



CAPÍTULO CUARTO

I. DECISIÓN, VALIDEZ JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN

Partiendo de su teoría del significado pragmático formal y de su aplicación a los problemas metateóricos de la teoría de la conducta social, Habermas concluye que, en las sociedades modernas, la moral se caracteriza por ser complementada por un derecho positivo.⁴⁷⁶ Por lo mismo, en la investigación de la teoría social, al derecho se le concede una importancia fundamental.

La teoría del discurso del derecho le ofrece a Habermas un contexto adecuado para el desarrollo de su teoría de la sociedad. En la misma se asume que el desarrollo de las sociedades modernas ha conducido a que hoy resulte superada una explicación jurídicamente razonable del Estado constitucional.

Habermas reconstruye el derecho moderno con base en la sociología del derecho y en la teoría de la justicia, tal y como se ha cultivado en la filosofía. Según su teoría, siguiendo a Max Weber y Talcot Parsons, el derecho representa una parte importante de la realidad social, con lo que la pretensión normativa del orden jurídico puede ser tomada en serio. Como punto final del proceso teórico de purificación del derecho, Habermas identifica a la sociología del derecho de Niklas Luhmann. En ésta, el derecho ya no tiene una función social integrante como sistema autorregulado y autopoietico. Las normas y los actos conforme a derecho no se encuentran en relación alguna con un entendimiento motivado

⁴⁷⁶ Habermas, Jürgen, “El nexo interno entre Estado de derecho y democracia”, en Gimbernat, José Antonio (ed. y trad.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, España, Biblioteca Nueva, 1977, p. 26.

racionalmente entre sujetos jurídicos. La rehabilitación de la filosofía práctica, desde principios de los años setentas y sobre todo con la representación de Rawls de un discurso de justicia explicado filosóficamente desde un punto de vista normativo y su aplicación al derecho moderno, conducen por el contrario a una seria dificultad debido a que los discursos de justicia filosóficos carecen de una relación con la organización política, de la que trata la teoría de las ciencias sociales. Esto significa que, en el modelo de Rawls, los conceptos filosóficos más que los procedimientos de integración social, sirven para fundamentar el derecho válido.⁴⁷⁷

El derecho se suele calificar como un orden reflexivo que ha llegado a ser legítimo dentro del mundo de vida socio-cultural, y las reglas del derecho se representan como un nivel más elevado del orden legítimo. La investigación realizada por Habermas consiste en la reconstrucción de las piezas más importantes del derecho racional clásico con ayuda de la teoría del discurso ética. El objetivo es reformular, con la ayuda de un concepto discursivo del derecho, el problema que plantea la teoría del derecho por cuanto hace a las relaciones entre derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad de los ciudadanos; conflicto que en la dogmática jurídica aparece como una relación poco clara entre derecho público y derecho privado, mientras que en la tradición del derecho racional, como un conflicto interno entre los derechos humanos y la soberanía del pueblo.⁴⁷⁸ Dicha reformulación de la teoría del derecho busca que la democracia ya no se encuentre subordinada al principio moral, tal y como es el caso en la teoría de Kant.⁴⁷⁹ Para este propósito se introduce un concepto de

⁴⁷⁷ Rasmussen, David, "How is valid law possible?, a review of between Facts and Norms by Jürgen Habermas", en Deflem, Mathieu (comp.), *Habermas, Modernity and Law*, Londres, SAGE Publications, 1996, p. 27.

⁴⁷⁸ Habermas, Jürgen, "El nexo interno entre Estado...", cit., p. 30.

⁴⁷⁹ El derecho es, para Kant, el concepto de las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad. En el concepto del derecho de Kant podemos reconocer tres elementos: el arbitrio, la ley general de la libertad y las condiciones de la unión entre el arbitrio y la ley general de la libertad. El arbitrio tiene por base

norma de conducta basado en una esperanza de comportamiento temporal, factual y socialmente generalizable, el cual se utiliza de tal forma que, la idea de la autolegislación de los ciudadanos pueda ser desligada de la autolegislación moral de las personas particulares. El principio discursivo es indiferente frente al derecho y a la moral; aunque si bien es cierto que el mismo puede ser institucionalizado como un principio democrático. A la explicación de la significación del concepto de normas de conducta pertenece, según Habermas, el intercambio argumentativo de su pretensión de validez. Sobre esta base, Habermas sostiene una génesis lógica de los derechos racionales.

la capacidad de hacer u omitir a placer. Engendrar el objeto del fin querido por la conducta es el arbitrio. El arbitrio de uno no es independiente del arbitrio del otro. Esto debido a que, para Kant, el derecho no es una relación unilateral, sino un compromiso con respuesta recíproca; no es el poder de un sujeto, sino la reunión de al menos dos albedríos libres. Las máximas proceden del arbitrio. La ley general de libertad es lo general que se pone bajo lo especial de las aspiraciones humanas que al hombre se le dan por la razón. Para la relación jurídica, los motivos y los fines de las partes son indiferentes. Se trata de acoplar dos libertades, de manera que el mismo acoplamiento sea expresión de la libertad. Las condiciones de unión entre el arbitrio y la ley general de libertad consisten en la capacidad de forzar. El arbitrio se determina en el derecho con base en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior que puede coexistir con la libertad de cada individuo según una ley general. De esta forma, el arbitrio determina la materia anhelada que el derecho ha unido en una ley de la libertad. La fuerza es la que mantiene el libre arbitrio dentro de los límites que establece la ley general de libertad. La fuerza es la motivación exterior de las conductas jurídicas. Por eso concluye Kant que: “el derecho está unido con la potestad de obligar”. Las leyes proceden de la voluntad. La voluntad conforme a la ley no es ni libre ni no libre, pues sólo se relaciona con la legislación de las máximas para las acciones, por lo que sólo sería necesaria. La necesidad en este caso es una necesidad moral, pues “la moral exige de mí que adopte por máxima el conformar mis acciones al derecho”. Este es el fundamento racional de la relación necesaria entre moral y derecho en la filosofía de Kant. Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004, pp. 33, 68, 69; Von Horst, Folkers, *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1985, p. 247; Brieskorn, Norbert, *Filosofía del derecho*, trad. de Claudio Ganchio, Barcelona, Herder, 1993, pp. 33, 50, 68, 69.

Para Habermas, resulta de especial interés la aplicación de su teoría del discurso a los aspectos centrales de la teoría del derecho, así como confrontarse con el debate actual del Estado de derecho y de la teoría de la democracia, tanto en Alemania como en Estados Unidos. De igual forma, en su teoría del derecho vienen en consideración diálogos con la hermenéutica; con el realismo jurídico; con el positivismo en la teoría del derecho y con la teoría de los derechos de Dworkin. La teoría de Hart por cuanto hace al problema de la racionalidad en la jurisprudencia, según la cuál las decisiones deben satisfacer las necesidades, tanto de la seguridad jurídica, como de la aceptabilidad racional, también encuentra un replanteamiento en la teoría de Habermas. En contra de la teoría del discurso jurídico y de la indeterminabilidad de las regulaciones procesales para alcanzar una “decisión correcta”, dentro de las que se encuentran las teorías de Dworkin, Michelman, Häberle, Günther, Fiss, Arnaud, Hilpinen, Toulmin, Rieke, Tania, Aarnio, Alexy, Kaufmann y Avens, entre otros; Habermas objeta que la clasificación del derecho como un caso especial del discurso moral no permite considerar la relación entre justicia y legislación, y el papel que juega la legitimidad de la jurisprudencia constitucional, tal y como ha sido planteada por Carl Schmitt, Hans Kelsen, Böckenförde, Denniger, Grima, Häberle, Ridder, Sunstein, Tribe, Kahn, Pocock, Michelman y, Ackerman. Por su parte, a éstos Habermas les reprocha que a la equiparación de principios jurídicos y valores en el caso de la Constitución como orden completo y del principio de optimización, le falte la distinción entre valores en sentido teleológico y normas en sentido deontológico.

La teoría del discurso del derecho parece favorecer, frente a un entendimiento democrático empirista diferente a una concepción democrática objetiva, un concepto de Constitución a partir de un proceso democrático, que toma en cuenta el hecho que la sociedad actual ya no se encuentra centralizada en el Estado y más bien, ahora la misma se desarrolla mediante procedimientos democráticos consensuales y bajo el principio de neutralidad,

buscando en todo caso hacer concurrir en una unidad social distintas formas de vida. Un paradigma del derecho procesal y la realización discursiva de derechos, según Habermas, no puede estar orientado ni sólo de manera formal, ni únicamente por un ideal de bienestar social.⁴⁸⁰

Podemos plantear la teoría del discurso jurídico con base en la siguiente pregunta: ¿qué concepto de validez resulta adecuado para sistematizar de manera congruente la estructura y la función del sistema jurídico? El análisis debería mostrar cuál es la teoría de validez jurídica que permite aclarar la institucionalización del derecho y su función social. Para la solución de este problema, sería recomendable recurrir a un concepto de derecho institucional. Habermas orienta la validez jurídica, no tanto atendiendo principalmente al concepto de ley, sino más bien, considerando su racionalidad y aceptación social, a las que él mismo sistematiza con base en el modelo de la validez de normas de conducta, siguiendo el modelo procesal de la formación de voluntad racional-política, esto es, de su tipología del discurso ampliada, así como de los tipos elementales de solución de conflictos y de la formación de la voluntad colectiva.⁴⁸¹ En la dimensión de la validez jurídica, Habermas une el momento de la validez o de la aceptabilidad racional, con el de la validez social o aceptabilidad.⁴⁸² Con esto, la asimetría estructural de la validez jurídica que se plantea entre la autoridad de decisión institucionalizada y el sujeto afectado, queda poco determinada. Bien podríamos formular la pregunta bajo la siguiente óptica: ¿son las argumentaciones racionales —discursos—, las reglas de reconocimiento reales en un sistema jurídico, tal y como lo ha plantado Hart?

Las organizaciones son sistemas de conducta que se caracterizan por contar con condiciones de pertenencia o membresía y

⁴⁸⁰ Guibentif, Pierre, “Approaching the production of law through Habermas’s concept of communicative action”, en Deflem, Martin, *Habermas Modernity and Law*, London, SAGE Publications, 1996, p. 63.

⁴⁸¹ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung...*, cit., *passim*.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 192.

la reglamentación sobre las conductas permitidas y prohibidas. En las organizaciones para la pertenencia o salida de miembros, se establecen procedimientos de decisión. Niklas Luhmann ha sistematizado estas condiciones con relación al problema de la *contingencia*.⁴⁸³ El complejo de reglas garantiza el preestablecimiento de expectativas de conducta a largo plazo, con ayuda de las cuales los miembros de grupos sociales pueden construir, bajo las condiciones en ellas previstas, una orientación del futuro. Con estas reglas se hacen posibles múltiples relaciones entre normas, lo que significa que la descripción normativa de un único acto puede incluir el cumplimiento de normas no obligatorias. Muchas normas jurídicas son dispositivas, esto es, de aplicación optativa por los sujetos de derecho. La valoración normativa tiene, por su parte, un grado diferente de obligatoriedad e incluye, un grado de libertad en su cumplimiento. Diferentes instituciones regulan, mediante normas y regulaciones de conductas, diversos aspectos de la vida social, tal y como es el caso de las normas mediante las que se regulan relaciones contractuales, de matrimonio y de relaciones de familiares. Estas regulaciones incluyen obligaciones y condiciones de interacción de los miembros de las unidades sociales.

⁴⁸³ La organización supone que los roles de pertenencia son contingentes en el sistema, de tal forma que los no miembros pueden llegar a perder tal atributo. Este es un campo de contingencia. El otro campo radica en las reglas que construyen los roles de pertenencia y determinan las conductas en la organización. También estas reglas son contingentes, pues valen de manera positiva como fundamentos de decisiones y resultan visibles mediante esta forma de validez conforme a su origen o aplicación, o con una comparación con sistemas de medio ambiente, como contingentes. En la medida en que ambos campos de contingencia se compenetran mutuamente, se pueden impulsar reciprocamente. Luhmann, Niklas, *Macht*, Stuttgart, 1975, p. 99. Sobre las condiciones de validez véase Preyer, Gerhard, “Die Problemstufenordnung in der systemtheoretischen Argumentation Niklas Luhmanns”, *Soziale Welt*, 1980; Preyer, Gerhard, *Strukturelle Evolution und das Weltsystem. Theorien, Sozialstrukturen und evolutionäre Entwicklungen*, Frankfurt am Main, 1977; Preyer, Gerhard, *Protosoziologie im Kontext, Lebenswelt und System in Philosophie und Soziologie*, Würzburg, 1996.

Las normas y las regulaciones pueden ser válidas sólo si los sistemas normativos institucionalizados poseen las instancias de autoridades de decisión que las establezcan y las apliquen. Se habla en este caso de validez en el sentido de condición de imposición de consecuencias normativas. En este caso, la validez no es una norma, sino más bien, un símbolo y una forma.⁴⁸⁴ La creación normativa y la aplicación de las normas pertenecen a los programas del sistema jurídico y se relacionan con decisiones obligatorias e independientes de lo que en el caso particular se fundamenta. Para la fundamentación jurídica vale, en muchos casos significativos, el hecho de que las normas se encuentran orientadas menos por principios generales y más por casos diferentes de géneros normativos. La característica esencial de las instituciones reguladas por normas consiste en que las condiciones bajo las que se aplican por las autoridades de creación y aplicación normativa de una institución, se llevan a cabo por esa misma autoridad en un sistema normativo regulado. Lo que Habermas llama sistema de derechos reconstruidos es lo que se podría describir como validez en forma de predicado de validez de segundo nivel con relación a una conexión de sistema, mismo que se deduce de un sistema normativo regulado. Para la validez de una norma en forma de ley en una sociedad se establece que, una referencia a un sistema normativo que en esa sociedad se aplica, tiene validez. El sometimiento se relaciona con la unidad del derecho positivo. Esta validez vale sin motivación y sólo un concepto del derecho tal es institucionalizable. Se puede concluir que con este principio se define la organización legal de una sociedad y eso permite reconocer las características más importantes de las normas institucionales.

¿Qué significa para una unidad social disponer de un sistema jurídico?, o más concretamente, ¿cómo se define una ley, de tal forma que aparezca como integrante de un sistema jurídico? El

⁴⁸⁴ Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 98 y ss.

concepto de ley no se puede describir ni sólo formalmente, mediante la exigencia de un consenso; ni exclusivamente desde un punto de vista material con base en los contenidos de libertad, de propiedad y de las exigencias de justicia. Estos contenidos presuponen una definición del concepto de ley.

Bajo el concepto de ley se entienden habitualmente una multitud de reglas obligatorias para los miembros de una sociedad que no se encuentran a disposición de los afectados. Podemos encontrar dos características significativas de una organización jurídica sobre las que se plantea la tensión entre positividad y legitimidad del derecho —facticidad y validez—, pero las que no definen tal tensión. En primer lugar, una persona o grupo de personas reconocen lo jurídico y la necesidad de distinguir si un individuo ha actuado en coincidencia con lo prescrito por las reglas de la ley o no. Y esto, en especial, en relación con la valoración de las consecuencias de las conductas que se encuentran sancionadas. La fijación por escrito, permite una estabilización del derecho que resulte independiente de las personas y de las situaciones. En segundo término, se utiliza un procedimiento que permite establecer si una ley es válida o no. Y los postulados que sirven para medir la validez del derecho dentro de este procedimiento, constituyen principios morales que trascienden la comunidad jurídica,⁴⁸⁵ con lo que el derecho y la moral se vinculan de manera indisoluble: “La tesis general sería que el derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisarios del discurso moral”.⁴⁸⁶

Los procedimientos, por su parte, se encuentran regulados en el derecho procesal y se diferencian del derecho material. Sólo en el caso del derecho existen procedimientos para confirmar la violación de sus reglas y fijar el *quantum* de la pena correspondiente.⁴⁸⁷ De esta forma, tal y como lo sostiene Kelsen:

⁴⁸⁵ García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 47.

⁴⁸⁶ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 211.

Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que el hombre haya matado como condición de la sanción no es el hecho en sí el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico.⁴⁸⁸

Y esta especial característica del sistema jurídico, según Hart, funge como una garantía de efectividad del cumplimiento de las normas jurídicas que le hacen ser un sistema normativo de superior complejidad y calidad que los otros órdenes de normas.⁴⁸⁹ Pues bien, según Habermas, en el curso de dicho procedimiento se deberá justificar discursivamente la legitimidad de la norma a ser aplicada, pues “el ordenamiento al que le falta la legitimidad no es derecho”.⁴⁹⁰ Por su parte, la aceptabilidad de la decisión conforme a la norma no dependerá de la calidad de los argumentos esgrimidos, sino más bien, de la estructura del proceso argumentativo. Es por esto, por lo que justo el concepto “significa lo mismo que éticamente fundado con arreglo a un procedimiento racional”.⁴⁹¹

Desde un punto de vista jurídico, la obligatoriedad no consiste en que, con las regulaciones, se trate de fundamentar tipos de conducta válidos, sino más bien, en que una persona o grupo de personas se encuentran convencidos de aceptar esas reglas como fundamentos de decisión válidos.⁴⁹² El criterio de diferenciación

⁴⁸⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 249.

⁴⁸⁹ Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2a. ed., Oxford University Press, 1997, p. 96.

⁴⁹⁰ García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁹² Baynes, Kenneth, “Democracy and the Rechtsstaat: Habermas’s Faktizität und Geltung”, en White, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Habermas*, New York, Cambridge University Press, 1996, p. 205.

se encuentra en la convicción de aceptar a las regulaciones como fundamentos de decisión válidos.⁴⁹³ Mientras los fundamentos de decisión válidos se relacionan con la validez jurídica, no sucede así con los fundamentos de conducta válidos. De esta forma, el derecho se establece y vale, sólo mediante la decisión. Estos fundamentos no muestran un consenso práctico en los grupos de personas y no pueden tampoco mostrarlo, pues los consensos no pueden ser garantizados independientemente del tiempo, sino más bien, incorporan las orientaciones particulares y contingentes de los sujetos. Por esto es que pensamos que los consensos no pueden ser condiciones de validez. Al respecto, podemos señalar que dicha función se cumple en la generalización temporal y oficial de expectativas y en su seguridad temporal estable.

El supuesto básico de la teoría del discurso del derecho consiste en el análisis teórico del acto del lenguaje, de la estructura interna de la “conducta comunicativa” como una conducta orientada por el entendimiento.⁴⁹⁴ Según él mismo, los participantes en el discurso, en busca de un entendimiento del más alto nivel, pueden proceder siempre en forma argumentativa. La acción comunicativa se encuentra orientada por la expresión y valoración de fundamentos y por una motivación racional. ¿En qué medida tienen las decisiones en los sistemas jurídicos preeminencia sobre las argumentaciones relativas a la intercambiabilidad de pretensiones de validez de una norma jurídica, en especial, en consideración con su aceptabilidad social? Al concepto de validez propuesto por Habermas, que consiste en establecer que lo válido en las normas de conducta es aquello que puede ser aceptado por

⁴⁹³ Para la valoración de fundamentos de conducta véase Preyer, Gerhard, “Rationalität: Absichten-Primärgrunde-praktisches Denken”, en Preyer, Gerhard (coord.), *Language, Mind and Epistemology. On Donald Davidson's Philosophy*, Dodrecht, 1994.

⁴⁹⁴ Por cuanto hace a la teoría del significado pragmático-formal de Habermas, véase Jelden, Erhard (coord.), *Prototheorien-Praxis und Enkenntnis*, Leipzig 1993; Preyer, Gerhard, “Zwei Konstruktionsprobleme der Theorie des Kommunikativen Handelns”, *Berliner Journal für Soziologie*, 1996.

todos los posibles interesados como participantes en discursos racionales,⁴⁹⁵ le podría ser objetado que dicha pretensión no puede de ser confirmada judicialmente, pues como Luhmann establece, dicho concepto no es justiciable y no es practicable en el sistema jurídico mismo.⁴⁹⁶ Las argumentaciones jurídicas, tanto formales como sustanciales, no se encuentran en posibilidad de cambiar por sí mismas una ley, un contrato, una decisión jurídica y el derecho válido. Las decisiones justifican argumentaciones, lo que no quiere decir que las argumentaciones carezcan de validez. La validez del derecho no se produce de manera discursiva.⁴⁹⁷ La jerarquía de la decisión frente a la argumentación se encuentra condicionada estructuralmente mediante la introducción e imposición del principio de prohibición de denegación de la justicia, esto es, todo caso tiene que ser decidido no obstante que no fuera posible encontrar argumentos jurídicos para el efecto. Las argumentaciones adquieren en el sistema jurídico el estatus de una justificación ritualizada y posterior a la decisión, por lo mismo, no puede ser la regla de decisión de organizaciones legales. Por el contrario, se debería plantear otra propuesta en el debate teórico del derecho.

En relación con el debate de H.L.A. Hart,⁴⁹⁸ resulta importante la concepción consistente en que una organización legal institucionalizada se describe como un sistema de normas autónomo —normativamente cerrado— y dinámico. Por una parte, todas las normas de este sistema normativo tienen una relación interna con aquellas normas que regulan los procedimientos de creación y de aplicación del derecho. Por la otra, se requiere contar con criterios para cada sistema normativo con base en los cuales se definan las normas —“reglas de reconocimiento”— y se determinen las fron-

⁴⁹⁵ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, p. 113 y García Amado, Juan Antonio, “La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas”, *Doxa*, vol. 13, 1993, p. 248.

⁴⁹⁶ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁴⁹⁸ Hacker, M. S. y Raz, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977.

teras del sistema normativo, esto es, que permitan establecer las situaciones de conducta reguladas por las leyes y diferenciarlas de las conductas reguladas por la ley. En las reglas del juego, por ejemplo, se identifican las relaciones de valor, que definen el juego con base en el “buen juego” a diferencia de las reglas de procedimiento. Las reglas de institucionalización de sistemas de normas se identifican mediante sus relaciones con otro tipo de instituciones que definen a dichos sistemas e institucionalizaciones.

La relación entre ambas características —sistema de normas autónomo y dinámico— de las organizaciones legales se produce y reproduce con base en programas condicionales. Según Luhmann, éstos son códigos complementados mediante programas. Dos tipos de características generalizables se pueden identificar. En primer lugar, se dice que una norma es válida, cuando el acto descrito como hipótesis por una norma coincide con el programa de la parte específica del sistema de normas. Una regulación obligatoria es válida sólo si las normas que lo integran son válidas. En segundo término, la validez que una norma tiene de facto es una condición de la praxis que se manifiesta en la jurisprudencia y de la forma de aplicación que caracteriza a esta regulación. Con esto, es posible determinar al conjunto de todos los derechos subjetivos como derecho objetivo.⁴⁹⁹

La validez de una norma institucionalizada, esto es, de una esperanza de conducta, depende de la competencia de decisión normativa y de la instancia que aplica la norma que define la valoración normativa. Las institucionalizaciones se pueden definir como actualización de las normas vigentes y de las autoridades que aplican las normas. Las autoridades que aplican las normas se caracterizan por el hecho de que ellas contribuyen a la realiza-

⁴⁹⁹ Sobre el recurso a los principios jurídicos de los derechos subjetivos como fuentes del derecho y sobre los problemas que surgen con su desarrollo, véase Luhmann, Niklas, “Subjektive Rechte: Zum Umbau der Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft”, *Gesellschaft Struktur und Semantik. Studien Zur Wissenschaftssoziologie der Modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1981, t. II.

ción de todo un sistema normativo mediante la aplicación de una sola norma. Esas normas deben estar dirigidas al cumplimiento de una función social, aunque si bien es cierto, no deben ser identificadas por esa función. Para una organización legal, esto significa que su unidad resulta dependiente de criterios, con base en los cuales se definen las fronteras de la praxis de los órganos de aplicación. Estas fronteras consisten en su competencia de decisión. Si este análisis resulta correcto, entonces se pueden obtener valiosas conclusiones para el poder que llevan implícitas las normas.⁵⁰⁰ Este punto resulta de interés, debido a que Habermas no recurre para realizar su análisis de las conexiones funcionales entre el derecho y el código del poder, al concepto del poder normativo.⁵⁰¹

¿Qué se debería entender por el concepto de poder normativo? De acuerdo con Raz,⁵⁰² se puede distinguir entre poder normativo y poder corporal, siendo que el primero se define como la capacidad para la ejecución de actos normativos. La praxis del ejercicio normativo del poder se dirige a la coordinación de conductas. Podemos clasificar al poder normativo como una expresión que se refiere al ejercicio del poder público por una autoridad y que resulta válido si dichas conductas se realizan con éxito. Dichas expresiones pueden ser órdenes, indicaciones, exigencias, etcétera. El poder normativo de dichas expresiones consiste en su aplicación exitosa, la que por su parte se debe apoyar en su poder comunicativo. Esta característica se hace clara en el caso de la pérdida del poder normativo, por ejemplo, cuando las órdenes o indicaciones de un gobierno ya no se observan más y dicha autoridad pierde su poder normativo. En este ejemplo queda claro que la praxis de normas que producen poder viene unida a reconocimientos. Asimismo, se recurre a las normas que producen poder para llevar a cabo el análisis de las organizaciones jurídicas de una sociedad.

⁵⁰⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*

⁵⁰¹ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie*, Frankfurt am Main, 1994, pp. 167-180.

⁵⁰² Raz, Joseph, *op. cit.*, pp. 146-148.

Según la teoría del derecho analítica de Hart,⁵⁰³ la unidad de la organización legal descansa en la regla de reconocimiento —*rule of recognition*—. Hart parte del supuesto consistente en que debemos buscar la unidad de una organización legal en la regla de reconocimiento. Según Hart, para evitar la indeterminabilidad, esto es, la incertidumbre que existe sobre si una regla pertenece o no al sistema normativo, el derecho dispone de reglas de reconocimiento. Éstas establecen que criterios debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Para saber cuáles reglas pertenecen al sistema jurídico y cuáles no, se debe aplicar un “test de procedencia” con base en una “regla de reconocimiento”. Dicho “test” tiene por objeto investigar el origen de la regla para comprobar que en el procedimiento que le ha dado nacimiento a la misma se han cumplido con todos y cada uno de los requisitos que una “regla de reconocimiento” establece como condición de su validez. Cuando un sistema jurídico es más evolucionado, sus “reglas de reconocimiento” resultarán más complejas. Por otra parte, un sistema jurídico evolucionado dispone para diferentes tipos de reglas de distintas “reglas de reconocimiento”.⁵⁰⁴ Éstas

⁵⁰³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 61.

⁵⁰⁴ Hart establece la diferencia entre un punto de vista interno y un punto de vista externo en relación con el significado de la expresión regla. Desde un punto de vista interno, cada quien expresa lo que acepta como una norma para sus conductas. Con esto Hart describe una circunstancia interna y psicológica sobre lo dicho. Un punto de vista externo lo sostiene aquél quien verifica un criterio que valga para establecer una regularidad de conducta, además de la aceptación de una sociedad determinada. El observador externo renuncia a hacer valer su punto de vista interno y psíquico. De esta forma, una regla de reconocimiento presenta dos aspectos. El aspecto exterior radica en la existencia de una praxis compleja, pero regularmente coordinada, de los tribunales, autoridades administrativas y personas privadas, cuando con ayuda de determinados criterios objetivos, éstos identifican lo que vale como derecho. Junto al aspecto exterior Hart hace énfasis en el aspecto interior de una “regla de reconocimiento”, según la cual una regla llega a ser una “de reconocimiento” cuando se acepta por ciertas autoridades. *Ibidem*, pp. 94 y 95; Ott, Werner, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1976, p. 97.

establecen los criterios de validez, sobre lo que debe valer como derecho o como parte del derecho, en especial ante los tribunales.⁵⁰⁵ Hart no establece una distinción radical entre aceptación y aplicación de la “regla de reconocimiento”. Parece estar de acuerdo con que existe aceptación de dicha regla cuando la misma se aplica por las autoridades competentes.⁵⁰⁶ La validez de una norma presupone la existencia y la aplicación de una “regla de reconocimiento”. Debido a que ésta es la que establece criterios de validez para otras reglas, ella misma no puede ser ni válida ni inválida.⁵⁰⁷ Su existencia descansa sólo en la circunstancia de que se acepte por los jueces y demás autoridades como una regla de identificación.⁵⁰⁸ Con la “regla de reconocimiento” Hart ha fundamentado su concepción del derecho en un concepto de validez normativo.⁵⁰⁹

De aquí se sigue que las organizaciones institucionalizadas incluyen órganos que se definen mediante su aplicación normativa. La unidad del sistema jurídico depende de la circunstancia que en ella se aplican reglas con las que se definen las fronteras de su aplicación por órganos oficiales. Hart parte del supuesto consistente en que la unidad de una organización legal la debemos buscar en la regla de reconocimiento. Esto debido a que, una “regla de reconocimiento” es una necesidad para la aplicación pública de las reglas, las que se identifican mediante criterios de validez a que a partir de ella se definen. Este criterio vale para todas las organizaciones legales y cada organización legal cuenta por lo menos con una “regla de reconocimiento”. De aquí se sigue que las organizaciones insti-

⁵⁰⁵ Kramer, Matthew, “The rule of misrecognition in the Hart of Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1988, pp. 406-411.

⁵⁰⁶ Eckmann, H., *Rechtspositivismus uns sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H. L. A. Hart*, tesis de doctorado, Berlin, 1969, p. 96.

⁵⁰⁷ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 153.

⁵⁰⁸ Bittner, C., *Recht als interpretative Praxis*, Berlin, Walter de Gruyter, p. 142, y Ott, W., *op. cit.*, p. 97.

⁵⁰⁹ Ott, W., *op. cit.*, p. 98.

tucionalizadas incluyen órganos, los que se determinan mediante la aplicación oficial de las normas. La unidad de la organización jurídica es dependiente de la circunstancia que en la misma se aplican reglas con las cuales se definen los límites de la aplicación normativa. Hart supone que la unidad de una organización legal se debe buscar en la “regla de reconocimiento” y todas las reglas que ésta contiene se identifican mediante la misma. En este sentido, no resulta necesario calificar la “regla de reconocimiento” de los órganos públicos como moralmente buena. En esto también coincide Habermas.⁵¹⁰

Las instituciones que aplican normas regularmente son interpretadas con el mismo significado que las instituciones públicas o sin embargo, ¿cuál es la característica que identifica a las instituciones públicas, por ejemplo, al derecho público? En la teoría de Hart dicha característica fundamental se hace consistir para el análisis de las normas institucionalizadas en las instancias de aplicación de normas y no en las instancias de creación normativa. ¿Cuál sería el elemento propio de una instancia de aplicación que a través de una norma establece un sistema normativo? Al respecto, bien se puede decir que, las instancias que aplican normas pueden ser definidas mediante sus funciones para describir conductas y las consecuencias de las conductas pueden ser calificadas desde un punto de vista estrictamente normativo. En una organización legal siempre se puede suponer que el órgano público cumple con su obligación, por ejemplo, cuando un policía retira una licencia de conducir. Estos casos se diferencian de las valoraciones normativas de las conductas de las personas privadas mediante las instancias de predicción normativa de un órgano público. Los órganos públicos los encontramos en todas las instituciones diferenciadas conocidas por nosotros. La publicidad no constituye, en este caso, característica normativa alguna, sino más bien, un criterio de aplicación normativa de una instancia de decisión.

⁵¹⁰ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung...*, cit., pp. 193 y 194. Sobre las relaciones entre derecho y moral se puede ver la obra de Alexy, Robert, *Begriff und...*, cit., 1996.

Una teoría del discurso del derecho y de la validez jurídica no considera suficiente que los sistemas de normas institucionalizados dispongan como instancia de validez de una autoridad decisoria que produzca y aplique las normas. Dicha potestad no debe quedar a disposición de una autoridad, pues de lo contrario, la función social integradora y del derecho no puede ser asegurada. Esto significa que la función del derecho, esto es, la estabilización temporal de expectativas de conducta, se asegura mediante una asimetría estructural de la decisión jurídica frente a los afectados. Para el sistema jurídico y para las instituciones reguladas por reglas, vale el hecho de que, las condiciones bajo las que las instancias de decisión que crean y que aplican las normas, esto es, las instituciones, aplican una multitud de reglas, las trasladan a un sistema normativo que tiene validez y que se aplica en una población. De esta forma, la teoría de las normas tendría preeminencia sobre la teoría del discurso.

¿Cuál sería en este contexto el estatus de la argumentación jurídica? El sostener la validez del sistema normativo resulta redundante; sin embargo, dicha afirmación puede ser, según la situación, informativa. Poca importancia se da en la sistematización de la validez jurídica de la teoría del discurso de Habermas a las características que sirven de base para identificar a los sistemas jurídicos. Estas características son neutrales frente a la diferenciación entre un punto de vista de un participante y el de un observador. El uso de los criterios no descarta el uso de un procedimiento hermenéutico y argumentativo; sin embargo, no se definen mediante el mismo.

Las argumentaciones que se hacen valer en el contexto de los discursos se clasifican como instituciones de funciones específicas y no como metainstituciones. El estatus de la función específica vale en general para discursos y para conductas comunicativas. En la sistematización de la teoría social de Habermas no hay lugar alguno para las *commitments* de Parsons. Así, por ejemplo, los principios constitucionales sólo pueden llegar a existir cuando los mismos se apoyan mediante *commitments* en una comu-

nidad que vincula a sus miembros a diferentes normas. Con eso se muestra la dirección para la solución de una dificultad fundamental de la teoría del discurso, consistente en que el debate hipotético de las dimensiones de la validez sólo lo pueden motivar de manera débil los participantes en el discurso, y de esta forma, dichas dimensiones de la validez no pueden garantizar una conducta motivadas conforme a tales concepciones.

Habermas y Luhmann han abandonado la intención de orientar la teoría de la sociedad conforme a un ideal social determinado. Las reglas jurídicas, según Habermas, constituyen un orden legítimo de nivel más elevado y la reconstrucción de la pretensión normativa por parte de los ciudadanos, resulta accesible a una reconstrucción teórica discursiva. La sistemática está, de esta forma, organizada de tal manera que el principio de soberanía popular, esto es, el derecho subjetivo de participación equitativa para participar en la formación de la voluntad democrática, corresponde a la posibilidad jurídica objetiva de una praxis institucionalizada de la autodeterminación de los ciudadanos. En una lectura desde el punto de vista de la teoría del discurso, el principio de soberanía popular precisa que todo el poder político se derive del poder comunicativo de los ciudadanos. El ejercicio del poder político se orienta por dicho poder comunicativo y se legitima por leyes que, los ciudadanos se dan a sí mismos en una formación de opiniones y voluntades comunes estructurada discursivamente.⁵¹¹ La teoría procesal del derecho y de la democracia resulta, por una parte, tan débil que como ya se mostró, los puntos de vista construidos argumentativamente no se pueden traducir fácilmente en motivaciones de conductas y, por otra parte, tan fuerte que una asamblea ciudadana en una interacción discursiva directa garantiza y produce la legitimidad del poder político. Esto es así para todas y cada una de las teorías de la democracia que fundamentan la legitimidad en la soberanía popular.⁵¹²

⁵¹¹ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung...*, cit., pp. 209 y 210.

⁵¹² Sobre las fronteras del modelo de una República procesal véase Preyer, G. y Schlisser, J., "Zivilgesellschaft: Eine neue Ideologie", *Die politische Meinung*.

Por el contrario, las teorías realistas de la democracia, siguiendo a Schumpeter, tienen la ventaja de explicar el funcionamiento de las democracias modernas de manera empírica y en una forma teóricamente plausible. La comparación que establece Habermas entre la tradición constitucional alemana y la estadounidense, considera sólo en forma muy débil los presupuestos socioculturales de ambas sociedades. Así, por ejemplo, cuando trata la orientación de los jueces constitucionales se establece que, mientras en los Estados Unidos se orientan por la igualdad, los derechos de libertad y la racionalidad, esto es, por la previsibilidad y por la ponderación y jerarquización de intereses; en cambio, en Alemania se hacen extensivos los principios de los partidos políticos a las decisiones constitucionales, aunque la política de los partidos no pueda dirigir dichas decisiones. En estos casos, se consideran menos los intereses involucrados, siendo que las decisiones del Tribunal Constitucional alemán reflejan más la representación de los partidos políticos en los órganos del gobierno.

En el mundo occidental, se vive hoy día, una sociedad movilizada que se integra por el derecho, la economía, la política, la solidaridad, la cultura y los medios. En la publicidad de los medios es cada día más evidente una inflación del discurso, el cual no corresponde a las conductas.⁵¹³ Derecho, política, ciencia y economía son campos de funcionamiento de la conducta social de actores individuales y colectivos. Las orientaciones y reglas de estos sectores de conducta se han desarrollado en la sociedad moderna. En los conflictos sociales y en la administración del riesgo, las mismas se encuentran sometidas a correcciones de tipo jurídico, político, científico y también de tipo moral y religioso. Dentro de las características estructurales de la sociedad moderna encontramos que el derecho impuesto y su aplicación en la comunidad jurídica generaliza el ejercicio válido del poder político sobre grupos especiales.

nung, 1994.

⁵¹³ Münch, R., *Dialektik der Kommunikationsgesellschaft*, Frankfurt am Main, 1991.

El derecho puede así ser clasificado como un fenómeno evolutivo y como un elemento esencial del sistema político moderno. El sistema jurídico se implementa, por su parte, por una organización administrativa racional que se caracteriza por la orientación de sus empleados conforme a reglas y no conforme a exigencias caprichosas de justicia o de equidad y que, asimismo, es altamente especializada conforme a competencias organizadas con base en un orden jerárquico que se realiza por medios informativos y mediante órdenes de los superiores a los inferiores. Una economía racional sólo podría surgir allí donde la administración racional posibilite a las empresas económicas un cálculo económico empresarial. Sin la existencia de objetivos económicos de acuerdo con un derecho racional, con la administración racional y con el orden político, no se podría aclarar o explicar el surgimiento y desarrollo de la sociedad moderna. Dentro de estos conceptos fundamentales encontramos, entre otros, al derecho de la propiedad y el derecho de los contratos.

La vinculación al derecho de propiedad y contractual es, por su parte, presupuesto de la previsibilidad de las conductas económicas y con esto, permite a los actores sociales la construcción de una orientación hacia el futuro. El derecho racional moderno se caracteriza por la reglamentación jurídica de mandatos; la separación entre procesos de creación y procesos de aplicación del derecho; el principio de no contradicción del derecho, y la institucionalización de las autoridades de decisión. Sólo debido a estos presupuestos, el derecho tiene una función significativa frente a otros sectores de la sociedad. Debido a la jerarquía de una autoridad de decisión frente a las pretensiones materiales de los afectados y el arbitrio no limitado del pensamiento moderno, la teoría de la sociedad y, en especial, la teoría de la democracia, han virtualizado el problema de Hobbes, pues sólo el monopolio de la violencia del Estado de derecho y su autoridad pueden garantizar la validez del orden jurídico y la paz social. Para esta regulación no hay alternativa racional, pues de lo contrario la estabilidad social se pondría en riesgo. Ni el consenso ni el discurso son la perfección de la sociedad.