial, si la influencia sistémica, preformativa-perlocucionaria del capital (incluidos los medios masivos de comunicación) sobre la administración pública, puede ser neutralizado o limitado por las expectativas satisfechas de la sociedad civil organizada en poder comunicativo. De lo contrario, el principio de adecuación puede convertirse en una nueva ideología neoliberal que justifique “comunicativamente” la privatización de los servicios públicos e incremente la “colonización sistémica” del estado y de la sociedad.<sup>196</sup>

### **Conclusiones provisionales y parciales del capítulo tercero**

---

<sup>195</sup> Berumen, Arturo, *Los servicios públicos y la crisis del estado benefactor*, p.p. 60 y ss. Cfr. Sitton, *Habermas y la sociedad contemporánea*, pp. 195 y ss, en donde se exponen la cuatro respuestas de Habermas a los peligros del poder administrativo: argumentación razonada, redistribución de los ingresos; institucionalización paulatina de la democratización de la administración y preservación de la autonomía intersubjetiva de los ciudadanos.

<sup>196</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 103.

**1. Primera conclusión.** Si consideramos, tanto a las normas jurídicas como a los argumentos jurídicos, como actos de habla, regulativos aquéllas y expresivos éstos, tal vez se podría condicionar la validez de las primeras a las pretensiones de validez de los segundos de una manera hipotética, es decir, invalidables y convalidables, comunicativamente. En otros términos, podríamos considerar al sistema jurídico como una estructura de argumentación.

**2. Segunda conclusión.** Las normas jurídicas, entendidas como actos de habla, no tienen una validez absoluta, sino sólo una validez en potencia, en abstracto o una pretensión de validez. La validez “comunicativa” de las normas jurídicas se tiene que “actualizar”, “concretizar” o “desempeñar”, mediante el desarrollo del sistema jurídico. O mejor dicho, el sistema jurídico es el desempeño comunicativo de la validez de las normas jurídicas que lo integran, en tanto que actos de habla. O todavía mejor, el sistema jurídico es el sistema comunicativo que tiene como objetivo desempeñar las pretensiones de validez (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) en la transformación de los actos de habla regulativos (normas generales de conducta) en actos de habla constatativos (normas particulares de conducta) por medio de los actos de habla expresivos (normas de competencia y de procedimientos) o actos de habla argumentativos.

**3. Tercera conclusión.** Esta concepción del sistema jurídico como desempeño comunicativo de las pretensiones de validez en la transformación de los actos de habla regulativos en actos de habla constatativos por medio de actos de habla expresivo-argumentativos puede ser útil, en varios sentidos: en primer lugar, nos ayuda a explicar la existencia de los sistemas jurídicos heteropoiéticos (abiertos) y de los autopoiéticos (cerrados), según si desempeñan o no todas las pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla. En segundo lugar, nos permite integrar al sistema jurídico, tanto los principios morales como los contenidos ideológicos, entendiéndolos como pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla, comunicativamente desempeñadas o no desempeñadas, respectivamente. En tercer lugar, nos permite entender al derecho, tanto como un instrumento de dominación ideológica como un medio de liberación humana, sin favorecer una hegemonía más desventajosa para la mayoría de los miembros del grupo dominado, al distinguir entre la validez comunicativa en potencia, en abstracto en grado de pretensión de los actos de habla jurídicos -que sirven a la función de dominación ideológica- de la validez en acto, concreta o comunicativamente desempeñada que puede servir la función emancipadora del sistema jurídico. En cuarto lugar, puede constituir un fundamento de la desobediencia civil, si las pretensiones de validez de las normas jurídicas no han sido desempeñadas en ninguno de los procedimientos de creación o de revisión jurídicas. En quinto lugar, esta propuesta puede constituir una estructura de interpretación y de argumentación jurídicas.

**4. Cuarta conclusión.** En términos de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la clausura de un sistema social se produce porque los actos de habla de que se compone, están integrados por elementos ilocucionarios total y permanentemente asertóricos. La actitud ilocucionaria de los sujetos que los operan es siempre categórica, nunca hipotética. Un sistema social de comunicación es autopoietico, cuando no permite que sus operadores asuman, en ningún caso, actitudes ilocucionarias hipotéticas, sino únicamente actitudes perlocucionarias asertóricas. De manera que los elementos proposicionales de que se componen los actos de habla que lo integran, en ningún momento se pueden mediar con los de los demás restantes sistemas de comunicación.

**5. Quinta conclusión.** Si usamos esta misma distinción de Habermas, entre actos de habla asumidos en actitud hipotética y actos de habla asumidos en actitud asertórica, podemos decir que la norma hipotética fundamental que Kelsen propone como fundamento del sistema jurídico, no sería otra cosa, en términos de Habermas, que asumir a los actos de habla constitucionales en actitud hipotética, es decir, susceptibles de ser problematizados y, por tanto, desempeñables argumentativamente. En cambio, la ficción en que, también según Kelsen, se fundamenta a la constitución, no sería otra cosa sino la asunción de los actos de habla constitucionales, en actitud asertórica, es decir, no problematizables y no desempeñables, argumentativamente, desde el punto de vista de la teoría de Habermas.

**6. Séxta conclusión.** Tanto los procedimientos jurídicos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales pueden ser interpretados, como “actos de habla argumentativos”, sujetos a actos de habla regulativos. Es decir, los actos de habla regulativos que “regulan” los procedimientos jurídicos son las normas que, según Kelsen, establecen los procedimientos de creación normativa de un sistema jurídico. Y los actos de habla argumentativos son los procedimientos concretos de creación de normas, es decir, de creación de nuevos actos de habla regulativos. Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla de Habermas, puede interpretarse el modelo de sistema jurídico de Kelsen, como una estructura de actos de habla regulativos y argumentativos.

Si esta interpretación fuera posible, la cuestión de la “eticidad” del derecho se podría plantear con toda legitimidad filosófica, por la razón de que el elemento ilocucionario de los actos de habla, es decir, su intención ilocucionaria, puede ser moral o inmoral. Tanto los actos de habla regulativos como los argumentativos pueden padecer diversas patologías de la comunicación, en el sentido de Habermas. Nos parece que la moralidad o la inmoralidad de los actos de habla regulativos provienen de la moralidad o de la inmoralidad de los actos de habla argumentativos mediante los cuales se discutió la aprobación de aquéllos.

Por otro lado, si recordamos que, según el propio Habermas, el uso más pragmático del lenguaje es la “coordinación de la acción social”, entonces la cuestión de la eticidad del derecho, entendido como actos de habla, no se encuentra desvinculada de su eficacia, es decir, de la finalidad del derecho que, al decir de Del Vecchio, consiste en coordinar, de manera objetiva, las acciones de varios sujetos, sin ningún impedimento ético. Si entendemos esto a la manera

comunicativa, podemos decir que, la eficacia de la coordinación social depende de la ética del discurso jurídico. Ahora bien, si redeterminamos la teoría de Kelsen y la de Del Vecchio por medio de la teoría de Habermas, podemos decir que la coordinación de la acción social es eficaz cuando la estructura de actos de habla regulativos y argumentativos se articula mediante la ética del discurso jurídico.

**7. Séptima conclusión.** Para evitar la dialéctica negativa de la crítica de la ideología de la exégesis, se requiere, en consecuencia distinguir una exégesis ideológica y una exégesis técnica. La exégesis ideológica será aquella que busca la voluntad del legislador para seleccionar el referente verdadero de una norma oscura, presuponiendo que siempre la va a encontrar, para ocultar la maniobra semántica de hacer coincidir dicha voluntad con los intereses del intérprete. Por su parte, la exégesis técnica será aquella que también busca la voluntad del legislador, pero sin presuponer si la encontrará o no, analizando los textos paralegislativos para formar un contexto que nos permita seleccionar el referente más probable de una norma oscura. En aquélla, la exégesis ideológica, se asume una actitud asertórica y en ésta, la técnica, se asume una actitud hipotética. Por ello, la primera, la ideológica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la seguridad de la coincidencia de la voluntad del legislador), al encontrarse implícito, sustrae a cada acto de habla en su conjunto a toda problematización y, por tanto, los constituye como actos de habla perlocucionarios. La segunda, en cambio, la técnica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la aceptación de la posibilidad de que la voluntad del legislador no coincida con el interés del intérprete) se encuentra explícito y, por tanto, permite que la totalidad de cada acto de habla

sea puesto en cuestión. La exégesis ideológica construye, con los textos paralegislativos un contexto *ad-hoc*, para seleccionar el referente más favorable a los intereses del intérprete. La exégesis técnica, por su parte, con los mismos textos paralegislativos, reconstruye el contexto histórico que permita seleccionar el referente que más sea más coherente con ese contexto, independientemente de que sea o no él que más favorezca los intereses del intérprete.

El positivismo jurídico, como él de Vernengo, rechaza al método exegético porque no distingue entre una exégesis ideológica y una exégesis técnica, al no poder interpretar a la voluntad del legislador como el elemento ilocucionario de los actos de habla regulativos que conforman a las leyes, elemento que puede ser perlocucionario o puede no serlo, pero que es necesario para determinar el sentido lingüístico de los actos de habla legales. En otras palabras, la ideología del legislador racional, sólo ha sido criticada por el positivismo jurídico, pero no ha sido redeterminada por éste último. Tomando como base la crítica a la exégesis ideológica, estamos en posibilidades de redeterminarla, hegelianamente, en la exégesis técnica, por medio de la teoría del acto de habla, de manera que sea posible superar y, a la vez, conservar a la exégesis como método de interpretación jurídica de las normas oscuras. Conservarla, cuando sea posible determinar, ilocucionariamente, la voluntad del legislador y superarla, cuando tal determinación sólo pueda ser perlocucionariamente, es decir, ficticiamente.

**8. Octava conclusión.** Si aceptamos que el mundo de la vida se compone de actos de habla regulativos, constatativos y expresivos, entonces las normas jurídicas forman parte del mundo de la vida, y comparten el mismo horizonte hermenéutico de

los restantes actos de habla del mismo mundo de la vida. Es decir, si podemos conocer los presupuestos semánticos y pragmáticos que comparten los actos de habla de un mismo mundo de la vida, estaremos en condiciones de reconstruir, con algún grado de probabilidad, los elementos ilocucionarios de los actos de habla regulativos de las normas jurídicas, aunque no se encuentren en los textos paralegislativos. En otros términos, podremos reconstruir un contexto histórico, no solamente con dichos textos, tal y como sucede con la exégesis técnica, sino con textos de otra índole, tales como textos culturales, artísticos, periodísticos, sociológicos e, incluso, filosóficos. Y podrá ser, un tal contexto ampliado, él que sirva para seleccionar el referente más probable del elemento proposicional de una norma oscura.

**9. Novena conclusión.** En el caso de la prueba penal, hay que tener en cuenta que la probabilidad de la culpabilidad o de la inocencia del acusado resulta de la valoración de la verdad como correspondencia y de la verdad como coherencia de las dos hipótesis: la de la acusación y de la defensa, no de una sola. Pueden darse varios supuestos. El primero, es que se valore probada la verdad (como correspondencia y como coherencia) del *modus ponens* en la hipótesis de la acusación y del *modus tollens* en la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de culpabilidad (H) es muy alta. El segundo, es que se valore probada la verdad (como correspondencia y como coherencia) del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y del *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de inocencia también es muy alta ( $\sim$ H). El tercero, que se

considere probada la verdad del *modus ponens* de la hipótesis de la acusación y el *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso es tanta la probabilidad de la culpabilidad como de la inocencia. El cuarto, que se considere probada la verdad del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y el *modus tollens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso también la probabilidad de la culpabilidad y de la inocencia es la misma. En el caso tercero (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus ponens*) y en el caso cuarto (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus tollens*) existe la misma probabilidad de culpabilidad o de inocencia, es decir, existe la duda de una u otra. En el supuesto de procedencia del principio: *in dubio pro reo*: en caso de duda debe absolverse.

**10. Décima conclusión.** En los interrogatorios judiciales, las acciones instrumentales, las acciones estratégicas y las acciones dramáticas se encuentran vinculadas recíprocamente. Es decir, es común que el uso de una acción estratégica se lleve a cabo para neutralizar una acción instrumental, una acción dramática e, incluso, otra acción estratégica y viceversa, las acciones instrumentales se usan para neutralizar una acción estratégica o una acción dramática y, también, otra acción instrumental. Por ejemplo, los ministerios públicos apelan a métodos intimidatorios para contrarrestar el engaño o la dramatización de la defensa. Del mismo modo, la defensa incurre en engaños y dramatización porque las acciones intimidatorias del ministerio público o de la policía e, incluso, del mismo juez les motivan a ello. Claro está que esta dialéctica negativa de la comunicación patológica de los interrogatorios judiciales, en la que se suceden la acción instrumental, la acción estratégica, la acción dramática, y nuevamente la acción instrumental, tienen, como telón de fondo, la naturaleza coactiva del derecho,

la amenaza de la violencia, la prisión como la institución más patológica de las sociedades modernas. Mientras no se mitigue un tanto la patología comunicativa de las prisiones y, en general de la sanción jurídica, los procedimientos judiciales y, en especial los interrogatorios judiciales, padecerán de la dialéctica negativa de las patologías de la comunicación que hemos señalado.

**11. Décima primera conclusión.** Es posible considerar al derecho como un sistema como un sistema abierto o heteropoiético, es decir, integrado por actos de habla emitidos en actitud hipotética. Cuando creemos que el derecho debe ser estricto derecho sin ninguna adecuación, estamos considerando al derecho como autopoiético y, nosotros mismos como juristas autopoiéticos. Por qué estamos confundiendo la validez de la norma, en tanto que acto de habla, por que la norma es un acto de habla, con la pretensión de validez de la misma. Porque la norma jurídica sólo pretende ser válida, no es válida por sí misma, pero tampoco inválida. Tiene las cuatro pretensiones de validez de todo acto de habla. Por lo tanto, pueden cuestionarse esas cuatro pretensiones de su validez, y, en consecuencia, se tienen que desempañar, se tienen que argumentar, entonces la norma no es válida sino hasta que se desempeñan las pretensiones de validez problematizadas, es decir, hasta que su validez cuestionada se argumenta. Esto implica que la norma jurídica no vale ni deja de valer, por sí misma, no es autopoiética. Sólo vale si está justificada, si, como dice Habermas, es inteligible, es decir, si se ha aclarado; segundo si dice, si tiene contenidos verdaderos, es decir si se ha explicado y, además si se ha justificado desde el punto de vista sobre todo ético y moral. Pero también hay que tener en cuenta, que una norma,

cuya validez ha sido cuestionada hipotéticamente, puede convalidarse, ya sea corrigiendo sus patologías o aplicándola sin ellas.

**12. Décima segunda conclusión.** El modelo de la argumentación dialéctica jurídica, no es tan solo una propuesta didáctica y expositiva, sino que puede servir también de una propuesta para la práctica jurídica de los jueces. Es decir, las resoluciones, cuando menos de los casos difíciles, podría tener dicha estructura. Podrían comprender cuatro partes: el planteamiento del problema, las soluciones posibles, los argumentos a favor y en contra de cada solución, desde los tópicos relevantes en cada caso y la ponderación de los argumentos de una y otra solución. Para definir el problema, es decir, para precisar la contradicción se utilizarían actos de habla interrogativos, emitidos en actitud asertórica.

Para establecer las soluciones posibles, el juez asumiría una actitud hipotética en los actos de habla bicondicionales para poder “soportar la contradicción entre ellas”. La argumentación, desde cada uno de los cánones relevantes al caso, se deberá llevar a cabo mediante actos de habla afirmativos, emitidos también en actitud hipotética, para estar en condiciones de precisar y soportar la contradicción entre cada una de las soluciones. La ponderación de los cánones se haría en actitud hipotética, suponiendo, primero que el actor tiene la razón y analizando cada uno de los argumentos de cada uno de los cánones relevantes al caso; segundo, suponiendo, que el demandado es quien tiene la razón, para analizar desde este punto de vista nuevamente los mismos argumentos de todos los cánones relevantes y, tercero, ya en actitud asertórica,

resolviendo la contradicción de las soluciones, determinando cual es la más probables, la más plausible y la más justa.

Que la justificación interna, la argumentación externa y la ponderación deba hacerse en actitud hipotética en los considerandos mismos de la resolución, ayudaría a que el mismo juez, sus superiores y cualquier auditorio puedan controlar el nivel de imparcialidad con que se ha elaborado la resolución. Y que la fijación del problema y los puntos resolutivos se emitan en actitud asertórica basta para dar claridad y seguridad a las expectativas de las partes y al sistema jurídico.

**13. Décima tercera conclusión.** Si comparamos las tres expresiones del principio de adecuación que hemos analizado: la reconstrucción comunicativa de la voluntad del legislador, la estructura dialéctica de la prueba judicial y el modelo de la argumentación dialéctica, encontramos que el juez de adecuación jurídica lleva a cabo un diálogo interior en el que asume, idealmente, los roles opuestos de las partes (acusación y defensa), asume una actitud hipotética (justificación interna, justificación externa, ponderación), una búsqueda de conciliación (fusión de horizontes hermenéuticos) y una actitud asertórica probable (fijación del problema, puntos resolutivos). Un juez que reconstruye comunicativamente los procesos legislativos, de esta manera, podemos llamarlo un juez dialógico.

**14. Decima cuarta conclusión.** Los actos de habla administrativos que regulen la prestación de los servicios públicos, han de ser actos de habla ilocucionarios para que tengan capacidad de justificar el poder administrativo. Es decir, deben ser democráticos, de acuerdo con el principio del discurso en relación

con su eficiencia teleológica, pero no en relación con la rentabilidad del capital. Si los servicios públicos se subordinan al interés del capital dejan de ser democráticos y eficientes. La limitación del principio del discurso en la prestación de los servicios públicos sólo lo puede ser la racionalidad instrumental, pero no la irracionalidad (comunicativa, ecológica y alienante) del capital. La acumulación del capital no debe ser la finalidad de los servicios públicos, sino que el capital debe ser un medio, entre otros, para el incremento y el mejoramiento de la prestación de los servicios públicos.

**15. Décima quinta conclusión.** La aplicación del principio de adecuación en la regulación y prestación de los servicios públicos como actividad administrativa de legitimación del estado, sólo podrá ser imparcial, si la influencia sistémica, preformativa-perlocucionaria del capital (incluidos los medios masivos de comunicación) sobre la administración pública, puede ser neutralizado o limitado por las expectativas satisfechas de la sociedad civil organizada en poder comunicativo. De lo contrario, el principio de adecuación puede convertirse en una nueva ideología neoliberal que justifique “comunicativamente” la privatización de los servicios públicos e incremente la “colonización sistémica” del estado y de la sociedad.

## **CAPITULO CUARTO. LA ETICA DEL DISCURSO JURIDICO**

Nos hemos visto obligados a exponer, más arriba, la ética del discurso,<sup>1</sup> su aplicación al discurso legislativo<sup>2</sup> y a los interrogatorios judiciales,<sup>3</sup> por la intención de vincular la ética de discurso de los procesos legislativos y del discurso del interrogatorio judicial con la eficacia del discurso jurídico en general. Ahora nos interesa relacionar la ética del discurso con la imparcialidad judicial en relación con los procesos comunicativos que dificultan y a veces impiden la realización de dicha imparcialidad, como son los procesos performativos de los medios de comunicación y los procesos perlocucionarios del estado y del capital que hacen del derecho un proceso de comunicación sistémicamente distorsionada.

Así mismo, el tema de los derechos humanos, tan importante en la teoría jurídica contemporánea, pero a la vez, tan ineficaz, en la práctica, será objeto de una redeterminación comunicativa con el objeto de vincular su “facticidad” pragmática con su validez discursiva. Nos ocuparemos también, en esta capítulo, de la desobediencia civil, como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, como último recurso del principio de adecuación para invalidar o revalidar las normas jurídicas, en tanto que actos de habla. Nos excusamos de repetir lo que hemos dicho en algunos incisos relacionados, pero lo creemos necesario para facilitar la lectura y la comprensión de los temas sin remitirnos, a ellos, excesivamente.

---

<sup>1</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.2.2.

<sup>2</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.2.3.

<sup>3</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.3.2.1.

#### 4.1. La ética del discurso judicial como ética de la autenticidad

No deja de ser paradójico que en estos tiempos “post-filosóficos” que corren, sea cada vez más común hablar de temas de ética, de ética jurídica o de ética judicial. Por un lado, la filosofía sufre un olvido, un eclipse e, incluso, un desprecio, como en ninguna otra época histórica, en nuestro país. Por otro lado, proliferan los cursos de ética en todos los “curricula”. “La filosofía no sirve para nada”, dice el tecnócrata impenitente; pero “se necesita que los funcionarios actúen con ética”, diría, tal vez, el mismo personaje. Parecería, entonces, que se quiere o se cree que puede haber una ética sin filosofía, como si la ética se diera por “generación espontánea” y no mediante una “actividad reflexiva”.

Tal vez, sea esta paradoja entre el “desprecio posmoderno” de la filosofía y los “requerimientos modernos” de la ética, la que explique, al menos en parte, otra paradoja aún mayor y más grave, en nuestra realidad social: *la sociedad moderna exige y, a la vez, impide a sus miembros un comportamiento ético.*<sup>4</sup> Es decir, establece una ética casi puritana, pero destruye las condiciones que la hacen posible. Por ejemplo, la moral cristiana de ayudar al prójimo es absolutamente imposible en la despiadada competencia económica y política. La consecución de la justicia no parece muy compatible con las exigencias sistémicas del orden jurídico que, al parecer, lo único que le importa es reproducirse,

---

<sup>4</sup> Ross, Poole, *Moralidad y modernidad. El porvenir de la ética*, trad. Antonio Martínez Riu, Ed. Herder, Barcelona, 1993, p. 9.

autopoiéticamente, a sí mismo, en términos de Luhmann.<sup>5</sup> La honestidad personal se vuelve un obstáculo para las acciones orientadas al éxito, para hablar como Habermas.<sup>6</sup>

La simple moral, la mera moral, como diría Hegel,<sup>7</sup> es impotente, no ya para resolver dicha contradicción, sino ni siquiera para entenderla. Es aquí donde la filosofía le podría prestar alguna ayuda para entender la “paradoja moderna de la moralidad”, aunque la resolución social de la misma, requiera de algo más que “mera filosofía” también.

#### **4.1.1. El conocimiento de uno mismo (Hegel)**

Es común escuchar a quienes defienden a la filosofía de los ataques de parte de quienes la consideran como una ocupación inútil, decir que la filosofía no tiene porque servir para algo, puesto que es una reflexión desinteresada, “válida en sí misma”, como ya la caracterizaba el mismo Aristóteles.<sup>8</sup> Sin embargo, este argumento me parece que es un error, porque la filosofía no tan sólo es la actividad humana más útil de todas, sino que es también la más necesaria.

No, no es cierto que la finalidad de la filosofía sea darle, simplemente, un fundamento a la ciencia, como querían los positivistas; como tampoco se reduce a

---

<sup>5</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 139: “Así los sub-sistemas sociales de comunicación son autorreferentes, es decir, se refieren a sí mismos y se constituyen a sí mismos, es decir, son autopoiéticos como los sistemas biológicos.”

<sup>6</sup> *Idem.* p. 368.

<sup>7</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, pp. 28, 29.

<sup>8</sup> Aristóteles, *Metafísica*, trad. Patricio de Azcárate, Ed. Porrúa, México, 1980, A, 2, p. 7.

fundamentar a la historia, como querrían los marxistas; ni tan sólo proporcionar una metodología para el estudio y la aplicación del derecho, como parecen creer los iuspositivistas. No. Claro que la filosofía tiene que hacer todo eso y muchas cosas más, pero su finalidad última no es esa. *La última finalidad de la filosofía es que “el hombre se conozca a sí mismo”*, que llegue al fondo de sí mismo. Desde Sócrates hasta Habermas, pasando por Hegel, la Filosofía no ha sido otra cosa sino la eterna búsqueda de la conciencia de sí misma y por sí misma.

A veces, la conciencia, en la búsqueda de sí, se pierde a sí misma y busca en la ciencia, en la historia o en la metodología, algo diferente de sí misma, porque no sabe que se busca a sí misma y, por ello no se encuentra sí misma. Para encontrar algo, dice Platón, hay que saber qué es lo que se busca, pues, de otro modo, no se podría saber cuando se ha encontrado lo que se busca.

*Pero la filosofía, sostiene Hegel, no tiene otra finalidad, no busca otra cosa sino que el espíritu se conozca a sí mismo, para que se haga a sí mismo.*<sup>9</sup> Por ello, continúa Hegel, *el espíritu es el ser que, al conocerse a sí mismo, se realiza a sí mismo.*<sup>10</sup> Es decir, el hombre debe conocer sus alcances, pero también sus limitaciones, para poder determinarse a sí mismo, o sea para que pueda ser libre. “Saber su límite quiere decir saber sacrificarse”, sostiene el mismo Hegel.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, p. 28

<sup>10</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 467: “Como el espíritu que sabe lo que es, no existe antes, y sólo existe después de haberse llevado a cabo el trabajo mediante el cual, habiendo domeñado su configuración imperfecta, se crea para su conciencia la figura de la esencia, igualando así su *autoconciencia* con su *conciencia*.”

<sup>11</sup> *Idem.* p. 472.

Y es que, en realidad, es común que nos engañemos, que creamos que nos conocemos, pero lo que, realmente conocemos de nosotros mismos, es algo muy limitado, como ha demostrado Freud e, incluso, algo invertido o distorsionado, como sostienen Marx y Habermas, respectivamente. A veces, hasta ignoramos que nos hacemos a nosotros mismos, con nuestras propias obras. *Es, en nuestras propias obras, donde se encuentra el secreto de los que somos, de lo que podemos y no podemos hacer. Es en el conjunto de las instituciones sociales, donde el hombre o el espíritu encuentra la huella de su propia conciencia, porque es el hombre quién las ha creado.* El hombre se conoce a sí mismo en la sociedad misma, que es su obra, *es su espíritu objetivo*, como la llama Hegel.<sup>12</sup>

Cuando el hombre reflexiona sobre la ciencia, lo que realmente está conociendo es su propia inteligencia, la cual se encuentra objetivada en la ciencia. Del mismo modo, cuando el hombre reflexiona sobre la religión, sobre lo que, en realidad, reflexiona es sobre sus propios sentimientos, pues la religión es el reflejo de sus propios sentimientos. Igualmente, cuando el hombre busca la “esencia” del derecho, lo que busca no es otra cosa que la “esencia” de su propio comportamiento, pues el derecho es el producto de sus propias acciones. Cuando el hombre reflexiona sobre el lenguaje, realmente lo está haciendo sobre su propio espíritu, porque *el lenguaje no es otra cosa que la fenomenología del espíritu.*<sup>13</sup> Lo mismo podemos decir sobre la estética, que es una reflexión sobre la propia imaginación humana que ha creado las obras artísticas. Y, por último, cuando el

---

<sup>12</sup> Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, E. Ovejero y Maury, Ed. Porrúa, México, 1980, parr. 83, p. 255.

<sup>13</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 380

hombre reflexiona sobre la historia de sus instituciones jurídicas, sobre la historia de la ciencia, sobre la historia del arte, sobre la historia del lenguaje o sobre la historia de las religiones, lo que en verdad, está conociendo es la propia historia de su espíritu y de su conciencia; *es el conocimiento absoluto de sí mismo, es el "espíritu absoluto" que Hegel entendía como la "historia concebida"*.<sup>14</sup>

En suma, el hombre filosofa sobre la religión, sobre el derecho, sobre el arte, sobre la ciencia, sobre el lenguaje y sobre la historia cuando estudia estos productos sociales suyos, para encontrarse a sí mismo y conocerse a sí mismo en ellos. Puede suceder, empero, que al hombre no le satisfaga o no le guste lo que ha sido y lo que es él mismo, desde el fondo de sus instituciones sociales y se niegue a aceptarse a sí mismo cómo es para sí mismo y, por consiguiente, se cierre el camino a su propia transformación.

#### **4.1.2. Acción institucional (Gehlen-Merton)**

Tal vez, lo que más sorprenda al hombre, al estudiar sus propias instituciones es la evidencia que Gehlen ha señalado: *la estructura de la personalidad de los sujetos, se corresponde con la estructura de las instituciones a las que pertenece*.<sup>15</sup> Y más radical aún, *es en la personalidad de los individuos donde residen las instituciones*.<sup>16</sup> Por ejemplo, un individuo que ha pertenecido

---

<sup>14</sup> *Idem.* p. 473.

<sup>15</sup> Gehlen, Arnold, *Antropología filosófica*, trad. Carmen Cienfuegos, Apodos, Barcelona, 1993, p. 90.

por cincuenta años al ejército, es indudable que un aspecto muy importante de su personalidad, se encontrará marcada por la estructura vertical y rígidamente jerarquizada de la institución castrense. Y en la acción “institucionalizada” en la conciencia de sus miembros, es donde radica la institución del ejército.

Los sacerdotes, en otro ejemplo, en sus hábitos mentales y en sus prácticas, reflejan el dogmatismo de la institución religiosa a la que pertenecen: la Iglesia Católica. Pero lo mismo puede decirse de los agentes del Ministerio Público que llevan “troquelado” en sus conciencias el autoritarismo típico de la Procuraduría de Justicia a la que pertenecen. Y, por supuesto, los jueces, cuyos hábitos y prácticas están marcados por un cierto formalismo que se manifiesta, incluso más allá de las necesidades del trabajo. Y que decir de nuestras prisiones que son instituciones que “marcan” para siempre la personalidad de los internos, en perjuicio de la sociedad.

Esta “*institucionalización de la personalidad*”, como podríamos llamarla, podría resumirse diciendo: “dime como son las instituciones de una sociedad y te diré como son sus ciudadanos y sus funcionarios”, como, por otro lado, ya lo intuía Platón, en su teoría de la justicia.<sup>17</sup> Aunque esta teoría sea muy discutible, como lo veremos más tarde, nos parece muy adecuada para el propósito de las tareas filosóficas, en el sentido del autoconocimiento humano que le dábamos más

---

<sup>16</sup> Berger, Peter, *Introducción a la sociología*, trad. Sara Galofre Llanos, Limusa, México, 2001, p. 126: “Gehlen considera que la institución es un organismo regulador que canaliza las acciones humanas en forma muy semejante a la manera en que los instintos canalizan la conducta animal. En otras palabras, las instituciones proporcionan maneras de actuar por medio de las cuales es modelada y obligada a marchar la conducta humana, en canales que la sociedad considera los más convenientes. Y este truco se lleva a cabo haciendo que estos canales le parezcan al individuo los únicos posibles.”

<sup>17</sup> Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 429 y ss.

arriba. Si pudiéramos determinar, por ejemplo, cuales son las características institucionales que estructuran la “personalidad corrupta”, tal vez, podríamos elaborar un “diagnóstico sociológico” con base en el cual pudiera hacerse una reforma ética de las instituciones. Me parece que todas las propuestas de la “reformas morales de la sociedad” han fracasado porque no se ha sustentado en un “autoesclarecimiento institucional de nuestra personalidad”, entre otras razones. Por eso dice Hegel que *la “mera moral” es impotente ante la realidad “instintiva” de las instituciones.* <sup>18</sup>

Para llevar a cabo una labor de esta envergadura habría que echar mano de las herramientas teóricas y metodológicas existentes sobre las instituciones. Me gustaría mencionar solamente la teoría de Merton sobre *las funciones manifiestas y las funciones latentes de las instituciones.* Para este autor, las instituciones tienen dos tipos de funciones: las funciones manifiestas y las funciones latentes. La primeras se encuentran ligadas a normas jurídicas y, por ello, están escritas, son expresas y públicas. La funciones latentes, por su parte, están ligadas a normas no jurídicas, sino a normas económicas, políticas y sociales, en general, y, por esta razón no están escritas y son implícitas. No obstante lo cual, pueden llegar a ser más eficaces o más importantes que las funciones manifiestas de las instituciones.<sup>19</sup> Podemos hablar, por ejemplo, de las funciones de la Judicatura, cuya función manifiesta es la administración de justicia, imparcialmente; y la latente podría ser, a título de hipótesis, la legitimación de las

---

<sup>18</sup> Berger, *op. cit.* p. 216; Hegel, *Fenomenología*, p. 228: “el curso del mundo es, por tanto, invulnerable para la virtud”

<sup>19</sup> Berger, *op. cit.* p. 63.

decisiones del poder político. Estas últimas funciones latentes no están establecidas por nadie, pero son necesarias para el funcionamiento del sistema social en su conjunto. Por ello mismo, pueden establecerse como hipótesis que deberán demostrarse o invalidarse, como tales, en investigaciones concretas.

Ahora bien, ambos tipos de funciones, y no sólo las manifiestas, contribuyen a conformar la personalidad, la conciencia y la moralidad de quienes las operan, pues forman parte, junto con otros factores, de los hábitos de pensamiento y de las prácticas de los agentes sociales.

#### **4.1.3. La ética de la autenticidad (Sartre)**

A pesar de la enorme influencia que tienen las funciones manifiestas y las funciones latentes en la estructuración de la personalidad de los sujetos, difícilmente se podría aceptar que son determinantes en la actuación social de los mismos. Hay filósofos que no tan sólo niegan esta “determinación institucional de la conciencia”, sino que alertan contra el uso de la influencia institucional en las acciones para evadir la responsabilidad ética de sus autores.

Entre tales pensadores destaca la figura de Sartre, cuya filosofía existencialista exige del ser humano una “*ética de la autenticidad*” que significa, antes que nada, no escudarse en la fuerza de las instituciones para huir de la libertad. Es decir, la autenticidad significa no obrar de “*mala fe*”.<sup>20</sup> La mala fe es la negación de la propia libertad, por la incapacidad de soportar la angustia que

---

<sup>20</sup> *Idem.* p. 200.

implica el obrar por decisión nuestra. Por mucha presión que hayas tenido para decidir en un sentido o en otro, dice Sartre, “*podiste haber dicho no*”,<sup>21</sup> por tanto, decidiste en ejercicio de tu libertad; por eso no digas que otros te forzaron a decidir, pues quiéraslo o no, “*estás condenado a ser libre*”.<sup>22</sup> Puesto que la estructura de la existencia humana es la libertad, no se puede mientras se vida, dejar de ser libre.

Por eso, parece decirnos Sartre, acuérdate, cuando digas que “me sedujeron”, “me presionaron”, “me obligaron”, acuérdate que “estás condenado a ser libre”. No te refugies en las instituciones, pues entonces tu mismo te estás considerando una simple cosa, “*un ser-en- sí*”.<sup>23</sup> Acuérdate, no lo olvides, que “estás condenado a se libre”. Tampoco te refugies en la ley, pues tu fuiste quién tomó la decisión y, cualquiera que ella sea, es producto de tu “*ser- para- sí*”, dice Sartre,<sup>24</sup> es decir, cualquiera que sea la decisión, está *dentro de las posibilidades que has aceptado con libertad*. Por eso, no olvides que “estás condenado a ser libre”. Incluso si renuncias a tu libertad, por el miedo a la angustia del decidir, sigues siendo libre porque tu falta de libertad es consecuencia de tu misma libertad, sólo que no vives tu libertad con autenticidad, prefieres ser un “ser en sí” *inerte* a un “ser-para-sí” *activo y creador*.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Idem*. p. 201.

<sup>23</sup> Sartre, Jean-Paul, *El ser y la nada*, trad. Juan Valmar, Alianza, México, 1986, p. 466: “Así, la negación de la libertad no puede concebirse sino como tentativa de captarse como ser-en sí”

<sup>24</sup> *Idem*. p. 467: “El hombre es libre porque no es sí mismo, sino presencia ante sí.”

Es altísimo el nivel de autenticidad exigido por Sartre a los seres humanos comunes y corrientes. Él quiere que todos seamos héroes. De hecho él está pensando, y de ello pone sus ejemplos, en los jueces nazis que, cuando fueron cuestionados en sus decisiones contra los judíos, contestaron que “obedecían órdenes superiores”, justificación no aceptada por Sartre pues, según él, “pudieron haber dicho no”, aunque la alternativa hubiera sido el campo de concentración para los mismos jueces, lo cual implicaba una actitud de héroe, como decíamos antes. Parece que la alternativa de la ética de autenticidad es ser héroe o inhumano.

#### **4.1.4. El mundo de la vida, el derecho y la libertad (Habermas)**

A pesar de todo lo válido y estimulante que la postura sartreana pudiera ser, podemos hacerle algunas observaciones. La primera la haremos desde el punto de vista del concepto del “mundo de la vida” de Habermas; la segunda, desde la idea del “conflicto de roles sociales” de Lautmann y la tercera desde los “efectos sistémicos” de Luhmann.

El concepto del “mundo de la vida”, que, como lo habíamos dicho, Habermas lo toma del sociólogo Schutz quien, a su vez, la había tomado del filósofo Husserl y, en última instancia, se puede remontar a Kant e, incluso, al mismo Platón. Recordemos que es un concepto un tanto complejo, por lo que lo exponíamos, más arriba, del siguiente modo.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.4.

Cuando nacemos, cuando venimos a este mundo, este mundo ya ha sido **pre-interpretado** mucho antes de que nacióramos. Ya ha habido quienes se han encargado de pre-interpretar el mundo en que nacemos. El mundo tiene, según esta teoría tres dimensiones: el *mundo objetivo* o la naturaleza, el *mundo social* o la sociedad y el *mundo subjetivo*, o el mundo interior de los sujetos.

Son estos tres mundos los que ya han sido pre-interpretados por el lenguaje: el mundo objetivo ha sido pre-interpretado por el *lenguaje constatativo*; el mundo social ha sido pre-interpretado por el *lenguaje regulativo* y el mundo subjetivo ha sido pre-interpretado por el *lenguaje expresivo*. De tal modo, el mundo objetivo pre-interpretado por el lenguaje constatativo se transforma en el mundo de la vida de los *hechos*; el mundo social pre-interpretado por el lenguaje regulativo constituye el mundo de la vida de los *valores* y el mundo subjetivo pre-interpretado por el lenguaje expresivo constituye el mundo de la vida de nuestras *vivencias*.

Por ello, el mundo de nuestra vida está constituido por los hechos, los valores y las vivencias que son el resultado de la pre-interpretación del mundo objetivo, social y subjetivo por medio del lenguaje constatativo, regulativo y expresivo. Y se llama mundo de la vida porque es el mundo en el que realmente vivimos. No vivimos en el mundo objetivo, social y subjetivo, sino en el mundo de los hechos, de los valores y de las vivencias.

No es lo mismo el mundo de los hechos que el mundo objetivo, pues entre ambos se encuentra el lenguaje constatativo que pre-interpreta para nosotros el mundo objetivo. Tampoco es lo mismo el mundo social y el mundo de la vida de los valores, pues entre ambos existe el lenguaje regulativo que pre-interpreta para

nosotros el mundo social. Del mismo modo, el mundo subjetivo no es lo mismo que el mundo de la vida de las vivencias, pues entre ambos existe el lenguaje expresivo que pre-interpreta para nosotros el mundo subjetivo.

De esta manera, podemos decir que no existe ningún mundo real, sino *muchos mundos de la vida, es decir, diversas pre-interpretaciones del mundo*. Así, por ejemplo, existe el mundo de la vida de las mujeres y el mundo de la vida de los hombres; el mundo de la vida de los pobres y el mundo de la vida de los ricos; el mundo de la vida de indígenas y el mundo de la vida de los no indígenas; el mundo de la vida de los mexicanos y el mundo de la vida de los europeos, el mundo de la vida de los del norte y el mundo de la vida de los centro, entre muchos otros. Cada uno de estos mundos, tiene sus propios valores, sus propias vivencias y sus propios hechos. Vivimos en muchos mundos de la vida en los que se entrecruzan diversas pre-interpretaciones valorativas, vivenciales y empíricas del mundo.

Aceptar que vivimos en un mundo pre-interpretado y no en un mundo "real", tienen la ventaja de propiciar la *tolerancia* entre personas pertenecientes a distintos mundos de la vida. Si, por ejemplo, los norteamericanos y los árabes aceptaran que lo que para cada uno de ellos es el mundo real, el único mundo, es sólo una pre-interpretación del mundo, tal vez, podrían si no entenderse, cuando menos convivir y respetar las pre-interpretaciones distintas a la de su mundo de la vida. La tolerancia no quiere decir que tenga que aceptarse la pre-interpretación del mundo de la vida de los otros, sino en considerar a todas las pre-interpretaciones como igualmente dignas de ser respetadas. Es decir, los distintos mundos de la vida no pueden ponerse en cuestión, en su totalidad, pues es el

presupuesto del saber de fondo que condiciona todas las interpretaciones posibles dentro de ese mundo de la vida, aunque sí puedan problematizarse fragmentos de un determinado mundo de la vida, a partir de ese mismo o de otros mundos de la vida distintos, y, por tanto, también pueden desempeñarse o defenderse esos fragmentos del mundo de la vida problematizados.

Por otro lado, la existencia de los diversos mundos de la vida, plantea el problema de la *libertad individual*, tan cara a la ética de la autenticidad que mencionábamos más arriba. Si ya encontramos pre-interpretado el mundo de la vida de los hechos, de los valores y de las vivencias, ni unos ni otras son nuestras, sino que han sido construidas e interiorizadas en nuestra conciencia, por medio del lenguaje. Ni son nuestras vivencias, ni son nuestros valores ni son nuestros hechos, sino que los tenemos compartidos por todos aquellos que pertenecemos a un mismo mundo de la vida. No son otra cosa que *pre-juicios o ideas ordinarias*, como las llama Lautmann, los que determinan la manera en como sentimos, pensamos y actuamos y desde luego, como hablamos. *Parece ser, a primera vista, que aceptar la existencia del mundo de la vida es incompatible con la libertad.*

Según esto, la misma libertad es un valor o una vivencia que forma parte de la pre-interpretación del mundo moderno de la vida, es decir, no existe en sí misma, sino como un ingrediente del mundo de nuestra vida, puede decirse que es una ilusión, o una ficción, o una ideología, en el sentido marxista.<sup>26</sup> La libertad que, para Sartre, era la *estructura de la existencia humana*<sup>27</sup>, para la teoría del

---

<sup>26</sup> Ver Berumen, *Apuntes de filosofía del derecho*, apunte núm 3.

mundo de la vida no es más que una pre-interpretación posible, entre otras, del mundo en que vivimos, es decir, del mundo de la vida que requiere de la libertad para justificar el castigo al incumplimiento de los valores restantes del mundo de la vida moderno.

¿De que manera se puede conciliar el mundo de la vida con la libertad? ¿Acaso tendríamos que aceptar que la libertad es sólo la pre-interpretación ficticia de un determinado mundo de la vida? O ¿tendríamos que aceptar que el mundo de la vida es sólo un subterfugio para evadir la responsabilidad de la libertad a que estamos condenados? ¿Cómo resolver esta contradicción entre pre-interpretación y responsabilidad? ¿Cómo conciliar a Habermas y a Sartre? Creemos que, como casi siempre, por medio de Hegel.

Nos parece que el problema, o parte de él, radica en como concibe Sartre la libertad: de una manera absoluta. Y, por otra parte, en como concibe Habermas, la pre-interpretación: también de una manera absoluta. Digamos que *la libertad está limitada no, por la pre-interpretación, sino por la ignorancia de la pre-interpretación*. Es decir, en la medida en que la conciencia ignore la pre-interpretación del mundo de la vida, en esa medida se encuentra limitada su libertad. En otras palabras, *la conciencia no es libre porque cree que es libre*, ya que ignora la pre-interpretación del mundo de la vida sobre sus propias interpretaciones. *El principio de la libertad es el conocimiento y la aceptación de la no-libertad*. Si el hombre cree que es libre, entonces no es libre, porque nada hará

---

<sup>27</sup> Sartre, *op. cit.* p. 465: “mi libertad no es una cualidad sobreañadida ni una propiedad de mi naturaleza: es, exactísimamente, la textura de mi ser”.

por liberarse de los prejuicios del mundo de la vida del cual procede. Por eso, Hegel dice que la libertad es un proceso de liberación permanente.<sup>28</sup>

La historia del hombre es la historia de la lucha de su liberación por medio de la verdad de su no-libertad. Para que el hombre pueda liberarse cada vez más tiene que partir de los límites reales de su libertad. Sólo mediante el conocimiento de mis prejuicios como prejuicios puedo, si no anularlos, cuando menos “neutralizarlos”, para decidir con más libertad.

De nada sirve confundir , como hace Sartre, *la libertad, como ser-en-sí*, con *la libertad como ser-para-sí*, es decir, confundir la libertad en potencia con la libertad en acto, para usar la terminología de Aristóteles.<sup>29</sup> En lugar de ser una ética de la autenticidad, el existencialismo deviene en una ética de la ingenuidad. Una verdadera ética de la autenticidad sería una redeterminación de la no libertad en la liberación permanente, por medio del conocimiento del mundo de nuestra vida, es decir, por medio del conocimiento de las instituciones que estructuran nuestra personalidad, o sea, por medio del conocimiento de uno mismo, que ha sido siempre la finalidad de la filosofía.<sup>30</sup>

Ahora bien, ¿cómo aplicaríamos esta redeterminación de la libertad al mundo del derecho o de la ética judicial? Retornemos un poco de las regiones

---

<sup>28</sup> Rosenfield, Denis, *Política y libertad*, trad. José Barrales Valladares, FCE, México, 1989, p. 29.

<sup>29</sup> Sartre, *op. cit.* pp. 465, 466: “Decir que el para-sí ha de ser lo que es, decir que es lo que no es no siendo lo que es, decir que en él la existencia precede y condiciona la esencia, o, inversamente, según la fórmula de Hegel, que para él “*Wesen ist was gewesen ist*”, es decir una sola y misma cosa, a saber: el hombre es libre (...) Estoy condenado a existir para siempre allende mi esencia, allende los móviles y los motivos de mi acto: estoy condenado a ser libre (...) no somos libres de cesar de ser libres. En la medida en que el para-sí quiere enmascarse su propia nada e incorporarse el en-sí como su verdadero modo de ser, intenta también enmascararse su libertad.”

<sup>30</sup> Ver *supra*, incisos 4.1.2. ; 4.1.3. y 4.1.4.

especulativas, a la realidad. Digamos, primero, con Gadamer, que toda interpretación, incluida la interpretación jurídica, presupone una pre-interpretación o está condicionada por una pre-interpretación del mundo de la vida del que proviene el intérprete.<sup>31</sup>

De acuerdo a esta idea, podemos ampliar el esquema del mundo de la vida, agregando los ingredientes del *mundo jurídico de la vida*. El cual se encontraría integrado por la interpretación de las pruebas, de las normas y de las consecuencias de derecho. Dicha interpretación se encuentra condicionada por la pre-interpretación de los hechos, de los valores o de las vivencias del mundo de la vida del que proviene el intérprete. Tal pre-interpretación que condiciona la interpretación jurídica va a tener como consecuencia *la reconstrucción lingüística de los hechos jurídicos, la semántica de las normas jurídicas y la valoración del merecimiento de las consecuencias de derecho*.<sup>32</sup>

Así, por ejemplo, si el intérprete judicial proviene de un mundo de la vida “homóforo”, en el que se considera que los homosexuales son perversos, la valoración de las pruebas sobre los indicios de un caso de homicidio entre ellos, será distinta a la de un caso análogo en el que estén involucrados heterosexuales solamente. Es decir, el intérprete estará determinado por los prejuicios del mundo de la vida del que procede porque creerá que esos prejuicios son la realidad, son el mundo verdadero y real y, por tanto, no tendrá libertad de interpretarlos de otro modo, por más que haya sido “condenado por Sartre a la libertad.” A menos, claro

---

<sup>31</sup> Aguilar Rivero, Mariflor, *Confrontación, crítica y hermeneútica*, Fontamara, México, 1998, pp. 176, 177.

<sup>32</sup> Ver Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, inciso, 1.7.

está, que acepte o que sepa que tales prejuicios limitan su juicio, limitan su libertad, pues sólo entonces, después de ese conocimiento, estará en condiciones, sólo en condiciones, de liberarse de sus prejuicios y de juzgar más imparcialmente. En este caso, el juez estará en condiciones de re-interpretar las pre-interpretaciones del mundo de la vida del que procede y que él ha heredado sin darse cuenta, como todos los que comparten su propio mundo de la vida.

Por ello, es muy importante que los operadores del derecho se interesen y estudien temas relacionados con la filosofía y la sociología en general, y del derecho en particular, no tan sólo como cultura general, lo cual sería ya una gran ventaja, sino sobre todo, porque es la manera, entre otras, de conocer y de criticar, aunque sea parcialmente, el mundo de la vida del cual proceden todos nuestros prejuicios y, por tanto, de conocernos a nosotros mismos, en especial, en cuanto a los límites que los prejuicios le marcan a nuestra libertad.

Es a partir del conocimiento de las pre-interpretaciones que limitan nuestra libertad, que podemos, junto con otros sujetos del mismo o de distintos mundos de la vida, re-interpretar o redeterminar nuestro mundo de la vida. *Nos parece que, de este modo, puede entenderse la ética judicial como una ética de la autenticidad por medio del autoconocimiento de los jueces de los prejuicios que limitan su libertad.*

**4.1.5. Los roles sociales, el reconocimiento recíproco y el ser para la muerte (Mead, Hegel y Heidegger)**

No basta el conocimiento, sin embargo, para que se realice la ética de la autenticidad, es necesario actuar. Y es en la acción cuando sucumbe, más seguido, la libertad del hombre. Para Sartre resulta demasiado sencillo el proceso de decisión humana, cuando dice que decida uno lo que decida, de cualquier modo ejerce su libertad.<sup>33</sup> Esta descripción nos parece una abstracción, porque abstrae de su consideración el conflicto interno en que puede encontrarse el sujeto ante opciones opuestas. O, dicho en términos de Mead, ante el conflicto de roles sociales.

Un rol social es una expectativa recíproca de comportamiento.<sup>34</sup> El rol social no es una conducta, tampoco una norma. Es algo intermedio entre ambas. Las expectativas están ligadas a normas de distintos tipos y las expectativas condicionan las conductas. Los demás (grupo de referencia) esperan que nos comportemos con base en las normas y nosotros esperamos que los demás (grupo de referencia) reconozcan que nos hemos comportado conforme a las expectativas. Sólo cuando se cumplen ambas expectativas recíprocas se constituye un rol social.<sup>35</sup> Por ejemplo, el maestro (grupo de referencia) espera que el alumno estudie y aprenda y el alumno espera que el maestro reconozca, mediante una buena calificación, que ha estudiado. De esta manera, se constituye el rol de buen estudiante, que el sujeto internaliza en su conciencia y se considera a “sí mismo” un buen estudiante. Si cualquiera de estas dos expectativas (estudio y buena calificación) se frustra, el rol social no se asume, ni se constituye, por

---

<sup>33</sup> Berger, *op. cit.* p. 202: “Los hombres son responsables de sus acciones. Actúan de “mala fe” cuando atribuyen a una necesidad férrea lo que ellos mismos eligen hacer.”

<sup>34</sup> Berger, *op. cit.* p. 136.

<sup>35</sup> *Idem.* 143.

tanto, en parte de la personalidad y de la conciencia del estudiante y él no se considera un “buen estudiante”. Es decir, el rol social se constituye mediante la recíproca expectativa del grupo de referencia y del sujeto.

Del mismo modo, el rol de “buen juez”, puesto que el juez es un rol, se constituye y se asume cuando, quien desempeña el rol satisface las expectativas de imparcialidad que la sociedad (como grupo de referencia) espera de él y cuando el grupo de referencia reconoce que él ha cumplido o satisfecho dicha expectativa de imparcialidad. Entonces se asume el rol y se internaliza en la conciencia del sujeto la convicción de que es y debe seguir siendo un “juez imparcial”.

Sin embargo, si cualquiera de estas expectativas se frustra, es decir, si la mayoría de los jueces no cumple la expectativa institucional de imparcialidad y, aún a pesar de esto, se les reconoce, por el grupo de referencia (las partes, la sociedad o sus superiores), como un juez imparcial, entonces los demás jueces considerarán que la expectativa de imparcialidad no es real, que nadie espera imparcialidad de ellos. Podríamos hablar, en este caso del *reconocimiento de la parcialidad como imparcialidad*. Del mismo modo, si el juez cumple la expectativa de imparcialidad, pero el grupo de referencia (las partes, la sociedad o sus superiores) no le reconoce el cumplimiento de la expectativa de imparcialidad, difícilmente asumirá el rol de “juez imparcial”. Podríamos hablaren este caso, de la *ausencia del reconocimiento del cumplimiento de la expectativa de imparcialidad*.

También puede suceder que sólo reconozcan que el juez cumplió la expectativa de la imparcialidad algunos grupos de referencia, pero no otros. Por ejemplo, puede suceder que se lo reconozca la comunidad jurídica, pero no sus

superiores. O que se lo reconozcan sus superiores pero no la comunidad jurídica o la comunidad social. Podríamos hablar, *conflicto de reconocimiento de expectativas*.

Si el reconocimiento de la parcialidad como imparcialidad, en este caso, de un y la ausencia de reconocimiento del cumplimiento de la expectativa de imparcialidad son un obstáculo para la constitución del rol de “juez imparcial” en la conciencia del juez, el conflicto de reconocimientos de la expectativa de imparcialidad, puede llevar a la asunción “débil” del rol en la conciencia del juez. De cualquier modo, es claro que el reconocimiento *auténtico* del cumplimiento *auténtico* de la *auténtica* imparcialidad por parte del juez, contribuye a constituir, en la conciencia de los jueces, el *auténtico* rol de imparcialidad.

Ahora bien, la dificultad del reconocimiento del cumplimiento de expectativas, se puede deber al *conflicto mismo de expectativas*.<sup>36</sup> Es decir, porque se esperan del juez expectativas incompatibles. Por ejemplo, la mayoría de la gente tiene derecho a esperar del juez un comportamiento imparcial, porque así está establecido en una norma o normas jurídicas, es decir, es una *expectativa institucional*; pero otra persona, quizá una de las partes, puede esperar que el juez sea parcial a su favor porque le ha hecho un favor o simplemente porque es una persona poderosa económica o políticamente, en cuyo caso nos encontraremos frente a una *expectativa no institucional*, porque está vinculada a una norma no jurídica, como puede ser un hábito o una costumbre social.

---

<sup>36</sup> Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Fontamara, México, 1997, capítulo 5.

Es común un conflicto de expectativas institucionales con expectativas no institucionales. ¿Cuál expectativa debe satisfacer el juez? ¿Cuál rol social debe asumir: el rol institucional o el rol no institucional? Para Sartre no hay duda, ni hay problema en realidad, pues de cualquier modo como decida el juez, debe aceptar las consecuencias de su decisión, so pena de inautenticidad o de mala fe. Si se decide por el cumplimiento de la expectativa no institucional, el juez tiene el problema de justificar su decisión no institucional, haciéndola pasar por institucional. La manera en que el juez “no institucional” resuelve este problema, es utilizando las operaciones semánticas de ampliación o restricción de la denotación de los términos relevantes de la ley o del lenguaje que describe los hechos sobre los que decide.<sup>37</sup> Este comportamiento judicial sólo puede ser auténtico cuando trata de evitar una injusticia o un mal mayor. Pero será inauténtico cuando se utilice para huir de la responsabilidad que implica tomar la decisión no institucional.

Si se decide por el cumplimiento de la expectativa institucional debe aceptar las posibles consecuencias de haber actuado con imparcialidad, como podría ser ver truncada su carrera judicial, la posibilidad de ser destituido e, incluso, encarcelado o, en caso extremo, muerto. Todo depende que tan poderosa sea la persona que espera del juez un comportamiento parcial, que ha visto sus expectativas no institucionales frustradas.

Este comportamiento heroico de los jueces, es lo que los existencialistas consideran un comportamiento auténtico. Heidegger, todavía más radical que Sartre, si cabe, considera que la sociedad moderna le ha proporcionado al

---

<sup>37</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.1.

individuo subterfugios que le ocultan cuál es su verdadero ser. El ser del hombre (Dasein) es la muerte. “*El hombre es un ser para la muerte*”.<sup>38</sup> Quién no acepta esto, no es un hombre auténtico, y toda su vida, todos los actos de su vida serían inauténticos, pues siempre estará huyendo de la muerte, para encontrarla siempre al final. Sólo aparentemente aceptamos la muerte, porque la creemos lejana en el tiempo, pero, en realidad, la alejamos de nuestra mente y de nuestra perspectiva. La sociedad misma nos quiere ahorrar la angustia de la muerte, pero a cambio nos pide la inautenticidad de nuestro ser, pues la sociedad moderna, tal y como está organizada, necesita que no seamos auténticos, pues ella tampoco lo es.<sup>39</sup>

Para ser auténticos, en cualquier actividad humana, tenemos que tener presente, nos dice Heidegger, que nuestro tiempo, del cual está hecho nuestro ser, puede acabarse en cualquier momento. Si aceptamos la muerte total (la creencia en la vida eterna, en el recuerdo personal e histórico sólo encubren nuestra inautenticidad) nada podemos temer, nada podrá conmover nuestras convicciones, podemos ser, en todos nuestros actos, auténticamente auténticos. Palabras muy dura para nosotros, simples mortales que, de acuerdo a Freud, inconscientemente, nos consideramos inmortales.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Steiner, George, *Heidegger*, trad. Jorge Aguilar Mora, FCE, México, 2001, p. 186: “El ser auténtico es, por lo tanto, un ser relativamente a la muerte”.

<sup>39</sup> Berger, *op. cit.* p. 208: “La sociedad nos proporciona nombres para protegernos de la nada. Edifica un mundo para que vivamos en él y de esta manera nos protege del caos que nos rodea por todas partes. Nos provee de un lenguaje y de acepciones que hace que se pueda creer en el mundo. Y proporciona un coro de voces uniformes que confirman nuestra creencia y acallan nuestras dudas latentes.”

<sup>40</sup> Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*, trad. Juan García Ponce, Seix Barral, México, 1986. pp.229 y ss.

A pesar de que no podemos negar que el miedo a la muerte nos impide ser totalmente auténticos, Heidegger olvida que el ser humano es un ser social, que tiene expectativas y satisface expectativas, que la expectativa de la muerte sólo puede ser reconocida por la misma sociedad. Por tanto, nuestra expectativa no es la muerte, sino el reconocimiento de los otros, antes y después de la muerte. Con base en Hegel, podemos decir que *el hombre es un ser para el reconocimiento*. El hombre comparte con los animales muchas necesidades. La necesidad del alimento, de la protección contra el medio, las necesidades sexuales, entre otras. Pero el hombre tiene una necesidad específicamente humana: la necesidad de ser reconocido.<sup>41</sup> La vida del hombre y su historia ha sido la lucha del hombre por el reconocimiento. El hombre incluso está dispuesto a morir con tal de ser reconocido por los demás, por eso entabla una lucha a muerte por el reconocimiento. Pero cuando al hombre lo vence el miedo de morir, cuando renuncia al reconocimiento, cuando se convierte en un animal, en cuando acepta ser esclavo. Nos convertimos en esclavos cuando nos vence el miedo de morir. Nos importa más el instinto de sobrevivencia y renunciamos a ser reconocidos como hombres y nos sometemos; renunciamos a nuestra humanidad para conservar nuestra animalidad. Por el contrario, quien vence al miedo de la muerte, al señor absoluto del hombre, es reconocido por el esclavo y se convierte en el amo.

Sin embargo, ni el esclavo ni el amo se encuentran satisfechos. El esclavo porque ha renunciado al reconocimiento por el miedo de la muerte. Sólo volverá a

---

<sup>41</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, pp 79 y ss.

ser humano cuando venza al miedo de morir y luche por el reconocimiento. Pero el amo tampoco es feliz, porque el reconocimiento que le hace el esclavo no vale nada para él, pues el amo no reconoce que el esclavo es capaz de reconocimiento, por eso no le reconoce a su reconocimiento ningún valor. Y, por esa insatisfacción el amo busca dominar a nuevos esclavos para que le reconozcan, pero entre más esclavos le reconocen menos se siente el reconocido ya que no reconoce tales reconocimientos como reconocimientos.

El amo se ha equivocado: al buscar el reconocimiento ha encontrado sólo el no reconocimiento. No se ha dado cuenta que para ser reconocido necesita reconocer a quién lo reconoce, es decir, se requiere el *reconocimiento recíproco* de los sujetos como sujetos de derechos, pues no basta el *reconocimiento unilateral*. El reconocimiento unilateral lleva a un *estado de naturaleza*, mientras que el reconocimiento recíproco lleva a un *estado ético*.<sup>42</sup>

En el estado de naturaleza, (o en el estado de derecho abstracto) la función de los jueces es reproducir las condiciones del reconocimiento unilateral, mientras que en el estado ético, la función de los jueces es restablecer las condiciones del reconocimiento recíproco de los ciudadanos. Por ello, la imparcialidad, como virtud cardinal de los jueces, es muy difícil que se dé en condiciones de reconocimiento unilateral, es decir, bajo el imperio del estado de naturaleza o, en el estado de derecho abstracto moderno.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> *Idem.* p. 95: "La moral será, entonces, *el reconocimiento recíproco de los individuos, como sujetos capaces de autodesarrollarse recíprocamente.*"

<sup>43</sup> *Idem.* p. 381: "En el estado, como organización ética de la sociedad, no se encuentra excluido, a primera vista, ningún individuo, pues, de acuerdo con Hegel, el primer deber ético recíproco de los individuos es ser personas y tratar a los demás como personas."

Por ello no es de extrañar que, en el estado de naturaleza que es el estado de derecho abstracto, los jueces opten por satisfacer las expectativas no institucionales del reconocimiento unilateral, protegiéndose, no obstante, con la institucionalidad, no ya de la imparcialidad, sino de la indiferencia, lo cual implica una auténtica huida de la autenticidad del reconocimiento recíproco. El establecimiento de un estado ético, en el cual los jueces privilegien las expectativas institucionales, requiere del restablecimiento de las condiciones de reconocimiento recíproco, mediante la constitución de lo que Habermas llama, “el poder comunicativo” de la sociedad civil, que, por un lado establezca las *expectativas recíprocas de comportamiento recíproco* y, por otro, lado limite la “colonización” del derecho, por parte de los sistemas económico, político e ideológico que conforman a la sociedad moderna.<sup>44</sup>

#### **4.1.6. Sistema jurídico e inautenticidad judicial (Luhmann, Marx)**

Está de moda judicializarlo todo, desde la política, el derecho social, la política criminal, las controversias constitucionales, etc. Parecería que se está sobrevalorando la capacidad del poder judicial para descargar todos los problemas del sistema social. Sin embargo, la capacidad del sistema judicial es limitada, no puede sustituir las funciones de otras instituciones que deben prever y resolver, negociadamente, los conflictos.

---

<sup>44</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 103.

Si estas últimas instituciones administrativas y políticas, sobrecargan al sistema judicial, cuyo deterioro no se puede remediar con ninguna ética judicial, el sistema jurídico y, en especial, el sistema judicial, tiende a autonomizarse, no tan sólo con respecto de los principios morales, sino también con respecto de la eficacia social de sus normas. En términos de Luhmann, tiende a ser autopoietico, es decir, tiende a cerrarse, en su operación, sobre sí mismo, de modo que el subsistema jurídico únicamente resuelve los problemas de su coherencia interna, de su propia legalidad y de su propia constitucionalidad.<sup>45</sup>

Recordemos que para Luhmann, los sistemas sociales son sistemas de comunicación autorreferenciales y autopoieticos. Es decir, son sistemas lingüísticos que se refieren a sí mismos y que se constituyen a sí mismos, por medios del sentido lingüístico.<sup>46</sup> Así, por ejemplo, el sistema jurídico es un sistema lingüístico que funciona mediante el código binario *lícito-ilícito*. Sólo reconoce como propio el lenguaje que permite hacer esta distinción y desconoce los lenguajes ajenos a la misma, como podría ser el lenguaje de la moral que funciona con el código, también binario, *bueno-malo* o *justo-injusto*. Los conceptos morales sólo son reconocidos por el sistema jurídico, cuando se encuentran contenidos en el lenguaje del derecho, de otro modo son desechados como elementos ajenos al

---

<sup>45</sup> Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, "La construcción particular de la realidad y los sistemas de control social", en *Política criminal y sociología jurídica*, p. 344: "Por eso, el derecho penal, no previene nada ni controla nada porque el derecho penal no ve a la sociedad, aunque ideológicamente se afirme que su referente sea ella y aunque se le atribuyan finalidades, resultados, eficacia y cambio. *El derecho penal como sistema cerrado* que es, sólo ve a sí mismo y en su ámbito de inclusión nace y se reproduce entre sus propios principios y sus propios dogmas."

<sup>46</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 139 y ss.

sistema, el cual no reconoce su “sentido”. Así, la separación del derecho y la moral es más radical que en la propia teoría pura del derecho de Kelsen.<sup>47</sup>

Tal descripción de los sistemas sociales en general, y del sistema jurídico en particular, nos parece bastante apegado a la realidad actual. Es decir, en la sociedad moderna, tan compleja, los sistemas sociales de comunicación necesitan simplificar su manera de operar sistémicamente, es decir, mecánicamente o automáticamente, como si fueran un organismo biológico.<sup>48</sup> Por ello, no pueden dejar nada a la subjetividad de los operadores (jueces) del sistema y, mucho menos, a su moralidad. La única moralidad permisible será la de que los jueces se sientan obligados, internamente, a operar, de una manera automática, al sistema, pues de otro modo, la complejidad del sistema jurídico sería tal, que la seguridad jurídica se quebrantaría en gran medida, en perjuicio del sistema social en su conjunto.

Tan es así, que el lenguaje con el que están escritas las normas jurídicas parece un lenguaje cifrado, y el lenguaje de los procesos judiciales concretos es totalmente “encriptado”, el cual sólo se puede descifrar con una larga práctica, la que, sin embargo, no hace sino cifrarlo más aún. Este lenguaje parece estar escrito por y para máquinas que sólo conocen un código descifrador: lícito e ilícito: los propios juristas. Los cuales no se permiten ni la más mínima licencia, no digamos poética, pero ni tan siquiera de elegancia o de originalidad.

---

<sup>47</sup> *Idem.* pp. 149-151.

<sup>48</sup> *Idem.* p. 143.

En suma, el lenguaje del derecho es un lenguaje sumamente aburrido por ser tan reiterativo, tan plano, tan carente de toda belleza formal.<sup>49</sup> Pareciera que han reducido al lenguaje al mínimo de su significado. Todo en aras de la “exactitud” que, por lo demás, es inalcanzable, lingüísticamente. Por ejemplo, el lenguaje del derecho penal que se supone que es el más preciso, no connota el significado de los “bienes jurídicos protegidos” por cada tipo penal, sino que los “presupone” cada operador del derecho penal. Será tal vez, porque dichos bienes no podrían definirse sin apelar a valores éticos y morales, de los cuales el lenguaje autopoiético y autorreferente del derecho quiere prescindir lo más posible.

Desde esta perspectiva, la ética judicial no puede ser una ética de la autenticidad, sino al contrario, una ética de la inautenticidad, que consiste en la lealtad despersonalizante y enajenante del operador al sistema. Como el obrero descrito por Marx, el juez se transforma en un apéndice del sistema jurídico que produce, no ya mercancías, sino resoluciones autopoiéticas y se reproduce a sí mismo como un sistema autopoiético, es decir, operacional y cognitivamente cerrado.<sup>50</sup>

#### **4.1.7. La autenticidad como imparcialidad comunicativa (Habermas)**

---

<sup>49</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1978, p. 134: “El lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas son objeto de frecuentes censuras, aunque por razones opuestas: mientras que al lenguaje legal se le reprocha la aridez y la pobreza, al lenguaje forense se le acusa, por el contrario, de pomposo y de falso.”

<sup>50</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 124.

Sin embargo, nos parece que esta concepción del sistema jurídico, por parte de Luhmann, aunque realista, es demasiado fatalista, debido a su concepción puramente semanticista del lenguaje, es decir, porque no lo concibe con base en la pragmática del lenguaje. La descripción que Luhmann hace del lenguaje del sistema jurídico, no alcanza el mínimo de inteligibilidad porque no lo concibe como integrado por actos de habla.<sup>51</sup>

Recordemos que el acto de habla, en la versión de Habermas, se define como la “unidad mínima del lenguaje para que éste tenga un sentido determinado”.<sup>52</sup> Para que exista este mínimo sentido determinado del lenguaje, el acto de habla se compone de un elemento proposicional y un elemento ilocucionario. El elemento proposicional describe un estado de cosas en el mundo de la vida (objetivo, social y subjetivo) y el elemento ilocucionario expresa un estado de ánimo. En otras palabras, el elemento proposicional es lo que se dice o se escribe y el elemento ilocucionario es la intención con que se dice o se escribe algo. Todo acto de habla se compone de ambos elementos, pues siempre se dice algo con alguna intención de decirlo. Es decir, siempre hay una intención ilocucionaria.

Si no siempre aparece el elemento ilocucionario es que se presupone en muchas ocasiones, y en otras se oculta. Es entonces, precisamente, cuando el lenguaje se presta a malos entendidos y a dificultades en la comunicación. Cuando el elemento ilocucionario se oculta para sustraer el acto de habla a la

---

<sup>51</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2. 3.

<sup>52</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.

problematización comunicativa, se le llama perlocucionario, tanto al elemento en particular o al acto de habla, en su conjunto.

Desde este punto de vista, me parece que las normas jurídicas son actos de habla, sólo que perlocucionarios, pues su elemento ilocucionario intencional, o una parte de él, se encuentra implícito y no está expreso jamás. De ahí, tanto la pertinencia de la exégesis jurídica, como su ideologización, en tanto que busca la *voluntad del legislador*.<sup>53</sup>

Podríamos entender, habíamos dicho más arriba, a la voluntad del legislador como el elemento ilocucionario o perlocucionario de los actos de habla legales. Es decir, el elemento necesario para que la ley tenga un sentido determinado y preciso, pues sin él, la ley queda totalmente indeterminada en su sentido. Ahora bien, la búsqueda de dicha voluntad del legislador, por parte del intérprete (juez), es la búsqueda del sentido determinado de la ley que, como hemos propuesto, puede entenderse como un acto de habla. Si no se encuentra dicha voluntad o dicho elemento ilocucionario, no constituiría una ética de la autenticidad atribuirle una determinada voluntad o una determinada intención ilocucionaria al legislador, de acuerdo a las necesidades autopoieticas del sistema jurídico, para atribuirle a la norma jurídica un sentido que, por sí mismo, no tiene. Reconocer, en cambio, cuando es el caso, por supuesto, que no se ha encontrado dicha voluntad, o dicho elemento ilocucionario, constituye una ética judicial auténtica, porque se asume el riesgo de reconstruir dicha intención ilocucionaria, abiertamente, a partir de los valores éticos o pragmáticos del sistema social en su

---

<sup>53</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.1.

conjunto, de una manera argumentativa, expuesta a la crítica, pero también a la convalidación comunicativa.<sup>54</sup>

Esto nos lleva, directamente, al desarrollo de los actos de habla. Según Habermas, podemos distinguir tres fases en el desarrollo de los actos de habla:

la afirmación de las pretensiones de validez de los actos de habla; la problematización de las pretensiones de validez de los actos de habla y el desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla problematizadas. El primer momento, la afirmación de las pretensiones de validez de los actos de habla, significa que cualquier acto de habla pretende valer en esos cuatro aspectos: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud. Pero son sólo eso, pretensiones. No quiere decir que realmente valgan en esos cuatro aspectos

Empecemos con la inteligibilidad. Se entiende como la recíproca obligación comunicativa del “yo” (el que habla o el que escribe) y del “tu” (el que escucha o el que lee) de cooperar en la comunicación lingüística, el primero, tratando de ser lo más claro posible y el segundo, tratando de entender lo más posible. La inteligibilidad se refiere, por tanto, a los dos elementos de los actos de habla: el proposicional y al ilocucionario.

La verdad se refiere al elemento proposicional de los actos de habla y puede ser, a su vez, de tres tipos: verdad como correspondencia, verdad como coherencia y verdad como consenso. La primera, la verdad como *correspondencia*, es en la que hay una correspondencia entre los enunciados y los hechos. Es la verdad científica. La verdad como coherencia es la que resulta de la

---

<sup>54</sup> *Idem.*

coherencia entre enunciados. Es la verdad histórica y la verdad jurídica. Por último la verdad como *consenso* tiene por objeto a la verdad como correspondencia o a la verdad como coherencia y significa que alguien tiene que decidir si hay o no una u otra y debe hacerlo mediante los mejores argumentos, es decir, tratando de convencer a su auditorio (particular: las partes; de élite: el juez de alzada y el universal: la comunidad jurídica o política).

Por su parte, la veracidad se refiere al elemento ilocucionario de los actos de habla y consiste en que la intención del acto de habla no debe ser engañosa. El engaño puede ser total o parcial, éste último es el más difícil de detectar, por tener una parte de verdad.

Por último, la rectitud, se refiere al elemento ilocucionario, también y consiste en que la intención ilocucionaria no sea la de imponer los acto de habla, violentamente. La violencia de una acto de habla puede ser, a su vez, abierta o subrepticia. Existe, en este punto, un problema conceptual, si aplicamos la teoría de los actos de habla al derecho, pues éste, por su naturaleza, es coactivo, lo cual es incompatible con la pretensión de la rectitud de aquellos que excluye a la violencia, entre otras patologías.

Sin embargo, esta dificultad se puede enfrentar diciendo que los actos jurídicos de habla sólo podrán ser impositivos, éticamente, si son el resultado de una comunicación racional y no su condición. Es decir, los actos de habla regulativos podrán ser impositivos sólo si son el resultado de actos de habla argumentativos, libres de toda coacción, durante los procedimientos de creación o de aplicación del derecho. Por ello, cuando, por razones de la ética de la responsabilidad, los actos jurídicos de habla sean impositivos (v.g. la orden de

aprehensión, auto de formal prisión) la ética de la autenticidad deberá compensar o neutralizar dicha imposición (libertad bajo caución).<sup>55</sup>

Por su parte, el momento de la problematización de los actos de habla significa que cualquiera de los interlocutores puede cuestionar la validez de los actos de habla del otro, en cualquiera de sus pretensiones de validez. Es decir, puede señalar cualquiera de las patologías comunicativas que se presenten en ausencia de los requisitos de validez: oscuridad, error, falsedad y la imposición.

Por último, el desempeño de las pretensiones de validez problematizadas significa responder a los cuestionamientos hechos en la problematización. Es ésta, una obligación comunicativa de quién se han problematizado sus actos de habla. De este modo, si se ha problematizado la pretensión de inteligibilidad, se deben hacer aclaraciones; si se ha cuestionado la verdad, se deben hacer explicaciones y si se han cuestionado las pretensiones de veracidad o de rectitud deben hacerse justificaciones. El desempeño puede consistir, por tanto, en aclaraciones, explicaciones o justificaciones.

En el proceso judicial se lleva a cabo este desarrollo de los actos de habla jurídicos, pues las partes tienen pretensiones, se problematizan recíprocamente y desempeñan las mismas problematizaciones. La ética judicial, en este caso, consistirá en garantizar este desarrollo comunicativo de los actos de habla procesales. En los procedimientos de revisión jurídica, que es la forma de problematización de los actos de habla del juez, éste mismo debiera asumir el desempeño o la defensa de sus propios actos de habla problematizados.

---

<sup>55</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, pp. 154 y ss.

Ahora bien, Habermas distingue dos tipos de actitudes ilocucionarias durante el desarrollo de los actos de habla: la actitud asertórica y la actitud hipotética. La actitud asertórica significa que el elemento ilocucionario de los actos de habla es categórico y la actitud hipotética significa que el elemento ilocucionario de los actos de habla es una suposición. Por ejemplo: “afirmo que eres culpable” (acusación), es un acto de habla emitido en actitud asertórica, como también lo es el acto de habla contrario: “niego que soy culpable” (defensa). En cambio, decir: “supongo que eres culpable” o “supongo que no eres culpable” (juez) son actos de habla emitidos en actitud hipotética.

Mientras no sean cuestionadas las pretensiones de validez de mis actos de habla, tengo el derecho a emitirlos en actitud asertórica, pero, tanto si problematizo como si desempeño pretensiones de validez de actos de habla, la actitud con que emita mis actos de habla debe ser hipotética, para hacer posible tanto la argumentación de las partes como para la toma de decisiones por parte de los jueces.

Dice Habermas, que la actitud hipotética (o actitud participante o actitud en tercer persona), es el más alto nivel de desarrollo de la conciencia ética, cuando menos, en principio.<sup>56</sup> Por ello, a mi me parece que *la asunción de la actitud hipotética, por parte de los jueces, durante el proceso de argumentación de sus decisiones, y de la actitud asertórica, en los puntos resolutivos, es el más alto nivel de desarrollo ético de la conciencia jurídica.*

Desde un punto de vista comunicativo, *la ética de la autenticidad en la resolución judicial se dará cuando se argumenta, mediante actos de habla*

---

<sup>56</sup> Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, pp. 187 y ss.

*emitidos en actitud hipotética, es decir, suponiendo, primero, que el actor tiene razón y luego, suponiendo que la tiene el demandado. De este modo, se valoran los argumentos de ambos, en actitud ilocucionaria hipotética, es decir, con una imparcialidad auténtica.*<sup>57</sup> Si, por el contrario, se argumenta en actitud asertórica, la imparcialidad judicial, corre el peligro de ser presa de las expectativas de comportamiento no institucionales que mencionábamos más arriba o de los prejuicios del mundo de la vida del que procede el juez o de los intentos de colonización por parte de los sistemas autopoieticos de la economía y de la política.<sup>58</sup>

#### **4.1. 8. Imparcialidad como actitud hipotética**

*La asunción de una actitud hipotética, en la argumentación de las decisiones judiciales y la asunción de una actitud asertórica en los puntos resolutivos, es el núcleo de una ética de la autenticidad del discurso judicial.* Mediante la actitud hipotética se pueden neutralizar los contextos de la acción social de los roles no institucionales, de los prejuicios del mundo de la vida y de la acción colonizadora de los sistemas económico y político, sobre el sistema jurídico. Mediante la asunción de una actitud asertórica se pueden estabilizar las expectativas recíprocas de comportamiento recíproco, que es la función del derecho, según Habermas.

---

<sup>57</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.4.2.

<sup>58</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, p. 146.

De esta manera, podemos considerar a la ética de la autenticidad judicial como una condición (necesaria pero no suficiente) de la eficacia del sistema jurídico, pues contribuye a neutralizar los contextos de acción (sistémicos, de roles, del mundo de la vida) que hacen del derecho un sistema autopoietico, es decir, integrado sólo con actos de habla asertóricos, al tiempo que estabiliza los roles sociales del reconocimiento recíproco, en los que, según Hegel, reside la eticidad de un pueblo.

## **4.2. La performatividad penal de los medios de comunicación**

Uno de los fenómenos que cada vez más dificultan la imparcialidad judicial, es la influencia de los medios masivos de comunicación sobre el quehacer de los jueces. Tal vez, la reducción de la comunicación jurídica y la comunicación de los medios a un mismo común denominador - ambas están integrados por actos de habla- pueda ayudarnos a entender mejor sus la influencia recíproca en su relaciones y argumentar a favor de algunas soluciones. Nos parece que, es en la vinculación de la racionalidad comunicativa y en la ética del discurso hacia donde deben orientarse nuestras reflexiones, que se centrarán en el caso del derecho penal, que es el más típico a este respecto.

### **4.2.1. Filosofía del lenguaje, medios de comunicación y derecho penal**

Es indudable que la filosofía contemporánea es una filosofía del lenguaje. Todas o casi todas las tendencias filosóficas han dado un “giro lingüístico” (*linguistic turn*). Claro que este giro lingüístico ha sido diferente en cada tendencia filosófica. Se ha producido de acuerdo con cada tradición filosófica particular. Por ejemplo, el empirismo inglés se ha transformado en la filosofía analítica del lenguaje, con base en Russel y Wittgenstein. El idealismo alemán, ha dado un giro filosófico hermenéutico, con Heidegger y Gadamer. El racionalismo francés se ha transformado en el estructuralismo y posteriormente en el posmodernismo, con Sausurre y Foucault. Por su parte, puede decirse que el pragmatismo norteamericano nació como filosofía

del lenguaje con Pierce, James y Dewey, entre otros.<sup>59</sup>

Lo más sorprendente de todo, es que estos diversos giros lingüísticos de la filosofía se originaron en distintos países, pero en la misma época, aproximadamente: a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX. ¿Porqué esta coincidencia temporal en la transformación lingüística de la filosofía? Me parece que una idea de Hegel puede guiarnos para resolver este enigma. Dice Hegel que “la filosofía de una época, es esa misma época, expresada en conceptos”.<sup>60</sup> Y nuestra época es la época de las comunicaciones. Por tanto, la época de las comunicaciones, expresa en conceptos, es la filosofía del lenguaje. O en otras palabras, la filosofía del lenguaje es el concepto de la comunicación. Y la variedad de filosofías del lenguaje son los distintos aspectos conceptuales de la comunicación misma.

Claro que no deja de ser una hipótesis a comprobar, la correlación del nacimiento de la filosofía del lenguaje con el nacimiento de los medios masivos de comunicación. Algún día tendrá que investigarse la pertinencia de la misma. Por lo pronto, lo que me interesa en este inciso es referirme a la relación inversa, es decir, cómo la filosofía del lenguaje ha reflexionado sobre la función de los medios de comunicación y la eventual influencia de la misma filosofía en la concepción y en la función social de los medios, es especial, en cuanto se relaciona con el derecho penal.

Es posible que la filosofía del lenguaje facilite el estudio de la correlación de

---

<sup>59</sup> Para una panorámica general de la filosofía contemporánea, ver D’agostini, Franca, *Analíticos y continentales* .

<sup>60</sup> Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía I*, p. 48.

los medios de comunicación y el derecho penal, desde el momento que considera a ambos como fenómenos lingüísticos o como procesos de comunicación. Si es posible considerar al derecho penal, y al derecho en general, como procesos de comunicación, lo mismo que a la comunicación de masas, entonces la influencia recíproca entre ambos pudiera hacerse, tal vez, más transparente.<sup>61</sup>

Antes de hacer una propuesta de un programa de investigación en este sentido, haremos una breve referencia a algunos enfoques filosóficos sobre los medios de comunicación, en los que apoyaremos nuestra propuesta. Nos referiremos, en especial, a la filosofía de la posmodernidad y a la teoría de los actos de habla.

#### **4.2.2. El delito como fábula y metarrelato de los medios**

Es una tarea nada fácil entender lo que es la posmodernidad, pues cada autor identificado con esta corriente del pensamiento filosófico tiene su particular concepción al respecto. Por ejemplo, podemos decir que la crítica del sujeto es el centro de las reflexiones de Foucault.<sup>62</sup> Para Derrida, podríamos pensar, que el posmodernismo es la crítica de la ontología de la identidad.<sup>63</sup> Para Lyotard, la condición posmoderna es una crítica al saber científico.<sup>64</sup> Para Vattimo, la

---

<sup>61</sup> Al respecto, puede hacerse referencia a mi artículo "El delito como acto de habla", en *Iter criminis*, núm. 5, octubre de 2000, pp. 11-59

<sup>62</sup> D'agostini, *op. cit.* p. 455.

<sup>63</sup> Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro*, trad. Elena Benarroch, Cátedra, México, pp. 198, 199.

<sup>64</sup> Lyotard, *La condición posmoderna*, trad. Mariano Antolín Rato, Cátedra, México, pp. 99 y ss.

posmodernidad es una crítica a la historia.<sup>65</sup> Y así, *ad infinitum*. Si pudiéramos definir al posmodernismo (aunque unificar conceptualmente las distintas versiones de la posmodernidad no sería nada “posmoderno”), tal vez, podríamos decir que se trata de una *crítica a la modernidad*: crítica del sujeto, crítica de la identidad, crítica del saber, crítica de la historia. El sujeto, la ciencia, la historia son, a fin de cuentas, producto de la modernidad.

Pero tal vez, la palabra crítica sería demasiado fuerte para los posmodernos. Vattimo habla, más bien de una *superación de la modernidad* que es una expresión más débil, también en la terminología de Vattimo.<sup>66</sup> A veces es difícil distinguir entre lo que ellos critican de la modernidad de lo que ellos proponen, aunque no propongan mucho que digamos.

¿Pero, qué es la modernidad que, según los posmodernos, ha terminado o se ha superado? Vamos a seguir, en este inciso a Vattimo y, en el siguiente, a Lyotard. Para Vattimo la “modernidad es la época en la que el hecho de ser moderno se convierte en un valor determinante”.<sup>67</sup> Es decir, que únicamente en la época de la modernidad es ofensivo o criticable ser tradicionalista, apegado a los valores del pasado o, incluso, reaccionario. En otras épocas pre-modernas, imitar a los modelos del pasado era de enorme importancia. En la modernidad no es así, porque el pasado es una etapa menos perfecta, menos desarrollada que el presente, tanto en la liberación política como en el conocimiento humano. En otras palabras, la modernidad, continúa Vattimo, “considera la historia humana como un progresivo

---

<sup>65</sup> Vattimo, *La sociedad transparente*, trad. Teresa Oñate, Paidós, Barcelona, 1998, p. 76.

<sup>66</sup> *Idem.* p. 73.

<sup>67</sup> *Idem.* p. 74.

proceso de emancipación, como la realización, cada vez más perfecta, del hombre ideal”.<sup>68</sup> Por esta razón, es más valioso lo más “avanzado”, lo que está más cerca de la perfección que se alcanzaría al final del proceso histórico. La historia humana tiene un sentido progresivo hacia la perfección moral e intelectual. Nadie argumentó con más intensidad este sentido progresivo de la historia humana que Hegel.

Ahora bien, para que la historia humana tenga, o se pueda aceptar que tiene un sentido humano progresivo, tiene que ser vista “como un proceso unitario”.<sup>69</sup> Lo cual quiere decir que todas las culturas humanas tienen como fin o lo han tenido, el advenimiento de la cultura occidental moderna. También fue Hegel quién, al hablar del desarrollo filosófico, consideró que el pensamiento se desarrolla de Oriente a Occidente.<sup>70</sup>

Si la modernidad consiste en la idea de la historia como proceso progresivo, el cual depende de que se considere a la historia como un proceso unitario, entonces la modernidad acaba cuando la historia deja de ser algo unitario.<sup>71</sup> Y esto es precisamente, lo que ha ocurrido en la posmodernidad: “la disolución de la historia como curso unitario”,<sup>72</sup> lo cual ha llevado a la crisis a la idea de progreso.<sup>73</sup>

¿Y que es lo que ha impedido continuar concibiendo a la historia como un proceso progresivo unitario? Pues, ni más ni menos, dice Vattimo, que el

---

<sup>68</sup> *Ibidem.*

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> Hegel, *op. cit.* p. 95.

<sup>71</sup> Vattimo, *op. cit.* p. 75.

<sup>72</sup> *Idem.* p. 76.

<sup>73</sup> *Ibidem.*

“advenimiento de la sociedad de la comunicación”,<sup>74</sup> como uno de los factores más importantes. El desarrollo de los medios de comunicación –periódicos, radio, televisión, informática- se ha convertido en una “explosión y multiplicación generalizada de visiones del mundo”.<sup>75</sup> Dicha “pluralización irrefrenable torna imposible concebir al mundo y a la historia según puntos de vista unitarios”.<sup>76</sup> Con lo cual el sentido progresivo de la historia se convierte en un mito y la modernidad llega a su fin.

La dialéctica negativa de la misma modernidad, no ha llevado al “autoesclarecimiento de la conciencia humana” como se esperaba del espíritu absoluto de Hegel,<sup>77</sup> sino a la “confusión de los dialectos”,<sup>78</sup> a la relatividad de los valores (étnicos, sexuales, religiosos, culturales, estéticos, morales y jurídicos) y al nihilismo sobre el sentido mismo de la realidad.<sup>79</sup> El espíritu absoluto de Hegel, según Vattimo por supuesto, ha tenido “una realización perversa” por “la universalización del dominio de la información.”<sup>80</sup>

Pero no todo está perdido, ni mucho menos, nos consuela Vattimo, pues la multiplicidad de interpretaciones, engendrada por la posmodernidad de los medios de comunicación, puede ser la oportunidad de liberación de la interpretación

---

<sup>74</sup> *Idem.* p. 77.

<sup>75</sup> *Idem.* p. 79.

<sup>76</sup> *Idem.* p. 80.

<sup>77</sup> *Ibidem.*

<sup>78</sup> *Idem.* p. 85.

<sup>79</sup> *Idem.* p. 81.

<sup>80</sup> Vattimo, *El fin de la modernidad*, trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, México, 1986, p.

dominante de la realidad.<sup>81</sup> No haber comprendido, por parte de los filósofos modernos, o por comprenderlo demasiado bien por parte de quienes monopolizan el poder político, económico y comunicativo, las potencialidades liberadoras de la posmodernidad, la sociedad, sus relaciones, sus problemas y sus soluciones se han convertido en una fábula, como decía Nietzsche, narrada por los medios de comunicación.<sup>82</sup>

La descripción de lo que sucede en la sociedad, con los criterios uniformes, racionales, científicos y unitarios, propios de la modernidad, por los medios masivos y, en potencia, plurales de comunicación, propios de la posmodernidad, nos lleva a considerar a la información como un cuento, como un mito, como una fábula, como una narración “fantasmática” de los mass media.<sup>83</sup>

Si la información que proporcionan los medios de comunicación se convierte en una fábula, esto es más cierto tratándose de la información sobre la creación y la aplicación del derecho penal. Nuestros legisladores y operadores del derecho penal, actúan con base en estos “fantasmas” narrados por los medios de comunicación. La alarma social “fabulada” por los medios, se trasmite al lenguaje de las iniciativas presidenciales, de los dictámenes de las comisiones legislativas y de los debates parlamentarios, en donde se discute aumentar las penas y disminuir las garantías penales.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Vattimo, *La sociedad transparente*, pp. 84, 85.

<sup>82</sup> *Idem.* p. 81.

<sup>83</sup> *Idem.* p. 83.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*; Chincoya Teutli, Héctor, *Delincuencia y política criminal en la ciudad de México (1993-1999): hacia la*

El fantasma del estereotipo del delincuente, “fabulado” por los medios de comunicación se cierne, amenazadoramente, en los procesos penales y en las averiguaciones previas a la hora de valorar las pruebas y de determinar la responsabilidad penal.<sup>85</sup>

Las fábulas de la “alarma social” y del “estereotipo del delincuente” se convierten en verdaderos metarrelatos no sólo de los medios sobre los procesos penales, legislativos y judiciales, sino también de de los procesos sobre los medios. Es decir, lo que los medios de comunicación fabulan sobre el derecho penal, se convierte en el “relato- objeto” del lenguaje “científico” de los procesos penales. En lugar de que los medios relaten los procesos, son los procesos los que metarrelatan la fábulas de los medios. O, en otras palabras, son los medios los que *perforan* los procesos, en lugar de que *informen* sobre los mismos.

---

*construcción de un modelo de interpretación de la realidad*, Tesis de maestría, ENEP-Acatán, México, 2001, pp. 85 y ss.)

<sup>85</sup> Chincoya Teutli, *op. cit.* pp. 81 y ss; Lautmann, Rudiger, *Sociología y jurisprudencia*, p. 95.

### **4.2.3. La culpabilidad como efecto performativo de los medios de comunicación**

La idea de los metarrelatos performativos, como característica de la posmodernidad, es de Lyotard, aunque se basa para ello en los aportes de la filosofía analítica y en la filosofía pragmática. Intentaremos, antes de seguir adelante, caracterizar este importante aspecto, aunque no sea una tarea fácil. Tenemos que empezar con los relatos o las narraciones. Para Lyotard, tanto el saber científico como el saber popular pueden entenderse como relatos,<sup>86</sup> sólo que el saber popular es una narración que encuentra su legitimidad o su validez en “la pragmática de su transmisión sin recurrir a la argumentación y a la administración de pruebas”,<sup>87</sup> mientras que la narración científica pretende ser “capaz, por una parte de proporcionar pruebas de lo que dice, y por otra, de refutar todo enunciado contrario o contradictorio a propósito del mismo referente”.<sup>88</sup> Pero la verdad y la coherencia del relato científico tienen que apelar, para su legitimación, a su efectividad, es decir, a su pragmática, pues su fundamento moderno, la filosofía, es un “gran relato” cuya concepción unitaria ha dejado de ser creíble, en la posmodernidad.<sup>89</sup>

De esta manera, la relación entre el relato popular y el relato científico se invierte en la posmodernidad. El relato popular encontraba su fundamento en su

---

<sup>86</sup> Lyotard, *La condición posmoderna*, pp. 46, 56.

<sup>87</sup> *Idem.* p. 56.

<sup>88</sup> *Idem.* p. 51,

<sup>89</sup> *Idem.* p. 10.

efectividad porque pretendía estar confirmado por el relato científico (v.g. cuando en una discusión se dice: está científicamente comprobado”). Ahora, en la posmodernidad, el relato científico, aunque, semánticamente, pretende seguir basándose en “el gran relato filosófico”,<sup>90</sup> en realidad, se legitima también, por su efectividad. Es decir, se ha convertido en un relato popular. O mejor dicho, en un metarelato del relato popular, pero también, a la inversa: el lenguaje popular se convierte en un metarelato del relato científico. Es decir, los discursos que circulan en la sociedad se convierten en puros metarrelatos, o sea, relatos de los relatos y relatos de los relatos de los relatos, y así *ad infinitum*. *Los metarrelatos sólo valen por su efectividad, por su performatividad*, dice Lyotard, no por sus pruebas o sus argumentaciones.

Los medios de comunicación están llenos de metarrelatos que generan “*una performatividad generalizada*”.<sup>91</sup> Los enunciados performativos son aquellos cuyo “efecto sobre el referente coincide con su enunciación”.<sup>92</sup> Es decir, los enunciados performativos son aquellos que con sólo enunciar algo, hacen que se realice ese algo. Por ejemplo, si el director dice: “La universidad queda abierta”, al inaugurar los cursos, por el sólo hecho de enunciarlo alguien autorizado para ello, la universidad, efectivamente, performativamente, queda abierta.<sup>93</sup>

A pesar de que *los medios de comunicación no se encuentran autorizados para ello, generan una performatividad penal generalizada* al juzgar y condenar a los

---

<sup>90</sup> *Idem.* p. 66.

<sup>91</sup> *Idem.* p. 84.

<sup>92</sup> *Idem.* p. 26.

<sup>93</sup> *Ibidem.*

detenidos de que dan noticia, al abolir los derechos humanos para los delincuentes, al establecer la pena de muerte para los delitos graves. Basta con que los medios digan que el detenido es culpable para que, por ese sólo dicho, efectivamente, performativamente, se le condene como culpable. Basta con que los medios digan que los secuestradores o los narcotraficantes no tienen derechos, para que por ese sólo dicho, efectivamente, performativamente, no tengan derechos humanos, en la realidad. La performatividad de los enunciados que piden la pena de muerte puede influir en su materialización.

¿Ahora bien, porque generan performatividad penal generalizada los medios de comunicación, si no están autorizados para ello? Bueno, tal vez, porque utilizan metarrelatos cuya validez se refiere a supuestos relatos científicos (como el del hombre delincuente, atávico, por naturaleza, etc.) o a supuestos relatos populares (como la inseguridad ciudadana), para evitar sustraerse a la necesidad de dar pruebas y ofrecer argumentaciones. En otras palabras, *la performatividad penal de los metarrelatos mediáticos proviene de su autoridad mítica, generadora de fábulas, como la del arquetipo delincuente y de la inseguridad ciudadana*. Alguien dirá que detrás del mito de los medios de comunicación se encuentra una lucha por la hegemonía del poder, sólo que este análisis excedería con mucho, el tema de este inciso.

#### **4.2.4. Para una redeterminación ilocucionaria de la comunicación penal en los medios.**

Si los relatos de los medios de comunicación no son más que metarrelatos que no se refieren a los “hechos”, sino a sí mismos, nada más fácil para Luhmann decir que los medios de comunicación constituyen un sistema autopoiético, es decir, un sistema que se construye a sí mismo y que se refiere a sí mismo,<sup>94</sup> aunque también tengan o puedan tener “acoplamientos estructurales” con otros subsistemas sociales, como lo es el derecho penal.<sup>95</sup> Pero esta heterorreferencia del sistema de medios de comunicación no significa, diría Luhmann, que tengan que ver con una realidad social preexistente, pues su código de operación no es el verdad / falsedad, sino él de información / no información.<sup>96</sup> Incluso podría decir Luhmann que el sistema de medios de comunicación funciona con el código performatividad / no performatividad.<sup>97</sup> Para Luhmann esta sería una simple descripción del sistema de medios de comunicación sin ninguna pretensión crítica, pues sería inevitable, al contrario de lo que se propone el posmodernista Lyotard, cuyo propósito es someter a los medios a una constante paralogía, es decir, a una crítica permanente.<sup>98</sup> Sin embargo, tanto Luhmann como Lyotard coinciden en que excluyen, de una forma definitiva, la búsqueda del consenso como finalidad última de los medios de comunicación o como su medio de operación, lo cual determina

---

<sup>94</sup> Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, trad. Javier Torres Nafarrete, Anthropos, Madrid, 2000, p. 17.

<sup>95</sup> *Idem.* p. 18.

<sup>96</sup> *Idem.* p. 56.

<sup>97</sup> *Idem.* p. 60.

<sup>98</sup> Lyotard, *op. cit.* p. 109.

los límites de la eficacia de su crítica a los propios medios y de su posible redeterminación.

No obstante lo anterior, para una teoría comunicativa, como la de Habermas, que pretende redeterminar la operación de los medios de comunicación, la descripción luhmanniana y la crítica lyotardiana, pueden servir como punto de partida para el diseño de un programa de investigación sobre los medios en materia penal. En cambio, no podría aceptar que la performatividad de los medios sea fatal e inevitable, o más bien tendría que distinguir entre una performatividad ilocucionaria y una performatividad perlocucionaria, distinción que recordaremos, un poco más abajo.

De acuerdo con la teoría de los actos de habla, en la versión de Habermas, para que se dé la unidad mínima del sentido lingüístico, es decir, para que se dé un acto de habla, es necesaria la unidad de un elemento proposicional y de un elemento ilocucionario. El elemento proposicional describe un estado de cosas y el elemento ilocucionario expresa un estado de ánimo. El primero se refiere a lo que se dice, y el segundo a la intención con que se dice. Ambos se necesitan para que se conforme un acto de habla.<sup>99</sup> Por ejemplo, si digo: “Necesito decirte que te quiero” (Manuel Acuña), el elemento proposicional de este acto de habla poético, es “te quiero” que expresa un estado de cosas, y el elemento ilocucionario sería “Necesito decirte que”, que expresa la intención del hablante.

No siempre, sin embargo, se expresa el elemento ilocucionario de los actos de habla, el cual puede quedar implícito, y por tanto, el sentido del acto de habla

---

<sup>99</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, p. 335.

queda indeterminado. Por ejemplo, si digo: “La tarde está calurosa”, sólo estoy expresando el elemento proposicional del acto de habla, y el elemento ilocucionario se encuentra indeterminado, por lo que el interlocutor tendrá que deducirlo (abducirlo diría Grice).<sup>100</sup> Por ejemplo, si se lo digo a un amigo, tal vez, él interprete que mi intención es invitarlo a tomar unas cervezas. Pero si se lo digo a una amiga, tal vez, ella interprete que mi intención es invitarla a ir a nadar.

Pero lo interesante de todo esto es que cuando el elemento ilocucionario no está explícito, Habermas lo llama elemento perlocucionario, lo mismo que al acto de habla, en su conjunto. Los actos de habla perlocucionarios se prestan a todos los engaños y a todos los equívocos. Si el elemento ilocucionario, si la actitud o intención ilocucionaria de un acto de habla no está explícito, el hablante no se compromete y puede sustraer su acto de habla de la problematización y de la crítica de sus pretensiones de validez y, por tanto, de la obligación de desempeñarlas o de solventarlas adecuadamente,<sup>101</sup> lo cual es muy común que suceda en los medios de comunicación, y más aún tratándose de temas penales.

También suele suceder que si el elemento ilocucionario no está expresado, el interlocutor malinterprete las intenciones o actitudes del hablante. Esto es común en cualquier tipo de comunicación. Por ejemplo, si mi esposa llega tarde y le digo: “¿Por qué llegas tan tarde?”, ella se enoja y me dice que no le tengo confianza porque le reclamo. Y puede ser que mi intención ilocucionaria no sea la de reclamar sino la de preguntar, simplemente. Como no expresé mi intención

---

<sup>100</sup> D' agostini, *op. cit.* p. 286.

<sup>101</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp. 98, 99, 106.

ilocucionaria que era: “Te pregunto: ¿por qué llegas tan tarde”, ella entendió: “Te reclamo: ¿por que llegas tan tarde? Los actos de habla perlocucionarios se prestan, pues, al engaño, a los equívocos o a los malos entendidos.

Ahora bien, si los actos de habla de que trata son también performativos, es decir, actos de habla cuya intención ilocucionaria es crear nuevas situaciones sociales con sólo expresar el elemento proposicional, sin expresar dicha intención *performativa*, haciendo presuponer una simple intención *informativa*, estamos en presencia de actos de habla performativos perlocucionarios, pues los interlocutores no pueden problematizar sus pretensiones de validez, ni el hablante se siente obligado a desempeñarlas, solventarlas o argumentarlas, debidamente.

Puede ser una buena hipótesis para un programa de investigación, sostener que la performatividad penal de los medios de comunicación se realiza mediante actos de habla performativos perlocucionarios, excluidos de la problematización y del desempeño de sus pretensiones de validez, al presuponer que se trata de actos de habla informativos ilocucionarios.

El análisis y la crítica del comportamiento de los medios de comunicación en materia penal, bajo la perspectiva de la teoría de los actos de habla, tiene la ventaja sobre la teoría de la posmodernidad y sobre la teoría de sistemas, el que no presupone que la performatividad comunicativa sea fatalmente perlocucionaria, en las sociedades complejas posmodernas. Al contrario, considera que la performatividad de los actos de habla puede ser ilocucionaria o perlocucionaria, es decir, válida o inválida, desde el punto de vista comunicativo.

Que la performatividad sea ilocucionaria significa que las pretensiones de validez de los actos de habla, es decir, la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la

rectitud, no se quede sólo en pretensiones.<sup>102</sup> Es decir, que se puedan aclarar los enunciados cuya inteligibilidad haya sido problematizada, que se puedan explicar los enunciados cuya verdad ha sido cuestionada y que se puedan justificar los enunciados cuya veracidad y rectitud haya sido reclamada.<sup>103</sup> Cuando no se pueden problematizar las pretensiones de validez de los actos de habla y, por tanto, no se pueden dar explicaciones de sus elementos proposicionales, ni justificaciones de los elementos ilocucionarios ni aclaraciones de ambos, entonces la performatividad no se encuentra justificada y, por tanto, es una performatividad perlocucionaria.

La performatividad ilocucionaria es la finalidad ideal de los procedimientos penales. A ello se encaminan, aunque no lo logren muy seguido, las garantías penales. La acusación del ministerio público es un conjunto de actos de habla sólo con pretensiones de validez. Tales pretensiones de validez pueden ser problematizadas por la defensa y deben ser desempeñadas, nuevamente por el ministerio público una vez que han sido puestas en cuestión. Por último el juez, emite su acto de habla performativo, argumentado cuales pretensiones se justifican y cuales no: o los actos de habla del ministerio público o los de la defensa. En la medida que el procedimiento penal permite tal problematización, desempeño y argumentación, en esa medida, el acto de habla de la decisión judicial se considera válido comunicativamente, es decir, es una performatividad ilocucionaria válida.

---

<sup>102</sup> *Idem.* p. 101 y ss.

<sup>103</sup> *Idem.* p. 122.

En cambio, en los medios de comunicación, ni remotamente existe algo parecido, pues al tratar o informar de temas penales asumen las pretensiones de validez de sus actos de habla (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) como si ya estuvieran desempeñadas y, por tanto, son es posible problematizarlas y, en consecuencia, la performatividad penal de sus mismos actos de habla se vuelven perlocucionaria y, por ende, inválida, comunicativamente.

La razón de esta performatividad perlocucionaria de los medios de comunicación, en materia penal, no se explica, suficientemente por la “pluralidad metanarrativa posmoderna”, en los términos que que la analizan Vattimo y Lyotard, ni por la autopoiesis de Luhmann, aunque, por supuesto aporten elementos valiosos en la parte descriptiva y en la parte crítica. En el fondo, la performatividad perlocucionaria se genera, en todo proceso comunicativo, cuando los hablantes asumen, invariablemente, una actitud asertórica y rehuyen una actitud hipotética, en cualquier momento.<sup>104</sup> O dicho, en términos de la teoría del acto de habla, la performatividad perlocucionaria se genera cuando el elemento ilocucionario de los actos de habla correspondientes, se expresa o se asume de una manera categórica e invariable y no condicionada o hipotética, lo cual dificulta que la intención ilocucionaria de la problematización de los mismos, pueda hacerse también de una manera hipotética y propicia que el desempeño ilocucionario se realice de una manera asertórica.

Parece claro que los medios de comunicación, al informar sobre temas penales no asumen una actitud hipotética sino asertórica, cuando pretenden

---

<sup>104</sup> *Idem.* pp.179, 180.

cambiar una situación jurídica penal sin permitir la problematización de sus pretensiones de validez y sin obligarse a desempeñarlas, comunicativamente.

Por la falta de desarrollo comunicativo de los actos de habla, la comunicación se transforma en comunicación perlocucionaria, es decir, la intención ilocucionaria que se supone debiera ser la de informar, se transforma en actitud performativa, es decir, pretende influir en la modificación de situaciones jurídicas penales, sin exponerse al cuestionamiento ni comprometerse con su justificación.

Hay quién dice, (Lyotard y Luhmann) que esto es inevitable en los medios de comunicación, lo cual me parece el colmo de la resignación. Al contrario, me parece posible que, mediante un permanente programa de investigación en el que se sustente un cambio consensado en la regulación legislativa e institucional de los medios, transformar la perlocucionariedad de los actos de habla de los mismos, en ilocucionaridad informativa y crítica, de modo que la performatividad mediática quede sujeta a los controles comunicativos de toda performatividad social, sin afectar, por ello, la libertades comunicativas.

La función de una política de medios en materia criminal y penal, tendría que ser restaurar la performatividad ilocucionaria de los actos de habla penales, criticando, pero también desempeñando, en actitud hipotética, la performatividad perlocucionaria, tanto en los medios como en los órganos de procuración y de administración de justicia.

La justicia penal no sólo está en los tribunales y en los parlamentos, sino también en los medios de comunicación, porque, tanto unos como otros producen o generan actos de habla performativos, por tanto, ambos deben someterse a la

misma racionalidad comunicativa: a la racionalidad ilocucionaria hipotética que permita la problematización y obligue al desempeño de las pretensiones penales de validez.

No parece fácil tal empresa, sin embargo la alternativa es aceptar que los jueces sean, o sigan siendo, sólo los metanarradores de la fábula de los medios de comunicación sobre la justicia penal y del mito del estado de derecho.

### **4.3. La justicia como como corrección comunicativa**

La creencia de que el derecho es un sistema autopoietico, por parte de los operadores del mismo, hace de él un sistema autopoietico, en términos de Luhmann, con respecto de la justicia, pero un sistema “colonizado”, en términos de Habermas, por parte de los sistemas político, económico o cultural. Podemos creer que si pensamos que el derecho es un sistema heteropoietico, con respecto de la justicia, podemos contribuir a “descolonizar” al derecho de la economía, de la política y de los medios de comunicación.

Para ello, es necesario redeterminar las relaciones entre el derecho y la justicia, comparando los argumentos tradicionales y los discursivos, en un esquema que los haga compatibles y complementarios. Hemos escogido, para ello, las teorías de los autores que nos parecen los más importantes en el tema de la justicia, las de Aristóteles, Hegel y Habermas (Alexy).

Sin embargo, la redeterminación histórica de la justicia que vamos a intentar a continuación puede realizarse con una diferente combinación de las ideas de éstos o de otros filósofos, pues la esencia del resultado redeterminado depende de la reciprocidad de los conceptos que se confronten, lo cual le puede dar a la idea de la redeterminación una flexibilidad insospechada, de modo que, no sólo queden redeterminados las filosofías clásicas del derecho y de la justicia sino también la propia filosofía del lenguaje. Por eso no se espere una fidelidad rígida e inamovible de las teorías de los diferentes autores. Esta fluidez de los conceptos

es la característica más notable de la redeterminación hegeliana.<sup>105</sup>

#### **4.3.1. El derecho como la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica (Aristóteles, Hegel y Habermas-Alexy)**

Aristóteles, Hegel y Habermas ameritan ser estudiados en conjunto porque, no tan sólo nos parecen ser los tres filósofos más importantes de la cultura occidental, sino porque existe entre sus aportaciones una continuidad metódica y una concreción histórica de sus principales temáticas filosóficas en general, y de su filosofía del derecho en particular.<sup>106</sup>

La primera aseveración, es decir, que estos tres pensadores me parecen los más grandes filósofos occidentales podría parecer demasiado aventurada. La inclusión de Aristóteles, dentro de esta exclusiva categoría, apenas puede ser cuestionada, y cuando lo ha sido, se debe más bien a los excesos y a los dogmatismos de sus seguidores, como los escolásticos de la edad media, que a sus propios filosofemas. Casi todo el mundo reconoce, con Hegel,<sup>107</sup> que Aristóteles es, junto con Platón, el maestro del género humano.

Pero las cosas cambian tratándose del propio Hegel. A pesar de que se le

---

<sup>105</sup> Hegel, *Fenomenología del Espíritu*, p. 32.

<sup>106</sup> Tanto Aristóteles, como Hegel y Habermas, han sido considerados como los pensadores que sintetizan “todo” el pensamiento filosófico de su tiempo. Por ejemplo, Hegel dice de Aristóteles, en sus *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 257: “Por lo que se refiere al carácter general de Aristóteles, vemos que éste abarca todo el horizonte de las ideas humanas.” Por su parte, Felix Duque, intitula el capítulo sobre Hegel del siguiente modo, en su *Historia de la Filosofía moderna*, p. 321: “Todo el saber del mundo: G.W.F. Hegel. Por último, Richard Bernstein dice, en la introducción a *Habermas y la modernidad*, p. 13: “En una época en la que casi todos sus colegas han conseguido controlar con mucho esfuerzo una parte del campo, él (Habermas) se ha adueñado de la totalidad, tanto en lo referente a la profundidad como a la amplitud.”

<sup>107</sup> Hegel, *Lecciones de la historia de la filosofía*, II, p. 135.

reconoce como a uno de los grandes filósofos, se le puede regatear su inclusión en esta terna suprema, por sus posturas conservadoras en política y en derechos humanos.<sup>108</sup> Si a pesar de ello, persistimos en considerar a Hegel como uno de los tres más grandes filósofos es porque nos parece que su pensamiento sigue influenciando las corrientes más disímolas de la filosofía contemporánea. El existencialismo de Sartre, y aún el de Heidegger encuentran en Hegel, una de sus raíces más profundas.<sup>109</sup> Apenas se puede negar la importancia del hegelianismo en casi todas las corrientes del marxismo.<sup>110</sup> El pragmatismo norteamericano, se ha descubierto, tiene tanto de empirismo, como de kantismo y de hegelianismo.<sup>111</sup> Son sorprendentes también, los paralelismos y las recíprocas iluminaciones de la dialéctica hegeliana y la filosofía del lenguaje, en la versión de Apel y de Habermas, muy a su pesar.<sup>112</sup>

Si existen algunos problemas con Hegel, con Habermas, que aún vive y produce, su inclusión puede ser demasiado apresurada y demasiado problemática. Es posible. Más aún, se le ha regateado a Habermas ser de los mejores filósofos contemporáneos, con mayor razón se le regatearía ser uno de

---

<sup>108</sup> Válcárcel, Amelia, *Hegel y la ética*, p. 415; Cfr. Amenguall Coll, Gabriel, *La moral como derecho*, p. 24.

<sup>109</sup> Merleau – Ponty, citado por Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro*, p. 29.

<sup>110</sup> Colleti, Lucio, *El marxismo y Hegel*, p. 158; Dunayevskaya, Raya, *Filosofía y revolución. De Hegel a Sartre y de Marx a Mao*, p. 74; Rosdolsky, Román, *Génesis y estructura del capital de Marx*, p. 13, nota 5: “Lasalle comparó la Contribución a la crítica de la economía política (Grundrisse) de Marx con la Fenomenología de Hegel, ensalzando a Marx, como un Ricardo convertido en socialista, un Hegel convertido en economista”.

<sup>111</sup> Bernstein, Richard, “Porqué el interés actual en Hegel”, en *Perfiles filosóficos*, pp.165, 166; Dunayevskaya, Raya, *Marxismo y libertad*, p. 89, nota 53.

<sup>112</sup> Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, p. 136: “Es tentador sospechar que en Habermas ha triunfado lo hegeliano frente a lo marxista. Evidentemente Habermas quiere volver a escribir el famoso capítulo sobre el amo y el esclavo de la *Fenomenología* de Hegel.”

los tres mejores de todos los tiempos. Se ha dicho, por ejemplo, que es un ingenuo, que es un utópico, por un lado, y por otro, que es un conservador.<sup>113</sup> Si se compara a Habermas, por ejemplo, con Wittgenstein, la figura de éste parece más audaz y su pensamiento más innovador. El mismo Habermas reconoce todo lo que le debe a Wittgenstein.<sup>114</sup> A pesar de ello, nos parece que Habermas es más importante, por su asombrosa capacidad sintética, por la concreción a que ha llevado a toda, o a casi toda la filosofía del lenguaje: filosofía positivista, estructuralista, pragmatista, posmoderna, hermenéutica, entre otras. La teoría comunicativa de Habermas expresa, a mi entender, la madurez de la filosofía del lenguaje. E íbamos a decir que, incluso, la madurez de la filosofía occidental. Si nos abstenemos de ello, en este momento, es porque lo posponemos hasta analizar sus relaciones con Aristóteles y con Hegel, cuya primera aproximación pasamos a exponer enseguida.

#### **4.3.2. El Ser, el Espíritu y la Comunicación**

Puede decirse que así como Aristóteles expresa la madurez de la filosofía del Ser, del mismo modo, Hegel representa el más acabado desarrollo de la filosofía del Espíritu, a la vez que Habermas, mediante su teoría de la Comunicación, ha llevado a la filosofía del lenguaje a su más concreta expresión,

---

<sup>113</sup> Jay, Martín, "Habermas y el modernismo", en *Habermas y la modernidad*, p. 297: "la racionalidad comunicativa no es suficiente para asegurar una verdadera emancipación"; Wellmer, Albrecht, "Razón, utopía y la dialéctica de la ilustración", en *Habermas y la modernidad*, p. 94: "la acción comunicativa es un mecanismo de coordinación demasiado frágil (...) para llevar a cabo toda la carga de integración en la sociedad moderna."

<sup>114</sup> Habermas, *Lógica de las ciencias sociales*, pp. 203-228.

al menos hasta ahora.<sup>115</sup>

Los tres filósofos marcan el momento culminante de los tres grandes hitos de la filosofía occidental. Antes de Aristóteles, desde los presocráticos hasta Platón, la filosofía es la búsqueda o la constitución del Ser. Después de Aristóteles, hasta Descartes, la historia de la filosofía no es más que el proceso, mediante el cual el Ser da a luz al Espíritu.<sup>116</sup> Puede decirse, metafóricamente, que el Ser aristotélico se “preña” de Espíritu con el cristianismo, y que toda la filosofía medieval constituye la formación del Espíritu o, como dice o diría Hegel, constituye el “calvario” del Espíritu.<sup>117</sup>

No era posible que Santo Tomás, como escolástico, diera a luz al Espíritu, a pesar de ser el mejor filósofo cristiano, mientras quedara prisionero de la determinación del pensamiento por el Ser aristotélico.<sup>118</sup> Tuvo que llegar Descartes para que fuera posible invertir tal determinación, es decir, redeterminar

---

<sup>115</sup> Jaeger, Werner, *Aristóteles*, p. 444: “Aristóteles lleva a su término la recepción del platonismo dentro del cuadro griego tradicional del mundo (...) El cuadro griego del mundo ha alcanzado su máximo de unificada armonía y plenitud”; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*, p. 232: “Por todo el prólogo de la *Fenomenología* resuena como un grito de triunfo porque, por fin, la conciencia superior del hombre puede justificarse científicamente a sí misma.”; Anderson, Perry, *Tras las huellas del materialismo histórico*, p. 71: “La escala arquitectónica y las dimensiones del edificio teórico resultante –que sintetiza investigaciones epistemológicas, sociológicas, psicológicas, políticas, culturales y éticas en su sólo programa de investigación- no tienen un verdadero paralelo en la filosofía contemporánea de cualquier inspiración. Una evaluación de la obra de Habermas debería comenzar por dar la debida importancia a la categoría de dicho logro.”

<sup>116</sup> Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, III, p. 79: “como el espíritu no es algo natural, sino solamente aquello que llega a hacerse, tenemos que lo espiritual no es otra cosa que el proceso que consiste de suyo en producir esta unidad”; *Idem*. El principio de la filosofía moderna (...) es (...) la contraposición entre el pensamiento y la naturaleza (...) Espíritu y naturaleza, pensamiento y ser, son los dos lados infinitos de la idea.”

<sup>117</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 473.

<sup>118</sup> Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía*, III, p. 153: “se niega a sí mismo (el pensamiento escolástico) y lleva en sí la determinación del mismo ser (...) el pensamiento se determina a sí mismo como ser”.

al Ser por el Espíritu. No otra cosa constituye el “cogito ergo sum” cartesiano. A partir de entonces ya no era posible decir: “existo, luego pienso”, sino “pienso, luego existo”. Por eso es Descartes el padre de la filosofía moderna, de la filosofía del Espíritu.<sup>119</sup>

Puede decirse que, desde Descartes a Hegel, la historia de la filosofía es la construcción o el desarrollo del concepto de Espíritu. Los célebres debates entre los empiristas (Hobbes, Locke, Hume) y los racionalistas (Spinoza, Leibniz, Kant) fueron la condición necesaria del surgimiento del idealismo sintetizador que va de Kant a Hegel, pasando por Fichte y Schelling. Puede decirse que es este el itinerario del camino del Espíritu que culmina en Hegel. Es esto lo que culmina en Hegel, la elaboración del Espíritu por el Espíritu, no el Espíritu mismo, ni mucho menos la filosofía, sino únicamente la filosofía del Espíritu.<sup>120</sup>

Después de Hegel, el desarrollo de la filosofía, busca el camino hacia el Lenguaje. Ya el mismo Hegel, sin ser, propiamente, un filósofo del Lenguaje, anticipa, sorprendentemente, algunas de las rutas que ha seguido la filosofía lingüística, a tal grado que podría decirse que “El lenguaje es la fenomenología del Espíritu”.<sup>121</sup> Sin embargo, los caminos más relevantes, seguidos por la filosofía, fueron, históricamente, muy diversos e implicaron grandes, pero necesarios,

---

<sup>119</sup> Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, III, p. 257: “Descartes imprime rumbos totalmente nuevos a la filosofía; con él comienza la nueva época de la filosofía en la que a la formación de la mente le es dable captar el principio de su elevado espíritu en pensamientos, en la forma de la generalidad (...) Cartesio parte de la concepción de que el pensamiento debe partir del pensamiento mismo.”

<sup>120</sup> Cfr. Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia*, III, p. 517.

<sup>121</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 420: “El elemento perfecto, en el que la interioridad es a un tiempo exterior como la exterioridad interior, es nuevamente el lenguaje (...) claro y universal.”

rodeos: desde el materialismo marxista y el positivismo sociológico que prepararon y maduraron la importancia de lo social para el lenguaje; el pragmatismo que le otorgó la importancia práctica al estudio del lenguaje; el nihilismo nietzscheano que le permitió a Heidegger y a Gadamer fundar la hermenéutica moderna y, el positivismo analítico que llevó directamente a Russel y a Wittgenstein que fundan, propiamente, la filosofía moderna del lenguaje, cuya divisa bien podría ser, parafraseando a Descartes: “hablo, luego existo”, o mejor, “hablo, luego pienso; pienso, luego existo”.<sup>122</sup>

A partir de entonces todos o la mayoría de los filósofos han tenido la necesidad de dar un “giro lingüístico” a sus filosofemas.<sup>123</sup> Algunos, renegando de todo el pasado filosófico, como los positivistas lógicos (Carnap), otros rescatando las tradiciones réticas de los clásicos griegos y romanos (Perelmann); otros más, renunciando a toda “construcción” filosófica, es decir, “deconstruyendo” a la filosofía misma (Derrida); los mismos sociólogos replantando su disciplina, en términos lingüísticos (Mead, Schutz) y, por último, quienes reconstruyen el mundo social, el mundo subjetivo y el mundo objetivo, en términos comunicativos, como Apel y Habermas.

El futuro post-habermasiano de la filosofía es difícil de predecir, pero lo que se impone como una tarea impostergable de la filosofía actual, es una reconstrucción o una “redeterminación” comunicativa de toda la filosofía en general y de la filosofía del derecho, en particular. De lo que resulte de una tal

---

<sup>122</sup> O mejor todavía: “me expreso, luego pienso, pienso luego existo”.

<sup>123</sup> D'Agostini, Franca, *Analíticos y continentales*, capítulo 4, pp. 149-193.

redeterminación comunicativa dependerán los derroteros que nos lleven a alcanzar un nuevo hito en el desarrollo filosófico.

#### **4.3.3. Causa final, Espíritu Absoluto y Acto de Habla**

El Ser, el Espíritu y la Comunicación no sólo se distinguen y se superan entre sí, sino que se asemejan y se conservan en sí. Hay una ruptura entre Aristóteles, Hegel y Habermas, pero hay también una continuidad. Hay, a la vez, una superación y conservación, en una palabra, se da la redeterminación, entre ellos.

Donde mejor se nota esta redeterminación entre el Ser, el Espíritu y la Comunicación, es en la comparación entre tres pares de conceptos: el primero, de Aristóteles: causa final y causa eficiente; el segundo, la conciencia y el concepto de Hegel y el tercero: el elemento proposicional y el elemento ilocucionario del acto de habla de Habermas.

No parecería del todo arbitrario encontrar o establecer, *prima facie*, una doble correlación entre la causa eficiente de Aristóteles, el concepto de Hegel y el elemento proposicional del acto de habla de Searle y Habermas, por un lado; y por el otro, entre la causa final, la conciencia y el elemento ilocucionario, respectivamente.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> Aristóteles, *Metafísica*, libro primero (A), capítulo 3, p. 9: "Se distinguen cuatro causas. La primera es la *esencia, la forma propia de cada cosa* (...) La segunda es la materia, el sujeto; la tercera el principio del *movimiento*; la cuarta, que corresponde a la precedente, es la *causa final de las cosas, el bien*, porque el bien es el fin de toda producción."; Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 384: "Es uno de los conocimientos más importantes el entender y establecer esta naturaleza de las determinaciones reflexivas consideradas, es decir, que su verdad consiste sólo en su reflexión

Para Aristóteles, la causa eficiente tiene como efecto el movimiento del ser; se puede conocer, aunque imperfectamente, por el concepto de Hegel y se puede expresar por medio del elemento proposicional del acto de habla de Habermas. Por su parte, la causa final aristotélica es la finalidad, el propósito, la intención de alguien; se puede conocer mediante la conciencia hegeliana y expresarse mediante el elemento ilocucionario del acto de habla de habermasiano.

Esta doble correlación, entre los tipos de Causa, el Espíritu Absoluto y el Acto de Habla no significa que sean lo mismos, ni mucho menos, sino, únicamente que, de su comparación, se encuentran semejanzas, pero, sin embargo, no se pueden soslayar sus diferencias.

La relación entre la causa eficiente y la causa final, en Aristóteles, es una relación aleatoria, en la que tan pronto la causa final se subordina a la causa eficiente, como ésta es la que se subordina a aquélla.<sup>125</sup>

Por su parte, la relación de la conciencia y el concepto, en Hegel, no podía dejar de ser una relación dialéctica, es decir, es una relación en la cual la conciencia determina al concepto y el concepto redetermina a la conciencia.<sup>126</sup> Si

---

mutua, y por consiguiente sólo en el hecho de que cada una, en su concepto mismo contiene a la otra. Sin este conocimiento no es posible, en realidad, dar ningún paso en filosofía.”; Hegel, *Fenomenología*, p. 115: “Este movimiento de la autoconciencia en su relación con otra autoconciencia representa, empero, de este modo, como el *hacer de la una*; pero este hacer de la una tiene él mismo la doble significación de ser tanto *su hacer* como el *hacer de la otra*.” ; Habermas, ver *supra*, inciso núm. 2.1.2.

<sup>125</sup> Aristóteles, *Metafísica*, libro primero (A), capítulo 4, p. 12: “es imprescindible que los seres tengan una causa capaz de imprimir el movimiento y de dar enlace a las cosas.”; libro segundo (a), p. 33: “ Por causa final se entiende lo que no se hace en vista de otra cosa, sino, por el contrario, aquello en vista de lo que se hace otra cosa.”

<sup>126</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 524: “La reciprocidad de la autocociencia es producto de las determinaciones de la historia de la filosofía, pero también, condición de su redeterminación. Sólo del estudio de la historia de la filosofía, se origina la conciencia de la reciprocidad de las autoconciencias”; p. 523 “el concepto del concepto está troquelado en el molde de la

la conciencia es unilateral, el concepto será abstracto, si la conciencia es recíproca, el concepto será concreto; pero también un concepto abstracto aplicado a la conciencia unilateral, puede hacer que ésta se reproduzca así, unilateralmente; en cambio, mediante un concepto concreto aplicado a la conciencia, reproducirá a esta recíprocamente, es decir, intersubjetivamente.<sup>127</sup>

Por lo que se refiere al acto de habla, en Habermas, la relación entre el elemento ilocucionario y el elemento proposicional, aunque sea una relación explícita, es una relación unilateral, en la que el elemento ilocucionario es el que determina el sentido del elemento proposicional, pero el elemento proposicional no se aplica, al menos explícitamente, al elemento ilocucionario, para redeterminarlo.<sup>128</sup>

Ahora bien, vista, en cuanto a su desarrollo, la teoría del acto de habla, en la versión habermasiana, implica una superación y, a la vez, una conservación de las causas aristotélicas y de la conciencia y el concepto hegelianos. Además del giro lingüístico, lo que la teoría del acto de habla conserva de la teoría de las causas, es la determinación de la eficiencia por la finalidad, y lo que supera es su accidentalidad. Por lo que se refiere a Hegel, la teoría del acto de habla supera el

---

autoconciencia”; p. 527: “La redeterminación tiende, por tanto a restaurar la intersubjetividad de la autoconciencia y la reciprocidad del concepto.”; Cfr. Heidegger, citado por Alvarez, Eduardo, *El saber del hombre. Una introducción al pensamiento de Hegel*, p. 84: “la conciencia se encuentra a sí misma en el concepto”; p. 85: “El concepto absoluto, por su parte, “es la conciencia de su verdad consumada.”

<sup>127</sup> Hegel, *Fenomenología*, pp. 471, 472: “Así pues, en el saber el espíritu ha cerrado el movimiento de configuración, al ser afectado el mismo por la diferencia sobrepasada de la conciencia. El espíritu ha conquistado el puro elemento de su ser allí, el concepto (...) Una vez que el espíritu ha alcanzado el concepto (...) es ciencia. (...) El conocer los conceptos puros de la ciencia bajo esta forma de las figuras de la conciencia constituye el lado de su realidad (...) La ciencia contiene en ella misma esta necesidad de enajenar de sí la forma del puro concepto y el tránsito del concepto a la conciencia.”

<sup>128</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1. 2.

tono un tanto metafísico en la relación de la conciencia y el concepto que la hacía un tanto inverosímil, y le da una utilidad muy operativa. Y lo que conserva, aunque sea sólo potencialmente, es su capacidad reflexiva, es decir, la posibilidad de la recíproca redeterminación entre el elemento proposicional y el elemento ilocucionario. Decimos “potencial”, porque la recíproca redeterminación entre los elementos del acto de habla, sólo se puede dar en un proceso de comunicación racional, mediante su relación con otros actos de habla. Para poder conocer cómo esta potencialidad se realiza, nos lleva a comparar otros tres pares de conceptos en los tres autores que venimos correlacionando.

#### **4.3.4. Potencia y acto. Abstracción y concreción. Pretensión y desempeño**

Se ha dicho que la distinción aristotélica entre potencia y acto es muy semejante a la distinción de lo abstracto y lo concreto de Hegel.<sup>129</sup> Efectivamente, lo abstracto es el ser en potencia, lo no desarrollado, porque es el “ser-en sí”.<sup>130</sup> Sólo que Aristóteles se refiere a la potencia de todo ser, a semejanza del ser orgánico, que proviene de una semilla y se desarrolla a partir de su “potencia”, mientras que lo “abstracto” en Hegel se refiere al pensamiento en potencia. Lo que

---

<sup>129</sup> Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía*, I, p. 26: “Para comprender que es la evolución, es necesario distinguir –por decirlo así– dos estados: uno es el que se conoce como posibilidad, como capacidad, lo que yo llamo el ser en sí, la *potentia*, la δύναμις; el otro es el ser para sí, la realidad (*actus*, ενεργεια).”

<sup>130</sup> Hegel, *Lógica*, I, p. 155: “Algo está *en sí*, cuando (...) es sólo una determinación abstracta (...) cuando se abstrae de todo ser-para otro (...) El *ser-en-sí* tiene que tomarse habitualmente como una manera abstracta de expresar el concepto.”

al ser es la potencia aristotélica, lo es al pensamiento, la abstracción hegeliana. Mientras que Habermas llama pretensión de validez de un acto de habla, a un argumento no desarrollado, a un argumento abstracto, a un argumento en potencia.<sup>131</sup>

El ser en potencia aristotélico, el pensamiento abstracto hegeliano y la pretensión argumentativa habermasiana, nos parecen tres momentos del desarrollo histórico-filosófico de una misma idea, la idea del origen de todo desarrollo, pero, a la vez, implican la aplicación de esta misma idea en tres niveles distintos del desarrollo filosófico. Es decir, el ser en potencia aristotélico es, a la vez, el pensamiento abstracto hegeliano “en potencia”, y éste es, a su vez, la pretensión argumentativa habermasiana “en potencia”. O, dicho de otro modo, el ser en potencia aristotélico es el pensamiento abstracto del pensamiento abstracto hegeliano y éste, a su vez, es el pensamiento abstracto de la pretensión argumentativa habermasiana. O de otro modo aún: el ser en potencia aristotélico es una pretensión argumentativa para alcanzar el pensamiento abstracto hegeliano y éste es, a su vez, la pretensión argumentativa de la pretensión argumentativa habermasiana.

La idea de la potencia que Aristóteles aplica al ser, Hegel la aplica al pensamiento y la llama abstracción o “ser en sí” y Habermas la aplica a los actos de habla de que se compone la comunicación y la llama pretensión argumentativa de validez de los mismos. Es claro que existen diferencias entre los tres

---

<sup>131</sup> Aristóteles, *Metafísica*, libro noveno, capítulo 8, p. 157: “Igualmente la materia propiamente dicha es una potencia, porque es susceptible de recibir una forma; cuando existe en acto entonces posee la forma y lo mismo sucede en todos los demás casos, y lo mismo respecto de las cosas cuyo objeto es un movimiento.”; Hegel, *Idem.*; Ver supra, inciso núm. 2. 1.

conceptos, aparte del objeto de aplicación, diferencias que destacaremos más adelante.

Podemos encontrar el mismo paralelismo entre los conceptos: ser en acto, pensamiento concreto o “ser-para-sí” y el desempeño argumentativo. El ser en acto aristotélico es el mismo ser en potencia ya desarrollado, la realización de lo que sólo era la “posibilidad”.<sup>132</sup> Del mismo modo el pensamiento concreto hegeliano es el mismo pensamiento abstracto sólo que ya determinado en su totalidad.<sup>133</sup> Así mismo, el desempeño argumentativo habermasiano es la misma argumentación pretendida por los actos de habla, sólo que ya justificada y sustentada.<sup>134</sup>

El ser en acto, el pensamiento concreto y el desempeño argumentativo son, también, tres momentos de un mismo proceso histórico filosófico: la idea del resultado del proceso. Y, a la vez, son tres distintos niveles de su aplicación. Podemos decir, entonces, que el ser en acto aristotélico es el ser en potencia del pensamiento concreto hegeliano y éste es, a su vez, el ser en potencia del desempeño argumentativo habermasiano. O dicho, en términos hegelianos: el ser en acto aristotélico es el *pensamiento abstracto del pensamiento concreto* hegeliano y, este último, es el pensamiento abstracto del desempeño discursivo

---

<sup>132</sup> Aristóteles, *Metafísica*, libro noveno, capítulo 8, p. 158: “pero todo lo que existe en potencia puede muy bien pasar al acto.”

<sup>133</sup> Hegel, *Lógica*, I, p. 202: “el ser-para-sí consiste en esto: que se ha salido más allá del límite, más allá de su propio ser otro, de modo que, en cuanto es esta negación es el *retorno* infinito en sí”; p. 203: “el ser-para-sí (...) es la infinitud que se ha derrumbado en el simple ser; es un ser *determinado*, en cuanto que la naturaleza negativa de la infinitud (...) es negación de la negación (...) el ser para sí (...) contiene de todos modos también el ser afectado por la negación”.

<sup>134</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1. 5.

habermasiano. O, desde el punto de vista habermasiano: el ser en acto aristotélico es la pretensión argumentativa del pensamiento concreto, tal como éste lo es del desempeño argumentativo habermasiano. La idea del ser en acto que Aristóteles aplica al ser, Hegel lo aplica al pensamiento y lo llama concreción o “para-sí” y Habermas lo aplica a los actos de habla de que se componen los procesos comunicativos, y lo llama desempeño discursivo.

Esta esquemática comparación no significa que Aristóteles sólo se haya ocupado del ser y no del pensamiento ni de la comunicación; como tampoco significa que Hegel sólo se haya ocupado del Espíritu y para nada de la naturaleza ni del lenguaje, como tampoco que Habermas sólo le hayan interesado los procesos comunicativos y se haya desinteresado de los procesos mentales o naturales.

Pero sí quiere decir que Aristóteles no aplicó, o no aplicó plenamente el esquema de “la potencia y del acto” a los procesos lógicos del pensamiento ni a los fenómenos lingüísticos. Con respecto a lo primero, Hegel le reprocha a Aristóteles que su lógica sea tan rígida, que no se dinamice con los conceptos “especulativos” de potencia y acto. De hecho, uno de los propósitos del propio Hegel fue dinamizar la lógica aristotélica.<sup>135</sup> Por otro lado, refiriéndonos al lenguaje, la retórica aristotélica pudiera interpretarse a la luz del esquema “potencia y acto”, diciendo que la potencia son los “tópicos” o los puntos de partida

---

<sup>135</sup> Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, 329: “La lógica de Aristóteles, al igual que toda su filosofía, necesita esencialmente ser sometida a esta refundación, para que la serie de sus determinaciones pueda reducirse a un todo sistemático necesario: no a un todo sistemático en que todas las partes aparecen exactamente clasificadas, sin olvidar ninguna, y colocadas por su orden debido, sino a un todo orgánico vivo, en que cada parte valga como parte y sólo el todo, como tal, tenga verdad.”

y el acto son las decisiones prácticas. Sin embargo, el propio Aristóteles no lo planteó así, además de que se suscitan dificultades conceptuales entre su metafísica y su retórica, como lo señalaremos más adelante.<sup>136</sup>

Por lo que se refiere a Hegel, expresamente considera que la dialéctica sólo se aplica, imperfectamente a la naturaleza,<sup>137</sup> y, aunque tuvo magníficas intuiciones sobre filosofía del lenguaje, nunca desarrolló, aunque sea posible hacerlo algún día, una dialéctica lingüística.

Por lo que hace a Habermas, tanto la naturaleza como la conciencia se transforman en los contenidos de diversas pretensiones de validez de los actos de habla de la comunicación racional. La pretensión de verdad de los enunciados proposicionales y la pretensión de veracidad de los enunciados ilocucionarios pueden tener por referente al concepto y a la conciencia, respectivamente, como hemos sugerido en el inciso anterior.<sup>138</sup>

#### **4.3.5. Retórica, dialéctica y argumentación**

Sin embargo, desde el punto de vista de la filosofía de la redeterminación lo importante consiste en averiguar lo que tuvo o tiene que superarse y lo que tuvo o tiene que conservarse, para que el modelo “potencia y acto” aristotélico se aplique al pensamiento y al lenguaje, o para que el modelo “abstracto y concreto” hegeliano, sea compatible con el modelo comunicativo habermasiano, o también para que el modelo “pretensión y desempeño” habermasiano pueda ser

---

<sup>136</sup> Aristóteles, *Arte retórica*, I, 1, pp. 83-91; II, 23, 24, 25, pp. 179, 192,

<sup>137</sup> Hegel, *Enciclopedia*, par. 247, 248, p. 120, par. 250, pp. 122, 123

<sup>138</sup> Ver *supra*, inciso núm. 4.3.3.

entenderse como dialéctica y como retórica. O dicho en términos sintéticos: uno de los objetivos de la filosofía de la redeterminación será como construir una retórica como dialéctica de la argumentación, o un modelo de argumentación como dialéctica comunicativa, como lo hemos propuesto, para el derecho, más arriba.<sup>139</sup>

Entre las cuestiones a elucidar, para estar en condiciones de llevar a cabo una tarea semejante, queremos destacar las siguientes: la contradicción, la síntesis y el consenso. Veamos primero la cuestión de la contradicción. Es posible que si Aristóteles hubiera relativizado el principio de no-contradicción, de modo que dejara de ser válido en el momento sintético del razonamiento,<sup>140</sup> tal vez hubiera estado en condiciones de aplicar su propio modelo de la “potencia y acto” a su teoría de la lógica y del silogismo, de modo que las figuras del último modo silogístico, fueran el resultado concreto de las primeras, tal como lo hace Hegel, en su propia lógica.<sup>141</sup>

El que la no-contradicción aristotélica pueda relativizarse, se encuentra radicado en la concepción misma de la potencia aristotélica, en la que según el propio Aristóteles, se encuentran lo positivo y lo negativo: en la potencia, el acto

---

<sup>139</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.4.2.

<sup>140</sup> Berumen, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, (tesis), pp. 39: “el principio de contradicción aparece como negado (A es B y no B) sólo cuando, en realidad, la determinación cuantitativa ha sido tan intensa, que la cualidad afirmada y negada a la vez, ya no es la misma, sino que se ha transformado en la unidad de ambas determinaciones ( C ).”

<sup>141</sup> Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, pp. 601, 602: “El recorrido total, a través de las tres figuras (del silogismo), presenta al término medio en cada una de estas determinaciones sucesivamente, y el verdadero resultado que surge de esto, es que el término medio no es una sola de estas determinaciones aisladas (la particularidad, la universalidad, la singularidad), sino la totalidad de ellas.”

puede ser o puede no ser.<sup>142</sup> Sin embargo, esta “potencia de la contradicción” no pudo ser, porque Aristóteles, en sus escritos de lógica y en la misma “Metafísica” absolutizó el principio de no contradicción, impidiendo a la posteridad, hasta Hegel, que se pudiera considerar a la síntesis como el momento en el que el principio de no-contradicción deja de ser válido.<sup>143</sup>

Es probable que, si el principio de no-contradicción hubiera sido relativizado por Aristóteles o por sus seguidores, la propia retórica aristotélica hubiera seguido un derrotero histórico diferente, al quedar vinculada, epistemológicamente, a la lógica aristotélica.<sup>144</sup> La vinculación, puramente externa entre la lógica y la retórica no resistió el embate de la ciencia moderna, o más bien del positivismo que relegó a la retórica al basurero de la historia y se dedicó a estilizar, simbólicamente, a la lógica, como modelo del único pensamiento posible. Uno de los efectos positivos de la posmodernidad es el retorno de la retórica redeterminada, mediante la lógica, como teoría de la argumentación o nueva retórica.<sup>145</sup>

Sin embargo, nos parece que tal retorno de la unidad de la lógica y de la

---

<sup>142</sup> Aristóteles, *Metafísica*, libro noveno, capítulo 8, p. 158: “lo que tiene la potencia de ser, puede ser o no ser; y la misma cosa tiene entonces la potencia de ser y de no ser. Pero puede suceder que lo que tiene la potencia de no ser no sea”; p. 158: “En todos los seres de quienes se dice que *pueden*, el mismo ser puede los contrarios.”; p. 159: “la potencia o es igualmente uno y otro contrario, o no es ni el uno ni el otro.”

<sup>143</sup> Berumen, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, p. 40: “Esto quiere decir que el principio de contradicción es válido sólo hasta el momento inmediatamente anterior a la realización del punto nodal; pero para que se realice éste, es necesario sostener la contradicción entre las determinaciones opuestas, hasta el extremo, es decir hasta que la contradicción se transforme en absolutamente general, y no desecharla desde el momento mismo en que aparece como oposición particular, durante el transcurso de un razonamiento.”

<sup>144</sup> Es posible que, desde el punto de vista de la dialéctica de Hegel, pueda entenderse a la retórica como esa relativización del principio lógico de la no-contradicción.

<sup>145</sup> Así subtitula Perelman a su tratado sobre la teoría de la argumentación, como la “nueva retórica”, prefiriéndola a la “nueva dialéctica”, que, nos parece más adecuado, por razones obvias.

retórica recae, nuevamente, en la exterioridad, es decir, es una unidad accidental y aleatoria, por carecer, no ya de un modelo semejante al de la “potencia y acto”, sino tampoco del modelo “abstracto y concreto” ni del modelo “pretensión y desempeño”. Todo ello nos lleva a pensar que, la nueva separación de la lógica y de la retórica, que tiende a eclipsar a la primera, puede prolongarse, peligrosamente para ambas, sin una redeterminación dialéctica y comunicativa de la teoría de la argumentación.

Fue Hegel, casi el único, por no decir el único, que resistió la marejada de la modernidad absoluta, que no tan sólo separó a la lógica de la retórica sino al derecho de la moral. Incluso puede decirse que la dialéctica renació, en sus manos, por la necesidad de conservar y de superar, a la vez a la tradición y a la modernidad.<sup>146</sup> Aunque Hegel no se ocupó, temáticamente, de los problemas de la retórica, es indudable que su planteamiento epistemológico guarda notables discrepancias y sorprendentes semejanzas, tanto con la retórica antigua como con la nueva retórica o teoría de la argumentación.<sup>147</sup>

Lo malo del logocentrismo no radica tanto o no sólo en la necesidad de sus conclusiones, sino en la unilateralidad de sus premisas y, sobre todo, en la inmediatez sistémica con que se pasa de estas últimas a aquellas primeras. El automatismo de la deducción, aunado a la angustia insoportable de la incerteza que nos lleva a sacar conclusiones apresuradas de una serie insuficiente de

---

<sup>146</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 333.

<sup>147</sup> Por ejemplo, las diversas técnicas de argumentación a que Perelman agrupa en las técnicas de enlace y las técnicas de disociación nos recuerdan a la unidad de la unidad y de la diferencia de Hegel. Ver supra, inciso 7.1.4. ; Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, III, p. 517: “Saber en la unidad la contraposición y en la contraposición la unidad: tal es el saber absoluto; y la ciencia consiste en conocer esta unidad en todo su desarrollo a través de sí misma.”

premisas, es el mayor obstáculo para una argumentación racional. La incapacidad para soportar la contradicción entre dos o más determinaciones conceptuales, de que acusa Hegel al pensamiento lógico-abstracto,<sup>148</sup> está condicionada, en gran medida, porque no se han neutralizado los contextos de acción, mediante una actitud “ilocucionaria” hipotética, o de tercera persona, en términos de Habermas.<sup>149</sup>

En cuanto escuchamos un argumento contrario a nuestras “creencias”, sentimos un impulso irracional a descalificarlo sin más, o a “refutarlo” desde nuestro punto de vista, sin analizar su coherencia y su plausibilidad internas. Sentimos un miedo al error que, según Hegel, es un miedo a la verdad,<sup>150</sup> por ello, no exponemos nuestro “entrañable conocimiento” al riesgo y a la prueba de la confrontación con otros puntos de vista.

También puede suceder que el contexto de la acción social (política, jurídica, etc.) determine de tal manera nuestra opinión o decisión que todos los argumentos en contra, aunque los escuchemos, no lleguen a problematizar nuestras convicciones o intereses y no nos sintamos obligados, comunicativamente, a desempeñar o desarrollar los contraargumentos a esos argumentos problemáticos, precisamente.<sup>151</sup> Es decir, no suponemos, ni por un momento, que tales argumentos problemáticos pudieran ser válidos, incluso sólo para poder refutarlos, desde sus propios puntos de partida y los confrontamos,

---

<sup>148</sup> Hegel, *Estética*, 2, p. 61; *Ciencia de la Lógica*, I, p. 76; *Fenomenología*, p. 24.

<sup>149</sup> Ver *supra* inciso núm. 2.1. 6.

<sup>150</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 52.

<sup>151</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2. 1. 5.

exteriormente con los nuestros. Sin embargo, desde lo exterior no se puede refutar nada, y la confrontación externa es estéril. Sólo la contradicción interna, dice Hegel, puede refutar una idea, pues si es vencida, en su propio campo, nada puede salvarla.<sup>152</sup> En otras palabras, si no sustituimos, en nuestros actos de habla, la actitud ilocucionaria asertórica, por una actitud ilocucionaria hipotética que nos exige Habermas para cualquier comunicación racional, pasamos a asumir, en nuestros actos de habla, actitudes ilocucionarias instrumentales o estratégicas que buscan el éxito a cualquier costo.<sup>153</sup>

En cualquier caso, predomina, en esta actitud, un pensamiento logico-centrista, que no toma en cuenta, seriamente, otros tópicos o puntos de vista relevantes al tema de que se trata, sólo porque están en contradicción con nuestro punto de vista.<sup>154</sup> Esto lleva, necesariamente, a la clausura de la comunicación, a la autopoiesis sistémica, en la que cada sub-sistema sólo se escucha y se reproduce a sí mismo,<sup>155</sup> puesto que se mantiene, en los actos de habla, una actitud ilocucionaria asertórica y nunca se sustituye por una actitud ilocucionaria hipotética. Autopoiesis comunicativa que caracteriza a los sistemas axiomático formales en filosofía, y a los sistemas totalitarios en política, cuya característica

---

<sup>152</sup> Hegel, *Fenomenología*, pp. 18, 19: "Cuando la refutación es a fondo se deriva del mismo principio y se desarrolla a base de él, y no se monta desde afuera, mediante aseveraciones y ocurrencias contrapuestas. La refutación deberá ser, pues, en rigor, el desarrollo del mismo principio refutado."

<sup>153</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.2.1. y nota 688.

<sup>154</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 24: "El espíritu no es esta potencia como lo positivo que se aparta de lo negativo, como cuando decimos de algo que no es nada o que es falso y, hecho esto, pasamos sin más a otra cosa, sino que sólo es esta potencia cuando mira cara a cara a lo negativo y permanece cerca de ello. Esta permanencia es la fuerza mágica que hace que lo negativo vuelva al ser."

<sup>155</sup> Ver *supra*, incisos núms. 3.1.3. y 3.4.1.

esencial es el miedo a la contradicción, al decir de Hegel y Hanna Arendt, respectivamente.<sup>156</sup>

La autopoiesis comunicativa es, a la vez, el resultado y la condición de la no-tematización de todos los ingredientes o tópicos relevantes a la situación comunicativa, que se reproduce a sí misma impidiendo su ponderación, por no soportar la contradicción entre ellos.<sup>157</sup> Es decir, porque no se soporta la contradicción entre las distintas determinaciones de un concepto, no se tematizan los ingredientes relevantes de la situación comunicativa, lo cual lleva a no asumir una actitud hipotética y, por lo tanto, no se neutralizan los contextos sociales de la acción comunicativa, la cual se vuelve, por esta razón, en una comunicación autopoietica. Por eso, la autopoiesis comunicativa no es inevitable. Sólo lo será si no se soporta la contradicción y no se ponderan los distintos tópicos de una situación comunicativa, o si no se sustituye la actitud ilocucionaria asertórica por una actitud ilocucionaria hipotética en los actos de habla que la constituyen.

Aunque la ponderación argumentativa de razones opuestas o contrarias sea una manera de superar la contradicción, no se identifica con ésta. Pues, en ocasiones, la síntesis hegeliana, no será posible, como no siempre lo es arribar a un consenso habermasiano, como tantas veces sucede tratándose de argumentaciones jurídicas. Lo cual no es óbice para considerar que tanto la

---

<sup>156</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 24: "Pero la vida del espíritu no es la vida que se asusta ante la muerte y se mantiene pura de la desolación, sino la que sabe afrontarla y mantenerse en ella. (...) Sólo es esta potencia cuando mira cara a cara a lo negativo y permanece cerca de ello. Esta permanencia es la fuerza mágica que hace que lo negativo vuelva al ser."; Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, II, p. 573: "Aquí parece hallar su fuente la fuerza coactiva de la lógica; surge de nuestro propio temor a contradecirnos (...) Si usted se niega, se contradice a sí mismo, y a través de esta contradicción convierte a toda su vida en algo carente de significado."

<sup>157</sup> Ver supra, inciso núm. 3.4.2.

síntesis y el consenso, puedan ser entendidos como la idea regulativa, en sentido kantiano, que la argumentación dialéctica pretende alcanzar.

Si tomamos en cuenta que, muchas veces, la solución a una controversia suele encontrarse, en el punto en el que la contradicción se hace más intensa, o se hace general o, como dice Hegel, se hace nodal,<sup>158</sup> la argumentación dialéctica tendrá como cometido llevar al extremo la contradicción nodal entre tópicos o cánones opuestos, sin patologías comunicativas, para poder lograr la re-inversión o la re-subsumción conceptual que pueda servir de base al consenso legítimo. Por ello, podemos concluir este apartado diciendo que la redeterminación dialéctica es el fundamento del consenso comunicativo.<sup>159</sup> Lo cual significará, en términos de Aristóteles, la redeterminación del conocimiento final, por el conocimiento causal; en términos hegelianos, la redeterminación de la conciencia por el concepto, y, en términos habermasianos, la redeterminación del elemento ilocucionario de los actos de habla, por su elemento proposicional.

#### **4.3.6. Redeterminación del derecho por la justicia**

Sin negar el avance que la codificación constitucional y legislativa significó, a principios del siglo XIX, por lo que se refiere a la seguridad jurídica y a la racionalidad del derecho, su identificación inmediata con el derecho moderno,

---

<sup>158</sup> Hegel, *Ciencia de la Lógica*, I, p. 471: "Pero se introduce un punto de esta variación de lo cuantitativo, en que la cualidad cambia, y el cuanto se muestra como especificante, de modo que la relación cuantitativa variada se ha trastocado en una medida, y con esto en una nueva cualidad, un nuevo algo."

<sup>159</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, pp. 107 y ss.

propició la automaticidad de los procedimientos jurídicos. Esta racionalidad instrumental del derecho moderno de que habla Weber,<sup>160</sup> ni era ni es inevitable, sino que fue producto de la incapacidad de pasar de la abstracción legislativa a la concreción jurisdiccional por medio de la argumentación práctica. Debido a lo trascendente que resultó la codificación del derecho moderno, se consideró que el derecho escrito era todo el derecho, se consideró que la moral práctica o positiva era algo metajurídico, se pensó que la lógica era suficiente para ejecutar el derecho y se olvidaron los puntos de vista retóricos y dialécticos,<sup>161</sup> y, por último, se olvidó la dialéctica entre la conciencia y el concepto, o no se pudo distinguir entre la ilocución y la proposición de los actos de habla jurídicos.

El estado de cosas resultante fue previsto, asombrosamente, por Hegel, cuando dijo que el estado de derecho era el dominio de la persona abstracta y el reino del señor del mundo: la propiedad privada.<sup>162</sup> El fetichismo del capital, la propiedad privada del capitalista, requiere de los procesos inmediatos, automáticos y sistémicos, puramente proposicionales, de aplicación del derecho, para reproducirse ampliamente.<sup>163</sup>

Pero, como tal proceso instrumentalizador del derecho fue evitable, es, por

---

<sup>160</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, I, p. I, p. 233: "Weber diferencia, pues, el concepto de racionalidad práctica bajo el triple aspecto de utilización de medios, de elección de fines y de orientación por valores."

<sup>161</sup> Perelman, *op. cit.* p. 33.

<sup>162</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 284: "Por tanto, este vacío de la persona es, en su *realidad* un ser allí contingente y un moverse y obrar sin esencia, que no alcanza consistencia alguna. Así, pues, (...) el formalismo del derecho carece, en virtud de su concepto, de un contenido propio, encuentra ante sí un múltiple subsistir, la posesión, y le imprime la misma universalidad abstracta que aquél y que da a la posesión el nombre de *propiedad*."

<sup>163</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 130

tanto, reversible, utilizando, una vez mejorados, los mismos instrumentos abstraídos por el proceso de “racionalización” del derecho moderno: la redeterminación de la retórica como argumentación dialéctica de los actos de habla jurídicos.

No se trata de desechar la seguridad jurídica que significa el estado de derecho codificado, sino de redimensionar sus límites. Podríamos partir de la idea aristotélica de considerar al derecho como la justicia correctiva.<sup>164</sup> Como es bien sabido para Aristóteles la justicia es una virtud. Por tanto debe ser el justo medio entre dos extremos, uno por exceso y otro por defecto.<sup>165</sup> El punto medio de la virtud de la justicia es diferente según el tipo de justicia de que se trate. Si se trata de la justicia conmutativa, el punto medio es la equivalencia entre las prestaciones: ni más ni menos de lo que se recibe. Si se trata de la justicia distributiva, el punto medio es la proporcionalidad de los méritos o de las culpas. Los bienes o los males deben ser proporcionales a los méritos o a las faltas, respectivamente.<sup>166</sup> Si añadimos la justicia redistributiva, aparecida más tarde, su punto medio sería la igualdad de oportunidades.<sup>167</sup>

Cuando no se ha alcanzado el punto medio de la justicia conmutativa, distributiva o redistributiva, entra a funcionar la justicia correctiva, que es el

---

<sup>164</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo IV, p. “el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia”, “el juez restaura la igualdad.”

<sup>165</sup> *Idem.* libro II, p. 23 y libro V, p. 65.

<sup>166</sup> *Idem.* libro V, pp. 60, 61, 63, 65

<sup>167</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 34: “La justicia redistributiva sería, entonces, darle a cada quien según sus necesidades (Marx), con el objeto de que pueda haber igualdad de oportunidades (Rawls), y pueda dársele así, a cada quien según sus méritos (Aristóteles).”

derecho propiamente dicho, para corregir, precisamente, tales injusticias.<sup>168</sup> El derecho no es otra cosa, al decir de Aristóteles, aparte e indiferente de la justicia, sino que su única razón de ser, es la corrección de las injusticias, es decir, la finalidad del derecho es, podríamos decir, la redeterminación de la justicia, o como, diría Hegel, es la negación de la injusticia que es, a su vez, la negación de la justicia, por tanto, el derecho es la negación de la negación, es decir, la restauración de la justicia,<sup>169</sup> o, desarrollando a Habermas, el derecho sería la transformación de un acto de habla perlocucionario en un acto de habla cuyo elemento ilocucionario expresaría la justicia.

Ahora bien, para la restauración ilocucionaria de la justicia, los jueces cuentan, por un lado, con las leyes generales, las cuales deben especificar, detallar y particularizar los tipos de justicia. Las leyes son el punto de partida o el tópico o el canon semántico, a partir del cual se aplica la lógica, para contribuir a resolver el caso concreto. Pero es un tópico o un canon, entre otros varios. Por ejemplo, Alexy, distingue los cánones pragmático, teleológico, histórico, genético, entre otros, ante cuya contradicción se aplica la lógica de lo razonable o ponderación.<sup>170</sup> A pesar de que Alexy privilegia el canon legal<sup>171</sup>, sólo el conjunto de todos ellos constituye el derecho, es decir, la corrección o la restauración

---

<sup>168</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo VI, p. 66: “la ley existe para hombres entre quienes hay injusticia, puesto que la sentencia judicial es el discernimiento de lo justo y de lo injusto.”

<sup>169</sup> Sea dicho, redeterminando a Hegel en *Filosofía del derecho*, par. 101, p. 172, donde habla de la pena como vulneración de la vulneración, como restablecimiento del derecho.

<sup>170</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.4. 2.

<sup>171</sup> *Idem*.

ilocucionaria de la justicia.

Ahora bien, la teoría moderna del derecho excluye de su concepto a los puntos de vista sociales y éticos,<sup>172</sup> porque, al igual que la antigua, tiene miedo de la contradicción semántica entre los diversos puntos de vista, o la contradicción performativa entre las ilocuciones y las proposiciones, que tienen que tomarse en cuenta para restaurar la justicia. Por ello debe complementarse con una teoría de la argumentación dialéctica que considere a las normas generales o leyes, es decir, al derecho formal, únicamente como la justicia en potencia, como la justicia abstracta o en sí, como la pretensión comunicativa (ilocuciones y proposiciones) de justicia. Y, por su parte, que considere a la justicia como el derecho en acto, como el derecho concreto o-para-sí, o como el derecho desempeñado argumentativamente, desde todos los puntos de vista o cánones relevantes.

Mientras el derecho no se ha argumentado a partir de una problematización, de una contradicción, la justicia se encuentra en potencia o abstractamente o es sólo una pretensión de validez comunicativa de los actos de habla regulativos de la ley, pues puede ser el caso o puede no ser el caso que se desarrolle en acto, o concretamente. Para que el desarrollo del derecho o justicia en potencia llegue a ser la justicia en acto o justicia concreta, se necesita que se tematizen, proposicionalmente, se desempeñen discursivamente, se ponderen, ilocucionariamente y se redeterminen, dialécticamente, todos los cánones relevantes de la situación jurídica comunicativa. De otro modo, es decir, si sólo se tematizan los cánones no contradictorios, el derecho concreto no será el desarrollo

---

<sup>172</sup> Ver *supra*, inciso núm. 4. 3.

de la justicia en potencia, sino la injusticia en acto.<sup>173</sup>

La cuestión de si la justicia forma parte del derecho o no, queda de esta forma redeterminada, es decir, no es que la justicia sea o no una parte del derecho, sino más bien, si el derecho es un momento abstracto del desarrollo de la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica o un momento de la injusticia por medio de una aplicación sistémica de sus normas generales y abstractas. También podría explorarse, en un futuro trabajo, la sugerencia de que tanto la justicia como el derecho podrían interpretarse como elementos distintos de los actos de habla regulativos, los que para ser aplicados coactivamente, tendrían que ser desempeñados comunicativamente.

---

<sup>173</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.1.2.

#### 4.4. Redeterminación comunicativa de los derechos humanos

La relativización de la validez comunicativa de las normas jurídicas, como actos de habla, se vuelve cuestionable al tratar de aplicar tal concepción a los derechos humanos. El solo enunciado de esta posibilidad parece contradecir la más tradicional y la más aceptada concepción moderna de los derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano los considera “imprescriptibles”, mientras que para Ferrajoli los derechos humanos son “indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”.<sup>174</sup> Para este autor los derechos humanos son normas “téticas”, mientras que los derechos patrimoniales son “normas hipotéticas”.<sup>175</sup>

Bien podríamos decir que, para Ferrajoli, los derechos humanos son actos de habla regulativos asertóricos mientras que los derechos patrimoniales son actos de habla regulativos hipotéticos. Es decir, los derechos humanos no pueden ser problematizados como tales, como derechos humanos, se vuelven, por tanto actos de habla regulativos perlocucionarios.<sup>176</sup> Parecería que Ferrajoli quiere substituir el argumento de la “inherencia” de los derechos humanos que sostenían lo iusnaturalistas racionalistas, como Locke,<sup>177</sup> por la idea de la “indisponibilidad”, que parece tan dogmática y tan metafísica como aquélla.

---

<sup>174</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, p. 47.

<sup>175</sup> *Idem.* p. 49.

<sup>176</sup> Ferrajoli, *Fundamento de los derechos fundamentales*, pp. 345.

Se comprende el uso argumentativo que se le ha dado a la idea de la “inherencia”, lo mismo que él que se le quiere dar a la de “indisponibilidad”, con respecto de los derechos humanos. Locke y Ferrajoli quisieran que la existencia de los derechos humanos fuera tan evidente que nadie pudiera, no ya negarlos, sino ni siquiera cuestionarlos, para que el poder político no tuviera el más mínimo pretexto ni justificación para violarlos. Sin embargo, la seguridad absoluta no tan sólo no existe en el mundo social, sino que es susceptible que se transformen en su contrario, en la más absoluta inseguridad. Ya le pasó a la idea de la inherencia, no le vaya a suceder lo mismo a la idea de la indisponibilidad. En México, por ejemplo, la idea de la inherencia ha sido utilizada para negar el carácter de derechos humanos a los derechos políticos, puesto que no son “inherentes” a la naturaleza del hombre sino que son especiales de los ciudadanos.<sup>178</sup>

Si los derechos humanos ya no pueden concebirse como “naturales”, entonces no pueden ser sino sociales y, en especial, de naturaleza lingüística y más aún, podemos afirmar que los derechos humanos son actos de habla regulativos cuya obligatoriedad ilocucionaria debe argumentarse, en actitud hipotética. O sea, que como tanto puede ser el caso de que sean indisponibles como puede ser el caso de que no sean indisponibles.

De nada sirve engañarse, si no es posible desempeñar las pretensiones de validez problematizadas de los actos de habla que expresan los derechos

---

<sup>177</sup> Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, pp. 67, 68.

<sup>178</sup> Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 318 y ss.

humanos, pues nadie va a creer en ellos, ni gobernantes ni gobernados, con lo cual su eficacia ilocucionaria se vuelve sumamente baja.

Si la fuerza ilocucionaria de los derechos humanos tiene una eficacia pragmática, entonces no hay que tener miedo de que se problematiquen, en una comunidad ideal de comunicación, pues esa fuerza tendrá que manifestarse en los argumentos respectivos. De no ser así, es decir, si se niega su problematización, como parece sugerir Ferrajoli, incluso el mismo Dworkin,<sup>179</sup> su fuerza ilocucionaria no será suficiente para contrarrestar, ante los ojos del auditorio universal, la fuerza de otros principios tan valiosos como los derechos humanos, como los son los principios de seguridad pública o del bien común, y, en consecuencia, corren el peligro de que se acepte, acríticamente, su limitación perlocucionaria.<sup>180</sup>

La relativización de los derechos humanos, en tanto que actos de habla regulativos asumidos en actitud hipotética puede facilitar la posibilidad de su ponderación, en tanto que principios, pues su validez no es incondicionada en cualquier circunstancia, sino que dependiendo de cada caso, puede preferirse la protección de uno o de otro de dos derechos que se encuentren en colisión.<sup>181</sup> Sin embargo también puede facilitar su violación en situaciones de comunicación patológica e irracional, es decir, cuando no existen condiciones ideales de comunicación, sino acciones instrumentales, estratégicas y dramatúrgicas, que es la situación más común en nuestras sociedades de legalidad restringida.

---

<sup>179</sup> Dworkin, citado por Agustín Pérez Carrillo, en "El anatocismo visto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿solicitud correcta?", en *Alegatos*, núm. 41, p.89.

<sup>180</sup> Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, p. 39.

<sup>181</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, CEC, Madrid, 1997, pp. 86, 87.

A pesar de que nada que no sea el propio convencimiento y la propia defensa de los derechos humanos por parte de las autoridades y de los ciudadanos, puede ofrecer una garantía suficiente de su respeto y cumplimiento,<sup>182</sup> tal vez sería conveniente relativizar la relativización de los derechos humanos como actos de habla, es decir, de que habrá que aceptar situaciones en los que deben asumirse en actitud aserórica y no en actitud hipotética. Podría ser el caso de los derechos que protegen a las personas en extrema vulnerabilidad, en términos de Habermas,<sup>183</sup> o cuando se trate de los derechos de los más débiles, en términos de Ferrajoli.<sup>184</sup> Podría pensarse, en una redeterminación comunicativa de los derechos humanos, en la que se ponderen la ética de la responsabilidad, por un lado y la ética de la vulnerabilidad, por otro.

El debate sobre los derechos humanos es un debate político, es decir, un debate sobre los límites entre lo público y lo privado. Presupone, pues, que tanto el ámbito público como el ámbito privado, son dos dimensiones necesarias e inevitables de la organización social. Sólo el totalitarismo y el anarquismo pretender excluir a uno u otro, respectivamente. Sin embargo, ni para uno ni para otro son irrelevantes, del todo, los derechos humanos. En el estado total, los derechos humanos están condicionados al interés del estado; y en el estado ultramínimo, el interés privado subordina la acción del estado.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> García Landeros, Erika, *El fundamento de los derechos humanos como la mejor seguridad de su cumplimiento* (tesis), p. 1 y ss.

<sup>183</sup> Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, p. 228.

<sup>184</sup> Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 362.

De lo que se trata, sin embargo, es de determinar, el límite, tal vez, flexible y no tan rígido, de la intervención del Estado y, a la vez, el límite, también flexible, de la acción de los particulares. Se trata del problema, correctamente planteado por Hegel, del problema de la unidad de la universalidad y de la particularidad del Estado, aunque sus propuestas no hayan sido siempre las más adecuadas.<sup>186</sup>

En este ejercicio partiremos de la concepción de la condición humana de Hanna Arendt, según la cual el ser humano requiere, tanto de un espacio privado y de un espacio público, para fundar el derecho a la intimidad y el derecho a la comunicación. A partir de ahí, utilizando algunos conceptos de las teorías de la comunicación de Luhmann, de Habermas y de Apel, se propone que los derechos humanos pueden ser concebidos como la mediación institucional para poder pasar de la clausura a la apertura o viceversa de los sistemas de comunicación social, de acuerdo a criterios éticos y racionales de la acción social.

#### **4.4.1. La condición humana**

El fundamento de los derechos humanos lo encuentra Hannah Arendt, según Celso Lafer, no en el derecho positivo, ni en la naturaleza, sino en la “condición humana”. La condición humana es la “unidad” de la “universalidad” y de la “diversidad” de todos los seres humanos. Es decir, los seres humanos son tales,

---

<sup>185</sup> Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, FCE, México, 1988, p. 39.

<sup>186</sup> Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 128, p. 127.

porque son iguales y, a la vez, diferentes. Y más aún, son iguales porque son diferentes y, viceversa, son diferentes porque son iguales.<sup>187</sup>

Si sólo fueran diferentes, si no tuvieran nada en “comun”, no sería posible ninguna comunidad humana ni, por lo tanto, podría existir lo humano. Si sólo fueran iguales, es decir, si no tuvieran nada de “exclusivo”, no sería posible la individualidad y, por consiguiente, no podría existir la personalidad humana.

No es pues que exista primero la comunidad humana y luego la individualidad, ni que primero exista la individualidad y luego la comunidad, sino que la ambas son cooriginarias, es decir, que el ser humano se individua, socializándose, como dice Habermas.<sup>188</sup>

#### **4.4.2. Espacio público comunicativo y espacio privado íntimo**

De esta dualidad humana deriva Hanna Arendt los dos espacios, los dos ámbitos en donde se desarrolla la sociedad y la personalidad humana: *el espacio de lo público y el espacio de lo privado*. El primero se caracteriza por los derechos políticos, es decir, por el derecho a tener derechos; por el derecho a participar en lo que es común a todos; por el derecho a asociarse con otros

---

<sup>187</sup> Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hanna Arendt*, trad. Stella Mastrangelo, FCE, México, 1994, p. 173: “Si los hombres no fueran iguales, no podrían entenderse. Por otra parte, si no fueran diferentes no necesitarían la palabra ni la acción para entenderse (...) Con base en esta doble característica de la pluralidad humana Hanna Arendt inserta la “diferencia” en la esfera de lo privado y la “igualdad” en la de lo público.”

<sup>188</sup> Habermas, “¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant a la ética del discurso?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, pp. 105, 106.

hombres.<sup>189</sup> El segundo se caracteriza por los derechos civiles, o sea el derecho a la intimidad, por el derecho a pensar por sí mismo, por el derecho a estar solos.<sup>190</sup>

El derecho de asociación implica, a su vez, *el derecho a la comunicación*, a tener acceso a lo que afecta a todos, porque lo que a todos afecta a todos compete y todos tienen derecho a saberlo y a comunicarlo. El *derecho a la intimidad*, en cambio, sólo afecta a cada uno y, por lo tanto, sólo compete a quién afecta, no debe, por tanto, estar sujeto a la comunicación pública.<sup>191</sup>

El derecho a la comunicación encuentra su límite en el derecho a la intimidad y, el derecho a la intimidad, el suyo, en el derecho a la comunicación. Cualquier orden jurídico que confunda lo público con lo privado, es decir, que impida la comunicación de lo que debe ser conocido por todos, considerándolo privado o exclusivo de unos cuantos; o que impida la intimidad y haga público lo que sólo debe ser conocido por los interesados, deviene, tarde o temprano, en un orden autoritario e incluso, totalitario.

Distinguir, pues, en cada momento, lo que debe estar sujeto al escrutinio público de lo que no debe estarlo, es la tarea más importante, no sólo para construir un estado democrático, sino también para saber cuándo son válidas, éticamente, la desobediencia civil y la resistencia a la opresión.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> Lafer, *op. cit.* p. 174.

<sup>190</sup> *Idem.* p. 268.

<sup>191</sup> *Idem.* p. 271, 269.

<sup>192</sup> *Idem.* p. 264: "la desobediencia civil surge como posibilidad de rescatar la facultad de actuar y, de esta manera, como resistencia legítima a la degeneración de la ley que corre una comunidad política, impidiendo la gramática de la acción y la sintaxis del poder."

#### **4.4.3. Los derechos humanos como apertura y clausura de la comunicación**

Desafortunadamente, Hanna Arendt no nos proporciona criterios claros para lograr hacer esta distinción. Esto no significa que no sea de utilidad su distinción, así como está establecida. Lo que sucede es que Hanna Arendt, basándose en los juicios reflexivos de Kant, la obtuvo al estudiar un caso extremo o paradigmático, como lo fue el totalitarismo, dejando en la oscuridad toda la gama de posibilidades que se pueden dar en regímenes no totalitarios.<sup>193</sup>

Es claro, en principio, que existen ámbitos indudablemente públicos, como lo son los procesos políticos, en los cuales la participación y la información de todos debe ser garantizada comunicativamente. Es decir, que todos tienen derecho a participar, opinar, criticar, ser escuchados, tomados en cuenta, ser informados, ser incluidos, en suma, en los procesos políticos. Pero, incluso aquí, existen aspectos privados que pueden no comunicarse, como por ejemplo, el secreto del voto.

Por otro lado, existen ámbitos claramente privados, como la vida y las preferencias sexuales. Pero igualmente, aquí pueden existir ámbitos que pudieran afectar al público, como es la salud pública.

Si en cada uno de estos ámbitos, tan claramente públicos y privados, pueden existir excepciones, con mayor razón, en una numerosa cantidad de ámbitos sociales, la distinción de lo público y lo privado presenta problemas. Por

---

<sup>193</sup> *Idem.* pp. 38 y ss.

ejemplo, en el ámbito de las empresas, de las iglesias, de las universidades, de la judicatura, de las cárceles, entre otros, los problemas para distinguir lo público y lo privado y, por lo tanto, lo comunicable y lo no comunicable, son innumerables.

Esta gran cantidad de excepciones y dificultades no significa que la distinción de Arendt deba ser desechada, sino que hay necesidad de redeterminarla, concretizando las ideas de público y de privado, así como las de comunicación y de privacidad. Para ello, pudiera ser útil la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la ética del discurso de Apel y la teoría de sistemas de Luhmann. Aquí sólo haremos algunas indicaciones a este respecto.

Aceptamos la distinción de Arendt de lo público y lo privado, así como la distinción entre comunicación e intimidad, como la concretización social de la universalidad y la diversidad de la situación humana.

Podemos redeterminar a la intimidad, también como una comunicación, sólo que cerrada en términos de Luhmann.<sup>194</sup> Es decir, compuesta de actos de habla regulativos, asumidos en actitud asertórica, en términos de la teoría de Habermas. De esta manera, lo público sería una comunicación abierta, es decir, compuesta de actos de habla regulativos asumidos y emitidos en actitud hipotética.

El criterio ético para permitir la clausura de la comunicación y para obligar a su apertura nos lo puede proporcionar el concepto de comunicación de Habermas. Así, si alguien sufre alguna de las patologías de la comunicación (violencia,

---

<sup>194</sup> Luhmann, "Sistema y función", en *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, pp. 92, 93.

engaño, error, oscuridad), estará autorizado a cerrar su comunicación, es decir, a cambiar la actitud de sus actos de habla regulativos, de hipotética a asertórica. Y si alguien utiliza las mismas patologías, puede ser obligado a abrir la comunicación, es decir, se pueden asumir sus actos de habla regulativos de asertóricos a hipotéticos, incluso por medio de las mismas patologías, de forma institucionalizada o no, para abrir el sistema público de comunicación y para la creación de nuevas instituciones.<sup>195</sup>

Podemos agregar, que en los términos de la ética de la vulnerabilidad de Habermas y de la ética de la responsabilidad de Apel, los derechos humanos deben ser actos de habla regulativos en actitud asertórica, cuando su intención ilocucionaria sea la de proteger al más débil. Lo cual no quiere decir que no pueden ser cuestionados, sino que la carga de la argumentación deberá recaer en el más fuerte. Y los derechos humanos pueden ser concebidos como actos de habla regulativos en actitud hipotética cuando su intención ilocucionaria no sea la de proteger al más débil, sino el de mantener las condiciones de igualdad entre los interactuantes.

Podemos concluir, diciendo que los derechos humanos son las condiciones ético-comunicativas para la apertura (actos de habla regulativos en actitud hipotética) y la clausura (actos de habla regulativos en actitud asertórica) de los sistemas públicos y privados de comunicación que redeterminan la universalidad y la diversidad de la condición humana en la que encuentran, también su fundamento. El desarrollo de una propuesta como la anterior sólo puede hacerse, aplicándola a casos complejos, como pueden ser la autonomía de las comunidades

---

<sup>195</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 501.

indígenas, la libertad de información y, en especial, la desregulación de los mercados financieros en el marco de la “colonización” del mundo de la vida por el sistema autopoiético del capital.

#### **4.5. Injusticia conforme a derecho**

El sistema social más profundamente autopoiético, es decir, que se integra con actos de habla en actitud asertórica y que colonizan a otros sistemas sociales como el poder, la cultura y el derecho, lo constituye el sistema del capital. Que el capital sea un sistema de comunicación autopoiético, en términos de Luhmann, significa que la intención ilocucionaria de los actos de habla (regulativos, constataivos y expresivos) que lo integran, pretende hacernos creer que el capital es capaz de autovalorarse a sí mismo, es decir, de reproducirse a sí mismo de una manera ampliada, en términos de Marx. La autopoiesis sistémica del capital no es otra cosa que su fetichismo, es decir, de la creencia de que el dinero es capaz de producir, por su mismo, más dinero.

El origen del fetichismo del capital que denunció Marx, tiene su origen en la usura medieval que tanto condenó Santo Tomás de Aquino, y se ha desarrollado hasta convertirse en un sistema compuesto de actos de habla no tan sólo asertóricos, y perlocucionarios, que no admiten problematización alguna, sino también preformativos, que, al ser aceptados sin discusión “producen los que dicen”, por el sólo hecho de decirlo, dicho en términos de Searle y otros teóricos del acto de habla. Compararemos, enseguida, las teorías de estos tres autores, en lo que respecta a este tema, únicamente, con el propósito de intentar

redeterminar, comunicativamente el fetichismo del capital y averiguar en que medida limita la eficacia de los derechos humanos e invierte la mediación del derecho, en relación con el mundo de la vida social: en lugar de alcanzar la justicia conforme a derecho lo que lleva a cabo es la realización de la injusticia conforme a derecho.

Parece inatingente, a primera vista, conciliar a un “santo” como Tomás de Aquino, con un ateo militante, como Carlos Marx y, más todavía si lo intentamos hacer por medio de una filosofía tan “inesencialista” como la de Searle. Y es indudable que las diferencias y las oposiciones entre ellos son considerables y hasta desalentadoras, sobre todo las cuestiones teóricas, doctrinarias y dogmáticas. Pero, por ello mismo, son más sorprendentes las convergencias en algunas cuestiones prácticas, como, por ejemplo, cuestiones sobre el bien *común* y el *comun*-ismo, la propiedad colectiva y, en especial sobre los intereses del capital que es el que nos interesa en este momento.

Por otro lado, existe, paradójicamente, una continuidad parcial, entre la epistemología tomista y la filosofía analítica moderna, que podría ser útil para redeterminar, en términos lingüísticos, la teoría marxista del fetichismo del capital.

#### **4. 5. 1. De la venta del “uso” del dinero (usura) al fetichismo del capital**

La crítica tomista y la crítica marxista al capital señalan el ascenso y el desarrollo del capital moderno, respectivamente. La teoría del lenguaje performativo-perlocucionario puede ayudarnos a entender su crisis actual y su eventual caída. Es muy posible que las sorprendentes semejanzas de las tres

teorías (tomista, marxista y performativa-perlocucionaria) sean, a su vez, explicables por los avatares del mismo capitalismo. La verificación de esta hipótesis se encuentra, empero, fuera de los límites del presente trabajo, el cual sólo tendrá por objeto la comparación entre ellas.

Cuando Santo Tomás de Aquino criticaba al “mutuo con interés”, estaba previendo la tendencia de lo que Carlos Marx iba a llamar la “consumación del fetichismo del capital”.<sup>196</sup> Dice Santo Tomás que prestar dinero a interés (mutuo con interés) es inmoral, porque se vende dos veces la misma “cosa fungible”, como el dinero. Es decir, se vende la cosa y su uso, siendo que en las cosas fungibles, al consumirse con su uso, se identifica el uso y la cosa misma.<sup>197</sup> Por ello, cobrar intereses cuando se presta dinero, que es una cosa fungible, se cobra dos veces la misma cosa, o, como dice Santo Tomás de Aquino, se vende lo que no existe.<sup>198</sup> Lo cual no tan sólo constituye una injusticia, como dice Santo

---

<sup>196</sup> Santo Tomás de Aquino, *Tratado sobre la justicia*, Capítulo XXII, Artículo 1, p. 240: “Mas el dinero, como dice el Filósofo en la Etica, libro 5, cap. 5, se inventó principalmente para hacer las conmutaciones. Y así, su uso principal y propio es su consumción o inversión, como se hace en las conmutaciones. Y por ello, de por sí, es ilícito el recibir un interés por el dinero prestado, lo cual se llama usura; y como en las demás injusticias, está uno obligado a restituir el dinero que ganó por usura.”; Marx, *El capital*, III, p. 374: “El fetichismo del capital y la idea del capital como fetiche aparecen consumados aquí. En la fórmula D-D' tenemos la forma más absurda del capital, la inversión y materialización de las relaciones de producción elevadas a la más alta potencia: la forma del interés, la forma simple del capital, antepuesta a su mismo proceso de reproducción; la capacidad del dinero o, respectivamente, de la mercancía, de valorizar su propio valor independientemente de la reproducción, la mistificación capitalista en su forma más descarada.”

<sup>197</sup> Santo Tomás de Aquino, *Idem*. p. 240: “El recibir usura por dinero prestado es de por sí injusto, porque se vende lo que no existe; y así es evidente la desigualdad que constituye la injusticia. Para probarlo claramente habría que reflexionar en que algunas cosas hay cuyo uso mismo las consume; así, por ejemplo el vino se consume al beber, y el trigo al comer. En tales casos no puede separarse el objeto de su uso; pues a quién quiera se concede el uso del objeto, se le concede el objeto mismo; y por tal motivo, al prestar dicho tipo de cosas automáticamente se trasmite la propiedad de las mismas.”

<sup>198</sup> *Idem*. “Y así, si alguien quisiera vender cierto vino y aparte quisiera vender su uso, vendería dos veces la misma cosa, o vendería lo que no existe; de ahí que claramente se cometería un pecado

Tomás,<sup>199</sup> sino que es una verdadera mistificación, como lo va a decir Marx, muchos siglos más adelante.<sup>200</sup>

Para Marx, no tan sólo el capital usurero (el que se vende su uso) constituye un fetichismo, sino todo tipo de capital, como más adelante veremos, pero considera que el capital financiero, es decir, el capital que “genera” intereses, es la forma más acabada del fetichismo del capital. Es decir, para Marx el capital es “el dinero que genera dinero”,<sup>201</sup> o más bien, el dinero se convierte en capital cuando se llega a aceptar que el dinero tiene la virtud de generar más dinero. O sea, cuando el dinero se convierte en un fetiche para toda la sociedad.<sup>202</sup>

Lo que Santo Tomás quería impedir, descalificando moralmente a la usura, es decir, la venta del uso de los bienes que se consumen con su uso precisamente, es ahora aceptado, como lo más natural en el capitalismo moderno, en él que el capital financiero, es decir, aquél cuya ganancia es el interés, es el que predomina en las actividades económicas, comerciales y monetarias.<sup>203</sup>

Santo Tomás de Aquino y Carlos Marx luchaban contra lo mismo: contra

---

de injusticia. De semejante manera pecaría un hombre si prestara trigo o vino y exigiera una doble compensación: una como precio del objeto, y otra por su uso, de donde viene la palabra “usura”.

<sup>199</sup> *Idem*. p. 241: “quién no está obligado a prestar, puede recibir alguna recompensa por lo que hizo, pero no más. Y se le recompensa según la igualdad de la justicia, si se le devuelve tanto como prestó. Por tanto, si exige más como usufructo de aquello, puesto que no tiene más uso sino su consumo, exige un precio por lo que no existe; y así hace una transacción injusta.”

<sup>200</sup> Marx, *El capital*, III, p. 768: “En la forma tripartita de capital-ganancia, o mejor aún, capital-interés, tierra-renta del suelo y trabajo-salario (...) se consume la mistificación del régimen de producción capitalista (...): el mundo encantado, invertido y puesto de cabeza en *que Monsieur le Capital y Madame la Terre* aparecen como personajes sociales, a la par que llevan a cabo sus brujerías directamente, como simples cosas materiales.”

<sup>201</sup> Marx, *El capital*, I, pp. 103-105.

<sup>202</sup> Marx, *El capital*, III, p. 374: “Como capital a interés adquiere el capital su forma fetichista pura”.

<sup>203</sup> Marcus, Lyn, “La tercera etapa del imperialismo”, en *Imperialismo hoy*, p. 182.

que la usura y el capital determinaran las relaciones económicas de la sociedad, para impedir el predominio de, lo que Hegel llamaba, la persona abstracta que disuelve los lazos éticos de la comunidad.<sup>204</sup> Claro que la perspectiva histórica y teórica de ambos no es la misma. Santo Tomás denuncia moralmente la usura a finales de la Edad Media, cuando apenas se inicia el desarrollo del capitalismo, y Marx crítica políticamente al capital financiero, cuando el capitalismo se encuentra en pleno desarrollo. La crítica moral de Santo Tomás se reduce al capital bancario, mientras que Marx la extiende a todo tipo de capital. O sea, mientras para Santo Tomás, era inmoral solamente la ganancia usuraria, para Marx, es injusta toda ganancia capitalista.<sup>205</sup> Pero la razón en ambos es la misma: tanto ésta, la ganancia, como aquélla, la usura, se obtienen del trabajo ajeno y no del propio trabajo.

En lo esencial coinciden Marx y Santo Tomás, en que sólo es legítimo o justo el “plusvalor” que proviene del producto del trabajo propio o su equivalente y no el que proviene del producto desequivalente del trabajo ajeno.<sup>206</sup> Sin embargo, Santo Tomás no se percató, era casi imposible hacerlo en los albores del

---

<sup>204</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 285.

<sup>205</sup> Santo Tomás de Aquino, “Tratado de la justicia”, Capítulo XXII, Artículo 2, p. 242: “Pero cualquiera que recibe dinero por un acuerdo tácito o expreso por un préstamo en dinero o en alguna otra cosa que se consume por el uso peca contra la injusticia, como hemos dicho”; Berumen, Arturo, *La ética jurídica*, p. 312: “La plusvalía, dice Marx, es “valor” apropiado sin retribución”, “trabajo ajeno no retribuido”. La plusvalía es, entonces, una relación de trabajo injusta, conmutativamente, pues es un intercambio no equivalente del valor de uso de la fuerza de trabajo y del salario, que es su valor de cambio.”

<sup>206</sup> Santo Tomás, *Idem*, p. 243: “quien presta dinero transfiere el dominio del mismo al prestatario. Por lo mismo el prestatario tiene el dinero bajo su cuenta y riesgo, y así está obligado a restituirlo en su totalidad. Por ello quien le prestó no puede exigirle más. En cambio quien da una comisión a un comerciante o artesano para formar con él una cierta sociedad, no le transfiere el dominio del dinero, sino que aún lo retiene, de manera que arriesga junto con el mercader y el artífice en el negocio o en el trabajo. Por lo mismo puede esperar alguna ganancia de su dinero, como participación.”; Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 100.

capitalismo, que el capital bancario no tan sólo es el presupuesto del capital mercantil e industrial, sino también es su resultado. Históricamente, el capital empieza siendo capital bancario, como en la época de Santo Tomás, y termina, como en la época de Marx y en la nuestra, siendo capital financiero. Es decir, el capital empieza y termina siendo usurario, generando, fetichistamente, dinero por su uso, independientemente de la producción de valores de uso.<sup>207</sup>

Uno de los más grandes méritos de Marx, es que destaca el gran desarrollo de la productividad que se ha producido entre ambos momentos usurarios del capital,<sup>208</sup> lo cual, sin embargo, ha ocasionado que se acepte con más facilidad el fetichismo usurario del capital. Por otro lado, Marx no se percató de la importancia que el derecho y el lenguaje han tenido en la aceptación de dicho fetichismo, en la actualidad.

#### **4. 5.2. Títulos de crédito: fetichismo y desmaterialización**

Grande hubiera sido la sorpresa de Santo Tomás de Aquino, de haber conocido la aceptación institucional de la práctica del anatocismo en el derecho

---

<sup>207</sup> Marx, *El capital I, capítulo VI* (inédito), p. 98: “El capital tiene valor de cambio, *pero valor que se valoriza a sí mismo*, valor que crea valor, *crece como valor*, obtiene un incremento gracias a que es valor”; Marx, *El capital*, III, pp. 82, 83: “una cuota ascendente de ganancia puede corresponder a una cuota decreciente o ascendente de plusvalía, una cuota de ganancia decreciente a una cuota de plusvalía ascendente o decreciente y una cuota de ganancia constante a una cuota ascendente o decreciente de plusvalía (...) una cuota ascendente, decreciente o constante de ganancia puede también corresponder a una cuota constante de plusvalía.”

<sup>208</sup> Berumen, Arturo, “Análisis jurídico-económico de los títulos de crédito”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, núms. 223-224, p. 44: “La legalización de la usura fue el resultado de la tendencia del capital mercantil para subsumir al trabajo, pero también fue la condición para que dicha subsunción se ocultara mediante la fetichización de los títulos de crédito, durante el desarrollo de las fuerzas productivas que propicia la expansión del crédito mismo.”

capitalista moderno. Si ya consideraba injusto e inmoral el interés simple, por significar vender dos veces la misma cosa fungible, la injusticia del interés compuesto, o el interés sobre el interés capitalizado, es decir, el vender tres o más veces la misma cosa, lo hubiera escandalizado. Para Marx, por su parte, no constituiría ninguna sorpresa, puesto que su fórmula del capital financiero D-D' (dinero-dinero incrementado),<sup>209</sup> implica o lleva necesariamente al anatocismo, aunque, tal vez, convendría complementar tal fórmula del siguiente modo: D-D'-D'' (dinero-dinero incrementado del dinero incrementado).

Esta fórmula marxista del fetichismo del capital describe la autonomía del capital con respecto de la economía real, es decir, con respecto de la productividad del trabajo social.<sup>210</sup> Era esta autonomía del dinero con respecto de la producción, lo que querían evitar Marx y Santo Tomás de Aquino y no la función intermediadora del dinero en los procesos económicos de una economía de mercado simple e incipiente.<sup>211</sup> La autonomía del capital es producto de la creencia, generalizada en la sociedad moderna, de que el dinero tiene la virtud intrínseca de reproducirse, automáticamente, por sí mismo, sin guardar relación

---

<sup>209</sup> Marx, *El capital*, III, p. 374.

<sup>210</sup> Berumen, Arturo, "Análisis jurídico-económico de los títulos de crédito", en *Revista de la facultad de derecho de México*, núms. 223-224, p. 44.

<sup>211</sup> Berumen, Arturo, *Idem*, p. 44: "Por un lado, es necesario *conservar* las mediaciones del desarrollo económico y, por otro, se requiere *superar* su propia fetichización que impone la explotación de la fuerza de trabajo. Superarla sin suprimir la mediación de las instituciones jurídicas puede significar superar, tal vez, el modo de producción capitalista, pero de ningún modo, a la producción misma; y superarla junto con la mediación jurídica puede tener como consecuencia no tan sólo el deterioro de las capacidades productivas de la sociedad sino la reproducción de los procesos de fetichización a través de formas diferentes. Considerar a toda fetichización como una mediación inevitable, es una necesidad vital para el capitalismo, pero considerar a toda mediación en ese sentido inexorablemente, pudo haber constituido uno de los factores ideológicos más importantes del fracaso del socialismo realmente existente."

con los procesos productivos. Tal creencia sólo es puesta en duda en las crisis económicas, en las quiebras y en los fraudes financieros.<sup>212</sup> Sin embargo, el fetichismo del capital resurge siempre fortalecido, misteriosa e inexplicablemente. Nos parece que una explicación del constante resurgimiento del fetichismo del capital radica en la evolución del derecho privado, desde la Edad Media hasta nuestros días.

Es muy posible que la separación del capital con respecto de la producción y, por tanto, la posibilidad de que se “generaran” intereses sin incremento de la riqueza real, se institucionalizó, es decir, empezó a conducir reguladamente las relaciones económicas, cuando se logró aceptar “*la autonomía*” de los títulos de crédito con respecto de los actos jurídico-mercantiles que les daban origen.<sup>213</sup> Es decir, cuando, mediante el endoso, se constituyen los títulos de crédito como tales,<sup>214</sup> o sea, cuando el título se abstrae de su causa y encuentra el fundamento de su validez, en su propia literalidad.<sup>215</sup> Es entonces cuando se está en condiciones de que se acepte, como la cosa más natural del mundo, que la

---

<sup>212</sup> Berumen, Arturo, *Idem*, p. 56.

<sup>213</sup> *Idem*. p. 51: “en el fetiche “parece que se manifiesta una autonomía frente a la libre voluntad de los individuos”, en virtud de la cual, no obstante ser la creación de éstos, él los domina. Contra la desposesión del fetiche, sólo se pueden “oponer” determinados actos ceremoniales. De manera análoga, por la autonomía, los títulos producen, merced a una “creación pura”, una obligación que se autonomiza de su creador-deudor y lo domina, independientemente de quien sea el poseedor, pues el deudor no le puede “oponer” las excepciones personales que tenga contra el acreedor originario.”

<sup>214</sup> *Idem*. pp. 53, 54: “A partir de la regulación de la inoponibilidad de las excepciones personales del deudor contra el poseedor del título, por la Ordenanza Alemana de 1847, que tomó como punto de partida las teorías del jurista Einert, fue posible entre otros factores, que la concentración y la circulación del capital operase de acuerdo al esquema D-D’ como consecuencia personificada del crédito.”

<sup>215</sup> *Idem*. pp. 46, 47: “La literalidad de los títulos de crédito es, pues, el resultado de una verdadera enajenación del título de su causa, a través del proceso de abstracción de la obligación y de la indiferencia del derecho subyacente”.

“generación” de intereses se pueda realizar, haciendo abstracción de la riqueza real, por parte de los agentes económicos, y se legitime dicha “generación” de intereses, sólo por la literalidad de los derechos consignados en los mismos documentos.<sup>216</sup>

Las características de los títulos de crédito (autonomía, abstracción, literalidad y legitimación) son la expresión jurídica del fetichismo del capital que, según Marx, posibilita, no tan solo la institucionalización de la generación de intereses, sino también la centralización del mismo capital en pocas manos, aún en entornos de decrecimiento de la economía real.<sup>217</sup> También es posible que las características de los títulos de crédito, en especial, la autonomía, estén correlacionadas con, lo que Luhmann llama la autopoiesis o autonomía sistémica de los sub-sistemas sociales, que, en el caso del sub-sistema financiero posibilitan la generación de “efectos sistémicos” que ponen en crisis o en bonanza a los sub-sistemas monetarios nacionales, independientemente de las condiciones reales de su economía local.

Se puede, por tanto, plantear la hipótesis de que, mediante la “autonomía” de los títulos de crédito, el fetichismo (autonomía) del capital, genera la “autopoiesis” (autonomía) de los sub-sistemas financieros que ponen en peligro de

---

<sup>216</sup> *Idem.* pp. 52, 53: “la mistificación del capital (...) como valor que se valoriza a sí mismo, como valor que crea valor (...) se corresponde con la circulación de los títulos de crédito que, en virtud del endoso, trasladan su propio valor, sus accesorios activos y pasivos, los dividendos e intereses, de una propiedad a otra y que, de este modo, se presentan, ante la sociedad, como los productores del incremento del valor”

<sup>217</sup> *Idem.* pp. 54, 55: “La subsunción formal de la propiedad bajo el título de crédito, mediante la combinación de sus características fetichizantes, lo convierten en un medio idóneo para que la autovalorización del capital describa su círculo completo, transformado la plusvalía en ganancia, la ganancia en capital, la acumulación de éste, en concentración y en centralización y a éstas en el punto de partida y en el punto de llegada de la subsunción real del trabajo bajo el capital, de modo que parezca que el capital se acrecienta por sí mismo.”

una crisis general a todo el sistema capitalista globalizado. La plausibilidad de que, en una hipótesis tal, se reduzcan al común denominador de la “autonomía”, conceptos tales como el fetichismo del capital y la autopoiesis sistémica, no se ve afectada, por el hecho de que, por medio de los sistemas computacionales modernos y mediante el dinero electrónico, los títulos de crédito se encuentren en un proceso de “desmaterialización” acelerada, pues no tan sólo subsisten los fenómenos de la abstracción y de la autonomía de los títulos de crédito con respecto de la economía real, sino que se incrementan al grado de que el moderno “fetichismo electrónico del capital” se ha convertido en una realidad absolutamente virtual y autónoma con respecto del mundo “real”. La única característica de los títulos de crédito que resulta afectada con la desmaterialización electrónica de los mismos, en la literalidad que, era la última vinculación del mundo de los títulos con la realidad, del capital con la producción y de los sub-sistemas financieros con la reproducción “heteropoiética” de la sociedad.<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Martínez, María Raquel, “El documento electrónico”, en *Anuario* 1993, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, pp. 269-285.

### **4.5.3. El fetichismo del capital como acto de habla performativo-perlocucionario del derecho**

A pesar de que la literalidad de los títulos de crédito se haya tornado problemática, a causa de los procesos electrónicos informáticos con que opera, en la actualidad el sistema financiero, podemos interpretar a los títulos de crédito, bajo el concepto de actos de habla, dado que tienen efectos performativos en la realidad social real. Incluso, podría decirse que, la naturaleza performativa-perlocucionaria de los títulos de crédito, es decir, esa cualidad del lenguaje de “crear” una realidad virtual,<sup>219</sup> es ahora más obvia que nunca antes en la historia del capital y del derecho mercantil.

Searle que, es una de las fuentes de Habermas en el desarrollo de la teoría de los actos de habla, considera que el dinero es el resultado de actos de habla performativos, cuyos efectos están autorizados por una regla constitutiva, como cualquier otro hecho construido socialmente. Pero nada dice de la “perlocucionariedad” de los títulos de crédito, en el sentido que lo hemos venido considerando.<sup>220</sup>

La autonomía de los títulos de crédito, que permite, legalmente, separar a éstos de su “causa” generadora y, por tanto, posibilita el fetichismo del capital que, entonces, parece que se reproduce a sí mismo, autopoieticamente, es un efecto institucional de actos de habla performativos perlocucionarios que “realizan lo que

---

<sup>219</sup> Ver *supra* inciso núm 2.1.7.3.

<sup>220</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, pp. 70, 71.

dicen”<sup>221</sup>, pero que no permiten cuestionar sus pretensiones de validez,<sup>222</sup> es decir, no se pueden oponer contra ellos las excepciones personales originarias.

Los actos de habla, para Searle, son, en general, la unidad mínima de lenguaje con sentido.<sup>223</sup> Para que el acto de habla tenga un sentido mínimo, se requiere, según la segunda versión de Habermas, de tres ingredientes: un enunciado proposicional, un enunciado ilocucionario y un enunciado expresivo.<sup>224</sup> El primero, el enunciado proposicional, describe un estado de cosas, el segundo, el enunciado ilocucionario, expresa una modalidad normativa y el tercero, el enunciado expresivo, describe un estado de ánimo.<sup>225</sup>

Los tres ingredientes mencionados son necesarios o están presentes en todo acto de habla. Si alguien sólo expresa el enunciado proposicional, en el contexto comunicativo, se encuentran implicados en enunciado ilocucionario y el enunciado expresivo. En general, cuando, en un acto de habla se encuentra implícito cualquiera de sus ingredientes, es posible que nos encontremos en presencia de un acto de habla perlocucionario.<sup>226</sup> Si además, dicho acto de habla perlocucionario no permite hacer explícitos cualquiera de sus ingredientes implícitos sin que cambie el sentido del acto de habla en su conjunto, nos encontramos en presencia de una abstracción semanticista, que impide conocer

---

<sup>221</sup> *Idem.* pp. 51, 52.

<sup>222</sup> *Ve supra*, inciso 2.1. 2. y 2.1.7.

<sup>223</sup> Searle, *Actos de habla*, p. 26.

<sup>224</sup> *Ver supra*, inciso núm. 2.3.2. ; Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, II, p. 91.

<sup>225</sup> *Idem.* p. 92.

<sup>226</sup> *Ver supra*, inciso 2. 1. 2.

las eventuales contradicciones performativas de dichos actos de habla.<sup>227</sup>

Si pudieran entenderse los títulos de crédito como actos de habla, podríamos interpretar a la literalidad como su ingrediente proposicional; a la obligación incondicional de hacer el pago como su ingrediente ilocucionario y a la causa generadora de la obligación, como su ingrediente expresivo. Ahora bien, si la autonomía cambiaria hace abstracción de la causa de la obligación generadora del título, entonces los títulos de crédito son actos de habla perlocucionarios, pues impiden cuestionar la legitimidad de la operación de crédito subyacente y la legitimidad de la ganancia del capital que representan.

Si dicho documento, al entrar en circulación por el endoso, genera una obligación crediticia, independientemente del beneficio del acreditado, incurre entonces en una abstracción semanticista, pues el elemento expresivo del acto de habla crediticio (la causa de la obligación cambiaria) puede entrar en contradicción performativa con su sentido ilocucionario, (la modalidad normativa) es decir, pudo haber sido el medio de generar un derecho sin una obligación correlativa.<sup>228</sup> La posibilidad legal de esta desequivalencia cambiaria entre las prestaciones privadas es lo que necesita el capital para “autovalorarse” a sí mismo, como dice Marx, o para que el dinero, como bien fungible, se pueda vender dos o más veces, como dice Santo Tomás de Aquino.

---

<sup>227</sup> Ver *supra*, inciso 3.2.2.

<sup>228</sup> Berumen, Arturo, “Análisis jurídico-económico de los títulos de crédito”, p. 50: “Si primero, se enajena, en virtud de la literalidad, el título de su causa, es decir, del acto generador de derechos y de obligaciones recíprocas de las partes; y si después sólo se incorporan, en el documento los derechos del acreedor –y las obligaciones correlativas del deudor-, pero no se incorporan los derechos del deudor –ni las obligaciones correspondientes del acreedor-, entonces, la literalidad, solamente enajena los derechos del deudor y separa las obligaciones del acreedor del texto del documento.”

La moderna usura electrónica o los fetiches cibernéticos puede no requerir ya ningún respaldo “material” de los títulos de crédito, para concentrar y centralizar el capital, pero siguen siendo actos de habla perlocucionarios que hacen una abstracción semanticista del elemento pragmático (elemento expresivo o elemento ilocucionario) de quien genera la riqueza social y quien se la apropia. Precisamente, porque los títulos de crédito son actos de habla performativos-perlocucionarios, su autonomía de la justicia y de la productividad de los actos jurídicos que “documentan”, hace aparecer, en nuestra conciencia, que el capital que representan tiene “derecho” a “autorreproducirse autopoieticamente”, es decir, haciendo abstracción, o autónomamente de los sistemas de producción de bienes y de administración de la justicia. *La aceptación social del derecho del capital a autovalorarse autopoieticamente (autónomamente) con respecto de los sistemas de justicia y de producción, es el resultado, y tal vez la condición, de que los títulos de crédito sean, jurídicamente, actos de habla performativos-perlocucionarios que mediante la característica de su autonomía permiten hacer abstracción, semánticamente, de su causa generadora, y mediante la característica de su abstracción posibilitan la contradicción performativa o realizativa entre los derechos y las obligaciones recíprocas de los sujetos económicos.*

La crítica a la abstracción semántica y a la contradicción performativa de los actos de habla perlocucionarios del fetichismo del capital no debe incurrir, por el otro extremo, en la “abstracción pragmaticista” que haga abstracción de la importancia del crédito para el desarrollo de una economía moderna, pero siempre vinculado a la generación y a la justa distribución de la riqueza real. Es decir, se requiere redeterminar a los títulos de crédito como actos de habla ilocucionarios, o

sea, que no hagan abstracción de ninguno de sus ingredientes como tales, es decir, ni abstracción de la justicia ni abstracción de la productividad. Con esto no se pretende suprimir al capital, tarea que requiere cambios sociales y políticos más profundos, sino únicamente, limitar los efectos sistémicos autopoieticos que subordinan los sistemas sociales a la lógica del capital.

#### **4. 5. 4. La injusticia conforme a derecho como efecto sistémico de la gramática performativa-perlocucionaria del capital**

Aceptar, autopoieticamente, la aseveración de Luhmann, según la cual la autopoiesis autorreferencial caracteriza, necesariamente, a los sistemas complejos de comunicación social, es hacer inevitable, precisamente, la autopoiesis de los propios sistemas de comunicación. Es decir, el mismo hecho de aceptar, autopoieticamente, a la autopoiesis hace inevitable a la autopoiesis. La realización de la autopoiesis requiere necesariamente, de la autopoiesis de la autopoiesis, o sea, de la meta-autopoiesis.

En cambio, si se considera que la autopoiesis es sólo, como hace Habermas, una tendencia, todo lo dominante que se quiera, en la colonización sistémica del mundo de la vida, estamos en posibilidades de limitar, de minimizar o de revertir los procesos autopoieticos, mediante la puesta en marcha de la misma acción comunicativa habermasiana que es de naturaleza "heteropoietica".

La autopoiesis comunicativa, es decir, la clausura y la autorreferencialidad de la comunicación, es el resultado de no haber asumido una actitud hipotética que neutralizara o contrarrestara a los procesos comunicativos de los contextos de acción social. Razón por la cual, se acepta la comunicación sin examen ni ponderación de los tópicos opuestos o diversos al contenido de la comunicación de que se trata. Por eso mismo, no se acepta el derecho de problematización de cualquier pretensión de validez que debe tener cualquier interlocutor dentro de todo proceso de comunicación. En consecuencia no se siente la obligación

comunicativa de desempeñar las pretensiones de validez, las cuales no se desarrollan y producen sólo enunciados abstractos o ideas en potencia y nunca enunciados concretos ni ideas en acto.

Podemos decir, en consecuencia, que en la autopoiesis comunicativa se confunden, no se distinguen, en términos habermasianos, las pretensiones de validez del desempeño de las mismas, o, en términos hegelianos, los conceptos abstractos de los conceptos concretos o, en términos aristotélicos, la potencia y el acto. En otras palabras, se ignora, se hace a un lado, toda la tradición filosófica occidental.

El resultado de esta inmediatez es la construcción de gramáticas performativas-perlocucionarias que fundan juegos del lenguaje rígidos e inmutables que se repiten, a-priorísticamente, limitando la experiencia posible. Las gramáticas performativas-perlocucionarias, producidas autopoieticamente, se transforman, de este modo, en arquetipos ideológicos que van a servir de modelos para elaborar enunciados enajenantes y fetichistas, en sentido marxista. Las gramáticas performativas-perlocucionarias son, pues, resultado y condición de la autopoiesis de la comunicación, la cual, es muy posible que tenga su origen en el fetichismo o en la usura del capital, pues al pretender este último, “reproducirse” a sí mismo, coloniza los distintos sistemas comunicativos para ponerlos al servicio de su autovalorización.

El derecho, en tanto que sistema de comunicación, ha sido víctima de esta colonización autopoietica por parte del capital, el cual en su afán de reproducirse como tal, ha conducido al derecho (privado, social y público) a excluir toda argumentación razonable que tome en cuenta y sopesa, es decir, que tematice

todos los ingredientes relevantes de las situaciones jurídicas significativas, lo cual hace inmune al derecho de las injusticias y del sufrimiento que causa su creación y su aplicación autopoiética.

Para mitigar o contrarrestar esta “injusticia conforme a derecho”, la redeterminación del derecho, en términos comunicativos, se ha vuelto un imperativo no sólo moral sino de sobrevivencia humana. Ello no quiere decir, que el estado de derecho, es decir, de la seguridad jurídica, deba desecharse. Al contrario, para hacer compatible la justicia y el derecho, es decir, al “derecho conforme a la justicia”, se requiere considerar al derecho escrito, únicamente, como el derecho en potencia, como el derecho abstracto o como una simple pretensión jurídica, como punto de partida, para llegar a un derecho en acto, a un derecho en concreto, a un derecho desempeñado, por medio de la asunción de actitudes hipotéticas, de soportar las contradicciones y por la redeterminación de todos los tópicos relevantes para la situación jurídica controvertida.

#### 4.6. Desobediencia civil y acción comunicativa

Pero una cosa es la redeterminación teórica del derecho como sistema de actos de habla, y otra es su redeterminación práctica, es decir, su superación y conservación real. Es posible que uno de los mayores problemas del marxismo político, haya sido que no supo, o no quiso o no pudo llevar a cabo esta transformación. Las revoluciones, dice Camus, sólo han llevado a fortalecer el poder del estado.<sup>229</sup> No porque no cambien nada, sino porque lo quieren cambiar todo. Privilegian la lucha de los contrarios sobre su unidad, a diferencia de las reformas que privilegian la unidad sobre la lucha de los contrarios.<sup>230</sup>

Después de la tragedia del marxismo y de la hegemonía del neoliberalismo, Habermas no ve otra alternativa actual, para domesticar al capitalismo, es decir, para limitar los efectos colonizadores de los sistemas político-administrativo y económico, sobre el mundo de la vida, que la organización de un poder comunicativo de la sociedad civil, mediante una democracia deliberativa, en lugar de la revolución, e incluso de la desobediencia civil.<sup>231</sup> Sin embargo, las distinciones entre la acción comunicativa, la desobediencia civil y la acción revolucionaria no son muy claras, sobre todo si pensamos que las primeras pueden desembocar en esta última.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Camus, Albert, *El hombre rebelde*, trad. José Escue, Alianza, Madrid, 2005, p. 209.

<sup>230</sup> Berumen, Arturo, *La teoría pura del derecho y materialismo histórico*, pp. 35 y ss.

<sup>231</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 60, 439 y ss.

<sup>232</sup> Deutscher, Trotsky, *El profeta armado*, p. 138 y ss.

#### **4.6.1. La desobediencia civil entre la justicia y la seguridad jurídica**

Las características de la desobediencia civil revelan no tan sólo una contradicción, o una tensión, como se dice ahora, entre dos de los más tradicionales valores jurídicos: la justicia y la seguridad jurídica, sino también un intento dramático por superarla. La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica, es el ejemplo más dramático de, lo que Hegel llama, la verdadera tragedia del espíritu: la contradicción entre dos valores positivos, necesarios ambos para lograr la convivencia humana, es decir, el bien común, que es el tercer valor tradicional del derecho.

La contradicción entre la justicia y la seguridad jurídica es, por tanto, muy antigua. Se expresa ya, en la *Antígona* de Sófocles, en la que la justicia es el sentimiento de la fraternidad y la seguridad jurídica es la justificación del poder. Ambos valores son necesarios para la estabilidad del Estado, pero pueden estar y, de hecho están en contradicción. Escoger cualquiera de ellos, desechando al otro, traería graves perjuicios a la comunidad. En esto consiste la verdadera tragedia, según Hegel, en que dos valores positivos se enfrenten irremediablemente, el uno al otro. Si se escoge la justicia y se desobedece la ley, la seguridad jurídica se viene abajo. Si se obedece la ley y se comenten injusticias, no puede haber bien común. En ambos casos, dice Hegel, “el cumplimiento de la una suscita el de la

otra, y lo suscita como una esencia infringida y ahora hostil que clama venganza.”<sup>233</sup>

Así como están definidos abstractamente, los valores jurídicos de justicia y de seguridad son inconciliables. A pesar de ello, la teoría de la desobediencia civil trata, hasta donde sea posible, de conciliarlos. Este esfuerzo de conciliación se evidencia en las propias características de la desobediencia civil que le adscribe la teoría. El primer requisito que, según Rawls, debe cumplirse para que la desobediencia al derecho sea legítima moralmente, consiste en tratar de anular una norma (general o particular, en términos de Kelsen) notoriamente injusta. Aunque más adelante intentaremos aclarar el sentido de esta expresión “notoriamente injusta”, es claro que no cualquier injusticia o cualquier opinión de injusticia en las normas jurídicas, justifica la desobediencia civil a las normas jurídicas.

Por lo que se refiere a la seguridad jurídica, las otras tres características de la desobediencia civil tratan de minimizar su afectación. En primer lugar, la no violencia reduce la inseguridad jurídica a la afectación moral o psicológica; en segundo lugar, el agotamiento de los recursos legales para reparar la injusticia (una especie de principio de definitividad para la procedencia de la desobediencia civil) proporciona la oportunidad de resolver el conflicto dentro de la sistemática del propio sistema jurídico al que pertenece la norma injusta, y, por último, la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil, además de su efecto

---

<sup>233</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 2000, p. 277.

moral sobre el público, mantiene, aunque sea diluida, la certeza sobre la aplicación normativa.<sup>234</sup>

Concebida como un intento de conciliar la contradicción entre justicia y seguridad jurídica, la desobediencia civil es considerada, por Hanna Arendt, como la última instancia para modificar o anular una norma jurídica, general o particular, de notoria injusticia.<sup>235</sup> Su finalidad no es pues, desconocer todo un sistema jurídico, como lo podría ser la de una *desobediencia revolucionaria*, sino apelar al último fundamento de un sistema jurídico que, en opinión de la misma autora, es el sentimiento de justicia de la comunidad que lo sustenta.<sup>236</sup>

Sin embargo, como la eficacia de la desobediencia civil depende del apoyo creciente de la población, durante su implementación pueden, fácilmente, rebasarse los límites que la caracterizan y ocasionar problemas en la seguridad jurídica de una comunidad política, y , en consecuencia, disminuir su aceptación social, tal y como ha sucedido en los casos de protestas estudiantiles o electorales, en diversos países y en el nuestro. Es importante, por ello, comparar la desobediencia civil de otras formas de oposición a un régimen político y jurídico, para ver en que medida se pueden distinguir de ellas.

#### **4.6.2. La desobediencia civil entre la resistencia al tirano y la acción revolucionaria de las masas**

---

<sup>234</sup> Berumen, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Ed. Cárdenas, México, 2003, p. 457.

<sup>235</sup> Arendt, Hanna, "Desobediencia civil", en *Crisis de la república*, Madrid, Taurus, 1973, p. 107.

<sup>236</sup> *Idem.* p. 84.

Rawls considera que la desobediencia civil puede ser un recurso moralmente aceptable y razonablemente eficaz, en un régimen jurídico casi-justo.<sup>237</sup> Lo cual parece significar que pueden justificarse, moralmente hablando, otras maneras de oponerse a un régimen abierta o totalmente injusto.

---

<sup>237</sup> Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1985, p. 331.

#### 4.6. 2.1. La resistencia al tirano

De hecho, en la historia de las ideas políticas se ha discutido la validez ética de la resistencia al tirano y del derecho revolucionario de las masas, entre otras formas de oposición. La primera de ellas es de raigambre cristiana. En la tradición tomista, el filósofo español Francisco Suárez justificaba el derrocamiento e, incluso, la muerte del tirano, para restablecer el bien común, como fin normal del derecho.<sup>238</sup> Claro está, que para que fuera legítimamente moral la resistencia al tirano, se requería que se presentaran ciertos requisitos: que el “bien común” se hubiera convertido en bien particular del gobernante o de sus allegados al poder; que no existiera ningún otro medio para hacer entrar en razón al gobernante transgresor y que no se siguiera un daño peor para la comunidad con la resistencia que con la opresión.

Se nota, en esta teoría, como en la desobediencia civil, una preocupación o una tensión entre la justicia y la seguridad jurídica, pues sostiene que la resistencia al tirano es legítima sólo cuando no traiga consecuencias demasiado gravosas para la población. Sin embargo, su justificación última –la recuperación de la soberanía a manos del pueblo por ausencia o por usurpación del rey– implicaba la posibilidad de su uso político e ideológico por los dirigentes de la Iglesia Católica. El mismo Suárez la formuló para justificar la rebelión de los ingleses contra Enrique VIII que se había apartado del papado.

---

<sup>238</sup> Berumen, Arturo, *op. cit.* p. 449.

En México fue utilizada para justificar la rebelión conservadora contra la reforma juarista y la rebelión cristera contra el régimen posrevolucionario. No hay que olvidar, empero, que también dicho fundamento último influyó, en alguna medida, en la rebelión de independencia de muchas naciones latinoamericanas con respecto de España, entre ellas, nuestro país. Ha sido esta inversión, uno de los ejemplos más claros de la redeterminación ética de una ideología política.

Desde una perspectiva marxista e, incluso, desde el punto de vista de la desobediencia civil, la teoría de la resistencia al tirano, no sería del todo justificable, puesto que no remedia la injusticia, ya que suple a un tirano por otro peor y sólo ocasiona inestabilidad y daños sociales graves. No alcanza la justicia y perturba, gravemente, la seguridad jurídica.

#### **4. 6. 2. 2. La acción revolucionaria de las masas,**

Por su parte, la acción revolucionaria de las masas, genuinamente marxista, es una teoría comparable y oponible a la teoría de la desobediencia civil. Se pueden destacar, de este modo, sus semejanzas y sus diferencias.

Entre las semejanzas, podemos señalar que ambas, tanto la desobediencia civil como la acción revolucionaria de las masas, son un medio de lucha contra las injusticias. Sólo que la teoría de la desobediencia civil, la considera como una lucha contra una norma injusta, perteneciente a un sistema, en general, casi justo,

según Rawls,<sup>239</sup> mientras que la desobediencia revolucionaria lucha contra todo un sistema jurídico injusto, en general, de acuerdo a la opinión de Hanna Arendt.<sup>240</sup>

#### 4. 6. 2. 3. La norma notoriamente injusta

Ahora bien, lo que los revolucionarios y los desobedientes civiles entienden por norma injusta puede llegar a ser muy diferente, según el concepto que se tenga de justicia. En este sentido los paradigmas de ambos pueden encontrarse en Marx y en Rawls, respectivamente.

Presuponiendo la distinción aristotélica entre justicia conmutativas y justicia distributiva, Marx considera que el sistema capitalista no puede ser un sistema justo, puesto que la necesidad de la plusvalía para la reproducción de la existencia del capital, no tan sólo impide la realización de la justicia conmutativa en las relaciones laborales, sino que incrementa los niveles de la injusticia distributiva, es decir, los niveles de desigualdad entre las clases sociales.<sup>241</sup>

Por esta razón, en definitiva, sólo transformando revolucionariamente todo el sistema capitalista se puede estar en condiciones de alcanzar, no ya una “justicia distributiva”, basada en la proporcionalidad de los méritos o las culpas, sino una “justicia redistributiva”, basada en la desigualdad de necesidades de cada clase social. Lo cual no quiere decir que, en determinadas circunstancias y en

---

<sup>239</sup> Rawls, *op. cit.* p. 331.

<sup>240</sup> Arendt, *op. cit.* p. 84.

<sup>241</sup> Berumen, *op. cit.* pp. 312-322.

determinadas épocas históricas, no se pueda luchar, jurídica y políticamente, con éxito, para reducir los márgenes de injusticia y de desigualdad, dentro del sistema capitalista.<sup>242</sup>

En cambio, la justicia para Rawls, se compone de dos principios básicos: la igualdad de libertades, y el principio de la diferencia.<sup>243</sup> El primer principio de la justicia significa que todos los miembros y grupos de una sociedad bien ordenada, deben tener las mismas libertades compatibles con las libertades de los demás. Es el principio fundamental de la justicia. Su violación por una norma jurídica, general o particular, atenta contra el principio fundamental de justicia. Por ello, contra una norma o una institución que vulnere tal principio es justificable, moralmente, la desobediencia civil.<sup>244</sup> Ejemplo de ello, son las leyes que permiten la esclavitud, la discriminación racial, cultural, religiosa, sexual, entre otras. Fue, precisamente, contra este tipo de normas jurídicas injustas que se hicieron los movimientos de desobediencia civil en la India por Gandhi, y en los Estados Unidos, por la defensa de los derechos civiles de las minorías, con bastante éxito.<sup>245</sup>

Para Hanna Arendt, las normas jurídicas que atentan contra este principio de libertad igual, rompen el fundamento básico de cualquier sociedad: el *consensus universalis*, al excluir del mismo a los grupos o a los individuos

---

<sup>242</sup> *Idem.* pp. 297-322.

<sup>243</sup> Rawls, *op. cit.* pp. 62-118.

<sup>244</sup> *Idem.* p. 338.

<sup>245</sup> Arendt, *op. cit.* pp. 98, 99.

discriminados.<sup>246</sup> Cabría plantearse aquí, la cuestión de si la discriminación de las comunidades indígenas de nuestro país, durante tanto tiempo, no atenta contra este principio del consenso universal, o lo que es lo mismo, contra la libertad igual para todos los mexicanos y, en consecuencia, si se justificaría un movimiento indígena de desobediencia civil, en nuestro país.

Claro que, en nuestro país no existe, una norma jurídica general que establezca una discriminación contra los indígenas, sino que ésta se da *de facto* y subrepticamente. Por esta razón, tal vez, la desobediencia civil indígena podría plantearse con el propósito de establecer una legislación (o en normas jurídicas particulares) que prohibiera dicha discriminación fáctica, pues la función de una institución de esta naturaleza tendría que ser la inclusión de los indígenas en el “*consensus universalis*” de la nación mexicana.

Por lo que se refiere al segundo principio de la justicia en Rawls, el principio de la diferencia, es dudoso que proceda, moralmente, la desobediencia civil, pues las violaciones al mismo son difíciles de reconocer.<sup>247</sup> Este principio establece que las desigualdades también serán válidas si benefician a todos, en especial a los más desprotegidos.<sup>248</sup> Por ejemplo, las leyes del derecho social (laboral agrario, seguridad social, etc.) que establecen una diferencia a favor de las clases desprotegidas económica, social o culturalmente.

Para Rawls es difícil determinar cuando se viola este principio, porque depende de las concepciones teóricas y de la información estadística que se tenga

---

<sup>246</sup> *Ibidem.*

<sup>247</sup> Rawls, *op. cit.* p. 339.

<sup>248</sup> *Idem.* p. 68.

sobre cuestiones económicas y financieras. Sin embargo, nos parece que la violación a este principio es bastante clara, pues una norma jurídica o una institución económica o social que sólo beneficiaran a un grupo social en ventaja. Es claro, por ejemplo, que una ley fiscal que gravara a todos los grupos sociales, pero exentara al grupo de, digamos, inversionistas bursátiles, sería claramente injusta, por la violación del principio de la diferencia, y es posible que contra dicha ley procediera, moralmente, la desobediencia civil.

La dificultad se reduce a la determinación de la igualdad de oportunidades que es la finalidad del principio de la diferencia, cuya violación también podría justificar, moralmente, a la desobediencia civil.<sup>249</sup> Por ejemplo, no se valen o no se deben permitir desigualdades arbitrarias, es decir, las desigualdades basadas en la desigualdad de oportunidades, o, en otras palabras, no son legítimas las desigualdades que se generan con base en privilegios, en favoritismos o en la parcialidad de los funcionarios del gobierno.<sup>250</sup> O sea, *a contrario sensu*, sí se permiten o sí son válidas las desigualdades no arbitrarias, es decir, las que surgen de la proporcionalidad de los méritos o de las culpas, y no de los privilegios, favoritismo o parcialidades.<sup>251</sup>

En consecuencia, la desobediencia civil se justifica contra leyes o decisiones jurídicas que obstaculicen la igualdad de oportunidades y, por tanto, generen desigualdades no basadas en los propios méritos, sino en tales privilegios, favoritismos o parcialidades. Es posible que por la violación de la

---

<sup>249</sup> Rawls, *op. cit.* p. 338

<sup>250</sup> Berumen, *op. cit.* pp. 257-263

<sup>251</sup> *Ibidem.*

igualdad de oportunidades por las leyes o las decisiones electorales que favorezcan, parcialmente, a algún partido injustamente, se justifiquen los movimientos de desobediencia civil contra los fraudes electorales tan comunes en nuestro país, pues generan desigualdades políticas arbitrarias.

En el caso de la desigualdad de los bienes mínimos que también genera desigualdad de oportunidades, la dificultad para la procedencia de la desobediencia civil reside en la determinación de lo que se entiende por bienes mínimos, pues Rawls incluye desde los bienes materiales hasta la realización del plan personal de vida. Tal vez, pudiera sostenerse que, en este aspecto, la desobediencia civil tendría como finalidad establecer las condiciones generales y necesarias para la satisfacción de las necesidades mínimas necesarias para el autodesarrollo de los individuos como sujetos autónomos, es decir, para el establecimiento, desarrollo y defensa de los derechos humanos.<sup>252</sup>

Como conclusión de la comparación de la desobediencia civil y la desobediencia revolucionaria, con respecto de los principios de justicia, podemos decir que no necesariamente se contradicen ambas, pues no vemos como no puedan aceptar los marxistas revolucionarios las acciones de la desobediencia civil por estos motivos, aunque sólo fuera para disminuir las injusticias de un sistema que ellos consideran “no justo” o, incluso, para preparar una revolución que cambie todo el sistema. Por su parte, los teóricos de la desobediencia civil también podrían aceptar la moralidad de una desobediencia civil generalizada, en el caso de que un sistema jurídico, que ellos consideran “casi justo”, deviniera en

---

<sup>252</sup> Ver *supra*, inciso núm. 4.4.

otro injusto, aunque los temores a la desestabilización social de Rawls, puedan esta justificados, parcialmente.<sup>253</sup>

#### **4. 6. 2.4. El agotamiento de los recursos legales**

Para evitar o reducir al mínimo estos riesgos para la seguridad jurídica, para la procedencia moral de la desobediencia civil, no basta que se ejerza contra una norma o una institución jurídica notoriamente injusta, sino que además, se hayan agotado, infructuosamente, todos los recursos legales existentes par anular o contrarrestar los efectos injustos de la misma. Compararemos, ahora, la revolución y la desobediencia civil, a este respecto.

Los revolucionarios marxistas no consideran en general, que los derechos y los procedimientos legales puedan, en principio, hacer del sistema jurídico, un sistema justo. Pero no excluyen su utilización, cuando menos, para dos propósitos: utilizar el derecho a favor de los marginados y utilizar el derecho para develar las ideologías jurídicas que lo hacen aparecer como justo ante la conciencia moral de las minorías.<sup>254</sup> En este sentido son ilustrativos los intentos de Trotsky para despertar la conciencia revolucionaria de las masas, por medio de procedimientos jurídicos: en el juicio contra el Soviet de 1905; en las

---

<sup>253</sup> Rawls, *op. cit.* pp. 323, 340.

<sup>254</sup> Berumen, *op. cit.* pp. 483-489.

negociaciones de paz con Alemania en 1918 y en los juicios en que tuvo que intervenir, en Noruega, con motivo de los procesos de Moscú en 1936.<sup>255</sup>

En la motivación que guía estos actos jurídicos coinciden ambos tipos de movimientos –la desobediencia civil y la acción revolucionaria- : la apelación a la conciencia de justicia de las mayorías. Tanto Hanna Arendt con John Rawls, consideran a la desobediencia civil no como un movimiento de la minoría contra la mayoría, si no como un llamado a la mayoría para que reconsidere y se ponga en lugar de la minoría y reflexionen sobre las razones que la impulsan a la desobediencia civil.<sup>256</sup> Por ello, se considera a la desobediencia civil como la verdadera última instancia de un sistema jurídico, “casi justo”, para modificar una norma injusta notoriamente.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> En su discurso de defensa, durante el juicio contra el Soviet de 1905, Trotsky que era su presidente, entre otras cosas dijo: “El Soviet trató de organizar a las masas y de explicarles el significado de los acontecimientos. No estaba preparando una insurrección; estaba preparándose para una insurrección. Ciertamente era que las masas no tenían armas. Pero, independientemente de cuán importantes puedan ser las armas, no es en ellas, señores jueces, donde reside el gran poder. ¡No! No es en la capacidad de las masas para matar a otros, sino en su gran disposición para morir, lo que asegura en última instancia la victoria del levantamiento popular.” (Deutscher, Isaac, *Trotsky. El profeta armado*, trad. José Luis González, Editorial Era, México, 1976, p. 161). En las conversaciones de la paz de Brest-Litovsk de 1918, Trotsky, Comisario de pueblo de relaciones exteriores de la Rusia Soviética, expresó: “Nos retiramos de la guerra. Lo anunciamos a todos los pueblos y gobiernos (...) Al mismo tiempo declaramos que las condiciones que nos han impuesto los gobiernos de Alemania y Austria-Hungría están en fundamental conflicto con el interés de todos los pueblos (...) Nos negamos a suscribir las condiciones que el imperialismo alemán y autrohúngaro escribe con la espada en la carne de naciones vivas. No podemos estampar la firma de la revolución rusa en un tratado de paz que acarrea opresión, aflicción y desgracia a millones de seres humanos.” (*Idem* pp. 340, 341). Por último, en un juicio en Noruega, Trotsky, exilado político, expresó: “El asesinato de Kirov no ha quebrantado un solo instante el poder absoluto de la burocracia; le ha dado, por el contrario, la posibilidad ansiada de exterminar por centenares a los hombres que teme, de cubrir de barro a sus adversarios y de sembrar la desorientación en la conciencia de los trabajadores. Los resultados de la aventura de Nikolaiev han confirmado enteramente -¿podría ser de otra manera?- la vieja condenación marxista del terrorismo a la cual he permanecido fiel durante cuarenta años, y que no pienso revisar hoy.” (Trotsky, *Los crímenes de Stalin*, Juan Pablos Editor, México, 1973, p. 59).

<sup>256</sup> Rawls, *op. cit.* p. 347.

<sup>257</sup> Rawls, *op. cit.* p. 354, Arendt, *op. cit.* p. 107.

El agotamiento de los recursos legales para remediar la injusticia ( una especie de principio de definitividad de la justicia para que proceda la desobediencia civil) es, al parecer, la mejor tribuna para apelar a la conciencia de las mayorías. Es en los procesos jurídicos donde se puede argumentar éticamente contra la norma jurídica injusta y es, al mismo tiempo, una clara señal de que los desobedientes civiles no buscan alterar el orden o introducir la inestabilidad o la inseguridad jurídica.

Esto es así, según Rawls, no porque se pretenda deslegitimar al Estado ante las mayorías, sino, precisamente, al contrario, para hacer entender al Estado que adquirirá mayor legitimidad ante las mismas, si accede a la pretensión justa de la minoría apoyada o, cuando menos, no obstaculizada por las mayorías.<sup>258</sup> Precisamente, por el miedo a la deslegitimación, va a decir Habermas, el Estado accederá a las pretensiones de los desobedientes civiles.<sup>259</sup>

Podríamos decir, que la desobediencia civil debe estar precedida de una acción comunicativa en el sentido de Habermas, por parte de los desobedientes, para lograr restablecer la misma acción comunicativa en el sistema jurídico, por parte del Estado.<sup>260</sup> Puede suceder, también, que la acción de desobediencia civil y la acción comunicativa legal puedan darse simultáneamente e, incluso, puede ser la manera más conveniente de realizar ambas. Pues, si se espera al total agotamiento de los recursos legales para proceder a la desobediencia civil, para

---

<sup>258</sup> Rawls, *op. cit.* p. 350.

<sup>259</sup> Habermas, "La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático", en *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Ediciones, Península, Barcelona, 2000, p. 54.

<sup>260</sup> A la argumentación ético-jurídica, libre de coacción, llevada a cabo en los procesos legales contra una norma injusta, podemos llamarla *acción comunicativa legal*.

modificar a las normas jurídicas injustas, puede obstaculizarse el propósito mismo del movimiento de desobediencia civil, mediante la utilización, por parte del gobierno, del pretexto de la “cosa juzgada”.

Además, la simultaneidad de la acción de desobediencia civil y de la acción comunicativa legal, puede servir para neutralizar a los sectores que presionan, directa o indirectamente, para que se mantenga la norma injusta por parte de del órgano del estado ante él que se han interpuesto los recursos legales correspondientes. El riesgo de esta estrategia, si es excesiva, por ejemplo si se llega a la violencia, puede ocasionar que la decisión tomada por los órganos del estado se encuentre deslegitimada, aunque sea favorable, por haberse deslegitimado el propio movimiento de desobediencia civil ante los ojos de la mayoría, debido a la violencia.

#### **4. 6. 2.5. La no violencia**

Precisamente, por el riesgo anterior, la no violencia es el tercer requisito indispensable para que la desobediencia civil sea legítima moralmente. Al parecer, es en este punto donde se separa más claramente, la desobediencia civil y la desobediencia revolucionaria. Sin embargo, tal diferencia es sólo relativa. Es cierto que, en el caso de la desobediencia civil de Gandhi para liberar a la India, la violencia estuvo ausente por parte de su movimiento, pero no por parte del gobierno inglés.<sup>261</sup> En muchas ocasiones, la “violencia defensiva” contra los agentes del orden policiaco ha sido inevitable, como en las protestas contra la

---

<sup>261</sup> Rau, Heimo, *Gandhi*, p. 105.

guerra de Vietnam, en Estados Unidos, y contra la carrera armamentista en Europa.<sup>262</sup>

Por el lado de la desobediencia revolucionaria, tampoco se vale cualquier tipo de violencia. Por ejemplo, tanto Marx como sus seguidores, estaban en contra del asesinato político y contra el terrorismo.<sup>263</sup> Por su parte, Trotsky, tanto teórica como prácticamente, trató de minimizar la violencia, tanto en la revolución rusa como en la guerra civil que le siguió.<sup>264</sup>

Claro que, a pesar de este acercamiento, la diferencia entre ambas acciones –desobediencia civil y acción revolucionaria- todavía es muy importante: la no violencia en la desobediencia civil tiene como propósito no enajenarse las simpatías de la mayoría, mientras que la violencia mínima revolucionaria tiene como cometido someter a las minorías dominantes. Aún en este aspecto, se puede notar, la no incompatibilidad absoluta entre ambas, pues la no violencia contra las mayorías puede transformarse en la violencia mínima de las mayorías. Independientemente de ello, en ambos casos, la violencia no es legítima ni prudente ejercerla contra las mayorías, pues de su postura depende tanto la legitimidad como la eficacia del movimiento opositor como de la represión gubernamental.

---

<sup>262</sup> Habermas, *op. cit.* p. 52.

<sup>263</sup> Arendt, "Sobre la violencia" en *op.cit.* p. 119.

<sup>264</sup> Trotsky, *La era de la revolución permanente*, trad. Manuel Aguilar Mora, et. al. , Juan Pablos Editor, México, 1973, p. 60: "Al dirigir esta fuerza elemental gigantesca, el Soviet se planteó la tarea inmediata de reducir a un mínimo la fricción interna, de prevenir excesos y limitar al menor número posible la cantidad inevitable de víctimas en la lucha."

#### 4. 6. 2.6. La aceptación del castigo

Por el lado de la legitimidad y de la eficacia de la desobediencia civil, la no violencia se vincula con la aceptación del castigo, por parte del desobediente civil. A Gandhi, la aceptación del castigo (cárcel) lo hizo crecer moralmente y legitimó, en el mismo sentido, su movimiento de liberación.<sup>265</sup> Sin embargo, tal requisito no deja de ser problemático, pues parece implicar que los desobedientes civiles no deben defenderse jurídicamente o que el estado tenga derecho de considerar al “desobediente civil” como a un “desobediente criminal”.<sup>266</sup>

Con respecto a lo primero, nos parece que el ejercicio del derecho a la defensa del desobediente civil no disminuye la fuerza de su testimonio moral, si el estado quiere tratarlo como a un desobediente criminal. Y, con respecto a la diferencia entre ambas desobediencias por parte del estado, se justifica porque la primera, es decir, la desobediencia civil, es pública, tiene propósitos colectivos, morales y justos, en tanto que la desobediencia criminal es oculta, egoísta e individualmente provechosa. Por esta razón, el estado no debe tratarlas igual, incluso si existió violencia de parte del primero. Según Habermas, Rawls y Dworkin, la desobediencia civil debe ser considerado como un atenuante de responsabilidad.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> Rau, *op. cit.* pp. 106, 109)

<sup>266</sup> Arendt, *op. cit.* p. 81; Habermas, *op. cit.* p. 52.

<sup>267</sup> Habermas, *op. cit.* p. 63; Rawls, *op. cit.* p. 351.

Por lo que se refiere a la acción revolucionaria, podría parecer, en principio, que rechazarían la exigencia de aceptar el castigo. Sin embargo, para un revolucionario marxista ruso, era un orgullo el número de años de prisión, de deportación o de destierro que había sufrido, pues demostraba a su partido, a sus simpatizantes y al pueblo la seriedad de su compromiso con su causa. Claro que tampoco eran mártires y utilizaban todos los medios legales para su defensa y como acción comunicativa de sus propósitos.

Si comparamos la “desobediencia revolucionaria” con la “desobediencia criminal”, podemos recordar que el estado no las trata igual. La utilización del perdón y de la amnistía para exonerar a los presos políticos revolucionarios es más común que para los presos comunes, en razón de sus propósitos de justicia social y política. Con mayor razón tendría que aceptarse una diferencia semejante en el tratamiento penal de la “desobediencia civil”.

Podemos recapitular esta comparación entre la “desobediencia civil” y la “desobediencia revolucionaria” diciendo que sus diferencias, realmente, se refieren no a sí mismas, si no al orden jurídico al que se oponen: la desobediencia civil contra un estado más democrático y menos injusto y la desobediencia revolucionaria contra un estado tiránico y más injusto. Por ello mismo, la desobediencia civil puede transformarse, legítimamente, en desobediencia revolucionaria si se da una transformación del estado democrático en estado despótico o si aumentan substancialmente los grados de injusticia del sistema. Por lo que se refiere a sus semejanzas, las podemos resumir diciendo que ambos tipos de desobediencia se proponen la restauración de la acción comunicativa en la operación del sistema jurídico y político.



#### 4. 6. 3. La desobediencia civil y la acción comunicativa

Para Hanna Arendt, la desobediencia civil tiene o debe tener como propósito, el rescatar la posibilidad de actuar en público, de recuperar los espacios públicos que constituyen el poder del pueblo en su conjunto.<sup>268</sup> Para Habermas, la desobediencia civil tiende a devolver a la sociedad su capacidad para la acción comunicativa, constituyendo un poder comunicativo, a través de redes comunicativas de grupos autónomos y de la influencia en la opinión pública para invertir los procesos sistémicos de comunicación que determinan la acción administrativa y política del estado.<sup>269</sup>

La desobediencia civil, mediada por la acción comunicativa, se puede concebir como una alternativa tanto a la colonización sistémica del mundo de la vida por el estado y el capital (Habermas) como a la violencia destructora del sistema, violencia que, en opinión de Hanna Arendt, es estéril para la creación de nuevas instituciones. La acción revolucionaria, por su parte, requiere, para superar tal esterilidad institucional, de la acción comunicativa, a la cual, puede no serle suficiente la desobediencia civil, para conservar su eficacia, sino que necesite de la acción revolucionaria de las masas.

---

<sup>268</sup> Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, FCE, México, p. 264.

<sup>269</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, pp. 462, 466 y ss.

## **Conclusiones provisionales y parciales del capítulo cuarto**

**1. Primera conclusión.** La asunción de una actitud hipotética, en la argumentación de las decisiones judiciales y la asunción de una actitud asertórica en los puntos resolutivos, es el núcleo de una ética de la autenticidad del discurso judicial. Mediante la actitud hipotética se pueden neutralizar los contextos de la acción social de los roles no institucionales, de los prejuicios del mundo de la vida y de la acción colonizadora de los sistemas económico y político, sobre el sistema jurídico. Mediante la asunción de una actitud asertórica se pueden estabilizar las expectativas recíprocas de comportamiento recíproco, que es la función del derecho.

De esta manera, podemos considerar a la ética de la autenticidad judicial como una condición (necesaria pero no suficiente) de la eficacia del sistema jurídico, pues contribuye a neutralizar los contextos de acción (sistémicos, de roles, del mundo de la vida) que hacen del derecho un sistema autopoietico, es decir, integrado sólo con actos de habla asertóricos, al tiempo que estabiliza los roles sociales del reconocimiento recíproco, en los que, según Hegel, reside la eticidad de un pueblo.

**2. Segunda conclusión.** La justicia penal no sólo está en los tribunales y en los parlamentos, sino también en los medios de comunicación, porque, tanto unos como otros producen o generan actos de habla performativos, por tanto, ambos deben someterse a la misma racionalidad comunicativa: a la racionalidad

ilocucionaria hipotética que permita la problematización y obligue al desempeño de las pretensiones penales de validez.

No parece fácil tal empresa, sin embargo la alternativa es aceptar que los jueces sean, o sigan siendo, sólo los metanarradores de la fábula de los medios de comunicación sobre la justicia penal y del mito del estado de derecho.

**3. Tercera conclusión.** La teoría moderna del derecho excluye de su concepto a los puntos de vista sociales y éticos, porque, al igual que la antigua, tiene miedo de la contradicción semántica entre los diversos puntos de vista, o la contradicción performativa entre las ilocuciones y las proposiciones, que tienen que tomarse en cuenta para restaurar la justicia. Por ello debe complementarse con una teoría de la argumentación dialéctica que considere a las normas generales o leyes, es decir, al derecho formal, únicamente como la justicia en potencia, como la justicia abstracta o en sí, como la pretensión comunicativa (ilocuciones y proposiciones) de justicia. Y, por su parte, que considere a la justicia como el derecho en acto, como el derecho concreto o-para-sí, o como el derecho desempeñado argumentativamente, desde todos los puntos de vista o cánones relevantes.

Mientras el derecho no se ha argumentado a partir de una problematización, de una contradicción, la justicia se encuentra en potencia o abstractamente o es sólo una pretensión de validez comunicativa de los actos de habla regulativos de la ley, pues puede ser el caso o puede no ser el caso que se desarrolle en acto, o concretamente. Para que el desarrollo del derecho o justicia en potencia llegue a ser la justicia en acto o justicia concreta, se necesita que se

tematicen, proposicionalmente, se desempeñen discursivamente, se ponderen, ilocucionariamente y se redeterminen, dialécticamente, todos los cánones relevantes de la situación jurídica comunicativa. De otro modo, es decir, si sólo se tematizan los cánones no contradictorios, el derecho concreto no será el desarrollo de la justicia en potencia, sino la injusticia en acto.

La cuestión de si la justicia forma parte del derecho o no, queda de esta forma redeterminada, es decir, no es que la justicia sea o no una parte del derecho, sino más bien, si el derecho es un momento abstracto del desarrollo de la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica o un momento de la injusticia por medio de una aplicación sistémica de sus normas generales y abstractas. También podría explorarse la sugerencia de que tanto la justicia como el derecho podrían interpretarse como elementos distintos de los actos de habla regulativos, los que para ser aplicados coactivamente, tendrían que ser desempeñados comunicativamente.

**4. Cuarta conclusión.** En los términos de la ética de la vulnerabilidad de Habermas y de la ética de la responsabilidad de Apel, los derechos humanos deben ser actos de habla regulativos en actitud asertórica, cuando su intención ilocucionaria sea la de proteger al más débil. Lo cual no quiere decir que no pueden ser cuestionados, sino que la carga de la argumentación deberá recaer en el más fuerte. Y los derechos humanos pueden ser concebidos como actos de habla regulativos en actitud hipotética cuando su intención ilocucionaria no sea la de proteger al más débil, sino el de mantener las condiciones de igualdad entre los interactuantes.

Podemos concluir, diciendo que los derechos humanos son las condiciones ético-comunicativas para la apertura (actos de habla regulativos en actitud hipotética) y la clausura (actos de habla regulativos en actitud asertórica) de los sistemas públicos y privados de comunicación que redeterminan la universalidad y la diversidad de la condición humana en la que encuentran, también su fundamento. El desarrollo de una propuesta como la anterior sólo puede hacerse, aplicándola a casos complejos, como pueden ser la autonomía de las comunidades indígenas, la libertad de información y, en especial, la desregulación de los mercados financieros en el marco de la “colonización” del mundo de la vida por el sistema autopoietico del capital.

**5. Quinta conclusión.** El derecho, en tanto que sistema de comunicación, ha sido víctima de una colonización autopoietica por parte del capital, el cual en su afán de reproducirse como tal, ha conducido al derecho (privado, social y público) a excluir toda argumentación razonable que tome en cuenta y sopesa, es decir, que tematice todos los ingredientes relevantes de las situaciones jurídicas significativas, lo cual hace inmune al derecho de las injusticias y del sufrimiento que causa su creación y su aplicación autopoietica.

Para mitigar o contrarrestar esta “injusticia conforme a derecho”, la redeterminación del derecho, en términos comunicativos, se ha vuelto un imperativo no sólo moral sino de sobrevivencia humana. Ello no quiere decir, que el estado de derecho, es decir, de la seguridad jurídica, deba desecharse. Al contrario, para hacer compatible la justicia y el derecho, es decir, al “derecho conforme a la justicia”, considerar al derecho escrito, únicamente, como el derecho

en potencia, como el derecho abstracto o como una simple pretensión jurídica, nos parece que puede ser un buen punto de partida, para llegar a un derecho en acto, a un derecho en concreto, a un derecho desempeñado, por medio de la asunción de actitudes hipotéticas, de soportar las contradicciones y por la redeterminación de todos los tópicos relevantes para la situación jurídica controvertida.

**6. Sexta conclusión.** Para Hanna Arendt, la desobediencia civil tiene o debe tener como propósito, el rescatar la posibilidad de actuar en público, de recuperar los espacios públicos que constituyen el poder del pueblo en su conjunto. Para Habermas, la desobediencia civil tiende a devolver a la sociedad su capacidad para la acción comunicativa, constituyendo un poder comunicativo, a través de redes comunicativas de grupos autónomos y de la influencia en la opinión pública para invertir los procesos sistémicos de comunicación que determinan la acción administrativa y política del estado.

La desobediencia civil, mediada por la acción comunicativa, se puede concebir como una alternativa tanto a la colonización sistémica del mundo de la vida por el estado y el capital (Habermas) como a la violencia destructora del sistema, violencia que, en opinión de Hanna Arendt, es estéril para la creación de nuevas instituciones. La acción revolucionaria, por su parte, requiere, para superar tal esterilidad institucional, de la acción comunicativa, a la cual, puede no serle suficiente la desobediencia civil, para conservar su eficacia, sino que necesite de la acción revolucionaria de las masas.

## **CAPITULO QUINTO. LA ESTETICA DEL DISCURSO JURIDICO**

Mucho se ha hablado, en este trabajo, del lenguaje del derecho: de su semántica o de su interpretación; de su sintaxis o de su lógica; de su pragmática o de su uso. Pero pocas veces hemos hecho referencia a la estética del lenguaje jurídico. Y no es que el lenguaje del derecho sea bello, sino más bien al contrario: es profundamente antiestético, aburrido y poco elegante.

El lenguaje con el que se escriben las leyes y los códigos, no tiene nada de artístico, sino que se le utiliza con el mínimo de expresividad lingüística. Por su parte el lenguaje de los expedientes judiciales, no sólo es muy desagradable, sino que es de los más abstruso, redundante y carente de toda pretensión de corrección formal. Incluso el lenguaje de los libros de texto jurídicos no causan ni lo pretenden, la más mínima emoción estética ni intentan ningún giro literario más o menos imaginativo. Ya decía Radbruch que el lenguaje de las normas es demasiado escueto y frío y el de los tribunales demasiado ampuloso y afectado.<sup>1</sup>

Claro que no siempre ha sido así. Dicen que Stendhal, el fino novelista francés, leía diariamente el Código de Napoleón para afinar su estilo.<sup>2</sup> También si uno lee a algunos de los autores clásicos del derecho, con Ihering, Savigny, Beccaria, entre otros, se siente a veces el hálito alado del espíritu.<sup>3</sup> Por lo que se refiere a nuestros “clásicos” jurídicos, pudieran conmovernos, aunque sea un

---

<sup>1</sup> Radbruch, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1978, p. 134.

<sup>2</sup> Introducción, a *Rojo y negro* de Stendhal, Edivisión, México, 1999, p. 3.

<sup>3</sup> E. g., Ihering, R., *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada y Biseca, Porrúa, México, 1989, p. 3: “El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.”

poco, Mendieta y Núñez en su “El problema agrario de México”; Mario de la Cueva, con su “La idea del estado”; García Maynez, con su libro “Diálogos jurídicos”, entre algunos otros.<sup>4</sup>

La sola mención de la estética junto al derecho causa extrañeza. ¿qué tiene que ver el lenguaje artístico o poético, que es ambiguo, simbólico y personal, con el lenguaje jurídico que debe ser lo más preciso, lo más impersonal y lo más claro posible?, se preguntará, posiblemente, algún amante del lenguaje formalista de los procesos judiciales. Para responder a esta hipotética pregunta, podríamos recordar, solamente, a Carlos Fuentes, novelista y ensayista mexicano, que decía que sólo pudo soportar el lenguaje del derecho mercantil, leyendo “La comedia humana” de Balzac, en la cual cada novela de las cien que la integran, trata de algún tema relacionado con el derecho privado.<sup>5</sup> Por ejemplo, las novela “Eugenia Grandet”, “César Birotteau”, “La casa Nuncingen”, bien pudieran titularse: “De las quiebras”; los títulos de otras novelas hablan por sí mismos: “El contrato de matrimonio”, “La interdicción”, entre otros.

La “sequedad” del lenguaje jurídico proviene de la separación que el derecho ha sufrido con respecto del mundo vital y que su enseñanza “pura” consolida y reproduce. Podríamos decir que la pobreza del lenguaje jurídico se encuentra vinculado con los procesos sociales de la autopoiesis sistémica. Lo cual

---

<sup>4</sup> E. g. De la Cueva, Mario, *La idea del estado*, UNAM, México, 1986, p. 6: “el estado es el fantasma que han inventado los poseedores de la tierra y la riqueza para imponer coactivamente a los *sin-tierra-y-sin-riqueza*, el respeto de la llamada propiedad privada.”

<sup>5</sup> Fuentes, Carlos, *Tiempo mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1998, p. 57: “Donde todo era (...) la memorización inútil de los artículos del Código Civil (...) Pedroso nos conducía a la comprensión del derecho burgués a través de la energía social de Balzac, la sensibilidad privada de Rousseau o la melancolía burocrática de Galdós.”

no quiere decir que la “fealdad jurídica” sea inevitable, pues la cultura, incluida la cultura jurídica, forma parte de uno y mismo mundo de la vida, de la cual el derecho sólo forma un estrato de significado, que guarda estrechas relaciones hermenéuticas o simbólicas con todos los demás.<sup>6</sup>

Reflexionar sobre las relaciones recíprocas que se establecen o deben establecerse entre el lenguaje del derecho y el lenguaje estético, y especialmente, el lenguaje literario, a la luz de la hermenéutica filosófica y de la teoría de los actos de habla, habrá de ser el objeto de este último capítulo.

---

<sup>6</sup> Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 22.

### 5.1. “*Paideia*” jurídica y el derecho como arte

Podríamos explicar el divorcio entre la estética y la jurisprudencia, mediante la crítica que Gadamer le hace a Kant por haber separado la lógica (Crítica de la razón pura), la ética (Crítica de la razón práctica) y la estética (Crítica del juicio).<sup>7</sup> Esta escisión que Kant sólo llevó al plano filosófico pero que, en realidad, es producto de una diferenciación sistémica de la sociedad moderna,<sup>8</sup> ha evitado que se considere al arte no tan sólo como una fuente de conocimiento,<sup>9</sup> sino también y, sobre todo, como un arquetipo de la justicia.

Que el arte sea un medio de conocimiento es algo que ha sido reconocido ya desde los griegos. Para Platón lo bello se identificaba con lo verdadero pero también con lo bueno.<sup>10</sup> Lo cual no quiere decir que todo lo bello sea verdadero y bueno, sino que la belleza es el mejor medio par alcanzar tanto la verdad como la bondad.

Digamos que la educación estética del hombre, impulsa su desarrollo cognitivo y afina su sensibilidad moral.<sup>11</sup> Dice José Enrique Rodó que es necesario considerar “*al educado sentido de lo bello (como) el colaborador más*

---

<sup>7</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, I, p. 76.

<sup>8</sup> Luhmann, Niklas, “La observación sociológica del derecho, trad. Héctor Fix Fierro, en *Crítica jurídica*, núm 12, México, UNAM, 1993, p. 102.

<sup>9</sup> Ver *supra*, nota 585.

<sup>10</sup> Platón, *La república*, trad. Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 2000, p. 236.

<sup>11</sup> Schiller, *Cartas sobre la educación estética del hombre*, trad. Vicente Romano García, Aguilar, Buenos Aires, 1981, pp. 114, 115.

*eficaz en la formación de un delicado instinto de justicia*".<sup>12</sup> La razón que da para ello es que el cumplimiento del deber es más eficaz, cuando se siente no como una imposición sino como una armonía.<sup>13</sup>

Del mismo modo, nos parece que la educación estética del abogado puede contribuir a desarrollar un armonioso sentido de la justicia al considerar al derecho como un arte. En este sentido el derecho no es una ciencia, pero puede llegar a constituir una verdadera obra de arte.

La naturaleza artística del discurso jurídico no radica en sus actos de habla regulativos (normas), ni tampoco en sus actos de habla constatativos (resoluciones), sino, sobre todo, en sus actos de habla expresivos (argumentos). La forma y la estructura de la argumentación para justificar la aprobación de una norma o para emitir una resolución pueden ser estética o pueden no serlo. Podríamos decir que este sería un primer criterio para saber si se trata de una norma o de una decisión justa: la belleza como criterio de justicia.

Podríamos decir que la argumentación jurídica artística, se encuentra formada por actos de habla argumentativos, cuya intención ilocucionaria es la aplicación del principio del discurso y del principio de adecuación.<sup>14</sup> Es decir, la argumentación jurídica estética es la que busca el consenso y la imparcialidad. El consenso en la elaboración de las leyes y la imparcialidad en la aplicación de las mismas. En los dos, se intenta la armonización de los puntos de vista de todos los afectados y de todos los aspectos de una misma situación. En ambos casos, en el

---

<sup>12</sup> Rodó, Enrique, *Ariel*, Porrúa, México, 1989, p. 17.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Ver *supra*, incisos núms. 3.1.4. y 3.3.

del legislador y en el del juez, la asunción de la actitud hipotética y la asunción ideal del rol del otro constituyen condiciones necesarias de la estética del discurso jurídico.

El “juez dialógico” concide con estas tres condiciones de la estética del discurso jurídico: tematización de los tópicos relevantes de la situación, asunción de la actitud hipotética y asunción ideal de los roles de las partes. Bien lo podríamos llamar un “juez esteta”. Figura que no deja de ser un modelo al cual es necesario intentar acercarse por parte de los jueces, realmente existentes.

Con base en este modelo de juez, analizaremos, en seguida, tres casos jurídico-literarios, que son ya clásicos en la “paideia” jurídica: “Euménides” de Esquilo; “El mercader de Venecia” de Shakespeare y “Las brujas de Salem” de Arthur Miller.

### **5.1.1. “Euménides” o la dialéctica de la justicia**

La verdadera tragedia, dice Hegel, consiste en la contradicción entre dos valores positivos que se encuentran en conflicto: ambos deben realizarse, pero si se cumple uno se infringe el otro, y viceversa, si se lleva a cabo éste, se violenta a aquél. De manera que, de cualquier modo, el héroe trágico es, a la vez, inocente y culpable y el castigo o la falta de castigo son ambos, justos e injustos, al mismo tiempo.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Hegel, *Estética 8, La poesía*, p. 296: “Los héroes trágicos son tan culpables como inocentes.”; p. 299: “Así a ambos les es inmanente aquello contra lo cual se rebelan y son apresados y destrozados por lo que pertenece al círculo de su propia existencia.”

Esta dialéctica negativa es, precisamente, lo que le sucede a Orestes, el héroe de la tragedia griega “La orestíada” de Esquilo, de la cual, “Las euménides” es la tercera y última parte. La contradicción ineludible de Orestes consiste en que debe honrar y, a la vez, matar a quién asesinó a su padre Agamenón: su propia madre Clitemnestra. La cual, a su vez, ha estado sometida a esta dialéctica negativa de la venganza: matar y honrar a quien asesinó a su hija Ifigenia: su propio esposo Agamenón. El cual, por último, es también presa de la contradicción entre sacrificar a su hija Ifigenia a la diosa Artemisa o perder el liderazgo de los griegos frente a los troyanos.<sup>16</sup>

Orestes es culpable por haber dado muerte a su madre Clitemnestra, pero inocente por haber vengado la muerte de su padre Agamenón; Clitemnestra es culpable por haber dado muerte a su esposo Agamenón, pero es inocente por haber vengado a su hija Ifigenia; y Agamenón es culpable de haber dado muerte a su hija Ifigenia, pero es inocente por haber llevado a los griegos a la “sagrada” Troya. Los tres son culpables de asesinato : Agamenón por haber matado a Ifigenia, Clitemnestra a Agamenón y Orestes a Clitemnestra; pero los tres son inocentes: Orestes vengó la muerte de su padre, Clitemnestra la de su hija y Agamenón llevó a los griegos a la victoria.

Al haber dado muerte a Agamenón, Clitemnestra cumple un deber y comete un delito; del mismo modo, Orestes, cumple un deber y comete un delito, al dar muerte a Clitemnestra. La misma acción, en ambos casos, es a la vez, una sanción y un hecho ilícito. Sanción porque es una venganza y hecho ilícito porque

---

<sup>16</sup> Cfr. Marino, Antonio, *Venganza y justicia en la Orestíada de Esquilo*, ENEP-Acatlán, Naucalpan, 2003, pp. 27 y 28.

condiciona otra venganza. Sin embargo, mientras Agamenón y Clitemnestra son castigados, por su crimen y no por su vengnza, Orestes es exonerado a pesar de su venganza.

La solución a la contradicción por parte de Esquilo, nos deja la sensación de que no se ha hecho justicia, no a Clitemnestra sino a Efigenia, pues es la única víctima inocente de todo el drama. Los argumentos de la sombra de Clitemnestra para que las Erinas apresuren la venganza de su muerte en su propio hijo, soslayan su culpa y enfatizan su propio matricidio:

Errante entre las sombras oigo sin cesar el dicerio de Asesina, y sigo mis pasos llena de ignominia. Sí, lo digo otra vez, me echan en cara allá mi crimen ... ¡y tras haber sido tan cruelmente tratada por quien debiera haberme amado más, no hay un dios siquiera que sienta indignación para favorecer a una madre que sucumbió a manos matricidas ... ¡ ¡Mira esta heridas desde el fondo de tu corazón! En el sueño tiene el alma ojos de penetrante lucidez, en tanto que despiertos los mortales tienen la vista muy corta.<sup>17</sup>

Se siente, al leer lo anterior, la pesadumbre moral por partida doble, que la consideren asesina, cuando ella solo cumplió su deber maternal, por un lado, y, por el otro, que su otro hijo, "*Orestes el asesino de esta su madre*" se escape sin castigo.

La subsecuente discusión de las vengadoras erinas con el defensor de Orestes, el dios Apolo, nos revelan, a la vez, el origen de la dialéctica negativa del crimen y los argumentos encontrados de cada interpretación del mismo:

CORO.- Fue el oráculo tuyo el que intimó a tu huésped que se tornara en asesino de su propia madre.

APOLO.- No, yo le mande vengar la muerte de su padre. ¡Qué más?<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Esquilo, *Trilogía de Orestes. III. Euménides*, trad. Angel ma. Garibay, Porrúa, México, 2003, p. 175.

Lo que para las vengadoras se interpreta como el asesinato de su propia madre, para el dios defensor, se interpreta como la venganza de la muerte del padre. Es decir, ambos sólo toman en cuenta la interpretación que favorece a su causa, pero no toman en cuenta la interpretación que la desfavorece. Diremos que “Ambos tienen el mismo derecho y la misma falta de derecho”, parafraseando a Hegel. 19

En seguida, ambas partes, la acusación y la defensa, exponen los que van a ser sus argumentos fundamenteles:

CORO.- Nosotras echamos del hogar a los matricidas.

APOLO.- ¿Qué pues? ¿Y la mujer que mata al marido, qué?

CORO.- No derrama siquiera la sangre que fue suya.

APOLO.- En nada tienes, sin honor estimas el sacro pacto que garantizan Zeus y Hera en el connubio.<sup>20</sup>

Para la erinas, es más sagrada la relación entre los hijos y sus padres que la relación entre esposo y esposa. Y lo contrario, para Apolo, la relación entre esposos es preferible que la relación entre los padres y los hijos. Sin embargo, el mismo Orestes se defiende antes la divina juez Atenea, contra sus acusadoras con la conciencia llena de contradicciones. Primero, confiesa su acción, con la seguridad que fue no tan sólo lícita, sino además el cumplimiento de un deber de venganza:

---

<sup>18</sup> *Idem.* p. 177.

<sup>19</sup> Hegel, *Fenomenología*, p. 429.

<sup>20</sup> Esquilo, *op. cit.* p. 177.

Yo estaba lejos en destierro, pero regresar pude y, no bien había llegado a mi patria, cuando yo mismo maté a mi madre ¿para que negarlo? ¡Castigo fue de la muerte que había dado a mi amado padre! De todo esto es responsable Loxias. El me empujó, su oráculo era para mí un aguijón punzante que me impelía a hacerlo. Y sus amenazas: si yo no cumplía con su vaticinio: tendría una vida colmada de infortunios. Debía yo acabar con los dos culpables. A ti juzgar toca si hice bien o hice mal siguiendo la orden de Apolo y ejecutando la venganza. Da tu fallo. Para mí es inapelable; sea el que fuere, me someto.<sup>21</sup>

Pero en seguida, ante el acoso de la erinias, duda de la legítimidad de su conducta:

ORESTES.- Dos crímenes a ella la tenían maculada.

CORO.- ¿Cómo es eso? ¡Declara a los jueces!

ORESTES.- Mató a su esposo. Mató a mi padre.

CORO.- Pero tú estás vivo, y ella ya dio su tributo a la muerte.

ORESTES.- Y, ¿Por qué no la acosaste con tus persecuciones mientras estaba viva?

CORO.- Ah, no, en sus venas no corría la sangre del que ella mató.

ORESTES.- Pero ... ¿es que yo tengo la misma sangre que mi madre?

CORO.- Ay, infeliz ... ¿no te nutrió su seno? ¡Asesino, reniegas de la sangre de una madre ...!

ORESTES.- ¡Da tu testimonio, oh Apolo ..., dame a mí luz ... ¡¿La maté con justicia? El hecho no lo niego. Si, yo maté a mi madre ... ¿Tuve razón o no? ¿Qué decir puedo? A ti te toca definirlo. Que estos lo sepan. Yo declararé entonces.

(...)

APOLO.- (...) Muy distinto es matar a un hombre noble augusto por el cetro que regio poder le daba, y eso a manos de una mujer!

---

<sup>21</sup> *Idem.* p. 183.

(...)

CORO.- ¡Mira cómo puedes defenderlo de su crimen! La sangre de su madre, la misma sangre que en sus propias venas corre, la derramó en la tierra ..., ¡y ha de habitar ahora en Argos la casa paterna! ¡en qué aras ofrendará sus víctimas? ¿Qué fratría habrá que lo deje participar de sus lustraciones?

APOLO.- También a eso diré y ten sabida la rectitud con que hablo. No es la madre la que engendra al niño que da el mundo: nodriza solamente es que recibe y nutre el germen que en ella se siembra. Es el padre el que engendra al fecundarla.<sup>22</sup>

Ahora, al argumento del defensor ha cambiado. Ante la acusación de que Orestes ha derramado su propia sangre, Apolo ya no sostiene, como antes, que valga más la relación de matrimonio que la relación filial, pues, ha matado a su propia madre, sino que vale más la relación de padre e hijo que la del hijo con la madre, ya que la madre sólo es fecundada pero no engendra, lo cual tal vez era convincente entonces, pero no ahora. Pero es este el argumento que Atenea va utilizar para presionar a los jueces para que absuelvan a Orestes:

ATENEA.- ¿Todos hablaron? Debo hablar ahora: he de decir la última palabra. Doy mi sufragio a favor de Orestes. ¡Yo no tuve madre que al mundo me diera! Estoy a favor del varón, ¿qué me importa el himeneo? Al varón patrocino. Es el padre quien triunfa ... ¿Una mujer? Y, ¿qué es una mujer? ¡Una mujer que es muerta ... una mujer que mata! Y mata a quien guardaba la dicha de su hogar. ¡Aunque los votos no igualen en número, el vencedor será Orestes! Ea, jueces ... pronto ... que se den los votos ... que el cómputo se haga.<sup>23</sup>

La resolución, por supuesto deja muy inconformes a las erinias, que amenazan a la diosa con ocasionar múltiples males a la ciudad, puesto que “¡Se

---

<sup>22</sup> *Idem.* pp. 186, 187.

<sup>23</sup> *Idem.* p. 189.

*derrumbó la casa de la justicia!*".<sup>24</sup> Los argumentos fueron tan poco convincentes, que los lamentos de las diosas de la venganza son, en realidad estremecedores:

CORO.- ¡Dioses nuevos, oh dioses ... habéis hollado las antiguas leyes ... ¡ Yo lo tenía en mis manos: me lo hebéis arrebatado. ¡Está hecho! No dejaré de vengarme. Yo la despreciada, yo la vencida, dejaré caer sobre este país un cúmulo de males. Veneno hay en mi alma, y ese veneno habré de desbordarse. Caerá gota a gota ... y cada gota será para esta ciudad un infortunio ... ha de nacer la lepra, ha de brotar la muerte para los niños débiles ... es la Justicia Augusta que pone en esta tierra la marca de su venganza ... Pero sollozando estoy ... y ¿qué hacer pudiera? Odiosa habré de ser para esta ciudad. ¿Las hijas de la Noche afrentadas, las hijas de la noche vilipendiadas ...?<sup>25</sup>

Su furor no se calma aunque la diosa trata, a toda costa de persuadirlas de la justicia de la decisión:

CORO.- ¿Ay, así yo humillada? ... ¿Yo antigua diosa, morar en este suelo ... todo él maculado, todo él inmundo? ¡No, nunca, no! Venganza yo respiro cólera odio y encono ...! Oh cielo, oh tierra, ay, que amarga tortura, que doliente tortura penetra el corazón ...! Madre Noche ... escucha mis lamentos ... Ellos son dioses y me roban mis honores ... fraudulentos a nada los reducen ...<sup>26</sup>

Atenea se alarma, cuando se da cuenta que peligra la paz pública, a raíz de de la justicia fraudulenta que se ha impartido, e intenta compensar a las "viejas diosas" de sus agravios, con reconocimientos y nuevos honores:

ATENEA.- (...) Oídmeme más bien: los años al correr harán que medre, crezca y se ensanche esta ciudad. En ella, en el glorioso suelo de Erecteo, tendrás tu santuario. Y allí vendrán, varones y mujeres, en cortejo incesante a rendirte homenajes, que ningún mortal te rendiría. Pero tú en mis lugares no arrojes los sangrantes agujones que destrocen con odios los pechos juveniles y los embriaguen en furioso encono, con embriaguez más funesta que la del vino. No en las almas de mis ciudadanos prendas la

---

<sup>24</sup> *Idem.* p. 184.

<sup>25</sup> *Idem.* p. 190.

<sup>26</sup> *Idem.* p. 191.

cólera de las discordias, para que no, a guisa de gallos, unos contra otros en la contienda se desgarran. No medre en ellos la sed de la muerte para matarse hermanos con hermanos. Se busca gloria verdadera. No en los domésticos disturbios se logra, que es propia de aves miserables tenerlos, sino ante el invasor, ante el extraño que la ciudad ataque. ¡Tal es lo que yo ofrezco: tú recíbelo: beneficiente para todos, de todos recibirás honores. Y así participarás conmigo de esta tierra amada de los dioses.<sup>27</sup>

Y las feroces erinas vengadoras ceden al halago y al miedo a que las discordias civiles se enciendan por la injusticia cometida, y aceptan el compromiso con la diosa de evitar tanto la anarquía como el despotismo, convirtiéndose en las satisfechas euménides justicieras:

ATENEA.- Lo oísteis ya, de la ciudad custodios. Y ¿vosotros qué haréis? Grande es aún el poder de Erina; no sólo en el profundo del abismo solamente, sino en las alturas de los inmortales. Ella la que a los hombres marca el camino, de lo justo y de lo injusto. Ellas dan sus dones: la risa eterna para unos, la amargura de lágrimas para otros.

( ... )

CORO.- ¡No la discordia que jamás se sacia de desdichas en esa ciudad breme! ¡Nunca se enrojecza el polvo de sus plazas con la sangre ardiente de los ciudadanos que unos a otros en venganza se matan con ruina perdurable para el pueblo! ¡El mismo amor los corazones participen y el mismo odio al igual: para el bien uno, para el mal el otro! ¡Tal es la más alta forma de remediar innumerables males entre hombres!<sup>28</sup>

Pero nadie se acuerda ya de los lamentos de Clitemnestra, ni menos de los agravios de Efigenia, cuya muerte, en realidad, nunca fue vengada, pues la muerte impune de aquella por Orestes, fue la negación de la negación del asesinato de Agamenón, su asesino padre.<sup>29</sup> En realidad las Euménides no son

---

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Idem.* pp. 192, 193.

<sup>29</sup> Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 101, p. 111.

las diosas de la venganza transformada en la justicia, sino las diosas de la justicia transformada en la “injusticia institucionalizada”.

Triunfa, en la obra de Esquilo, no la justicia, sino el principio masculino del poder público (*polis*), por encima de la justicia femenina privada (*oikos*).<sup>30</sup> Lo cual no deja de ser realista en extremo, pues así ha sido, desde entonces, la tragedia de la sociedad humana: la estabilidad del poder por medio de la institucionalización de la injusticia, es decir, por medio de la injusticia conforme a derecho.<sup>31</sup>

Pero no es algo fatal, pues la obra con toda la grandeza que pueda tener, carece de la dialéctica de la belleza que lleva hasta el extremo la contradicción de ambos principios ( público-masculino y privado- femenino), ya que la argumentación, por parte de las diosas acusadoras, pudo haberse llevado a un punto nodal de contradicción, es decir, hasta el punto en el que pudieran armonizarse entre sí, de una manera equitativa.

Si tematizamos todos los ingredientes de la situación, se podría tomar en cuenta el origen de toda la tragedia que es la muerte de Efigenia por su padre Agamenón. También Agamenón derramó su propia sangre, la de su hija, como Orestes derramó la de su madre, Clitemnestra. Y si Orestes, fue absuelto porque no fue “engendrado” por Clitemnestra, sino sólo por Agamenón a quién vengó, Efigenia fue asesinada por quien la “engendró”, su propio padre Agamenón, por tanto merecía la muerte, desde este punto de vista, sentencia que Clitemnestra

---

<sup>30</sup> Marino, Antonio, *op. cit.* pp. 114, 120.

<sup>31</sup> Ver *supra*, inciso núm. 4.5.4.

sólo ejecutó, sin derramar su propia sangre sino la de su esposo, por haber derramado la suya, en su propia hija, por lo cual debió haber sido absuelta por Orestes, que, sin embargo, la ejecutó y, con ello, merecía la muerte, condena que, sin embargo, le fue perdonada porque, según este tópico del parentesco, no derramó su propia sangre.

Suponiendo que esto fuera así, no por eso le estaba permitido asesinar a su madre por haber matado a su padre, pues ella, se encontraba obligada a hacerlo así, pues vengó su propia sangre sin derramar la suya. Por ello, la sentencia justa para Orestes hubiera sido, sino la muerte, sí el destierro o otra pena, pues derramó la sangre sin derramar su sangre. De este modo ambos principios habrían quedado satisfechos: el masculino, porque fue vengado el padre; y el femenino porque fue muerto el asesino de la hija, y castigado aunque no muerto, el asesino de la madre.

Claro que, aún en este supuesto, el principio masculino hubiera encontrado otro argumento, o más bien pretexto, para justificar la muerte de la hija y reprimir el principio femenino. Con lo cual, el principio femenino de la singularidad se engendrará constantantemente y constantemente será reprimido, por lo que su venganza será la constante disolución de la comunidad ética, mediante la “*eterna ironía de la comunidad*” que no es otra cosa que la feminidad misma.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 281.

### 5.1.2. “El mercader de Venecia” o la dialéctica del positivismo

Dice Ihering que la solución jurídica que Shakespeare da a la pretensión del judío Shylok de cobrar con una libra de carne del pecho de Antonio, el mercader de Venecia, por un cuantioso préstamo que le había otorgado y que no le había pagado oportunamente, es “un subterfugio, una miserabla astucia, una burla indigna”, porque se le autoriza “cortar la libra de carne” pero se le prohíbe “hacer correr la sangre necesaria a la operación.”<sup>33</sup> Por ello, le parece que “se niega la justicia engañándole”.<sup>34</sup>

Todo ello, a pesar de que, reconoce el mismo autor, que lo que impulsa al Shylok es “el espíritu de venganza y el odio”, ya que su lenguaje “es el lenguaje que el sentimiento del derecho lesionado hablará siempre; es la potencia de esa persuasión inquebrantable de que el derecho debe ser siempre derecho”.<sup>35</sup> Es decir, para Ihering, si no prevalece del derecho, aún contra la misma injusticia, se comete una mayor injusticia. O sea, equivale a sostener que la justicia que no es conforme a derecho sería una injusticia, y que la injusticia conforme a derecho no implicaría ninguna injusticia.<sup>36</sup>

Esta opinión es digna del Ihering de la época de la escuela de la “jurisprudencia de conceptos”, pero no, tal vez, del Ihering de la “jurisprudencia

---

<sup>33</sup> Ihering, R. Von, *La lucha por el derecho*, p. 80.

<sup>34</sup> *Idem.* p. 81.

<sup>35</sup> *Idem.* p. 78.

<sup>36</sup> Cfr. *supra*, inciso, núm. 4.5.4.

de intereses”,<sup>37</sup> en la que la “belleza dramática” del derecho nos puede llevar, aunque no fatalmente, a la justicia conforme a derecho .<sup>38</sup> Y esto es lo que, nos parece, que sucede en la obra de Shakespeare: *la estética del drama como portadora de la dialéctica de la justicia*. Nos proponemos analizar “El mercader de Venecia”, en tres niveles: la contradicción entre misericordia, por un lado y la justicia y la seguridad jurídica, por otro; la semántica de la interpretación jurídica y la argumentación dialéctica jurídica.

La obra termina, dramáticamente, en el acto IV, puesto que es en éste en el que se lleva hasta el extremo el “punto nodal” de la contradicción entre la misericordia y dos de los valores del derecho, la justicia y la seguridad jurídica y ahí mismo se resuelve. La misericordia la expresa Porcia, disfrazada de doctor en derecho, después de que Shylock se niega a tenerla con Antonio, pues nadie le obliga a ello:

La cualidad de la misericordia  
no conoce limitación alguna.  
Cae del cielo a la tierra como suave lluvia  
y es dos veces bendita;  
bendice al que da y al que recibe.  
Es la más poderosa entre los poderosos  
y le conviene al monarca en su trono  
mejor que su corona.  
El cetro significa la fuerza del poder  
temporal, el atributo de la majestad  
y el respeto en que radica el temor  
y miedo de los reyes;  
pero la misericordia se alza por encima  
de esta hegemonía real. Está entronizada  
en los corazones de los que reinan;

---

<sup>37</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y filosofía del derecho*, EJE, Buenos Aires, 1961, pp. 135, 136.

<sup>38</sup> Alas, Leopoldo, en Prólogo, a *La lucha por el derecho* de Ihering, pp. XLIII, XLIV.

es ella un atributo de Dios mismo.  
Por tanto el poder terrenal se asemeja más  
al de Dios cuando la misericordia  
sazona la justicia.  
En consecuencia, judío,  
aunque la justicia sea tu argumento,  
condiera esto: que en el curso de la justicia  
ninguno de nosotros hallará salvación.  
Pedimos misericordia, y la oración misma  
nos enseña a todos a devolver  
obras de misericordia. Te he hablado  
de esta manera para mitigar  
el rigor de tu demanda, la cual,  
de persistir tu en ella,  
obligará a esta severa corte veneciana  
a pronunciar sentencia contra este mercader.<sup>39</sup>

Al parecer, Shakespeare está hablando de la misericordia como la mitigación de la justicia, del mismo modo como, en la actualidad, se habla de la equidad para mitigar la severidad del derecho. Lo que sucede es que se identifica la justicia y el derecho (justicia legal), por lo cual podemos considerar a la misericordia como la equidad.<sup>40</sup> De modo que, para nuestros propósitos, consideraremos el drama shakesperiano como una contradicción entre la justicia equitativa (justicia no conforme a derecho) y la seguridad jurídica (justicia conforme a derecho), para decirlo en términos modernos. Es Shylock pero también Porcia, quienes se encargan de exponer con toda crudeza el valor de la seguridad jurídica (o justicia conforme a derecho), en varios momentos del proceso. Dice Shylock, al inicio del mismo:

Ya le he informado a vuestra señoría  
de mis propósitos, y por nuestro agosto Sábado  
he jurado

---

<sup>39</sup> Shakespeare, *El mercader de Venecia*, trad. Ma. Enriquete González Padilla, UNAM, México, 1997, pp. 169, 170.

<sup>40</sup> Campbell, Tom, *La justicia*, trad. Silvina Alvarez, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 31.

obrar en lo que es debido conforme a mi contrato.  
Si me lo negáis, tened por cierto que un perjuicio  
caerá sobre vuestra constitución y sobre  
las libertades de vuestra ciudad.<sup>41</sup>

Más adelante, vuelve a amenazar con la ruina de las leyes si no se le  
respecta su contrato:

Así os contesto yo:  
la libra me costó muy cara; es mía y he de tenerla.  
Si osáis negármela, caiga el oprobio  
sobre vuestras leyes. No tendrán fuerza  
los decretos de Venecia. Reclamo justicia.  
¿La obtendré? Respondedme.<sup>42</sup>

Y Porcia también defiende la seguridad jurídica hasta el extremo de no  
considerar la posibilidad de ninguna excepción al cumplimiento de la ley, aunque  
se trate de evitar un mal mayor. Le dice Bassanio, el amigo de Antonio:

**Bassanio**

(...)

Y yo os ruego, haced por una vez  
violencia a la ley  
con vuestra autoridad;  
haced un pequeño mal  
por hacer un gran bien,  
y venced la voluntad de este demonio cruel.

**Porcia**

No puede ser; no hay poder en Venecia  
que pueda alterar así un decreto establecido;  
quedaría consignado como precedente,  
y múltiples injusticias por el solo ejemplo  
se precipitarían sobre el Estado.  
No es posible.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Shakespeare, *El mercader de Venecia*, p. 161.

<sup>42</sup> *Idem.* p. 164.

<sup>43</sup> *Idem.* pp. 171, 172.

Queda así planteado tanto el conflicto ético jurídico como el conflicto estético dramático. Por un lado, la clemencia que permita hacer un mal menor, la violación de la ley, para evitar una mayor injusticia, la muerte de Antonio; por el otro, la inalterabilidad de la ley, para evitar que la excepción se convierta en un precedente que la haga inaplicable, en perjuicio de la seguridad jurídica. La contradicción dialéctica entre el derecho y la justicia, es llevada hasta el extremo, hasta la línea nodal, le llama Hegel, <sup>44</sup>lo cual le da todo su dramatismo y, con ello, obliga a una solución jurídica y, a la vez, justa. Si el autor, se inclinara, desde el inicio, por un principio o por el otro, no tan sólo perdería toda la intensidad dramática la obra, sino que tampoco se vería forzado a encontrar una solución ética jurídica. La línea nodal empieza cuando Porcia pide el contrato:

**Porcia**

Os ruego me dejéis ver  
el contrato.

**Shylock**

Helo aquí, reverandísimo doctor. Aquí.

**Porcia**

Mira, Shylock: te ofrecen tres veces tu dinero.

**Shylock**

Un juramento, un juramento. En el cielo  
tengo hecho  
un juramento. ¿En contra de mi alma he de ser  
perjuro? No; no, por toda Venecia.

**Porcia**

Pues este pagaré ya está vencido,

---

<sup>44</sup> Hegel, *Lógica*, I, p. 471: "Pero se introduce un punto de esta variación de lo cuantitativo , en que la cualidad cambia, y el cuanto se muestra como especificante, de modo que la relación cuantitativa varaida se ha trastocado en una medida, y con esto en una nueva cualidad, un nuevo algo."

y puede legalmente según esto  
el judío  
reclamar una libra de carne y cortarla  
del sitio más cercano al corazón  
del mercader. Sé misericordioso,  
toma ahora tres veces tu dinero  
y ordéname romper el pagaré.

### **Shylock**

Cuando éste quede pagado de acuerdo  
con las estipulaciones. A lo que parece  
sois un juez respetable que conoce  
la ley. Ha estado vuestra exposición  
muy bien fundamentada. Os exijo  
en nombre de la ley, de la cual sois un pilar  
tan meritorio, que procedais en este juicio.  
Por mi alma juro que no hay poder en lengua de hombre  
que pueda mudarme. Me planto aquí en mi contrato.<sup>45</sup>

A partir de este momento, el espectador o el lector siente la angustia de la incertidumbre de cómo resolver el dilema: cumplir con la ley sin condenar a Antonio o salvar a Antonio sin violar el derecho. Pero el poeta no contento con eso, nos lleva sin piedad a un grado mayor de contradicción:

---

<sup>45</sup> Shakespeare, *El mercader de Venecia*, pp. 172, 173.

**Porcia**

Porque el contenido y propósito de la ley  
se relaciona en todo con la paga  
que aparece vencida en el contrato

**Shylock**

Es muy cierto. ¡Oh juez derecho y sabio!  
¡Cuánto más viejo eres que tus años!

**Porcia**

Por tanto, deja tu pecho al desnudo

**Shylock**

Sí, su pecho.  
así dice el contrato. ¿No es así noble juez?  
“En lo más próximo a su corazón”;  
tales son las mismísimas palabras.

**Porcia**

Así es. ¿Hay aquí una báscula para pesar  
la carne?

**Shylock**

Sí la tengo preparada.

**Porcia**

Habéis llamado por vuestra cuenta a un cirujano,  
Shylock, para restañar las heridas,  
no vaya a ser que se desangre y muera?

**Shylock**

¿Se especifica en el contrato?

**Porcia**

No está expresado así, pero ¿qué importa?  
Sería bueno que por caridad lo hicierais.

**Shylock**

No veo que caso tenga;  
no lo dice el contrato.<sup>46</sup>

En este momento Shylock está perdido, aunque parezca que ha ganado, pues ha llevado el principio de la seguridad al extremo, o más bien Porcia lo ha conducido a ello, pues a partir de este momento se le revierte en contra suya. Todavía Porcia le dice que, por caridad, traiga un cirujano para curar las heridas que le pueda ocasionar a Antonio, pero para Shylock sólo importa lo que “dice” el contrato, es decir, hace abstracción de los daños que se pueden ocasionar con su cumplimiento. Y , muy probablemente, es en este momento cuando se le ocurre al poeta la solución dramática y a Porcia la solución jurídica del dilema. Si en el contrato, el deber de curar al mercader “*No está expresado así*”, pero se “presupone” que está implícito aunque no esté explícito, entonces el judío tiene la obligación de traer un cirujano. Pero Shylock dice que no es así, porque “*no lo dice el contrato*” expresamente, por lo cual no está obligado a ello. Con esto él mismo se somete a la siguiente ley hermenéutica: sólo se tiene derecho a lo que esta dicho expresamente en el contrato no a lo que se presupone implícitamente.

Y es, en este terreno hermenéutico, donde se coloca Porcia, después de un incidente cómico, durante el desenlace:

**Porcia**

Una libra de carne del mercader es tuya:  
te la concede la corte y te la da la ley.

**Shylock**

¡Oh juez íntegro!

---

<sup>46</sup> *Idem.* pp. 174, 175.

## **Porcia**

Y vos debéis cortar esa carne de su pecho;  
lo permite la ley y la corte lo concede.

## **Shylock**

¡Sapientísimo juez! ¡Qué sentencia! ¡Preparaos!

## **Porcia**

Espera un poco; falta una cosa.  
No te da este contrato ni una gota de sangre.  
Aquí dice expresamente. “una libra de carne”.  
Toma pues tu paga: toma tu libra de carne,  
pero si derramas al cortarla aunque sea sólo  
una gota de sangre del cristiano,  
quedan confiscadas, según la ley veneciana,  
todas tus tierras y propiedades al Estado  
de Venecia.<sup>47</sup>

La resolución dramática y la solución jurídica consisten en una operación hermenéutica, es decir, en una cuestión semántica. Desde un punto de vista semántico, interpretar consiste en seleccionar uno de los sentidos posibles de un término o de una expresión, como el más probable.<sup>48</sup> Dicha selección del sentido más probable, se lleva a cabo, también de una manera semántica, ya sea ampliando o disminuyendo la denotación o extensión de un término o expresión.<sup>49</sup> En el caso del contrato de Shylock, Porcia interpreta la expresión “una libra de carne”, disminuyendo su denotación, de modo que la “sangre” no quede comprendida en ella. Y el judío no puede argumentar que si tiene derecho a la

---

<sup>47</sup> *Idem.* pp. 177, 178.

<sup>48</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.1.

<sup>49</sup> *Idem.* p. 229.

carne del pecho del mercader, se sobreentiende que tiene el derecho de derramar su sangre, porque él mismo ha aceptado que no tiene obligación de curar a éste, puesto que no se establece, expresamente, en el contrato. Es decir, si no tiene obligación de curar a Antonio, porque no está establecido en el contrato, tampoco tiene derecho a herirlo, porque tampoco se encuentra estipulado en el mismo. Si interpreta de una manera restringida sus obligaciones, tiene que aceptar que sus derechos se interpreten también de esa manera.

El haber llevado hasta el extremo el principio de la seguridad jurídica (justicia conforme a derecho), sin tomar en cuenta el principio de la justicia (no conforme a derecho), Shylock se encuentra atrapado en la dialéctica negativa del positivismo jurídico: le es impuesta la letra de la ley (interpretación restringida) sin misericordia, porque el mismo desechó a la misericordia como un argumento jurídico, válidamente. En el desarrollo del desenlace, no encuentra ningún argumento que esgrimir, puesto que ha renunciado de antemano a la validez de los argumentos que no sean “estrictamente” jurídicos. Esta dialéctica negativa queda de manifiesto de una manera melodramática con los apóstrofes de Porcia y las ironías de Graciano, amigo de Antonio. Citaremos, en extenso, la parte final de la escena:

**Shylock**

¿Es ésta la ley?

**Porcia**

Tu mismo puedes ver el texto,  
pues ya que demandas justicia, ten por seguro  
que la obtendrás; y más aún de lo que desees.

**Graciano**

¡Qué juez tan recto! ¡Fijate judío!  
¡Es tan sabio!

**Shylock**

Acepto la oferta entonces. Pagad  
tres veces el contrato  
y que quede libre el cristiano.

**Bassanio**

Aquí está el dinero

**Porcia**

¡Un momento!  
Como el judío quiere que se le haga justicia,  
¡un momento; no hay prisa!  
No va a obtener nada que la ley no especifique.

**Graciano**

¡Mira judío qué juez tan íntegro y tan sabio!

**Porcia**

Por tanto prepárate para cortar la carne;  
mas no derrames sangre, ni cortes más o menos  
que una libra justa de carne. Si tomas más  
o menos que una libra exacta, aunque ello sea  
lo que aligera o sobrepasa la sustancia  
de la fracción de una veinteava parte  
de un simple escrúpulo; más aún, si la balanza  
se inclinare lo que pueda pesar un cabello,  
mueres, y todos tus bienes quedan confiscados.

**Graciano**

¡Un segundo Daniel! ¡Ay judío, qué Daniel!  
en mis manos te tengo  
cogido, pagano.

**Porcia**

¡Qué aguarda el judío! ¡toma tu paga!

**Shylock**

Dadme el principal y dejadme ir.

**Bassanio**

Listo lo tengo para dártelo; aquí está.

**Porcia**

Ya lo rechazó en plena corte. Demanda sólo justicia y lo que especifica el pagaré.

**Graciano**

¡Insisto que es un Daniel, un segundo Daniel!  
te agradezco , judío, que me hayas enseñado tal palabra.

**Shylock**

¿No me pueden dar sólo el principal?

**Porcia**

Tendrás la multa únicamente, para cobrarla a riesgo tuyo, judío.

**Shylock**

¡Qué el diablo entonces disfrute de ella!  
no perderé más tiempo discutiendo.

**Porcia**

Detente, judío. Tiene la ley otra cuenta contigo todavía. Establecen las leyes venecianas que si se prueba contra el extranjero que por medios directos o indirectos busca atentar contra la vida de un ciudadano, la parte aquella contra la que haya conspirado entrará en posesión de la mitad de sus bienes, mientras ingresa al cofre del Estado la otra mitad; en tanto que la vida del ofensor queda enteramente a la merced

del duque, sin apelación ninguna;  
en cuyo predicamento digo que estás tú,  
pues se ve que por procedimiento manifiesto,  
indirectamente, y también directamente,  
has tramado contra la vida misma  
del demandado; y que has caído  
en el peligro antes por mí descrito.  
¡Dobla pues las rodillas  
e implora misericordia del duque!

### **Graciano**

Ruégale que te permita ahorcarte;  
con todo, estando tu riqueza confiscada  
por el Gobierno, ni el valor de una cuerda  
te resta, por lo que tendrás que ser ahorcado  
a costa del Gobierno.<sup>50</sup>

La retórica de este diálogo es realmente deslumbradora, en el sentido que nos permite darnos cuenta de los límites del positivismo jurídico, pero también de la argumentación jurídica. Si el jurista renuncia a la ética jurídica, y exige la aplicación estricta de la ley, se expone a que con la argumentación retórica se le revierta la aplicación de estricta del derecho en su contra. Shylock no tan solo no logra deshacerse del mercader, sino que pierde los intereses de su capital, el capital mismo y toda su riqueza e, incluso su propia dignidad, lo cual ya resulta un exceso de retórica y el autor recae en el extremo opuesto e, incluso en el antisemitismo.

Pero lo realmente importante, desde el punto de vista de la estética jurídica, es que no es posible desdeñar ningún tipo de argumento: ni jurídico, ni moral ni retórico, pues la verdad jurídica es demasiado escurridiza como para dejarse atrapar por sólo uno de ellos. El principio de adecuación, a que se refiere

---

<sup>50</sup> Shakespeare, *El mercader de Venecia*, pp. 178. 181.

Habermas, se realiza de una mejor manera, en la conjunción de la ciencia, la ética y la estética jurídicas.

### 5.1.3. “Las brujas de Salem” o la dialéctica de la verdad

Mientras en la “*Orestíada*” de Esquilo, Atenea, al querer transformar la venganza en la justicia, funda el derecho en la injusticia y en “*El mercader de Venecia*” de Shakespeare, Porcia transforma la injusticia conforme a derecho en la justicia no conforme a derecho; de un modo dialéctico semejante, en “*Las brujas de Salem*”, de Arthur Miller, Abigail Williams transforma la mentira en la verdad jurídica y Elizabeth Proctor transforma la verdad en la falsedad jurídica. El conmovedor arte dramático de estas heroínas del “*Shakespeare moderno*” nos permitirá develar los mecanismos de esta dialéctica negativa de la verdad jurídica.

Es sabido que Arthur Miller escribió esta obra asombrosa, con el propósito de comparar la histeria anticomunista del “mccarthysmo norteamericano” en la década de los cincuenta, con la histeria religiosa que desencadenó la cacería de las brujas de Salem, en la colonia de Massachussets a finales del siglo XVII. En ambas ocasiones hubo muchas víctimas inocentes, pero la primera de ellas fue la verdad jurídica.

Antes de comentar el tercer acto de la obra, en el que se desarrolla el juicio contra las brujas, mencionaremos dos parlamentos de Abigail Williams, en los cuales trata de justificar su comportamiento, pero que pueden explicar como es que todo el pueblo de Salem creyó o fingió creer en su “embujamiento”. El primero de ellos, es en el primer acto, cuando John Proctor la rechaza, arrepentido de haber tenido relaciones con ella, pocos meses antes. La bella, ardiente y

resentida joven, después de criticar a Elizabeth, la esposa de John, hace la siguiente evocación e invocación, a la vez:

ABIGAIL (*con lágrimas en los ojos*): ¡Busco a John Proctor, que me sacó de mi sueño y me abrió los ojos! ¡Yo no sabía que en Salem todo era fingir y fingir, nunca supe que todas esas mujeres cristianas, y sus maridos, confirmados en la fe, sólo me enseñaban mentiras! ¿Y ahora me pides que apague la luz que me permite ver? ¡No lo haré, no puedo! ¡Tu me querías, John Proctor, y, aunque sea pecado, todavía me quieres! (*Proctor se vuelve bruscamente para salir. Abigail se abalanza sobre él*) ¡John, compadécete de mí!<sup>51</sup>

El segundo parlamento, es en el segundo acto, cuando ya está en marcha el proceso por las acusaciones de Abigail a muchas de las mujeres del pueblo, la esposa de su amante entre ellas:

ABIGAIL: Ah, ¡qué duro es que caigan las máscaras! ¡Pero caen, ya lo creo que caen! Has cumplido con tu deber por lo que a ella se refiere. Espero que sea tu última hipocresía. Te ruego que cuando vuelvas lo hagas con noticias más agradables para mí. Sé que lo harás ... ahora ya has cumplido con tu deber. Buenas noches, John. Nada temas. Te salvaré mañana. Te salvaré de ti mismo.”<sup>52</sup>

El mundo de la vida puritano y represivo de la población de Salem, combinaba los aspectos negativos, tanto de la comunidad tradicional como de la sociedad moderna y ninguna de sus virtudes.<sup>53</sup> La competencia individualista se oculta con el puritanismo y la hipocresía religiosa, de modo que la solidaridad social pende del delgado hilo de los convencionalismos religiosos, los cuales, sin embargo, van a proporcionar, al individualismo naciente, la fuerza de la

---

<sup>51</sup> Miller, Arthur, *Las brujas de Salem*, trad. José Luis López Muñoz, Tusquets, Barcelona, 1997, p. 37.

<sup>52</sup> *Idem.* p. 161.

<sup>53</sup> Berumen, Arturo, *Derecho indígena: pluralismo jurídico o pluralismo hermenéutico*, s/p, p. 58.

abstracción, en la que quedarán enfrentados todos contra todos: la creencia en el demonio y en las brujas.

La fatalidad se anuncia ya, premonitoria desde los primeros actos: el baile nocturno de las chicas desnudas en el bosque, alrededor de Tituba, una esclava negra venida de Barbados, el que Abigail Williams haya bebido sangre de gallo para desear la muerte de Elizabeth Proctor, la extraña enfermedad de Betty y Ruth, dos de las chicas que bailaron en el bosque. Todos estos elementos quedan magistralmente presentados en una de las primeras escenas. Pero es cuando el reverendo Hale llega para curar a las chicas, que se desata la histeria colectiva. Abigail se da cuenta que el reverendo Hale desea encontrar indicios de brujería, y lo ayuda a hacerlo, presionando a Tituba a confesar su tráfico con el demonio, la cual, sin embargo resiste a la presión colectiva, hasta que estalla:

TITUBA (*estallando de repente*): ¡Ah, cuántas veces me ha ordenado el demonio que lo mate a usted, señor Parris ¡ (tío de Abigail y reverendo también)

PARRIS: ¡Matarme a mí!

TITUBA (*con el furor de una posesa*): Dice: “¡El señor Parris debe morir! El señor Parris debe morir! El señor Parris no buen hombre, no caballero; señor Parris hombre ruin”, ¡y me ordena levantarme de la cama y cortarle el cuello! (*Todos se quedan boquiabiertos.*) Pero yo le digo “¡No! No odio a ese hombre. No quiero matar a ese hombre”. Pero él dice: “¡Trabaja para mí, Tituba, y te haré libre! Te daré un vestido muy bonito, te subiré hasta lo más alto por el aire, ¡y podrás volver volando a las Barbados!”. Y yo digo: “¡Mientes, demonio, mientes!”. Y luego se me aparece en una noche de tormenta y me dice: “¡Mira! Tengo *blancos* que me pertenecen”. Entonces miro ... y allí está la comadre Good.

PARRIS: ¡Sarah Good!

TITUBA (*balanceándose y llorando*): Así es, reverendo, y la comadre Osburn.

SRA. PUTNAM: ¡Lo sabía! La comadre Osburn fue tres veces mi partera. Te lo supliqué, Thomas, ¿recuerdas? Te suplique que no llamaras a Osburn porque le tenía miedo. ¡Mis hijitas se consumieron entre sus manos!

HALE: Ten valor; has de darnos todos los nombres. ¿Cómo puedes ver los sufrimientos de esa niña sin compadecerte? Mírala, Tituba. (*Señala a Betty, en la cama*) Contempla la inocencia que Dios le ha dado; su alma es muy delicada; hemos de protegerla, Tituba; el maligno anda suelto y se está alimentado de ella como se alimenta una bestia feroz con la carne de un corderito. Que Dios te bendiga por ayudarnos.

(*Abigail, repentinamente inspirada, se levanta y alza la voz*)

ABIGAIL: ¡Quiero sincerarme! (*Todos se vuelven hacia ella, sorprendidos. Parece en éxtasis, como envuelta en una luz nacarada*) ¡Quiero recibir la luz de Dios, quiero el dulce amor de Jesús! Bailé para el demonio; lo ví; escribí en su libro; pero vuelvo a Jesús, le beso la mano. ¡Vi a Sarah Good con el demonio! ¡Vi a la comadre Osburn con el demonio! ¡Vi a Bridget Bishop con el demonio!

(*Mientras habla, Betty se levanta de la cama, con ojos enfebrecidos, y se une a la cantinela de Abigail*)

BETTY: (*también con la mirada en el infinito*): ¡Vi a George Jacobs con el demonio! ¡Vi a la señora Howe con el demonio!

PARRIS: ¡Habla! (*Corre a abrazar a Betty*) ¡Habla!

HALE: ¡Alabado sea el Señor! ¡Se ha roto el maleficio! ¡Son libres!

BETTY (*gritando histéricamente y con evidente alivio*): ¡Vi a Martha Bellows con el demonio!

ABIGAIL: ¡Vi a la comadre Sibber con el demonio! (*Su júbilo es cada vez más manifiesto*).

PUTNAM: El alguacil, ¡voy a llamar al alguacil!

(*Parris comienza una oración de acción de gracias*)

BETTY: ¡Vi a Alice Barrow con el demonio!

(*Empieza a caer el telón*)

HALE (*mientras Putnam sale*): ¡Qué el alguacil traiga grilletes!

ABIGAIL: ¡Vi a la señora Hawkins con el demonio!

BETTY: ¡Vi a la señora Bibber con el demonio!

ABIGAIL: ¡Vi a la señora Booth con el demonio!

*(Mientras continúan sus gritos exaltados, cae el telón.)*<sup>54</sup>

El mecanismo del derecho está en marcha hacia el crimen, la venganza y la injusticia. Se desencadenan todas las pasiones: el miedo, la venganza, la frustración, la envidia, la ambición, la lujuria, la avaricia. Pero adquieren el ropaje de la voluntad del demonio, cuando no son sino los deseos inconscientes de sus propios autores. El diablo no es sino la liberación del inconsciente colectivo reprimido, y el derecho, sólo el instrumento de venganza de su resentimiento.<sup>55</sup> Abigail ha probado, jubilosa, su poder sobre el demonio del incosciente colectivo, no se imagina el nivel de destrucción que ocasionará, llevando a la muerte, incluso, a su propio amante. Miller también ha probado el poder de su arte, se prepara para llevarnos a la catarsis absoluta.<sup>56</sup>

En el segundo acto, el tribunal del terror, establecido en la iglesia, arrasa a todo el pueblo. Todas las mujeres acusadas o sólo mencionadas en los procesos han sido condenadas como brujas. Entre el fanatismo del reverendo Hale y el formalismo del juez Danforth, han permitido que la histérica venganza de Abigail se convierta en la verdad religiosa y la verdad jurídica. Todas las patologías inquisitoriales, que, desafortunadamente, todavía caracterizan a nuestro sistema

---

<sup>54</sup> Miller, Arthur, *Las brujas de Salem*, pp. 61 y 62.

<sup>55</sup> Ver Jung, C.G., *Arquetipo e inconsciente colectivo*, trad. Miguel Mermis, Paidós, Barcelona, 1994, pp. y ss.

<sup>56</sup> Aristóteles, *Poética*, trad. Juan David García Baca, UNAM, México, 2000, p. 20.

penal, se han convertido en el sistema epistemológico de la verdad. El juez Danforth considera la prueba del delito de brujería como nuestra jurisprudencia otorga validez a la prueba del delito de violación: basta con el dicho de la víctima.

DANFOTH: Permítame decírselo, señor Hale; no comprendo semejante desorientación en un hombre tan erudito como usted ... espero que me perdone. Llevo treinta y dos años en el ejercicio de esta profesión y, sin embargo, no sabría como proceder si se me llamara a defender a estas personas. Reflexione un momento ... (*Dirigiéndose también a Proctor y a los demás*) Y les pido que también lo hagan ustedes. Tratándose de un delito ordinario, ¿cómo se defiende al acusado? Se convoca a los testigos que puedan probar su inocencia. Pero la brujería, *ipso facto*, y por su propia naturaleza, constituye un delito invisible, ¿no es así? En consecuencia, ¿quién puede testificar en un caso de brujería? La bruja y su víctima. Nadie más. Ahora bien: no cabe esperar que la bruja reconozca su delito, ¿de acuerdo? Hemos de recurrir, por consiguiente, a sus víctimas ..., y estas sí que testifican; ustedes han visto cómo las niñas daban testimonio. En cuanto a las brujas, nadie negará que estamos ansiosos de aceptar su confesión. Siendo ese caso el caso, ¿qué podría aportar un abogado? Creo que todo queda suficientemente claro.<sup>57</sup>

Para que el puro testimonio de las víctimas pudiera demostrar algo, tendría que poder ser problematizado por la contraparte, lo cual el formalismo del juez Danforth va a tergiversar hasta volverlo una prueba más de la culpabilidad de la esposa de Proctor, que ya ha sido acusada por Abigail y detenida por los alguaciles. Para defender a su esposa, el granjero va a entablar una lucha a muerte no sola contra la histeria de Abigail sino contra los prejuicios religiosos y jurídicos de los jueces. Para ello, ha hecho firmar, a Mary Warren, su sirvienta y una de las nerviosas chicas dominadas por Abigail para acusar a sus enemigas de brujería, una declaración en la que confiesa que todas las visiones de demonio son puro fingimiento. Al carear a Mary con Abigail y las demás chicas, Proctor,

---

<sup>57</sup> Miller, Arthur, *Las brujas de Salem*, p. 112.

Danforth y los otros jueces van a sentir, aterrorizados, el poder “demoniaco” de una amante despechada:

DANFORTH: Quiero que lo consideres ...

ABIGAIL: Me ha herido, señor Danforth; ¡me ha brotado la sangre a borbotones! Todos los días han estado a punto de asesinarme porque cumplía con mi deber denunciando a los secuaces del diablo , ¿y ésta es la recompensa que recibo? Se desconfía de mí, se me rechaza, se me hacen preguntas capciosas ...

DANFORTH (*ablandándose*): Hija mía, no desconfío de ti ...

ABIGAIL (*claramente amenazadora*) : Tenga cuidado, señor Danforth. ¿Se cree tan fuerte como para que los poderes del infierno no le perturben? ¡Tenga cuidado! Hay ... (*De repente abandonando la expresión indignada, acusatoria, su rostro se vuelve hacia lo alto, reflejando un gran terror.*)

DANFORTH (*preocupado*): ¿Qué sucede, hija mía?

ABIGAIL (*mirando siempre hacia lo alto, rodeándose el cuerpo con los brazos y apretándolo como si sintiera frío*) : No ..., no lo sé. Un viento, un viento muy frío. (*Sus ojos, finalmente, se posan sobre Mary Warren.*)

MARY (*aterrada, suplicante*): ¡Abby!

MERCY LEWIS (*tiritando*) : ¡Me hielo excelencia!

PROCTOR: ¡Están fingiendo!

HATHORNE (*tocando la mano de Abigail*): ¡Está fría, excelencia, tóquela!

MERCY LEWIS (*castañeándole los dientes*) : Mary, ¿has enviado esta sombra contra mí?

MARY: ¡Dios todopoderoso, sálvame!

SUSANA WALCOTT: ¡Me hielo, me hielo!

ABIGAIL (*tiritando visiblemente*): ¡Es un viento, un viento helado!

MARY WARREN: ¡Abby, no hagas eso!

DANFORTH (*totalmente dominado por Abigail*): Mary Warren, ¿la estás hechizando? A ti te lo pregunto, ¿has enviado tu espíritu contra ella?

(*Mary Warren, lanzando un grito histérico, echa a correr. Proctor la detiene*)

MARY WARREN (*desplomándose casi*) : Déjeme ir, señor Proctor. No puedo, no puedo ...

ABIGAIL (*cae de rodillas, clamando a las alturas*) : ¡Dios de los cielos, aparta de mi esta sombra!

(*Sin previo aviso ni vacilación, Proctor se precipita hacia Abigail y, agarrándola por el pelo, la obliga a ponerse en pie. Abigail grita de dolor. Danforth, asombrado, exclama: "¿Qué está haciendo?", y Parris y Hathorne gritan: "¡Quítele las manos de encima!", pero el clamor de Proctor resuena aún con más fuerza.*)

PROCTOR: ¡Cómo te atees a clamar el cielo! ¡Puta, más que puta!

(*Herrick separa a Proctor de Abigail*)

HERRICK: ¡John!

DANFORTH: ¡Proctor! ¿Cómo se ...?

PROCTOR (*sin aliento y lleno de angustia*): ¡No es más que una puta!

DANFORTH (*sin dar crédito a sus oídos*) : ¿La acusa usted ...?

ABIGAIL; ¡Miente, señor Danforth!

PROCTOR: ¡Fíjese bien en ella. Ahora lanzará un alarido para apuñalarme con él, pero ...

DANFORTH: ¡Tendrá que demostrarlo! ¡Esto es inadmisibile!

PROCTOR (*tembloroso, sintiendo cómo la vida se le derrumba alrededor*) : La he conocido, excelencia. He tenido con ella conocimiento carnal.

DANFORTH: ¡Usted! ¿Un fornicador?

FRANCIS (*horrizado*) : John, no puede decir una cosa así ...

PROCTOR: ¡Ah, Francis! ¡Cómo me gustaría que hubiera en usted algún rinconcito de mal para que pudiera entenderme! (*A Danforth*): Una persona no renuncia sin motivo a su buen nombre. Eso tiene usted que saberlo. (...) ¡Se propone bailar conmigo sobre la tumba de mi mujer! Y bien podría hacerlo, pues yo la deseaba. Que Dios se apiade de mí, porque la codicié, y hay una promesa implícita en esa concupiscencia. Es la venganza de una puta, y tiene usted que verlo: me pongo enteramente en sus manos. Sé que va a verlo con toda claridad.

DANFORTH (*lívido de horror, volviéndose hacia Abigail*) : ¿Niegas que haya la más mínima pizca de verdad en todo esto?

ABIGAIL: Si tengo que contestar, ¡me marcharé y no volveré jamás!<sup>58</sup>

Miller, al igual que Shakespeare, no tiene compasión ni de sus personajes ni del espectador. Proctor teme que Danforth le crea a Abigail, nosotros también, porque hasta nosotros tenemos miedo de que Abigail nos seduzca y nos haga creer que tenemos frío y que una sombra ha caído sobre nuestro espíritu. Claro que nosotros tenemos la ventaja, que no tiene el juez Danforth, de que hemos visto y leído las escenas en las que aparece la verdad. Pero el juez Danforth no ha visto la obra, él sólo cuenta con los testimonios, con sus prejuicios y con su dogmatismo jurídico. Imaginémonos en el mundo de la vida de Salem, habitado por brujas y demonios, por la hipocresía y la represión de la sexualidad, por el puritanismo que desacredita a los adúlteros y por el orgullo del hombre y la vanidad de la mujer en lucha mortal por imponerse, bajo el manto de la religiosidad y del pecado. Realmente, el juez Danforth duda que partido tomar, trata de orientarse, buscando la verdad en la oscuridad, en la mentira, en la falsedad y en la violencia discursivas. Él sabe que sólo puede encontrar una verdad como coherencia, pues está excluída la verdad como correspondencia y por consenso, y por eso manda que traigan a declarar a su presencia a Elizabeth Proctor, cuyo esposo le ha dicho al juez que estaba enterada de su infidelidad y que además, nunca miente. Pero lo que no sabe el juez Danforth es que la verdad como coherencia sólo es probable y nunca es absoluta. Por eso, al desahogar y

---

<sup>58</sup> *Idem.* pp. 129, 122.

valorar el testimonio de Elizabeth, en un formato rígido y sin permitir mayores aclaraciones, va a precipitar a todos los personajes, y así mismo también, en la catástrofe y a nosotros, nos va mantener en el hegeliano punto nodal de la catársis aristotélica. La escena central y decisiva de la obra, en la que el juez Danforth decidirá si Abigail miente, es la de la declaración de Elizabeth Proctor:

DANFORTH: Bien. (A *Abigail*): Si ella confirma que fue por prostitución, muchacha, ¡que Dios se apiade de ti! (Se oye llamar a la puerta. *Danforth se vuelve.*) ¡Espere un momento! (A *Abigail*): Vuélvete de espaldas. Vuélvete de espaldas. (A *Proctor*): Haga lo mismo. (ambos se vuelven de espaldas. *Abigail con indignada lentitud*). No se les ocurra volverse para ver a la señora Proctor. Ninguna de las personas que están presentes ha de decir una sola palabra ni hacer gesto alguno aformativo o negativo. (Se vuelve otra vez hacia la puerta y alza la voz). ¿Pasen! (La puerta se abre. *Elizabeth entra con Parris. Cuando Parris se aparta, Elizabeth busca con los ojos a Proctor*). Señor Cheever, tome nota de este testimonio con toda exactitud. ¿Está preparado?

CHEEVER: Lo estoy, señoría.

DANFORTH. Acérquese. (*Elizabeth obedece, los ojos en la espalda de Proctor*). Míreme sólo a mí, no a su marido. Míreme a los ojos.

ELIZABERTH. (*en voz baja*) Sí, excelencia.

DANFORTH: Se nos ha dicho que hace algún tiempo despidió usted a su criada, Abigail Williams.

ELIZABETH: Es cierto, señoría.

DANFORTH: ¿Cuál fue la razón? (*Breve pausa. Elizabeth busca a Proctor con los ojos.*) Míreme a mí y no a su marido. La respuesta la tiene usted en la memoria y no necesita ayuda para contestarme. ¿Por qué despidió a Abigail Williams?

ELIZABETH: (*sin saber qué decir, notando que sucede algo extraño, se humedece los labios para ganar tiempo*): No ..., no estaba contenta con ella. (*Pausa*) Mi marido tampoco.

DANFORTH: ¿Por qué no estaba contenta?

ELIZABETH: Era ... (*Mira a Proctor en busca de alguna indicación.*)

DANFORTH: ¡Míreme a mí! (*Elizabeth obedece.*) ¿Era sucia? ¿Perezosa? ¿Qué problemas causaba?

ELIZABETH: Señorita, yo ... estaba enferma por entonces. Y ... mi marido es un hombre bueno y recto que trabaja siempre y no se emborracha nunca, como hacen algunos, ni pierde el tiempo jugando al tejo ... Pero durante mi enfermedad ... , compréndalo, excelencia, estuve mucho tiempo enferma después de tener mi último hijo y me pareció advertir que mi marido se distanciaba un tanto de mí. Y esta chica ... (*se vuelve hacia Abigail*)

DANFORTH: Míreme a mí.

ELIZABETH: Sí, excelencia. Abigail Williams ... (*Se interrumpe*)

DANFORTH: ¿Qué tiene que decirme de Abigail Williams?

ELIZABETH: Llegué a pensar que a mi marido le gustaba. Y una noche perdí la cabeza, creo yo, y la puse en la calle.

DANFORTH: Su marido ..., ¿era cierto que se había distanciado de usted?

ELIZABETH: (*angustiadísima*): Mi marido ... es un hombre bueno, excelencia.

DANFORTH: Entonces no se alejó de usted.

ELIZABETH: (*intentando mirar a Proctor*): No ...

DANFORTH: (*alargado el brazo y asiéndole la cara con la mano para evitar que Elizabeth se vuelva hacia Proctor*): ¡Míreme! ¿Tiene usted conocimiento de que John Proctor cometiera alguna vez pecado de lujuria? (*Presa de la indecisión, Elizabeth es incapaz de hablar.*) ¡Responda a mi pregunta! ¿Es su marido un fornicador?

ELIZABETH: (*en voz muy baja*): No, excelencia.

DANFORTH: Llévase la, señor Herrick.

PROCTOR: ¡Dí la verdad, Elizabeth!

DANFORTH: Ya ha hablado. ¡Sáquela de aquí!

PROCTOR: ¡Lo he confesado, Elizabeth!

ELIZABETH: ¡Dios mío! (*la puerta se cierra tras ella.*)

PROCTOR: ¡Sólo ha pensado en proteger mi buen nombre!

HALE: Excelencia, se trata de una mentira lógica; ¡se lo suplico, detenga este juicio antes de que se condene a nadie más! ¡No voy a poder seguir acallando mi conciencia! ¡La venganza personal inspiró el testimonio de Abigail! Este hombre me pareció sincero desde el primer momento. Juro por lo más sagrado que ahora le creo, y le suplico que llame de nuevo a su esposa antes de que cometamos ...

DANFORTH: ¡Su mujer no ha hablado de lujuria, luego este hombre ha mentido!<sup>59</sup>

La angustia de Elizabeth, que no sabe, para salvar a su marido y a sí misma, si mentir o decir la verdad, se trasmite, acrecentada al espectador que sí sabe que debe mentir para salvar a su marido pero teme que diga la verdad y lo condene, como de hecho sucede. La intensidad dramática coincide con la intensidad jurídica, pues nos revela una de las patologías comunicativas más persistentes del derecho en general y de nuestro sistema jurídico en particular: la falta de veracidad y de rectitud de los interrogatorios judiciales.

Como veíamos más arriba,<sup>60</sup> la falta de veracidad y de rectitud se encuentran recíprocamente condicionadas en los interrogatorios judiciales. No tan sólo Elizabeth sufre la coerción de la contradicción comunicativa que le obliga a mentir, sino también el juez Danforth que no sabe, como nosotros, de parte de quién está la verdad, si con Abigail o con Proctor. Claro que sus prejuicios no le ayudan mucho. No tan sólo sus prejuicios religiosos que le hacen creer e, incluso desear que Proctor y Elizabeth sean culpables de brujería, sino también sus

---

<sup>59</sup> *Idem.* pp. 123, 124, 125.

<sup>60</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3. 3. 3. 2. 1. 3.

prejuicios propiamente jurídicos. Considera que colocando a Elizabeth en un dilema lógico puede superar la incertidumbre que le angustia y evadir la contradicción, pero es incapaz de soportarla. El discurso jurídico es incapaz de soportar y de superar la contradicción entre las partes, y, por ello, ha inventado los artificios lógico-jurídicos para simular superarla. Por ejemplo, la regla de que la primera declaración prevalece sobre las subsiguientes, que es a la que se aferra, encarnizadamente el juez Danforth. Igual sucede con ciertas fórmulas inquisitoriales que le pretenden dar a la confesión del inculpaado una fuerza ilocucionaria de la que siempre ha carecido.

El espíritu inquisitorial que domina a acusadores y a los jueces les impide contemplar la posibilidad de un “careo” entre Abigail, Elizabeth y Proctor, en el que la “libre discusión” entre las partes pueda llevar, libremente, a la verdad, cualquiera que esta sea.<sup>61</sup> Es mediante la forma del diálogo, que los actos de habla perlocucionarios de las partes, pueden contextualizarse debidamente, de modo que las intenciones ilocucionarias puedan quedar más o menos esclarecidas y, con ello, la interpretación de los enunciados pueda llevarse a cabo, proposicionalmente. La intensidad dramática no perdería con ello, pues, mediante la discusión directa entre las partes, podrían alcanzarse los mismos niveles de emoción catártica.

Claro que, para ello, sería necesario que Abigail (y Arthur Miller) no usara de todo su “poder dramaturgico”, con el que, en seguida de la anterior escena

---

<sup>61</sup> Gadamer, *Verdad y método*, II, p. 151: “Lo dicho nunca posee su verdad en sí mismo, sino que remite, hacia atrás y hacia adelante, a lo no dicho (...) y sólo si se entiende eso no dicho juntamente con lo dicho es inteligible un enunciado”; p. 201: “La pregunta debe “colocarse”, y esto quiere decir que implica una apertura donde caben diversas posibilidades de respuesta.”

quiere reforzar el convencimiento del juez Danforth a quien ve vacilar ante las objeciones del ministro Hale, quien la ha descalificado directamente. Para ello, logra hacer creer al juez y al público también que en el techo del tribunal se encuentra posado el espíritu poseído de Mary Warren en forma de un pájaro amarillo que quiere destrozarle la cara:

ABIGAIL: (*en verdadera conversación con el “pájaro” , como tratando de convencerle para que no la ataque*): Pero Dios hizo mi rostro; no puedes querer destrozarme la cara. La envidia es un pecado mortal, Mary.

MARY WARREN (*poniéndose en pie de un salto, horrorizada, suplicante*): ¡Abby!

ABIGAIL (*imperturbable, prosiguiendo su conversación con el “pájaro”*): Mary, Mary, es magia negra cambiar de aspecto. No, no puedo; no puedo dejar de hablar; soy un instrumento de Dios.

MARY WARREN: ¡Abby, si estoy *aquí!*

ABIGAIL (*dando un paso atrás, como si temiera que el pájaro fuese a arrojarse sobre ella en cualquier momento*): ¡Por favor, Mary! ¡No bajes!<sup>62</sup>

Es entonces que se entabla una lucha discursiva entre Abigail y Proctor por el control de la conciencia de Mary Warren. Viendo que Abigail está a punto de ganar la partida, Proctor la amenaza diciendo: “¡Déme un látigo y verá que pronto lo paro!”, y Abigail y las demás chicas dominadas por ella contestan con una serie de reiteraciones retóricas verdaderamente escalofriantes:

MARY WARREN: ¡Están jugando! ¡Están ...

CHICAS: ¡Están jugando!

---

<sup>62</sup> Miller, *op. cit.* p. 126.

MARY WARREN (*volviéndose a ellas en pleno histerismo y dando patadas en el suelo*): ¡Abby, deja de hacer eso!

CHICAS (*dando patadas en el suelo*) : ¡Abby, deja de hacer eso!

MARY WARREN: ¡No sigas!

CHICAS: ¡No sigas!

MARY WARREN (*gritando con toda la fuerza de sus pulmones y alzando los puños*): ¡¡No sigas!!

CHICAS (*alzando los puños*): ¡¡No sigas!!

(*Mary Warren, en pleno desconcierto, y abrumada por la convincente actuación de Abigail y de las otras chicas, gime de impotencia con las manos levantadas a medias, y sus antiguas amigas empiezan a gemir exactamente igual que ella.*)<sup>63</sup>

Contra la fuerza arrolladora de este histerismo colectivo y retórico, de nada sirven las admoniciones morales y religiosas de Proctor, tales como “Mary, acuérdate del ángel Rafael: Práctica el bien” o “¡Dios condena a los mentirosos, Mary!”. Su fuerza expresiva se manifiesta en su contra, cuando Abigail ya ha persuadido a Mary Warren que acuse a Proctor y el juez ya lo ha condenado:

DANFORTH: (...) ¿Va a confesar que está manchado por el infierno o insiste en mantener esa tenebrosa asociación? ¿Qué dice?

PROCTOR (*estallándole la cabeza, sin aliento*): Digo ... ¡digo que Dios ha muerto!

PARRIS: ¡Escuchen, escuchen!

PROCTOR (*rie insensatamente y prosigue*): ¡Está ardiendo un fuego! ¡Oigo los pasos de Lucifer, veo su sucia cara! ¡Y es mi cara, y la suya Danforth! ¡Arde para todos los que no se atreven a sacar a los hombres de su ignorancia, como yo no me he atrevido, y como ustedes tampoco se

---

<sup>63</sup> *Idem.* p. 127.

atreven ahora, aunque en el fondo de su negro corazón saben que todo esto es mentira! ¡Dios condena especialmente a los que son como nosotros, y arderemos, arderemos juntos en el infierno!<sup>64</sup>

Hubiéramos querido transcribir toda la escena en su integridad, para percibir toda su fuerza dramática que, por otro lado, sólo se siente durante una representación en vivo, pero es demasiado larga. Con lo transcrito sólo quisimos ilustrar varias ideas. Entre ellas, quisieramos destacar la gran fuerza performativa que tienen los actos de habla argumentativos o retóricos. Son más eficaces, performativamente, las estrategias expresivas de Abigail que todas las acciones comunicativas de Proctor. Lo cual no significa que sean aceptables o inaceptables, si no que deben ser sometidos a la racionalidad ilocucionaria por medio de los actos de habla regulativos y constativos del sistema jurídico. En ningún momento el juez Danforth es capaz de problematizar o de desempeñar los actos de habla retóricos de Abigail pues quiere creer en ellos, por lo tanto no es un juez imparcial que, ante los actos de habla expresivos de las partes asuma una actitud hipotética y cae bajo el hechizo asertórico de la belleza de los mismos. Se comporta como un juez monológico, sujeto a sus prejuicios religiosos y jurídicos y a las expectativas de los intereses predominantes.

Podemos concluir que los actos de habla expresivos son puramente retóricos cuando “performan perlocucionariamente” a los actos de habla regulativos o constativos y son argumentativos cuando, sin desdeñar la retórica, performan a los actos de habla constativos y son performados por los actos de

---

<sup>64</sup> *Idem.* p. 130.

habla regualtivos, ambos de una manera ilocucionaria, es decir, que puedan ser problematizados y ser desempeñados, libremente.

Con base en la anterior conclusión podemos decir que, en las tres obras analizadas, de los tres jueces: Atenea en las “Euménides”, Porcia en “El mercader de Venecia” y Danforth en “Las brujas de Salem”, sólo Porcia se acerca al juez esteta porque intenta asumir una actitud hipotética, tematizar la cuestión desde todos los tópicos relevantes y asumir el rol de las partes, aunque no lo logra del todo, pues sus actos de habla expresivos, aunque en la mayor parte de los casos logra equilibrar los argumentos con la retórica, al final le gana la antipatía hacia el judío Shylock. Por su parte, Atenea, es totalmente parcial al intentar resolver el conflicto entre la venganza y la justicia, nunca asume el rol de Clitemnestra ni siquiera hipotéticamente y en sus actos de habla expresivos predomina, claramente, la retórica. En el caso de Danforth, sus prejuicios religiosos y jurídicos le impiden asumir el rol de Elizabeth al interrogarla, le impiden ser imparcial con Proctor y le hacen víctima de los actos de habla retóricos de Abigail Williams. Todo ello no impide disfrutar de la belleza literaria de estas tres grandes obras, todas ellas nos pueden enseñar, positiva o negativamente, que la relación entre la verdad, la justicia y el derecho es, sólo posible e, incluso, probable, comunicativamente.

## **5. 2. Analogía jurídica y metáfora poética**

Hasta ahora hemos visto que la relación entre el arte y derecho es una relación externa, es decir, el lenguaje del derecho es posible de ser analizado desde el punto de vista del discurso de la estética, con la finalidad de mediarlo con el lenguaje ético y con el lenguaje científico. Ahora analizaremos como el lenguaje estético o poético ha penetrado al lenguaje jurídico y lo ha impregnado para bien o para mal de analogías y de metáforas.

### 5.2.1. Arte y conocimiento

Como hemos dicho más arriba, Gadamer le reprochaba a Kant el haber creado una estética, separándola de la ciencia y de la ética, lo cual llevó a separar el arte del conocimiento y de la moral.<sup>65</sup> En realidad, este “desencantamiento del mundo” fue producto, según Weber, del proceso de racionalización del mundo moderno,<sup>66</sup> y, según Marx, esta enajenación de las capacidades humanas, es concomitante al desarrollo del capitalismo,<sup>67</sup> y, de acuerdo con Luhmann, esta “diferencia”, podría explicarse mediante una reducción de la complejidad social, mediante la creación de un nuevo sistema social.<sup>68</sup> Lo que hizo Kant fue darle un *status* filosófico, con lo cual, constituyó el *canon* de la filosofía de la modernidad.

---

<sup>65</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, I, p. 76. ; Ortega y Gasset, José, *¿Qué es filosofía?*, Porrúa, México, 1986, p. 98: “Pues un buen día, allá junto al mar de Grecia, unos musicantes inteligentes (...) unos músicos geniales llamados pitagóricos, descubrieron que en el arpa el tamaño de la cuerda más larga estaba en una proporción con el tamaño de la cuerda más corta análoga al que había entre el sonido de aquella y el de ésta. El arpa era un triángulo cerrado por una cuerda, “la más larga, la más tendida” –hipotenusa, nada más.”

<sup>66</sup> Poole, Ross, *Moralidad y modernidad*, p, 105.

<sup>67</sup> Meszáros, István, *La teoría de la enajenación en Marx*, Era, México, 1970, pp. 141, 153.

A partir de entonces, la “formación” humanista del renacimiento quedó escindida en la ciencias físicas, las ciencias sociales y las humanidades. No tan sólo se considera posible separar la ciencia, la ética y el arte, sino que es racional hacerlo para evitar la confusión o el “sincretismo metódico”, entre ellas.<sup>69</sup> Esta exigencia metódica es especialmente notable en el estudio, la enseñanza y la aplicación del derecho. Cualquier “positivista jurídico” que se respete no dudará en decir que lo que él estudia, enseña o aplica no es la justicia sino el derecho positivo. Sin embargo, con respecto del arte, Ulises Schmill, que es un gran positivista jurídico, ha podido decir que “hay gran belleza en la ciencia y mucho conocimiento en el arte”.<sup>70</sup>

Pero esta relación entre la ciencia y el arte, parece ser bastante externa en Schmill,<sup>71</sup> es decir, es meramente circunstancial, porque, aunque compara a Kelsen con Kafka, y a Weber con Shakespeare,<sup>72</sup> no conceptualiza filosóficamente esta relación.<sup>73</sup> Ni mucho menos se considera al arte como un medio interno del conocimiento jurídico, es decir, como una técnica de la

---

<sup>68</sup> Luhmann, Niklas, “La observación sociológica del derecho, trad. Héctor Fix Fierro, en *Crítica jurídica*, núm 12, p. 102. Podemos decir, en este sentido que si la estética pura es la autopoiesis de la belleza, la belleza como medio de conocimiento es la más eficaz forma de apertura de la autopoiesis sistémica, por su “capacidad de alterar modos de percepción que conforman el mundo”, como dice Habermas, citado en Sitton, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, p. 214.

<sup>69</sup> Kelsen, Teoría pura del derecho, Eudeba, p.16.

<sup>70</sup> Schmill, Ulises, *La conducta del jabalí*, UNAM, México, 1983, p. 53.

<sup>71</sup> Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, III, p. 431: “unidas exteriormente como un pedazo de madera y un hueso atados por una cuerda”.

<sup>72</sup> Schmill, *op. cit.* pp. 36, 54.

<sup>73</sup> Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, pp 34, 35, par. 50, 51: “El concepto constituye por lo menos una relación que se produce por el suprimir en la mediación la misma mediación.”

interpretación jurídica, tal como lo sugiere Perelman, en su estudio de la técnica de la analogía en relación con la metáfora.

### **5.2.2. Analogía y derecho**

La analogía no tan sólo es un antigua técnica de la interpretación jurídica, sino también ha sido utilizada para conceptualizar al derecho. Se ha considerado que los distintos significados de la palabra derecho, entre otros: derecho subjetivo, derecho objetivo, ideal de justicia y ciencia del derecho, pueden entenderse relacionados de una manera analógica.<sup>74</sup> El derecho subjetivo es considerado como el “analogado principal”, y el derecho objetivo, el ideal de justicia y la ciencia del derecho son considerados como “analogados secundarios”.<sup>75</sup>

Esto quiere decir, según de la Torre, que el derecho subjetivo es el concepto principal, tanto para el conocimiento humano como en el orden del ser,<sup>76</sup> y el derecho objetivo, el ideal de justicia y la ciencia del derecho son secundarios. En otros términos, el derecho subjetivo es el término originario y el derecho objetivo y los restantes son términos derivados del primero por analogía. Se les aplica el término derecho, ya sea por analogía de atribución o por analogía de participación.<sup>77</sup> Al derecho objetivo se le atribuye el nombre de derecho porque, y

---

<sup>74</sup> De la Torre, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Jus, México, 1992, p. 30.

<sup>75</sup> *Idem.* 31

<sup>76</sup> *Idem.* 32.

sólo en la medida en que, tiene como función la protección del derecho subjetivo. Si el derecho objetivo no protege a los derechos subjetivos no existe la analogía y no puede atribuírsele el término de derecho.

Del mismo modo al ideal de justicia se le llama también derecho de una manera análoga por participación, en la medida o en la proporción en que participa de la “esencia” del derecho subjetivo, es decir, en la medida en que adquiere la estructura lógica de este último. Por último, la ciencia jurídica también se le atribuye el término derecho, porque contribuye a desarrollar y aplicar al derecho en tanto que analogado principal.

A pesar de que, en la actualidad, la analogía de los conceptos ha sido substituida por los diferentes usos, y, por lo tanto, por los diferentes significados, que pueden dárseles a los términos, ha sido y es muy importante en el desarrollo de la ciencia del derecho, en especial, por la denominada “escuela de conceptos” de Ihering y que, al decir de Tamayo, ha sido el método tradicional del ciencia jurídica desde el derecho romano.<sup>78</sup>

El derecho está constituido por sistemas de conceptos o, como se podría decir ahora, por redes semánticas, que pretenden comprender (“atrapar”) a todos los casos (“peces”) jurídicos de un campo (“mar”) dado. Sin embargo, tales sistemas (“redes”), a pesar de lo elaborado que puedan estar, es común, que, por el desarrollo del campo, contengan lagunas (“agujeros”) y no logren denotar a los nuevos casos más sutiles (“peces más pequeños”). Es por medio de la analogía

---

<sup>77</sup> García Rojas, Gabriel, *Filosofía del derecho*, Versión taquigráfica de A. de Lara, México, D. F., p. 232.

<sup>78</sup> Ortiz Andrade, Jacqueline, *Teoría analítica del derecho (Tamayo) y Crítica jurídica, (Correas)*, (Tesis), México, 2004, p. 145.

como se reconstruye (“se teje de maneras más fina”) el sistema de conceptos (“redes semánticas”), con el objeto de que pueda comprender (“atrapar”) a los casos nuevos (“los peces nuevos”).<sup>79</sup>

Podemos poner como ejemplo, la red semántica de las servidumbres, que se clasifican, por su origen, en legales y voluntarias. Las servidumbres legales, a su vez, se clasifican en servidumbres de desagüe, de acueducto y de paso. (artículos 1067-1108, C. C.) No comprenden al caso de construcciones que pretendan obstruir las luces o la vista de otra edificación. Para dicho caso puede hacerse, doctrinalmente, una inducción analógica, a partir de la finalidad de las categorías de servidumbres existentes, tomando en cuenta “la situación de los predios y en vista de la utilidad pública y privada conjuntamente” (artículo 1068) y añadir, jurisprudencialmente, a la red semántica, una nueva servidumbre que podría llamarse “servidumbre de luces o de vista”. La cual se regularía, de una forma legal, posteriormente.

Tal vez, en la medida en que los sistemas de conceptos jurídicos, se construyan y se reconstruyan, analógicamente, las definiciones jurídicas sean definiciones analógicas y no generales, pues, como sostiene García Rojas, carecerían de género próximo y diferencia específica.<sup>80</sup> Sin embargo, Perelman sostiene que la analogía jurídica no es una analogía verdadera, por operar dentro de un mismo campo del conocimiento o de la realidad, el jurídico.

---

<sup>79</sup> Heck, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad. Manuel Atienza, Colofón, México, 1994, p. 44.

<sup>80</sup> García Rojas, *op. cit.* p. 243.

### 5.2.3. Argumento por analogía y argumento *a simile*

Lo que tradicionalmente se conoce, en derecho, como argumento por analogía, es, en realidad, según Perelman, un argumento *a simile*.<sup>81</sup> Para este autor, la auténtica analogía se puede entender como una *semejanza de relación* entre dos conceptos de distintos campos del conocimiento y se conforma, por tanto, de dos elementos: el *tema*, es decir, lo que se compara; y el *foro*, con lo que se compara. Este último debe ser más conocido que aquél, pues, de lo que se trata con la analogía, es la de esclarecer el tema por medio del foro.<sup>82</sup> Por ello, el tema y el foro deben pertenecer a ámbitos diferentes del conocimiento o de la realidad, con el objeto de que las semejanzas entre ambos puedan destacarse, con respecto de sus diferencias.<sup>83</sup>

La estructura epistemológica del argumento por analogía es, según Perelman, siguiendo a Aristóteles,<sup>84</sup> la siguiente: **A es a B, como C es a D.** Donde “A” y “B” constituyen el tema y “C” y “D” constituyen el foro.<sup>85</sup> Lo que nos revela esta estructura es que la relación que existe entre “C” y “D” es semejante a la relación que existe entre “A” y “B”. Y como la relación entre “C” y “D” nos es

---

<sup>81</sup> Perelman, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, p. 573.

<sup>82</sup> *Idem.* 571.

<sup>83</sup> *Ibidem.*

<sup>84</sup> Aristóteles, *Poética*, pp. 33, 34.

<sup>85</sup> Perelman, *op. cit.* p. 574.

más conocida, nos puede ser de utilidad para esclarecer la relación entre “A” y “B” que nos es menos conocida o nos es desconocida.

Podemos poner como ejemplo, la siguiente analogía de Marx. Supongamos que deseamos saber la relación que existe entre la economía y el derecho, lo cual constituiría el tema: *la economía (A) es al derecho (B)*. Para ello, buscamos un foro que nos permita esclarecer dicha relación. Marx lo encuentra en la relación que existe entre la estructura y la infraestructura (cimientos) de un edificio: *la infraestructura (C) es la estructura (D)*. Resultado la siguiente analogía: *la economía (A) es al derecho (B), como la infraestructura (C) es a la estructura (D)*.<sup>86</sup> En este famoso ejemplo, el tema y el foro pertenecen a campos totalmente diferentes: la sociología, por un lado, y la arquitectura, por otro. Por esta razón, la conclusión del argumento analógico es evidente y apenas necesita formularse: la relación entre la economía y el derecho es semejante a la relación entre los cimientos con la estructura de un edificio: la economía es la base del derecho. Más adelante, analizaremos la posibilidad de complementar la estructura de la analogía de Perelman, con una conclusión metafórica.

Por lo pronto, nos interesa analizar su aplicación al derecho. Como decíamos más arriba, Perelman no considera a la analogía jurídica como una auténtica analogía, porque la comparación se hace entre elementos de un mismo campo. Es decir, tanto el tema como el foro pertenecen al campo jurídico, lo cual no le quita utilidad, sino únicamente la limita. Por ello, podríamos llamar analogía impropia a lo que tradicionalmente se conoce como un argumento *a simile*.

---

<sup>86</sup> Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Quinto sol, México, 1984, p. 37.

Veamos, en seguida, en que medida puede sostenerse esta aseveración de Perelman. Si bien es cierto que, en la analogía jurídica, el tema y el foro son jurídicos, puede entenderse que pertenecen a dos “sub-campos” diferentes, con lo que puede conservarse la estructura de la analogía general, aunque pueda dudarse de su eficacia persuasiva. Usemos un ejemplo para mostrar la plausibilidad de esta tesis.

En el caso de los requisitos para ser diputado se requiere no ser secretario o subsecretario de estado, entre otros, según el artículo 55 de la Constitución. Se da el caso de que se propone para ser diputado al procurador general de la república. La pregunta es, si podría aplicarse, por analogía, el artículo 55 que se refiere a la prohibición de los secretarios para ser diputados, al caso del procurador. Veamos.

Si aplicamos la estructura de la argumentación analógica, en este caso, podríamos decir que: “*el procurador (A) es a la Procuraduría (B), como el secretario (C) es a la Secretaría (D)*”. A pesar de que, tanto el tema (A es a B) como el foro (C es a D), pertenecen al mismo campo (derecho) e, incluso, al mismo “sub-campo” (derecho constitucional), la comparación analógica nos ayuda a establecer las semejanzas entre ambos funcionarios e, incluso nos permite confrontarlas con las diferencias, de cuya ponderación resultará la validez o invalidez del argumento por analogía, como más abajo lo veremos.

Por todo ello, nos parece que, en principio, nada impide considerar el argumento *a simile* como una argumentación analógica auténtica, aunque eso lo confirmaremos o no, en el momento de analizar la manera de verificar la

validación de los argumentos analógicos, en donde la metáfora va a jugar un importante papel epistemológico

#### 5.2.4. Analogía y metáfora

Siguiendo a Perelman, podemos considerar a la metáfora como una analogía incompleta, en la que un elemento del foro se traslada al tema, o un elemento del tema se traslada al foro.<sup>87</sup> El mismo autor pone el ejemplo de Aristóteles. De la siguiente analogía: *la vejez (A) es a la vida (B), lo que la tarde (C) es al día (D)*, se obtienen dos metáforas: en la primera, un elemento del foro se introduce al tema: *la vejez (A) es la tarde (C) de la vida (B) (A es la C de la B)*; y en la segunda, un elemento del tema se introduce al foro: *la tarde (C) es la vejez (A) del día (D) (C es la A de la D)*.<sup>88</sup> La primera de estas metáforas nos parece más epistemológica que la segunda, pues nos ayuda a entender la relación de la vejez con la vida, aunque la segunda pueda resultar más retórica, por lo insólita.

Intentemos confirmar esta aseveración, con un ejemplo de Platón: sea la siguiente analogía; *los gobernantes (A) son al estado (B), lo que la sabiduría (C) es al individuo (D)*.<sup>89</sup> Y las metáforas: *los gobernantes (A) son la sabiduría (C) del estado (B)* y *la sabiduría (C) es el gobernante (A) del individuo (D)*. Aquí, parece claro que ambas metáforas tienen efectos cognitivos importantes, pues nos esclarecen tanto la relación de los gobernantes con el estado, que deben ser los

---

<sup>87</sup> Perelman, *op. cit.* p. 611.

<sup>88</sup> *Ibidem.*, Aristóteles, *Poética*, p. 34.

<sup>89</sup> Platón, "La República", en *Diálogos*, Porrúa, México, 1979, p. 495.

filósofos, como la relación de la sabiduría con los individuos, que debe ser su gobernante. Incluso podríamos decir que la belleza de ambas metáforas nos indican la plausibilidad de la analogía.

Analicemos metafóricamente, la analogía del procurador a que no referíamos más arriba. Decíamos analógicamente que *el procurador (A) es a la Procuraduría (B), lo que el secretario (C) es a la Secretaría (D)* . Por lo tanto, *el procurador (A) es el secretario (C) de la Procuraduría (B); y el secretario (C) es el procurador (A) de la Secretaría (D)*. Es claro que, en este caso se disminuye, en gran medida, la estética de las metáforas, debido tal vez a que tanto el tema y el foro pertenecen al mismo campo y al mismo “sub-campo”. Pero aún así, la estructura de la metáfora nos permite aceptar la plausibilidad de la analogía. Si podemos decir que el procurador es el secretario de la Procuraduría y que el secretario es el procurador de la Secretaría, entonces es posible aceptar que el procurador es a la Procuraduría como el secretario es a la Secretaría.

De ello resulta, entonces que las metáforas que resultan de una analogía, son, a la vez, la conclusión como las premisas de dicha analogía. Conclusión, porque se pueden inferir de la analogía, y premisas porque pueden validar a la analogía misma. Podemos decir que se fundamentan recíprocamente. Ahora bien, dicha recíproca fundamentación es sólo formal, es decir, es abstracta. Para encontrar una fundamentación concreta es necesario buscar fundamentos materiales o de contenido.

#### **5.2.5. Semejanzas y diferencias**

La relación entre los elementos del tema (A y B) y los elementos del foro (C y D) sólo es semejante, no es idéntica. Es decir, existen aspectos de ambas relaciones que no son iguales. Tienen semejanzas y diferencias. Una analogía será plausible si las relaciones de semejanza son más relevantes que las relaciones de diferencia entre los elementos del tema y los del foro.<sup>90</sup> La mayor o menor relevancia de las semejanzas o de las diferencias dependerá de cada caso en particular. O sea son más importantes las semejanzas o las diferencias a la luz de cada caso en particular. Analicemos dicha relevancia en los casos que hemos mencionado en este trabajo.

En el caso de la analogía que Marx establece entre la economía y la infraestructura de una edificación (*a economía es al derecho, lo que la infraestructura es a la estructura*), es claro que, tratándose del derecho privado (civil y mercantil), las semejanzas son más importantes que las diferencias, pues las relaciones jurídicas patrimoniales y las relaciones jurídicas mercantiles ni siquiera se pueden comprender bien, sin referirlas a los fenómenos económicos. En cambio, si se trata del derecho público (constitucional, administrativo, fiscal) quien sostiene al derecho, sino que el derecho público quien determina al desarrollo económico. Hay quienes, sin embargo, sostienen que, aún en este caso es válida la analogía, pues, así como la estructura consolida (“amarra”) para que no caiga la estructura, del mismo modo el derecho constitucional estabiliza (“redetermina”) a la economía.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Jorge F. Malem, Ariel Barcelona, 1998, p. 50.

En la analogía de Platón entre el gobierno y la sabiduría (*los gobernantes son a la sociedad, lo que la sabiduría es al individuo*), las semejanzas serían más relevantes que las diferencias si sólo tomamos en cuenta la estabilidad del sistema político, pero las diferencias serían más importantes si tomamos en cuenta la igualdad de libertades de los ciudadanos que, independientemente de que posean o no sabiduría, tienen derecho de participar en el gobierno de la sociedad.<sup>92</sup>

En el caso de la analogía del procurador con el secretario (el procurador es a la Procuraduría como el secretario es a la Secretaría), primero señalaremos las semejanzas y las diferencias. Las semejanzas más importantes son las siguientes: ambos son miembros del gabinete presidencial, ambos son titulares de sus dependencias, ambos son personas de confianza del Presidente. Por lo que se refiere a las diferencias las más importantes son: al secretario lo nombra y lo remueve el Presidente, libremente, mientras que al procurador lo propone el Presidente al Senado para su nombramiento pero lo puede remover el Presidente, libremente. El procurador dispone del Ministerio Público y de la policía judicial para la investigación y la persecución de los delitos y de los delincuentes, mientras que el secretario se ocupa de funciones administrativas solamente.

Una vez, determinadas las semejanzas y las diferencias entre el procurador y el secretario, pasemos, en segundo lugar, a determinar la mayor relevancia de las primeras o de las segundas. Las semejanzas parecen ser más importantes que

---

<sup>91</sup> Cohen, Gerald A., *La teoría de la historia de Karl Marx. Una defensa*, trad. Pilar López Mañez, Siglo XXI, Madrid, 1986, p. 255.

<sup>92</sup> Platón, *op. cit.* p. 504, Rawls, *Sobre las libertades*, trad. Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1990, p. 33.

las diferencias, pues ambos, al ser miembros del gabinete presidencial gozan de una gran influencia política y de apoyo administrativo y presupuestal del gobierno. Las diferencias, por un lado, la ratificación del nombramiento del procurador por parte del Senado, relativizan su influencia política independiente, pero, por otro lado, sus facultades policíacas aumentan su poder político y jurídico.

Por último, en tercer lugar, podemos concluir que, para el caso de la candidatura para diputado del procurador, parece ser que son más relevantes la semejanzas que las diferencias entre éste y los secretarios, por lo que sería válido aplicar, analógicamente, la prohibición de los secretarios al procurador, pues tienen una influencia política, administrativa y presupuestal semejante, lo cual haría de su candidatura muy inequitativa con respecto de otros candidatos que no cuentan con esa influencia tan decisiva. Por lo que se refiere a la diferencias, estas nos llevan más allá de la analogía, a un argumento por mayoría de razón, pues la influencia del procurador se acrecienta con las facultades de persecución penal con que cuenta, las cuales sólo se mitigan muy relativamente con la ratificación del Senado para su nombramiento, pues esta Cámara legislativa no interviene para su destitución.

#### **5.2.6. La metáfora como validación de la analogía**

Recapitulando lo dicho hasta aquí, podemos decir que la validación de la analogía como argumento que nos lleve a un nuevo conocimiento, puede hacerse de dos modos: por medio de las metáforas que genera y por medio de la relevancia de las semejanzas y de las diferencias.

Hemos dicho que las metáforas derivadas de la analogía pueden llevarnos a la intuición de que la analogía es válida. Dicha intuición es resultado de la convergencia retórica de ambas metáforas: la metáfora del foro en el tema (A es la C de la B) y la metáfora del tema en el foro (C es la A de la D). Si sólo una de las metáforas tiene eficacia retórica y no la otra, podemos decir que es posible que la analogía no sea del todo plausible.

Si decimos, por ejemplo, de una forma analógica: *las flores son a los árboles como las sonrisas al amor*. Y derivamos la metáforas: *las flores son las sonrisas de los árboles, y las sonrisas son las flores del amor*. La belleza de ambas metáforas no lleva a intuir que la analogía es válida.

Si después de esta validación metafórica de la analogía, pasamos a la ponderación de semejanzas y diferencias, podemos darnos cuenta que, la relevancia de las diferencias entre las flores y las sonrisas disminuye, a favor de las semejanzas, por lo que se confirma la validez de la analogía.

Ahora, pongamos un ejemplo jurídico. Sea la analogía la de las servidumbres que mencionábamos más arriba. “la servidumbre de paso (A) es a la necesidad de comunicación (B) como el derecho de luz (C) es a la necesidad de iluminación (D)”. (A es a B como C es a D). De la cual podríamos derivar las metáforas: (A es C de B): “la servidumbre de paso es el derecho de luz de la necesidad de la comunicación”; (C es A de D): “el derecho de luz es la servidumbre de paso de la necesidad de iluminación”. Ambas metáforas parecen un poco forzadas. Un tanto modificados los elementos de la analogía, las anteriores metáforas podrían quedar del modo siguiente: A es C de B: “*la servidumbre de paso es la luz de la comunicación*”; y C es A de D: “*el derecho de*

*iluminación es la comunicación de la luz*". De este modo, las metáforas, al volverse más bellas, esclarecen que es necesario que se tenga un derecho de paso de la luz para iluminar una habitación así como se tiene el derecho de comunicación para entrar y salir a la luz pública. Ambas metáforas se sostienen una a la otra. Y ambas sostienen la conveniencia de la analogía, al destacar la mayor relevancia de las semejanzas que las diferencias entre el derecho a la comunicación y el derecho a la luz.

### **5.2.7. Redeterminación metafórica de la analogía**

La eficacia de la metáfora como medio de validación de la analogía se ve reforzada por la ponderación de las diferencias y semejanzas entre el tema y el foro. Sin embargo, tanto una como la otra se encuentran limitados por una incompleta estructura epistemológica de la analogía, tal y como la propone Perelman. Como hemos visto, este autor propone estructurarla así:

"A es a B, como C es a D". Donde "A" y "B" son los elementos del tema, cuya relación se quiere esclarecer, y "C" y "D" son los elementos del foro, con cuya relación más conocida se pretende explicar la primera relación con la que guarda cierta semejanza. Pero se trata de una semejanza y no de una identidad, razón por la cual, hemos visto no sólo hay que tomar en cuenta las semejanzas, sino también las diferencias. Entonces, se hace importante destacar el aspecto de la relación en la cual se pretende encontrar la semejanza fundamental. Es decir, habrá que introducir, en la estructura

epistemológica de la analogía, este elemento o criterio de relevancia de la relación.

Tomando como base la descripción de Ulises Schmill sobre la metáfora,<sup>93</sup> proponemos complementar la estructura de Perelman de modo siguiente:

**A es a B, como C es a D en E.** Donde “E” sería el criterio relevante de la semejanza de la relación. Aplicando esta modificación a algunos de los ejemplos que hemos mencionado podríamos decir, con Marx: *la economía (A) es al derecho (B), como la infraestructura (C) es a la estructura (D), en la fundamentación (E)*. En la analogía de Platón: *los gobernantes (A) son a la sociedad (B), como la sabiduría (C) es al individuo (D), en la prudencia (E)*. En la analogía del procurador: *el procurador (A) es la Procuraduría (B), como el secretario (C) es a la Secretaría (D), en la ventaja política (E)*. En la analogía del amor: *las flores (A) son a los árboles (B), como las sonrisas (C) son al amor (D), en lo agradable (E)*. En el caso de la servidumbre de luces: *la servidumbre de paso (A), es a la comunicación (B), como el derecho de luz (C), es a la iluminación (D), en la complementación (E)*.

El elemento “E” puede ser muy útil para determinar la mayor relevancia de las diferencias o de las semejanzas entre el tema y el foro, pues si la diferencia o la semejanza no tiene que ver con este aspecto de la semejanza, entonces será más relevante la semejanza o la diferencia, respectivamente. Así, es claro que, en el caso de la candidatura del procurador, el aspecto de la

---

<sup>93</sup> Schmill, *op. cit.* p. 14.

ventaja política hace que las semejanzas con los secretarios sea de mayor relevancia que las diferencias; y, del mismo modo, que en el caso del derecho de luz, su complementación con la servidumbre de paso, sea más relevante sus semejanzas que sus diferencias.

Es posible que no todo el lenguaje sea metafórico, como quería Derrida,<sup>94</sup> ni que la emoción estética sea un medio de conocimiento superior a la ciencia, como opinaba Vasconcelos,<sup>95</sup> y, tal vez ni siquiera sea cierto que la poesía prefigura ya a la ciencia, como decía Víctor Hugo,<sup>96</sup> pero lo que si me parece verdadero es que el arte (A) es a la ciencia (B), como la dialéctica (C) es a la filosofía (D): su momento sintético (E), es decir, que *el arte es la dialéctica sintética de la ciencia* o, dicho de otro modo, que *la dialéctica es el arte de la filosofía sintética*.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Norris, Christopher, *¿Qué le ocurre a la posmodernidad?*, trad. Michel Angstadt, Tecnos, Madrid, 1998, p. 80.

<sup>95</sup> Vasconcelos, José, *Estética*, Botas, México, 1936, p. 123.

<sup>96</sup> Víctor Hugo, *William Shakespeare*, trad. José López y López, Aguilar, Madrid, 1964, p. 298: "Los poetas poseen un reflector, que es la observación, y un condensador, que es la emoción. Por eso producen grandes aspectos luminosos que, surgiendo de su cerebro, iluminan los tenebrosos límites de la Humanidad."

<sup>97</sup> Cfr. Hegel, *Enciclopedia*, par. 573, p. 297.

### 5.3. La retórica del discurso jurídico

Si el arte es parte de la ciencia, del mismo modo, la retórica es parte del derecho. La retórica se puede encontrar tanto en las normas, en las resoluciones o en los argumentos, es decir, en el lenguaje del derecho, por esta razón, podemos encontrarnos actos de habla retóricos regulativos, constataivos y expresivos. Los actos de habla regulativos, suelen consistir en metáforas; los actos de habla constataivos, en metonimias y los actos de habla expresivos en sinecdoques.<sup>98</sup>

Antes de analizar cada una de estas figuras retóricas en relación con los actos de habla jurídicos, quisieramos hacer una precisión preliminar. Hemos dicho más arriba,<sup>99</sup> que los actos de habla retóricos pueden ser ilocucionarios o perlocucionarios, si pueden problematizarse y desempeñarse, hipotética o asertóricamente, respectivamente. En términos de la retórica tradicional, las figuras retóricas pueden distinguirse entre las que tienen efectos estéticos y, a la vez, argumentativos y los que son puramente estéticos. Los primeros persuaden y convencen, ilocucionariamente; los segundos sólo persuaden, performativamente.<sup>100</sup>

Podemos considerar a aquéllos como principios morales y a éstos como ideologías. Los llamaremos, respetivamente, actos de habla retórico-argumentativos y actos de habla retóricos, simplemente.

---

<sup>98</sup> Nos hemos inspirado, Para este inciso, en Hayden, *Metahistoria*, trad. Stella Mastrangelo, FCE, México, 2001, pp. 40 y ss, en el que, utilizando las teorías lingüísticas de Román Jakobson y Levi Stauss, utiliza la metáfora, la metonimia, la sinécdoque y la ironía para estudiar los estilos históricos.

<sup>99</sup> Ver *supra*, inciso núm. 2.1.3. *in fine*.

<sup>100</sup> Perelman, *Tratado de argumentación* o *La nueva retórica*, pp. 65 y 271.



### 5.3.1. Los argumentos jurídicos como actos de habla sinecdóticos

La sinécdoque es la figura retórica, por medio de la cual se toma el todo por la parte o la parte por el todo. Por ejemplo, el género por la especie: los mortales por los hombres; la especie por el género: el pan por el alimento; el singular por el plural: el hombre por los hombres; el plural por el singular: el nosotros por el yo, entre otros.<sup>101</sup>

En el lenguaje jurídico es común decir estado, como sinécdoque de gobierno, lo cual constituye una figura retórica, que será ideológica o perlocucionaria sólo si se olvida que es una figura retórica, pero si tenemos conciencia de ello, no existe ninguna objeción o incorrección en su uso. Lo mismo sucede con la palabra “alimentos” que es una sinécdoque de “necesidades” básicas, como obligación derivada del parentezco, entre otras condiciones.

Podríamos decir, incluso que las técnicas argumentativas tópicas o cuasi-lógicas constituyen sinécdoques jurídicas, pues al ampliar o restringir el sentido de las expresiones jurídicas relevantes, lo que estamos haciendo no es otra cosa sino tomar el todo por la parte o la parte por el todo, respectivamente.<sup>102</sup> Si esto es así, entonces, las más importantes técnicas de interpretación y de argumentación

---

<sup>101</sup> Rey, Juan, *Preceptiva literaria*, Sal Terrae, Santander, 1963, p. 33.

<sup>102</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.1. ; Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, pp. 92 y ss.

jurídicas serían sinécdoques, pues éstas últimas se reducen a las operaciones de reducción o de ampliación de la denotación y de la connotación semánticas.<sup>103</sup>

El modo típico de resolver incompatibilidades entre dos normas jurídicas, que consiste en hacer distinciones tópicas dentro de una noción o un concepto, no es sino obtener la sinécdoque que divide un todo entre sus partes. Tal es el caso de la incompatibilidad de la preclusión procesal para ofrecer pruebas con la garantía de defensa de la parte oferente. Para resolver la incompatibilidad se hace la distinción tópica del “conocimiento oportuno de los hechos”, para obtener la sinécdoque restrictiva o divisiva ya sea de la preclusión procesal o de la garantía de defensa, de modo que sólo existe incompatibilidad entre ambas cuando el oferente no conocía los hechos, pero no cuando sí los conocía.<sup>104</sup>

Para el caso de la analogía utilizada para integrar lagunas, podríamos decir que el enlace entre ambas situaciones (la prevista y la no prevista) mediante un tópico de semejanza entre ambas, equivale a obtener la sinécdoque ampliada de la situación prevista en la norma. Por ejemplo, la prohibición de la fórmula para interrogar: “*diga si es cierto como lo es que no*”, en analogía con la prohibición de la insidia del interrogador y ofuscación del interrogado, por medio de tópico semejante, entre ambos, consistente en la contradicción performativa entre el sentido negativo del enunciado proposicional ( “*que no*”) y el sentido positivo del

---

<sup>103</sup> Ver *supra*, inciso núm. 3.3.1.

<sup>104</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Reglas sobre ofrecimiento de pruebas*, México, 1996, pp. XII, XIII.

enunciado ilocucionario (“*si es cierto*”), equivale a obtener la sinécdoque ampliada de la expresión “insidia y ofuscación”.<sup>105</sup>

La cuestión de que los argumentos jurídicos deban ser actos de habla retóricos o lógicos no es tan importante como determinar si son puramente retóricos o también argumentativos, es decir, si son ilocucionarios o perlocucionarios o sea si son principios morales o ideológicos. Cuando se olvida o se oculta el elemento retórico de los argumentos jurídicos, las metáforas vivas de las normas jurídicas se adormecen junto con su verdad y su belleza originarias.

### **5.3.2. Las normas jurídicas como actos de habla metafóricos**

Las sinécdoques conducen a la generación de metáforas, de modo que no es de extrañar que las normas jurídicas contengan muchas de ellas puesto que son establecidas, a menudo, mediante argumentos sinecdóticos. Como tampoco es raro, como hemos propuesto en el inciso anterior,<sup>106</sup> que sea, precisamente la metáfora poética una manera de validar la analogía jurídica que es, precisamente, un procedimiento sinecdótico.

Como también decíamos, en el mismo lugar, no tiene nada de criticable que el lenguaje jurídico pueda ser metafórico, al contrario, la metáfora nos ayuda al conocimiento hermenéutico de las normas. Para decirlo, con una metáfora de la

---

<sup>105</sup> *Semanario judicial de la federación*, Novena época, Tomo, XXII, México, enero 2006, pp. 1022 y ss.

<sup>106</sup> Ver *supra*, inciso núm. 5.2.

metáfora: “*es la noche que engendra al sol*”.<sup>107</sup> Lo realmente cuestionable es el fenómeno que Perelman llama el “adormecimiento” de las metáforas, pues pueden convertirse en maneras de constituir ideologías jurídicas, en términos de Correas, como contenidos de actos de habla perlocucionarios que pretenden impedir su problematización o evitar su desempeño discursivo o comunicativo, en términos de Habermas.

Como ya en el inciso anterior hemos tratado de la metáfora poética en relación con la analogía jurídica, aquí sólo mencionaremos un ejemplo de una metáfora jurídica dormida, particularmente importante para la crítica del derecho: la metáfora de los “frutos civiles” que es el único fundamento y justificación del capitalismo, al decir de Correas.<sup>108</sup> No se percata uno de que decir los intereses del capital es una metáfora de los frutos civiles que, a semejanza de los frutos naturales, pertenecen al dueño del capital. Se trata de una metáfora dormida que pasa por ser una cuestión no problematizable para las ideologías jurídicas y económicas del capitalismo. Para “despertar” a la metáfora y analizar su plausibilidad podemos relacionarla con su analogía correspondiente. Sea ésta la siguiente: *el interés es al capital como el fruto es al árbol*. Con las siguientes metáforas: *el interés es el fruto del capital y el fruto es el interés del árbol*. La primera se oye más o menos bien, pero no así la segunda, lo cual nos indica que hay que precisar la semejanza de relación para ver donde está la falla. Si decimos que el interés es al capital como el fruto es al árbol, es su producto, queda

---

<sup>107</sup> “Metáfora”, *Proyectos en Alpha*..

<sup>108</sup> Correas, Oscar, *La ideología jurídica*, UAP, Puebla, 1983, pp. 115 y ss.

entonces develado que el interés no puede ser el producto del capital, pues lo es del trabajo, situación que queda oculta con la metáfora dormida, la cual funciona como una ideología perlocucionaria que pretende no ser cuestionada y pretende evitar su desempeño.

### **5.3.3. Las resoluciones judiciales como actos de habla metonímicos**

La metonimia es la figura retórica mediante la cual se cambia el nombre de una cosa a otra en virtud de la relación de sucesión que existe entre ambos. Por ejemplo, la causa por el efecto: leer a Cervantes por las obras suyas; el efecto por la causa: las canas por la vejez; el continente por el contenido: un vaso de agua por un vaso con agua; el signo por la cosa significada: el laurel por la victoria, entre otros.<sup>109</sup>

En derecho es común decir que tal o cual norma “*dice*” tal o cual cosa, cuando el que dice lo que dice la norma es el operador del derecho, lo cual constituye una metonimia jurídica, lo que de por sí no tendría nada de particular, sólo que, al igual que la metáfora y la sinécdoque, se trata de una “metonimia dormida” que puede ocultar la ideología de que la aplicación del derecho es automática y no, como dice Kelsen el sentido de un acto de voluntad que requiere de argumentación y de justificación.

---

<sup>109</sup> Rey, *op. cit.* p. 33.

En este sentido, también constituye metonimia jurídica la manera impersonal con que los jueces, y otros concluyen sus decisiones judiciales, diciendo: “*ha quedado demostrado*” en lugar de decir: “*he constatado*”, porque se sustituye al autor de la constatación por la constatación misma. Lo cual nos lleva a considerar a la metonimia judicial como actos de habla con efectos performativos perlocucionarios, es decir, que realizan lo que dicen, por el sólo hecho de decirlo, pretendiendo que no se problematicen y que no se desempeñen comunicativamente.

Podemos concluir que la metonimia judicial produce efectos preformativos, pero estos son ilocucionarios, es decir, racionales y morales, cuando se pueden problematizar y desempeñar en actitud hipotética, pero son perlocucionarios cuando no es así, o lo es sólo asertóricamente.

Existen muchas más figuras retóricas que son usadas en el derecho, tales como la anticipación retórica (“*si bien es cierto que ... también lo es que ...*”); la concesión (“*suponiendo sin conceder*”), entre otras, pero las más importantes nos parecen ser las mencionadas: la sinécdoque, la metáfora y la sinonimia, sobre todo, aunque no exclusivamente, en los actos de habla argumentativos, regulativos y constatativos, respectivamente.

Podemos concluir, de una manera general, que el lenguaje del derecho es más bien retórico que científico. Por lo cual decir que sus conclusiones son necesarias y no sólo probables, constituye una ideología científicista. Por ello es necesario aceptar los ingredientes retóricos del derecho, pero sin caer en la ideología esteticista, que nos impida distinguir una retórica ilocucionaria de una perlocucionaria. La segunda nos impide superar el disenso y nos conduce a la

arbitrariedad, es decir, al poder como derecho. La primera, en cambio, es compatible con una racionalidad comunicativa que pretenda el consenso y la imparcialidad, es decir, con el derecho como arte.

## **Conclusiones parciales y provisionales del capítulo quinto**

**1. Primer conclusión.** La argumentación jurídica artística, se encuentra formada por actos de habla argumentativos, cuya intención ilocucionaria es la aplicación del principio del discurso y del principio de adecuación. Es decir, la argumentación jurídica estética es la que busca el consenso y la imparcialidad. El consenso en la elaboración de las leyes y la imparcialidad en la aplicación de las mismas. En ambos se intenta la armonización de los puntos de vista de todos los afectados y de todos los aspectos de una misma situación. En ambos casos, en el del legislador y en el del juez, la asunción de la actitud hipotética y la asunción ideal del rol del otro constituyen condiciones necesarias de la estética del discurso jurídico.

El “juez dialógico” concide con estas tres condiciones de la estética del discurso jurídico: tematización de los tópicos relevantes de la situación, asunción de la actitud hipotética y asunción ideal de los roles de las partes. Bien lo podríamos llamar el “juez artista”. Figura que no deja de ser un modelo al cual es necesario intentar acercarse por parte de los jueces, realmente existentes.

**2. Segunda conclusión.** Los actos de habla expresivos son puramente retóricos cuando “performan perlocucionariamente” a los actos de habla regulativos o constatativos y son argumentativos cuando, sin desdeñar la retórica, performan a los actos de habla constatativos y son performados por los actos de

habla regualtivos, ambos de una manera ilocucionaria, es decir, que puedan ser problematizados y ser desempeñados, libremente.

Con base en lo anterior, podemos decir que, en las tres obras analizadas, de los tres jueces: Atenea en las “Euménides”, Porcia en “El mercader de Venecia” y Danforth en “Las brujas de Salem”, sólo Porcia se acerca al juez artista porque intenta asumir una actitud hipotética, tematizar la cuestión desde todos los tópicos relevantes y asumir el rol de las partes, aunque no lo logra del todo, pues sus actos de habla expresivos, aunque en la mayor parte de los casos lograr equilibrar los argumentos con la retórica, final le gana la antipatía hacia el judío Shylock. Por su parte, Atenea, es totalmente parcial al intentar resolver el conflicto entre la venganza y la justicia, nunca asume el rol de Clitemnestra ni siquiera hipotéticamente y en sus actos de habla expresivos predomina, claramente, la retórica. En el caso de Danforth, sus prejuicios religiosos y jurídicos le impiden asumir el rol de Elizabeth al interrogarla, le impiden ser imparcial con Proctor y le hacen víctima de los actos de habla retóricos de Abigail Williams. Todo ello no impide disfrutar de la belleza literaria de estas tres grandes obras, todas ellas nos pueden enseñar, positiva o negativamente, que la relación entre la verdad, la justicia y el derecho es, sólo posible e, incluso, probable, comunicativamente.

**3. Tercera conclusión.** La validación de la analogía como argumento que nos lleve a un nuevo conocimiento, puede hacerse de dos modos: por medio de las metáforas que genera y por medio de la relevancia de las semejanzas y de las diferencias.

Hemos dicho que las metáforas derivadas de la analogía pueden llevarnos a la intuición de que la analogía es válida. Dicha intuición es resultado de la convergencia retórica de ambas metáforas: la metáfora del foro en el tema (**A es la C de la B**) y la metáfora del tema en el foro (**C es la A de la D**). Si sólo una de las metáforas tiene eficacia retórica y no la otra, podemos decir que es posible que la analogía no sea del todo plausible. Sea la analogía la de las servidumbres que mencionábamos más arriba. “la servidumbre de paso (**A**) es a la necesidad de comunicación (**B**) como el derecho de luz (**C**) es a la necesidad de iluminación (**D**)”. (**A es a B como C es a D**). De la cual podríamos derivar las metáforas: (**A es la C de la B**): “la servidumbre de paso es el derecho de luz de la necesidad de la comunicación”; (**C es la A de la D**): “el derecho de luz es la servidumbre de paso de la necesidad de iluminación”. Ambas metáforas parecen un poco forzadas. Un tanto modificados los elementos de la analogía, las anteriores metáforas podrían quedar del modo siguiente: **A es C de B**: “*la servidumbre de paso es la luz de la comunicación*”; y **C es A de D**: “*el derecho de iluminación es la comunicación de la luz*”. De este modo, las metáforas, al volverse más bellas, esclarecen que es necesario que se tenga un derecho de paso de la luz para iluminar una habitación así como se tiene el derecho de comunicación para entrar y salir a la luz pública. Ambas metáforas se sostienen una a la otra. Y ambas sostienen la conveniencia de la analogía, al destacar la mayor relevancia de las semejanzas que las diferencias entre el derecho a la comunicación y el derecho a la luz.

**4. Cuarta conclusión.** Si el arte es parte de la ciencia, del mismo modo, la retórica es parte del derecho. La retórica se puede encontrar tanto en las normas, en las resoluciones o en los argumentos, es decir, en el lenguaje del derecho, podemos encontrarnos actos de habla retóricos regulativos, constataivos y expresivos. Los actos de habla regulativos, suelen consistir en metáforas; los actos de habla constataivos, en metonimias y los actos de habla expresivos en sinécdoques.

**5. Quinta conclusión.** Podemos concluir, de una manera general, que el lenguaje del derecho es más bien retórico que científico. Por lo cual decir que sus conclusiones son necesarias y no sólo probables, constituye una ideología científicista. Por ello es necesario aceptar los ingredientes retóricos del derecho, pero sin caer en la ideología esteticista, que nos impida distinguir una retórica ilocucionaria de una perlocucionaria. La segunda nos impide superar el disenso y nos conduce a la arbitrariedad, es decir, al poder como derecho. La primera, en cambio, es compatible con una racionalidad comunicativa que pretenda el consenso y la imparcialidad, es decir, con el derecho como arte.

## **CONCLUSIONES FINALES**

**1. Primera conclusión.** Podemos concluir que la “pureza metódica” de Kelsen no es otra cosa que la autopoiesis de la ciencia del derecho, pero no necesariamente del derecho mismo, ya que la validez jurídica de las normas jurídicas es sólo una de las pretensiones de la validez abstracta o en potencia de los actos de habla que ellas significan, en términos de Habermas, pero no necesariamente una validez en acto, concreta o comunicativamente desempeñada.

Si la eficacia del derecho según Kelsen, determina la validez jurídica de las normas, es porque esta validez es sólo una pretensión no desempeñada comunicativamente, mientras que la validez comunicativa de las normas jurídicas, según Habermas, redetermina la eficacia de las normas porque se conforma con todas sus pretensiones de validez debidamente desempeñadas por los sujetos obligados a cumplirlas.

**2. Segunda conclusión.** Podemos decir que, a pesar de que tanto la teoría de Kelsen como la teoría de Habermas son formales, es decir, son procedimentales, difieren en que, mientras el procedimiento del que depende la validez kelseniana de las normas jurídicas, puede ser cualquiera, siempre y cuando se encuentre previsto en una norma superior, el procedimiento habermasiano de la validez normativa tiene que ser comunicativo racional, es decir, debe encontrarse sujeto al principio del discurso que dice que sólo son válidas las normas, para los sujetos que han participado, sin patologías comunicativas, en sus procedimientos de creación.

La racionalidad de la formalidad comunicativa, exigida por Habermas, para dotar de validez a las normas es demasiado alta, lo cual hace que se ponga en riesgo la finalidad del derecho que, según el mismo, es la estabilización de las expectativas de comportamiento. Mientras que la mera formalidad kelseniana es insuficiente para que las normas jurídicas sean eficaces, aunque sean efectivas.

**3. Tercera conclusión.** La diferencia entre la idealización de Habermas y la insuficiencia de Kelsen se reduce a los órdenes jurídicos no democráticos, pues para ambos autores, la democracia jurídica consiste en que los obligados por las normas participen en la creación de las mismas. Ambos aceptan, además, a la democracia representativa como límite necesario del principio del discurso democrático. Del mismo modo, ambos también proponen “deslimitar” tal límite, mediante la constitución de un poder comunicativo de la sociedad civil y la institucionalización del mandato imperativo, respectivamente.

Pero, aún dentro de la democracia jurídica, reaparecen las diferencias entre ambos autores, ya que, para Habermas no basta, para que las normas jurídicas sean válidas, que los obligados o sus representantes, participen, de cualquier manera en la creación de las normas que los han de obligar, como parece aceptar Kelsen, sino que han de participar de una manera deliberativa, es decir, de una manera racional comunicativa, ya sea en la elección de los representantes como en la discusión de las leyes por parte de esos representantes.

**4. Cuarta conclusión.** La diferencia entre la democracia participativa de Kelsen y la democracia deliberativa de Habermas, parece relativizarse un tanto,

pues, mientras el poder comunicativo de la sociedad civil no sea una realidad, la validez comunicativa de las normas jurídicas sólo será exigible como límite que pone el mundo de la vida a la colonización del mismo, que llevan a cabo los sistemas político y económico, pero no cuando el disentimiento ponga en riesgo la estabilización de las expectativas de comportamiento recíproco.

**5. Quinta conclusión.** Es posible considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla. En el primer caso, el elemento proposicional equivale a la descripción de la conducta (q), el elemento ilocucionario, podemos dividirlo en dos partes: la primera contiene la modalidad deóntica coactiva (OK) y la segunda la voluntad del legislador (V). El resultado es la fórmula siguiente: **VOKq**, que se lee: “es voluntad del legislador coaccionar q”. También es posible considerar a la norma jurídica conformada por dos actos de habla. El primero establece la obligación deóntica de coaccionar a “~q”, y el segundo la condición de que sea comunicativamente obligatorio “q”. La fórmula sería la siguiente: **OK~q ⊃ Oq**, que se lee: “obligatorio coaccionar no q, si obligatorio q”, la cual aunque no contiene a la voluntad del legislador explícitamente, sin embargo, sirve para condicionar la validez de la coacción jurídica a la obligatoriedad comunicativa de la conducta.

**6. Sexta conclusión.** Es conveniente considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla, porque su validez queda condicionada al cumplimiento de todos los requisitos de validez de éste, (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) así como al procedimiento comunicativo de validación o

convalidación de todo acto de habla (pretensiones de validez, problematización y desempeño), que hace posible la estabilidad social y la crítica ética del derecho (actitud asertórica y actitud hipotética).

**7. Séptima conclusión.** Es necesario considerar a la norma jurídica como uno o varios actos de habla, pues nos permite “unir” la ética de la responsabilidad con el derecho, para “separar” las normas jurídicas racionales de las no racionales y, por lo tanto las normas jurídica eficaces de las no eficaces, de una manera teórica o conceptual.

**8. Octava conclusión.** En este orden de ideas, podríamos considerar al delito, como una norma jurídica que tiene la siguiente estructura de un acto de habla: su elemento ilocucionario se compondría de dos partes: una deóntica y una intencional. La deóntica, a su vez, comprendería a la antijuricidad y a la punibilidad. La parte intencional, por su parte, podría referirse al bien jurídico protegido por el legislador. Por otro lado, en el elemento proposicional también se podrían distinguir dos partes: la tipicidad y la culpabilidad. La primera, es decir, la tipicidad describiría tanto a la conducta como a los elementos normativos. La culpabilidad incluiría tanto al dolo y a la culpa como a la imputabilidad.

**9. Novena conclusión.** Si consideramos, tanto a las normas jurídicas como a los argumentos jurídicos, como actos de habla, regulativos aquéllas y expresivos éstos, tal vez se podría condicionar la validez de las primeras a las pretensiones de validez de los segundos de una manera hipotética, es decir, invalidables y

convalidables, comunicativamente. En otros términos, podríamos considerar al sistema jurídico como una estructura de argumentación.

**10. Décima conclusión.** Las normas jurídicas, entendidas como actos de habla, no tienen una validez absoluta, sino sólo una validez en potencia, en abstracto o una pretensión de validez. La validez “comunicativa” de las normas jurídicas se tiene que “actualizar”, “concretizar” o “desempeñar”, mediante el desarrollo del sistema jurídico. O mejor dicho, el sistema jurídico es el desempeño comunicativo de las validez de las normas jurídicas que lo integran, en tanto que actos de habla. O todavía mejor, el sistema jurídico es el sistema comunicativo que tiene como objetivo desempeñar las pretensiones de validez (inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) en la transformación de los actos de habla regulativos (normas generales de conducta) en actos de habla constatativos (normas particulares de conducta) por medio de los actos de habla expresivos (normas de competencia y de procedimientos) o actos de habla argumenativos.

**11. Décima primera conclusión.** Esta concepción del sistema jurídico como desempeño comunicativo de las pretensiones de validez en la transformación de los actos de habla regulativos en actos de habla constatativos por medio de actos de habla expresivo-argumentativos puede ser útil, en varios sentidos: en primer lugar, nos ayuda a explicar la existencia de los sistemas jurídicos heteropoiéticos (abiertos) y de los autopoiéticos (cerrados), según si desempeñan o no todas las pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla. En segundo lugar, nos permite integrar al sistema jurídico, tanto los

principios morales como los contenidos ideológicos, entendiéndolos como pretensiones de validez de los actos jurídicos de habla, comunicativamente desempeñadas o no desempeñadas, respectivamente. En tercer lugar, nos permite entender al derecho, tanto como un instrumento de dominación ideológica como un medio de liberación humana, sin favorecer una hegemonía más desventajosa para la mayoría de los miembros del grupo dominado, al distinguir entre la validez comunicativa en potencia, en abstracto en grado de pretensión de los actos de habla jurídicos -que sirven a la función de dominación ideológica- de la validez en acto, concreta o comunicativamente desempeñada que puede servir la función emancipadora del sistema jurídico. En cuarto lugar, puede constituir un fundamento de la desobediencia civil, si las pretensiones de validez de las normas jurídicas no han sido desempeñadas en ninguno de los procedimientos de creación o de revisión jurídicas. En quinto lugar, esta propuesta puede constituir una estructura de interpretación y de argumentación jurídicas.

**12. Décima segunda conclusión.** En términos de la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la clausura de un sistema social se produce porque los actos de habla de que se compone, están integrados por elementos ilocucionarios total y permanentemente asertóricos. La actitud ilocucionaria de los sujetos que los operan es siempre categórica, nunca hipotética. Un sistema social de comunicación es autopoietico, cuando no permite que sus operadores asuman, en ningún caso, actitudes ilocucionarias hipotéticas, sino únicamente actitudes perlocucionarias asertóricas. De manera que los elementos proposicionales de que se componen los actos de habla que lo integran, en ningún momento se pueden mediar con los de los

demás restantes sistemas de comunicación.

**13. Décima tercera conclusión.** Si usamos esta misma distinción de Habermas, entre actos de habla asumidos en actitud hipotética y actos de habla asumidos en actitud hipotética, podemos decir que la norma hipotética fundamental como fundamento del sistema jurídico, no sería otra cosa que asumir a los actos de habla constitucionales en actitud hipotética, es decir, susceptibles de ser problematizados y, por tanto, desempeñables argumentativamente. En cambio, la ficción que fundamenta a la constitución, no sería otra cosa sino la asunción de los actos de habla constitucionales, en actitud asertórica, es decir, no problematizables y no desempeñables, argumentativamente.

**14. Décima cuarta conclusión.** Tanto los procedimientos jurídicos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales pueden ser interpretados, como “actos de habla argumentativos”, sujetos a actos de habla regulativos. Es decir, los actos de habla regulativos que “regulan” los procedimientos jurídicos son las normas que, según Kelsen, establecen los procedimientos de creación normativa de un sistema jurídico. Y los actos de habla argumentativos son los procedimientos concretos de creación de normas, es decir, de creación de nuevos actos de habla regulativos. Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, puede interpretarse el modelo de sistema jurídico de Kelsen, como una estructura de actos de habla regulativos y argumentativos.

Si esta interpretación fuera posible, la cuestión de la “eticidad” del derecho se podría plantear con toda legitimidad filosófica, por la razón de que el elemento

ilocucionario de los actos de habla, es decir, su intención ilocucionaria, puede ser moral o inmoral. Tanto los actos de habla regulativos como los argumentativos pueden padecer diversas patologías de la comunicación, en el sentido de Habermas. Nos parece que la moralidad o la inmoralidad de los actos de habla regulativos provienen de la moralidad o de la inmoralidad de los actos de habla argumentativos mediante los cuales se discutió la aprobación de aquéllos.

Por otro lado, si recordamos que, según el propio Habermas, el uso más pragmático del lenguaje es la “coordinación de la acción social”, entonces la cuestión de la eticidad del derecho, entendido como actos de habla, no se encuentra desvinculada de su eficacia, es decir, de la finalidad del derecho que, al decir de Del Vecchio, consiste en coordinar, de manera objetiva, las acciones de varios sujetos, sin ningún impedimento ético. Si entendemos esto a la manera comunicativa, podemos decir que, la eficacia de la coordinación social depende de la ética del discurso jurídico. Ahora bien, si redeterminamos la teoría de Kelsen y la de Del Vecchio por medio de la teoría de Habermas, podemos decir que la coordinación de la acción social es eficaz cuando la estructura de actos de habla regulativos y argumentativos se articula mediante la ética del discurso jurídico.

**15. Décima quinta conclusión.** Para evitar la dialéctica negativa de la crítica de la ideología de la exégesis, se requiere, en consecuencia distinguir una exégesis ideológica y una exégesis técnica. La exégesis ideológica será aquella que busca la voluntad del legislador para seleccionar el referente verdadero de una norma oscura, presuponiendo que siempre la va a encontrar, para ocultar la maniobra semántica de hacer coincidir dicha voluntad con los intereses del

intérprete. Por su parte, la exégesis técnica será aquella que también busca la voluntad del legislador, pero sin presuponer si la encontrará o no, analizando los textos paralegislativos para formar un contexto que nos permita seleccionar el referente más probable de una norma oscura. En aquélla, la exégesis ideológica, se asume una actitud asertórica y en ésta, la técnica, se asume una actitud hipotética. Por ello, la primera, la ideológica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la seguridad de la coincidencia de la voluntad del legislador), al encontrarse implícito, sustrae a cada acto de habla en su conjunto a toda problematización y, por tanto, los constituye como actos de habla perlocucionarios. La segunda, en cambio, la técnica, está constituida por actos de habla cuyo elemento ilocucionario (la aceptación de la posibilidad de que la voluntad del legislador no coincida con el interés del intérprete) se encuentra explícito y, por tanto, permite que la totalidad de cada acto de habla sea puesto en cuestión. La exégesis ideológica construye, con los textos paralegislativos un contexto *ad-hoc*, para seleccionar el referente más favorable a los intereses del intérprete. La exégesis técnica, por su parte, con los mismos textos paralegislativos, reconstruye el contexto histórico que permita seleccionar el referente que más sea más coherente con ese contexto, independientemente de que sea o no él que más favorezca los intereses del intérprete.

El positivismo jurídico, como él de Vernengo, rechaza al método exegético porque no distingue entre una exégesis ideológica y una exégesis técnica, al no poder interpretar a la voluntad del legislador como el elemento ilocucionario de los actos de habla regulativos que conforman a las leyes, elemento que puede ser perlocucionario o puede no serlo, pero que es necesario para determinar el sentido

lingüístico de los actos de habla legales. En otras palabras, la ideología del legislador racional, sólo ha sido criticada por el positivismo jurídico, pero no ha sido redeterminada por éste último. Tomando como base la crítica a la exégesis ideológica, estamos en posibilidades de redeterminarla, hegelianamente, en la exégesis técnica, por medio de la teoría del acto de habla, de manera que sea posible superar y, a la vez, conservar a la exégesis como método de interpretación jurídica de las normas oscuras. Conservarla, cuando sea posible determinar, ilocucionariamente, la voluntad del legislador y superarla, cuando tal determinación sólo pueda ser perlocucionariamente, es decir, ficticiamente.

**16. Décima sexta conclusión.** Si aceptamos que el mundo de la vida se compone de actos de habla regulativos, constatativos y expresivos, entonces las normas jurídicas forman parte del mundo de la vida, y comparten el mismo horizonte hermenéutico de los restantes actos de habla del mismo mundo de la vida. Es decir, si podemos conocer los presupuestos semánticos y pragmáticos que comparten los actos de habla de un mismo mundo de la vida, estaremos en condiciones de reconstruir, con algún grado de probabilidad, los elementos ilocucionarios de los actos de habla regulativos de las normas jurídicas, aunque no se encuentren en los textos paralegislativos. En otros términos, podremos reconstruir un contexto histórico, no solamente con dichos textos, tal y como sucede con la exégesis técnica, sino con textos de otra índole, tales como textos culturales, artísticos, periodísticos, sociológicos e, incluso, filosóficos. Y podrá ser, un tal contexto ampliado, él que sirva para seleccionar el referente más probable del elemento proposicional de una norma oscura.

**17. Décima séptima conclusión.** En el caso de la prueba penal, hay que tener en cuenta que la probabilidad de la culpabilidad o de la inocencia del acusado resulta de la valoración de la verdad como correspondencia impropia y de la verdad como coherencia de las dos hipótesis: la de la acusación y de la defensa, no de una sola. Pueden darse varios supuestos. El primero, es que se valore probada la verdad (como correspondencia impropia y como coherencia) del *modus ponens* en la hipótesis de la acusación y del *modus tollens* en la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de culpabilidad (H) es muy alta, y la sentencia sería condenatoria, para la cual se propone la siguiente fórmula

$$\begin{array}{cc}
 \frac{P. I}{H} & \frac{\sim P. \sim I}{\sim E (H)} \\
 \hline
 & H
 \end{array}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que pruebas e indicios y entonces hechos y se da el caso no contrapruebas y no contra indicios y entonces hechos, por tanto hechos”.

El segundo, es que se valore probada la verdad (como correspondencia impropia y como coherencia) del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y del *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso la probabilidad de inocencia también es muy alta ( $\sim H$ ), y la sentencia sería absolutoria, para la cual se propone la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{cc}
 \underline{\sim I . \sim P} & \underline{P . I} \\
 \sim H & E (\sim H) \\
 \hline
 \sim H
 \end{array}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que no pruebas ni indicios y entonces no hechos; y se da el caso de que contra pruebas y contra indicios y entonces no hechos, por tanto no hechos”.

El tercero, que se considere probada la verdad del *modus ponens* de la hipótesis de la acusación y el *modus ponens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso es tanta la probabilidad de la culpabilidad como de la inocencia. Proponemos la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{cc}
 \underline{P . I} & \underline{P . I} \\
 H & E (\sim H) \\
 \hline
 H \vee \sim H
 \end{array}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que pruebas e indicios y entonces hechos; y se da el caso de que contra pruebas y contra indicios y entonces no hechos; por tanto hechos o no hechos”.

El cuarto, que se considere probada la verdad del *modus tollens* de la hipótesis de la acusación y el *modus tollens* de la hipótesis de la defensa, en cuyo caso también la probabilidad de la culpabilidad y de la inocencia es la misma.

Proponemos la siguiente fórmula:

$$\frac{\sim I. \sim P}{\sim H} \quad \frac{\sim P. \sim I}{\sim E(H)}$$
$$\frac{\sim H \quad \sim E(H)}{\sim H \vee H}$$

Que podría leerse: “se da el caso de que no indicios y no pruebas y entonces no hechos; y se da el caso de que no contra pruebas y no contra indicios y entonces hechos, por lo tanto no hechos o hechos”.

En el caso tercero (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus ponens*) y en el caso cuarto (en ambas hipótesis ha prevalecido el *modus tollens*) existe la misma probabilidad de culpabilidad o de inocencia, es decir, existe la duda de una u otra. El supuesto de procedencia del principio: *in dubio pro reo*: en caso de duda debe absolverse.

**18. Décima octava conclusión.** En los interrogatorios judiciales, las acciones instrumentales, las acciones estratégicas y las acciones dramatúrgicas se encuentran vinculadas recíprocamente. Es decir, es común que el uso de una acción estratégica se lleve a cabo para neutralizar una acción instrumental, una acción dramatúrgica e, incluso, otra acción estratégica y viceversa, las acciones instrumentales se usan para neutralizar una acción estratégica o una acción dramatúrgica y, también, otra acción instrumental. Por ejemplo, los ministerios públicos apelan a métodos intimidatorios para contrarrestar el engaño o la dramatización de la defensa. Del mismo modo, la defensa incurre en engaños y

dramatización porque las acciones intimidatorias del ministerio público o de la policía e, incluso, del mismo juez les motivan a ello. Claro está que esta dialéctica negativa de la comunicación patológica de los interrogatorios judiciales, en la que se suceden la acción instrumental, la acción estratégica, la acción dramática, y nuevamente la acción instrumental, tienen, como telón de fondo, la naturaleza coactiva del derecho, la amenaza de la violencia, la prisión como la institución más patológica de las sociedades modernas. Mientras no se mitigue un tanto la patología comunicativa de las prisiones y, en general de la sanción jurídica, los procedimientos judiciales y, en especial los interrogatorios judiciales, padecerán de la dialéctica negativa de las patologías de la comunicación que hemos señalado.

**19. Décima novena conclusión.** Es posible considerar al derecho como un sistema abierto o heteropoiético, es decir, integrado por actos de habla emitidos en actitud hipotética. Cuando creemos que el derecho debe ser estricto derecho sin ninguna adecuación, estamos considerando al derecho como autopoiético y, nosotros mismos como juristas autopoiéticos. Por qué estamos confundiendo la validez de la norma, en tanto que acto de habla, con la pretensión de validez de la misma. Porque la norma jurídica sólo pretende ser válida, no es válida por sí misma, pero tampoco inválida. Tiene las cuatro pretensiones de validez de todo acto de habla. Por lo tanto, pueden cuestionarse esas cuatro pretensiones de su validez, por lo tanto se tienen que desempeñar, se tienen que argumentar, entonces la norma no es válida sino hasta que se desempeñan las pretensiones de validez problematizadas, es decir, hasta que su validez cuestionada se argumenta. Esto implica que la norma jurídica no vale ni deja de valer, por sí

misma, no es autopoietica. Sólo vale si está justificada, si, como dice Habermas, es inteligible, es decir, si se ha aclarado; segundo, si tiene contenidos verdaderos, es decir si se ha explicado y, además si se ha justificado desde el punto de vista ético y moral. Pero también hay que tener en cuenta, que una norma, cuya validez ha sido cuestionada hipotéticamente, puede convalidarse, ya sea corrigiendo sus patologías o aplicándola sin ellas.

**20. Vigésima conclusión.** El modelo de la argumentación dialéctica jurídica, no es tan solo una propuesta didáctica y expositiva, sino que puede servir también de una propuesta para la práctica jurídica de los jueces. Es decir, las resoluciones, cuando menos de los casos difíciles, podría tener dicha estructura. Podrían comprender cuatro partes: el planteamiento del problema, las soluciones posibles, los argumentos a favor y en contra de cada solución, desde los tópicos relevantes en cada caso y la ponderación de los argumentos de una y otra solución. Para definir el problema, es decir, para precisar la contradicción se utilizarían actos de habla interrogativos, emitidos en actitud asertórica.

Para establecer las soluciones posibles, el juez asumiría una actitud hipotética en los actos de habla bicondicionales para poder “soportar la contradicción entre ellas”. La argumentación, desde cada uno de los cánones relevantes al caso, se deberá llevar a cabo mediante actos de habla afirmativos, emitidos también en actitud hipotética, para estar en condiciones de precisar y soportar la contradicción entre cada una de las soluciones. La ponderación de los cánones se haría en actitud hipotética, suponiendo, primero que el actor tiene la razón y analizando cada uno de los argumentos de cada uno de los cánones

relevantes al caso; segundo, suponiendo, que el demandado es quien tiene la razón, para analizar desde este punto de vista nuevamente los mismos argumentos de todos los cánones relevantes y, tercero, ya en actitud asertórica, resolviendo la contradicción de las soluciones, determinando cual es la más probable, la más plausible y la más justa.

Que la justificación interna, la argumentación externa y la ponderación deba hacerse en actitud hipotética en los considerandos mismos de la resolución, ayudaría a que el mismo juez, sus superiores y cualquier auditorio puedan controlar el nivel de imparcialidad con que se ha elaborado la resolución. Y que la fijación del problema y los puntos resolutivos se emitan en actitud asertórica basta para dar claridad y seguridad a las expectativas de las partes y al sistema jurídico.

**21. Vigésima primera conclusión.** Si comparamos las tres expresiones del principio de adecuación que hemos analizado: la reconstrucción comunicativa de la voluntad del legislador, la estructura dialéctica de la prueba judicial y el modelo de la argumentación dialéctica, encontramos que el juez de adecuación jurídica lleva a cabo un diálogo interior en el que asume, idealmente, los roles opuestos de las partes (acusación y defensa), asume una actitud hipotética (justificación interna, justificación externa, ponderación), una búsqueda de conciliación (fusión de horizontes hermenéuticos) y una actitud asertórica probable (fijación del problema, puntos resolutivos). Un juez que reconstruye comunicativamente los procesos legislativos, de esta manera, podemos llamarlo un juez dialógico.

**22. Vigésima segunda conclusión.** Los actos de habla administrativos que regulen la prestación de los servicios públicos, han de ser actos de habla ilocucionarios para que tengan capacidad de justificar el poder administrativo. Es decir, deben ser democráticos, de acuerdo con el principio del discurso en relación con su eficiencia teleológica, pero no en relación con la rentabilidad del capital. Si los servicios públicos se subordinan al interés del capital dejan de ser democráticos y eficientes. La limitación del principio del discurso en la prestación de los servicios públicos sólo lo puede ser la racionalidad instrumental, pero no la irracionalidad (comunicativa, ecológica y alienante) del capital. La acumulación del capital no debe ser la finalidad de los servicios públicos, sino que el capital debe ser un medio, entre otros, para el incremento y el mejoramiento de la prestación de los servicios públicos.

**23. Vigésima tercera conclusión.** La aplicación del principio de adecuación en la regulación y prestación de los servicios públicos como actividad administrativa de legitimación del estado, sólo podrá ser imparcial, si la influencia sistémica, preformativa-perlocucionaria del capital (incluidos los medios masivos de comunicación) sobre la administración pública, puede ser neutralizado o limitado por las expectativas satisfechas de la sociedad civil organizada en poder comunicativo. De lo contrario, el principio de adecuación puede convertirse en una nueva ideología neoliberal que justifique “comunicativamente” la privatización de los servicios públicos e incremente la “colonización sistémica” del estado y de la sociedad.

**24. Vigésima cuarta conclusión.** La asunción de una actitud hipotética, en la argumentación de las decisiones judiciales y la asunción de una actitud asertórica en los puntos resolutiveos, es el núcleo de una ética de la autenticidad del discurso judicial. Mediante la actitud hipotética se pueden neutralizar los contextos de la acción social de los roles no institucionales, de los prejuicios del mundo de la vida y de la acción colonizadora de los sistemas económico y político, sobre el sistema jurídico. Mediante la asunción de una actitud asertórica se pueden estabilizar las expectativas recíprocas de comportamiento recíproco, que es la función del derecho.

De esta manera, podemos considerar a la ética de la autenticidad judicial como una condición (necesaria pero no suficiente) de la eficacia del sistema jurídico, pues contribuye a neutralizar los contextos de acción (sistémicos, de roles, del mundo de la vida) que hacen del derecho un sistema autopoietico, es decir, integrado sólo con actos de habla asertóricos, al tiempo que estabiliza los roles sociales del reconocimiento recíproco, en los que, según Hegel, reside la eticidad de un pueblo.

**25. Vigésima quinta conclusión.** La justicia penal no sólo está en los tribunales y en los parlamentos, sino también en los medios de comunicación, porque, tanto unos como otros producen o generan actos de habla performativos, por tanto, ambos deben someterse a la misma racionalidad comunicativa: a la racionalidad ilocucionaria hipotética que permita la problematización y obligue al desempeño de las pretensiones penales de validez.

No parece fácil tal empresa, sin embargo, la alternativa es aceptar que los jueces sean, o sigan siendo, sólo los meta-narradores de la fábula de los medios de comunicación sobre la justicia penal y del mito del estado de derecho.

**26. Vigésima sexta conclusión.** La teoría moderna del derecho excluye de su concepto a los puntos de vista sociales y éticos, porque, al igual que la antigua, tiene miedo de la contradicción semántica entre los diversos puntos de vista, o la contradicción performativa entre las ilocuciones y las proposiciones, que tienen que tomarse en cuenta para restaurar la justicia. Por ello debe complementarse con una teoría de la argumentación dialéctica que considere a las normas generales o leyes, es decir, al derecho formal, únicamente como la justicia en potencia, como la justicia abstracta o en sí, como la pretensión comunicativa (ilocuciones y proposiciones) de justicia. Y, por su parte, que considere a la justicia como el derecho en acto, como el derecho concreto o-para-sí, o como el derecho desempeñado argumentativamente, desde todos los puntos de vista o cánones relevantes.

Mientras el derecho no se ha argumentado a partir de una problematización, de una contradicción, la justicia se encuentra en potencia o abstractamente o es sólo una pretensión de validez comunicativa de los actos de habla regulativos de la ley, pues puede ser el caso o puede no ser el caso que se desarrolle en acto, o concretamente. Para que el desarrollo del derecho o justicia en potencia llegue a ser la justicia en acto o justicia concreta, se necesita que se tematicen, proposicionalmente, se desempeñen discursivamente, se ponderen,

ilocucionariamente y se redeterminen, dialécticamente, todos los cánones relevantes de la situación jurídica comunicativa. De otro modo, es decir, si sólo se tematizan los cánones no contradictorios, el derecho concreto no será el desarrollo de la justicia en potencia, sino la injusticia en acto.

La cuestión de si la justicia forma parte del derecho o no, queda de esta forma redeterminada, es decir, no es que la justicia sea o no una parte del derecho, sino más bien, si el derecho es un momento abstracto del desarrollo de la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica o un momento de la injusticia por medio de una aplicación sistémica de sus normas generales y abstractas.

**27. Vigésima séptima conclusión.** En los términos de la ética de la vulnerabilidad de Habermas y de la ética de la responsabilidad de Apel, los derechos humanos deben ser actos de habla regulativos en actitud asertórica, cuando su intención ilocucionaria sea la de proteger al más débil. Lo cual no quiere decir que no pueden ser cuestionados, sino que la carga de la argumentación deberá recaer en el más fuerte. Y los derechos humanos pueden ser concebidos como actos de habla regulativos en actitud hipotética cuando su intención ilocucionaria no sea la de proteger al más débil, sino el de mantener las condiciones de igualdad entre los interactuantes.

Podemos concluir, diciendo que los derechos humanos son las condiciones ético-comunicativas para la apertura (actos de habla regulativos en actitud hipotética) y la clausura (actos de habla regulativos en actitud asertórica) de los sistemas públicos y privados de comunicación que redeterminan la universalidad y

la diversidad de la condición humana en la que encuentran, también su fundamento. El desarrollo de una propuesta como la anterior sólo puede hacerse, aplicándola a casos complejos, como pueden ser la autonomía de la comunidades indígenas, la libertad de información y, en especial, la desregulación de los mercados financieros en el marco de la “colonización” del mundo de la vida por el sistema autopoietico del capital.

**28. Vigésima octava conclusión.** El derecho, en tanto que sistema de comunicación, ha sido víctima de una colonización autopoietica por parte del capital, el cual en su afán de reproducirse como tal, ha conducido al derecho (privado, social y público) a excluir toda argumentación razonable que tome en cuenta y sopesa, es decir, que tematice todos los ingredientes relevantes de las situaciones jurídicas significativas, lo cual hace inmune al derecho de las injusticias y del sufrimiento que causa su creación y su aplicación autopoietica.

Para mitigar o contrarrestar esta “injusticia conforme a derecho”, la redeterminación del derecho, en términos comunicativos, se ha vuelto un imperativo no sólo moral sino de sobrevivencia humana. Ello no quiere decir, que el estado de derecho, es decir, de la seguridad jurídica, deba desecharse. Al contrario, para hacer compatible la justicia y el derecho, es decir, al “derecho conforme a la justicia”, considerar al derecho escrito, únicamente, como el derecho en potencia, como el derecho abstracto o como una simple pretensión jurídica, nos parece que puede ser un buen punto de partida, para llegar a un derecho en acto, a un derecho en concreto, a un derecho desempeñado, por medio de la asunción de actitudes hipotéticas, para soportar las contradicciones y por la redeterminación

de todos los tópicos relevantes para la situación jurídica controvertida.

**29. Vigésima novena conclusión.** Para Hanna Arendt, la desobediencia civil tiene o debe tener como propósito, el rescatar la posibilidad de actuar en público, de recuperar los espacios públicos que constituyen el poder del pueblo en su conjunto. Para Habermas, la desobediencia civil tiende a devolver a la sociedad su capacidad para la acción comunicativa, constituyendo un poder comunicativo, a través de redes comunicativas de grupos autónomos y de la influencia en la opinión pública para invertir los procesos sistémicos de comunicación que determinan la acción administrativa y política del estado.

La desobediencia civil, mediada por la acción comunicativa, se puede concebir como una alternativa tanto a la colonización sistémica del mundo de la vida por el estado y el capital (Habermas) como a la violencia destructora del sistema, violencia que, en opinión de Hanna Arendt, es estéril para la creación de nuevas instituciones. La acción revolucionaria, por su parte, requiere, para superar tal esterilidad institucional, de la acción comunicativa, a la cual, puede no serle suficiente la desobediencia civil, para conservar su eficacia, sino que necesite de la acción revolucionaria de las masas.

**30. Trigésima conclusión.** La argumentación jurídica artística, se encuentra formada por actos de habla argumentativos, cuya intención ilocucionaria es la aplicación del principio del discurso y del principio de adecuación. Es decir, la argumentación jurídica estética es la que busca el consenso y la imparcialidad. El consenso en la elaboración de las leyes y la imparcialidad en la aplicación de las

mismas. En ambos se intenta la armonización de los puntos de vista de todos los afectados y de todos los aspectos de una misma situación. En ambos casos, en el del legislador y en el del juez, la asunción de la actitud hipotética y la asunción ideal del rol del otro constituyen condiciones necesarias de la estética del discurso jurídico.

El “juez dialógico” concide con estas tres condiciones de la estética del discurso jurídico: tematización de los tópicos relevantes de la situación, asunción de la actitud hipotética y asunción ideal de los roles de las partes. Bien lo podríamos llamar un “juez artístico”. Figura que no deja de ser un modelo al cual es necesario intentar acercarse por parte de los jueces, realmente existentes.

**31. Trigésima primera conclusión.** Los actos de habla expresivos son puramente retóricos cuando “performan perlocucionariamente” a los actos de habla regulativos o constatativos y son argumentativos cuando, sin desdeñar la retórica, performan a los actos de habla constatativos y son performados por los actos de habla regulativos, ambos de una manera ilocucionaria, es decir, que puedan ser problematizados y ser desempeñados, libremente.

Con base en lo anterior, podemos decir que, en las tres obras analizadas, de los tres jueces: Atenea en las “Euménides”, Porcia en “El mercader de Venecia” y Danforth en “Las brujas de Salem”, sólo Porcia se acerca al juez artístico porque intenta asumir una actitud hipotética, tematizar la cuestión desde todos los tópicos relevantes y asumir el rol de las partes, aunque no lo logra del todo, pues sus actos de habla expresivos, aunque en la mayor parte de los casos lograr equilibrar los argumentos con la retórica, al final le gana la antipatía hacia el judío Shylock.

Por su parte, Atenea, es totalmente parcial al intentar resolver el conflicto entre la venganza y la justicia, nunca asume el rol de Clitemnestra ni siquiera hipotéticamente y en sus actos de habla expresivos predomina, claramente, la retórica. En el caso de Danforth, sus prejuicios religiosos y jurídicos le impiden asumir el rol de Elizabeth al interrogarla, le impiden ser imparcial con Proctor y le hacen víctima de los actos de habla retóricos de Abigail Williams. Todo ello no impide disfrutar de la belleza literaria de estas tres grandes obras, todas ellas nos pueden enseñar, positiva o negativamente, que la relación entre la verdad, la justicia y el derecho es, sólo posible e, incluso, probable, comunicativamente.

**32. Trigésima segunda conclusión.** La validación de la analogía como argumento que nos lleve a un nuevo conocimiento, puede hacerse de dos modos: por medio de las metáforas que genera y por medio de la relevancia de las semejanzas y de las diferencias. Hemos dicho que las metáforas derivadas de la analogía pueden llevarnos a la intuición de que la analogía es válida. Dicha intuición es resultado de la convergencia retórica de ambas metáforas: la metáfora del foro en el tema (**A es la C de la B**) y la metáfora del tema en el foro (**C es la A de la D**). Si sólo una de las metáforas tiene eficacia retórica y no la otra, podemos decir que es posible que la analogía no sea del todo plausible.

Sea la analogía de las servidumbres: “la servidumbre de paso (**A**) es a la necesidad de comunicación (**B**) como el derecho de luz (**C**) es a la necesidad de iluminación (**D**)”. (**A es a B como C es a D**). De la cual podríamos derivar las metáforas: (**A es la C de la B**): “la servidumbre de paso es el derecho de luz de la necesidad de la comunicación”; (**C es la A de la D**): “el derecho de luz es la

servidumbre de paso de la necesidad de iluminación”. Ambas metáforas parecen un poco forzadas. Un tanto modificados los elementos de la analogía, las anteriores metáforas podrían quedar del modo siguiente: **A es C de B**: “*la servidumbre de paso es la luz de la comunicación*”; y **C es A de D**: “*el derecho de iluminación es la comunicación de la luz*”. De este modo, las metáforas, al volverse más bellas, esclarecen que es necesario que se tenga un derecho de paso de la luz para iluminar una habitación así como se tiene el derecho de comunicación para entrar y salir a la luz pública. Ambas metáforas se sostienen una a la otra. Y ambas sostienen la conveniencia de la analogía, al destacar la mayor relevancia de las semejanzas que las diferencias entre el derecho a la comunicación y el derecho a la luz.

**33. Trigésima tercera conclusión.** Si el arte es parte de la ciencia, del mismo modo, la retórica es parte del derecho. La retórica se puede encontrar tanto en las normas, en las resoluciones o en los argumentos, es decir, en el lenguaje del derecho, podemos encontrarnos actos de habla retóricos regulativos, constatativos y expresivos. Los actos de habla regulativos, suelen consistir en metáforas; los actos de habla constativos, en metonimias y los actos de habla expresivos en sinécdoques.

**34. Trigésima cuarta conclusión.** Podemos concluir, de una manera general, que el lenguaje del derecho es más bien retórico que científico. Por lo cual decir que sus conclusiones son necesarias y no sólo probables, constituye una ideología científicista. Por ello es necesario aceptar los ingredientes retóricos

del derecho, pero sin caer en la ideología esteticista, que nos impida distinguir una retórica ilocucionaria de una perlocucionaria. La segunda nos impide superar el disenso y nos conduce a la arbitrariedad, es decir, al poder como derecho. La primera, en cambio, es compatible con una racionalidad comunicativa que pretenda el consenso y la imparcialidad, es decir, con el derecho como arte.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Abbagnanno, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, trad. Alfredo N. Galleti, FCE, México, 1985.

- Aguilar Rivero, Mariflor, *Confrontación, crítica y hermeneútica*, Fontamara, México, 1998.

- Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, CEC, Madrid, 1997.

-----, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993.

- Alvarez, Eduardo, *El saber del hombre. Una introducción al pensamiento de Hegel*, Trotta, Madrid, 2001.

- Amenguall Coll, Gabriel, *La moral como derecho*, Trotta, Madrid, 2001.

- Anderson, Perry, *Tras las huellas del materialismo histórico*, trad. Eduardo Terren, Siglo XXI, México, 1988.

- Apel, Kart Otto, "Falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última", en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. Norberto Smilg, Paidós, Barcelona, 1991.

-----, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant", en *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación* de Apel, Dussel y Fonet, Siglo XXI, UAM-I, México, 1992.

- Aquino, Santo Tomás de, *Tratado sobre la justicia*, trad. Carlos Ignacio González, Porrúa, México, 1985.

- Arendt, Hanna, "Desobediencia civil", en *Crisis de la república*, trad. Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1973.

-----, *Los orígenes del totalitarismo*, II, trad. Guillermo Solana, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994.

-----, "Sobre la violencia", en *Crisis de la república*, trad. Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1973.

- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1972.

-----, *Metafísica*, trad. Patricio Azcárate, Porrúa, México, 1980.

- , *Poética*, trad. Juan David García Bacca, UNAM, México, 2000.
- Barrata, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. Alvaro Búnster, Siglo XXI, México, 1998.
  - Berger, Peter, *Introducción a la sociología*, trad. Sara Galofre Llanos, Limusa, México, 2001.
  - Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp. por Enrique Cáceres, et. al. UNAM; México, 2005.
  - Bernstein, Richard, *Introducción a Habermas y la modernidad*, trad. Francisco Rodríguez Martín, REI, México, 1993.
- , "Porqué el interés actual en Hegel", en *Perfiles filosóficos*, trad. Martí Mur Ubasart, Siglo XXI, México, 1991.
- Berumen, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, INACIPE, México, 2000.
- , "Análisis jurídico-económico de los títulos de crédito", en *Revista de la facultad de derecho de México*, núms. 223-224, Enero-Abril de 1999.
- , *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas, México, 2003.
- , *Derecho indígena: pluralismo jurídico o pluralismo hermenéutico*, s/p.
- "Dialéctica de la teoría pura del derecho", en *Crítica jurídica*, núm. 15, UNAM, México, 1994.
- , "El delito como acto de habla", en *Iter criminis*, núm. 5, INACIPE, México, 2000.
- , *El alma bella y la persona abstracta*, s/p.
- , "La ciencia del derecho y la interpretación administrativa de la constitución", en *Alter*, núm. 6, Campeche, Sep-Dic. 1999.
- , "La corrupción de la universalidad", en *Crítica jurídica*, núm. 21, Facultades Do Brasil, 2002.

-----, "La performatividad penal de los medios de comunicación", en *Tendencias del derecho penal y la política criminal del tercer milenio*, INACIPE, México, 2002.

-----, *La ética jurídica como redeterminación del derecho natural*, Cárdenas, México, 2000

-----, *La teoría pura del derecho y materialismo histórico*, (tesis) UNAM, 1989, México.

- Bolanderas, Margarita, *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996.

- Bonnacase, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, trad. José Ma. Cajica, México, 1944.

- Bourgeois, Bernard, *El pensamiento político de Hegel*, trad. Aníbal C. Leal, Amorrortu, Buenos Aires, 1972.

- Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, trad. Francisco Rodríguez Martín, Cátedra, Madrid, 1991.

- Camus, Albert, *El hombre rebelde*, trad. José Escue, Alianza, Madrid, 2005.

- Campbell, Tom, *La justicia*, trad. Silvina Alvarez, Gedisa, Barcelona, 2002.

- Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.

-Carrillo Castro, Alejandro, *La reforma administrativa en México*, Miguel Angel Porrúa, México, 1980.

- Cerroni, Umberto, "Kelsen y Marx", en *Marx y el derecho moderno*, trad. Arnaldo Cordova, Grijalbo, México, 1975.

- Cohen, Gerald A., *La teoría de la historia de Karl Marx. Una defensa*, trad. Pilar López Mañez, Siglo XXI, Madrid, 1986.

- Colleti, Lucio, *El marxismo y Hegel*, trad. Francisco Fernández Buey, Grijalbo, México, 1985.

- Correas, Oscar, "Kelsen y Gramsci o la eficacia como signo de hegemonía", en *Crítica jurídica*, núm. 10, UNAM, México, 1992.

-----, *Introducción a la sociología jurídica*, Coyoacan, México, 1994.

- , *La ideología jurídica*, UAP, Puebla, 1983.
- , "La sociología jurídica frente al análisis del discurso", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, UNAM, México, Mayo-Agosto de 1990.
- Chincoya Teutli, Héctor, *Delincuencia y política criminal en la ciudad de México (1993-1999): hacia la construcción de un modelo de interpretación de la realidad*, Tesis de maestría, ENEP-Acatán, México, 2001.
  - D 'Agostini Franca, *Analíticos y continentales*, trad. Mario Pérez Gutiérrez, Cátedra, México, 2000.
  - De la Cueva, Mario, *La idea del estado*, UNAM, México, 1986.
  - De la Torre, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Jus, México, 1992.
  - Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1980.
  - Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro*, trad. Elena Benarroch, Cátedra, México, 1998.
  - Deutscher, Isaac, *Trotsky. El profeta armado*, trad. José Luis González, Editorial Era, México, 1976.
  - Dilthey, W. , *Hegel y el idealismo*, trad. Eugenio Imaz, FCE, México, 1978.
  - Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1926.
  - Dunayevskaya, Raya, *Filosofía y revolución. De Hegel a Sartre y de Marx a Mao*, trad. Ofelia Castillo, et. al. Siglo XXI, México, 1989.
  - -----, *Marxismo y libertad*, trad. Alejandro Morán, Juan Pablos, México, 1976.
  - Duque, Felix Duque, *Historia de la Filosofía moderna, La era crítica*, Akel, Madrid, 1998.
  - Echeverría Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, México, UNAM, 1968.
  - Esquilo, *Trilogía de Orestes. III. Euménides*, trad. Angel ma. Garibay, Porrúa, México, 2003.
  - Ferrajoli, *Derecho y razón*, Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1997.

-----, *Fundamento de los derechos fundamentales*, trad. Andrés Ibáñez, et. al. Trotta, Madrid, 2001.

- Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2001.

- Fuentes, Carlos, *Tiempo mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1998.

- Gadamer, *La dialéctica de Hegel*, trad. Manuel Garrido, Cátedra, Madrid, 1981.

-----, *Verdad y método*, T. I y II, trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca, 2000.

- García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

- García Landeros, Erika, *El fundamento de los derechos humanos como la mejor seguridad de su cumplimiento* (tesis), UNAM, México, 2005.

- García Rojas, Gabriel, *Filosofía del derecho*, Versión taquigráfica de A. de Lara, México, D. F.

- Gehlen, Arnold, *Antropología filosófica*, trad. Carmen Cienfuegos, Apodos, Barcelona, 1993.

- Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 2001.

- González, Juliana, *Ética y libertad*, UNAM-FCE, México, 2001.

- Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000.

- -----, "¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?", en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.

-----, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1996.

- -----, "Derecho y moral", en *El derecho, la política y la ética*, David Sobrevilla (comp.), Siglo XXI, México, 1991.

- -----, "¿En que consiste la "racionalidad" de una forma de vida?", en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.

-----, "Entrevista con la "New Left Review", en *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 2000.

-----, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

-----, "La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático", en *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Ediciones, Península, Barcelona, 2000.

-----, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

-----, "Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

-----, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1995.

- -----, "Notas sobre el desarrollo de la competencia interactiva", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

-----, "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

----- "¿Qué significa pragmática universal?", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

-----, *Teoría de la acción comunicativa* T. I, II, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989.

-----, "Teorías de la verdad" en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

-----, "Sobre el concepto de acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, REI, México, 1993.

- Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Nacional, México, 1978.

- White, Hayden, *Metahistoria*, trad. Stella Mastrangelo, FCE, México, 2001.
- Heck, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad. Manuel Atienza, Colofón, México, 1994.
- Hegel, *Ciencia de la Lógica*, T I y II, trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Ediciones Solar, Buenos Aires, 1982.
- , *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, E. Ovejero y Maury, Ed. Porrúa, México, 1980.
- , *Estética*, 2, 8, trad. Alfredo Llanos, Siglo XXI, Buenos Aires, 1984.
- , *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985.
- , *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1975.
- , *Lecciones de historia de la filosofía*, T. I, II y III, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985.
- Herrendorf, Daniel, *El estado actual de la teoría general del derecho*, Cárdenas, Tijuana, 1991.
- Ihering, R., *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada y Biseca, Porrúa, México, 1989.
- Jaeger, Werner, *Aristóteles*, trad. José Gaos, FCE, México, 1997.
- Jay, Martín, "Habermas y el modernismo", en *Habermas y la modernidad*, trad. Francisco Rodríguez Martín, rei, México, 1993.
- Kant, *Crítica de la razón práctica*, trad. Manuel García Morente, Porrúa, México, 1983.
- Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, Madrid, 1974.
- , "La función de la constitución", en *Derecho y Psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987.
- , *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1969.

-----, *Teoría general del estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Ed. Nacional México, 1983.

-----, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aire, 1971,

- ----- *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979.

- Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hanna Arendt*, trad. Stella Mastrangelo, FCE, México, 1994.

- Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, trad. Ernesto Garzón Valdés Fontamara, México, México, 1997.

- Leibniz, *Monadología*, Porrúa, México, 1977.

- López Velarde, Ramón, "La suave patria", en *Obras*, FCE, México, 1994.

- Luhmann, Niklas, *El amor como pasión*, trad. Joaquín Adsuar Ortega, Panínsula, Barcelona, 1985.

-----, "La observación sociológica del derecho", trad. Héctor Fix Fierro, en *Crítica jurídica*, núm 12, México, UNAM, 1993.

-----, *La realidad de los medios de masas*, trad. Javier Torres Nafarrete, Anthropos, Madrid, 2000.

-----, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. Santiago López Petit y Doorothee Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990.

- Luhmann, Niklas y De Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1993.

- Lyotard, *La condición posmoderna*, trad. Mariano Antolín Rato, Cátedra, México, 1990.

- Marcus, Lyn, "La tercera etapa del imperialismo", en *Imperialismo hoy*, Periferia, Buenos Aires, 1973.

- Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*, trad. Juan García Ponce, Seux Barral, México, 1986.

- Marino, Antonio, *Venganza y justicia en la Orestíada de Esquilo*, ENEP-Acatlán, Naucalpan, 2003.

- Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho.*, trad. Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001.

- Martínez, María Raquel, "El documento electrónico", en *Anuario 1993*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de Córdoba, 1993.

- Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Quinto sol, México, 1984

-----, *El capital*, T. I y III, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1979.

-----, *El capital I, capítulo VI* (inédito), trad. Pedro Scaron, Siglo XXI, México, 1984.

-----, "La guerra civil en Francia", en *Obras escogidas*, 1, Progreso, Moscú, 1977

- Marx-Engels, "Manifiesto del partido comunista", en *Obras escogidas*, I, Progreso, Moscú, 1977.

- Meszáros, István, *La teoría de la enajenación en Marx*, trad. Ana María Palos, Era, México, 1970.

- Miller, Arthur, *Las brujas de Salem*, trad. José Luis López Muñoz, Tusquets, Barcelona, 1997.

- Neruda Pablo, "Poema 20", en *Veinte poemas de amor y una canción desesperada*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1981.

- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003.

- Nisbet, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, trad. Enrique Molina de Vedia, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

- Norris, Christopher, *¿Qué le ocurre a la posmodernidad?*, trad. Michel Angstadt, Tecnos, Madrid, 1998.

- Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, FCE, México, 1988.

- Ortega y Gasset, José, *¿Qué es filosofía?*, Porrúa, México, 1986.

- Ortiz Andrade, Jacqueline, "Racionalidad comunicativa en la justicia indígena trique: Caso Xuman`li", en *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, Núm. 2, Enero-Julio de 2006

- -----, *Teoría analítica del derecho (Tamayo) y Crítica jurídica, (Correas)*, (Tesis), México, 2004.

- Perelman, Ch y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1994.

- Perez Carrillo, Agustín, "El anatocismo visto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿solución correcta?", en *Alegatos*, núm. 41, UAM-A, México, 1999.

- Platón, *La república*, trad. Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 2000.

- Proclo, *Elementos de teología*, de Proclo, trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Buenos Aires, 1965.

- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1978.

- Rau, Heimo, *Gandhi*, trad. Rosa Pilar Blanco, Salvat, Barcelona, 1984.

- Rawls, John, *Sobre las libertades*, trad. Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1990.

-----, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, FCE, México, 1985.

- Rey, Juan, *Preceptiva literaria*, Sal Terrae, Santander, 1963.

- Rivera, Agustín, *Principios críticos sobre el virreinato de la Nueva España y sobre la revolución de independencia*, SEP. México, 1988.

- Rodó, Enrique, *Ariel*, Porrúa, México, 1989.

- Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y filosofía del derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1961.

- Rosdolsky, Román, *Génesis y estructura del capital de Marx*, trad. León Mames, Siglo XXI, México, 1985.

- Rosenfield, Denis, *Política y libertad*, trad. José Barrales Valladares, FCE, México, 1989.

- Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S. P. Hierro, Tecnos Madrid, 1971.

-----, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970.

- Ross, Poole, *Moralidad y modernidad. El porvenir de la ética*, trad. Antonio Martínez Riu, Ed. Herder, Barcelona, 1993.

- Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, "La construcción "particular" de la realidad y los sistemas de control social", en *Política criminal y sociología jurídica*, ENEP Acatlán, UNAM, México, 1998.

- Sartre, Jean-Paul, *El ser y la nada*, trad. Juan Valmar, Alianza, México, 1986.

- Shakespeare, *El mercader de Venecia*, trad. Ma. Enriquete González Padilla, UNAM, México, 1997.

- Schiller, *Cartas sobre la educación estética del hombre*, trad. Vicente Romano García, Aguilar, Buenos Aires, 1981.

- Schmill, Ulises, "El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm 52, UNAM, México, Enero- Abril 1985.

-----, *La conducta del jabalí*, UNAM, México, 1983.

-----, "La pureza del método en la teoría kelseniana", en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1984.

- Searle, John, *Actos de habla*, trad. Luis M. Valdés Villanueva, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994.

-----, *La construcción de la realidad social*, trad. Antoni Doménech, Paidós, Barcelona, 1997

- *Semanario judicial de la federación*, Novena época, Tomo, XXII, México, enero 2006.

- Sitton, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, trad. Juan Carlos Rodríguez Aguilar, FCE, México, 2006.

- Steiner, George, *Heidegger*, trad. Jorge Aguilar Mora, FCE, México, 2001.

- Stendhal, *Rojo y negro*, Edivisión, México, 1999.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Reglas sobre ofrecimiento de pruebas*, México, 1996.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976.
- Traven, B., *La carreta*, trad. Esperanza López Mateos, Sayrols, México, 1984.
- Trotsky, *La era de la revolución permanente*, trad. Manuel Aguilar Mora, et. al. , Juan Pablos Editor, México, 1973.
- , *Los crímenes de Stalin*, Juan Pablos Editor, México, 1973.
- Válcárcel, Amelia, *Hegel y la ética*, Anthropos, Barcelona, 1988.
- Vasconcelos, José, *Estética*, Botas, México, 1936.
- Vattimo, *El fin de la modernidad*, trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, México, 1986.
- , *La sociedad transparente*, trad. Teresa Oñate, Paidós, Barcelona, 1998.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, CEC, Madrid, 2000.
- Verneaux, Roger, *Epistemología general o crítica del conocimiento*, trad. L. Medrano, Barcelona, 1979.
- -----, *Introducción general y lógica*, trad. Joseph A. Pombo, Herder, Barcelona, 1968.
- Vernengo Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1979.
- Víctor Hugo, *William Shakespeare*, trad. José López y López, Aguilar, Madrid, 1964.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Diez Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.
- Walzer, Michel, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Rubio, FCE, México, 2002.

- Wellmer, Albrecht, "Razón, utopía y la dialéctica de la ilustración", en *Habermas y la modernidad*, trad. Francisco Rodríguez Martín, REI, México, 1993.

- Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Jorge F. Malem, Ariel, Barcelona, 1998.