

Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho

Ramiro CONTRERAS ACEVEDO*

Resumen.

Desde el auge del paradigma racionalista, usado para la producción de las ciencias “duras”, los expertos del Derecho alentaron la idea de poder crear ciencia de “ese modo”. A los conocimientos jurídicos se les quiso unir el adjetivo de “científicos”. Surgieron dificultades y discusiones por varios siglos. Hubo quiénes se afanaban por probar que las “ciencias jurídicas” eran “científicas”; otros lo negaban y otros hasta afirmaron que dichos conocimientos nunca serían tales. El derecho y su aplicación se arrinconaron en el formalismo jurídico y en el desdén de la sociedad. ¿Cómo reconstruir el derecho moderno? Este escrito propone que se pueden vivificar los esfuerzos de los expertos en derecho si ponemos atención a los pasos de quien ya lo ha hecho.

Palabra clave: Derecho

Abstract:

Since the rise of rationalist paradigm, used for the production of the "hard" sciences, law experts encouraged the idea of creating science "that way." A legal knowledge they wanted to unite the adjective "scientific". Difficulties arose and discussions for several centuries. Were there any people were anxious to prove that the "legal science" were "scientific", others denied it; another even claimed that such knowledge would never be such. The law and its application were cornered in the legal formalism and society's disdain. How reconstruct modern law? This paper proposes that it's possible quicken the efforts of legal experts if we pay attention to the steps of one who has already done.

Keywords: Law

* Profesor investigador. Universidad de Guadalajara. ramirocontreras2000@yahoo.com.mx

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

Los cambios que ha sufrido la sociedad actual y el estado permanente de transición de la sociedad ha puesto de manifiesto la necesidad de renovar la teoría jurídica. Los modelos teóricos del Estado moderno se encuentran desgastados y sobre todo son monólogos. Las normas que hacían eficaz la administración de justicia, no lo son más: se ha olvidado su naturaleza dialógica. El desarrollo económico y tecnológico producido en el siglo pasado, el replanteamiento de los derechos de la población indígena y la evolución de los derechos colectivos, el comercio internacional y el electrónico, los descubrimientos genéticos, los procedimientos alternativos para la solución de conflictos, la lucha contra el crimen organizado, los modelos corporativos, el desarrollo acelerado del Derecho Económico y sobre todo las nuevas explicaciones de la sociedad en un mundo globalizado exigen una profundización del modelo que hay que construir para generar la teoría jurídica, requisito necesario para la evolución del sistema jurídico nacional. Es preciso reconstruir los conceptos tradicionales de Estado, Soberanía, Sociedad, Familia, Comercio, Controversias Jurisdiccionales, Derechos Humanos, Relaciones Internacionales, Seguridad Social, entre otros muchos. De ahí que los tradicionales contenidos epistemológicos del Derecho Civil y Mercantil, del Derecho Penal y del Procesal, del Derecho Laboral y Agrario, del Derecho Constitucional y del Administrativo, del Derecho Fiscal y Familiar, del Derecho Internacional, Público y Privado, entre otras muchas áreas, deben revisarse a fondo, sobre todo sus puntos de partida.

Los cambios de la sociedad actual se están resintiendo más en los países influidos por la cultura occidental, específicamente en Europa¹.

Desde el auge del paradigma racionalista, usado para la producción de las ciencias “duras”, los expertos del Derecho alentaron la idea de poder crear ciencia de “ese modo”. A los conocimientos jurídicos se les quiso unir el adjetivo de “científicos”. Surgieron dificultades y discusiones por un siglo. Hubo quienes se afanaban por probar que las “ciencias jurídicas” eran “científicas”; otros lo negaban y otros hasta afirmaron que dichos conocimientos nunca serían tales.

Dejando en claro que no existe consenso en la definición de Derecho, motivado por la variedad de los paradigmas desde donde se aborda (positivismo, concepción

¹ Baverez, Nicolás. *Francia en declive: los años decisivos*. Ed. Gota a gota. Consultado en <http://www.abc.es/abc/pg051127/prensa/noticias/Gente/Gente/200511/27/NAC-GEN-099.asp> Consultado el 3 de septiembre de 2012.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

tridimensional, procedimentalismo, teoría autopoietica, constructivismo, etc.) y que hay una confusión entre metodología para la producción del conocimiento jurídico; metodología de la investigación jurídica y, finalmente, por las exigencias establecidas en los programas académicos (la conclusión de una tesis de maestría o doctorado), es importante señalar nuevos aportes epistemológicos que esclarezcan cómo se produce el conocimiento en el área del derecho, de gran impacto para la sociedad, guardando la coherencia teórica y rigurosidad metodológica.

En este trabajo no se presenta una alternativa para la producción de conocimiento jurídico científico ni se propone una nueva ordenación epistemológica que genere una nueva forma de producción de conocimiento científico en el derecho. Se ofrece un ejemplo de cómo, desde un modelo teórico dado, se puede “construir una explicación” del derecho, después de haber creado un modelo de explicación de la sociedad. El ejemplo que se ofrece es el esfuerzo habermasiano de la reconstrucción del derecho.

No es difícil comprobar que la práctica jurídica, es decir, la aplicación del derecho, se guía por una concepción positivista², que rigidiza la interpretación de estos fenómenos. Para Hart, un clásico de esta concepción, la expresión “positivismo jurídico” significaba que: 1. El derecho es el conjunto de mandatos formulados por seres humanos; 2. Entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria; 3. El análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las indagaciones históricas, de las sociológicas y de los ensayos de valoración; 4. Un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos o tendencias políticas; y 5. Los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que lo son los que se refieren a hechos.³

Estos fueron los cánones con los que se enseña y aplica el derecho.

Ha pasado tiempo y, entre otros modelos, ha tomado auge el modelo constructivista.

² Vázquez, Rodolfo. Eduardo García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo. En *Revista de la Escuela Libre de Derecho de PUEBLA* No. 4, 2001, pág. 123. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art7.pdf> Consultado el 2 de Agosto de 2012.

³ *Ibid.* Pág. 124.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

La posición constructivista se explica con el ejemplo de que el cerebro del sujeto cognoscente funciona como un generador y procesador simbólico, cuyos productos se manifiestan en fenómenos como las imágenes mentales o los significados proposicionales⁴. Entre el primer modelo (positivista) y este último (el constructivista) se han desarrollado otros modelos que se han usado como marco teórico para explicar el fenómeno jurídico, pero la confusión sigue anidada en estas tres áreas: la metodología, la epistemología y la teoría jurídica.

Hay “saberes” sobre hechos (información), “saberes” sobre *el por qué* de los fenómenos de la naturaleza y “saberes” referentes al “*cómo se sabe*” (son saberes que se refieren a habilidades para hacer algo).

Siguiendo el proceso de la tradición analítica, este trabajo parte de la afirmación de que el derecho es un discurso: un discurso que habla del derecho y sobre el derecho. Y la particularidad que se recalca es que tiene naturaleza dialógica⁵.

Respecto a la clasificación de los tipos de conocimiento jurídico, se considera que existen tres:

- a. El conocimiento jurídico de implicación vivencial ordinaria, es decir, aquel que tiene la población en general.
- b. El conocimiento jurídico de implicación operativa o práctica, es decir, aquel que poseen los profesionales encargados de la aplicación del derecho.
- c. El conocimiento jurídico teórico: el que producen y reproducen los doctrinarios del derecho⁶

Pero al querer “explicar” los objetos de estos conocimientos se hace a manera de monólogo, como puede aceptarse en otros tipos de conocimientos. El derecho es “texto” y “contexto”.⁷

El discurso jurídico reclama poder “esclavizar” las operaciones jurídicas de acuerdo con el contexto normativo y el propósito institucional⁸. La imprecisión epistemológica, sea utilizada

⁴ Cáceres, Enrique. “Constructivismo jurídico, verdad y prueba”. En: Cáceres, E, Flores, Imer, Saldaña J., Villanueva E. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México, UNAM, 2005, pág. 115.

⁵⁵ Berumen, Arturo. “Derecho y razón comunicativa”. En Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derecho*. Trotta, Madrid, 2011, Pág. 165.

⁶ García Amado, Juan Antonio, “Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico”. 1992, Pág. 55. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-05.pdf> Consultado el 10 de septiembre de 2012.

⁷ Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*. Editorial Pirámide, Madrid, Pág. 52.

⁸ Teubner, Gunther, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”. *Doxa*. Núm. 25, 2002, Pág. 47.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

como un concepto filosófico, o como un concepto de filosofía de la ciencia al aplicarlo al campo jurídico, produce confusiones conceptuales.⁹

Aquí se sostiene que “el discurso jurídico inventa una “hiperrealidad” jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana. Es una “*efficacité quasi magique*”, en palabras de *Bordieu*, que el Derecho posee en sus prácticas de «creación del mundo». Desde esta perspectiva de Teubner, una perspectiva constructivista, no hay forma alguna de retar la autoridad epistémica del Derecho; ni pueden las propias realidades sociales, ni el sentido común, ni la observación científicamente controlada. Teubner sostiene que una epistemología social sobre una base constructivista puede explicar por qué el Derecho parece ser un «discurso que esencialmente se autovalida», del cual debería esperarse que fuera «en gran medida impermeable a otros campos del conocimiento.¹⁰

Ahora bien, una sociedad con normas anacrónicas no funciona. La  nica posibilidad que queda, cuando esto sucede, es abandonarlas o reconstruirlas. Para ello es necesario generar previamente el modelo metodológico de dicho quehacer. Y para esto hay que estudiar ejemplos de cómo se ha hecho.

Otra confusión que pasa en el campo del derecho consiste en “adoptar” un marco epistemológico y, conforme a esa perspectiva, decir que el derecho es lo que ese marco teórico sostiene.

El ejemplo que se trae a consideración quiere hacer ver que es necesario crear, primero, el modelo metodológico desde donde se “explique” lo que esa realidad es.

Las siguientes líneas tratan de mostrar la propuesta habermasiana, sobre la fundamentación del derecho moderno y sobre la posibilidad de su reconstrucción.

Quizás para otras ramas del conocimiento la fundamentación del paradigma normativo no sea un hecho significativo. Para el área jurídica es importante porque la norma –las leyes que tiene esta sociedad- se ha anclado en un paradigma jurídico metafísico y positivista.

Los teóricos de las ciencias jurídicas y políticas no se han ocupado de esta necesidad y si

⁹Teubner advierte sobre la trampa epistémica. Mientras que el análisis del discurso en la línea de Foucault ve a la época moderna en manos de un epist me perverso y considera al Derecho como otra disciplina, como una expresión particular del complejo poder/conocimiento, la teoría de la autopoiesis considera que la sociedad moderna está fragmentada en múltiples epist mes autónomos (nota 75). El discurso jurídico moderno se encuentra de esta manera en un conflicto irreconciliable entre la autonomía y la heteronomía epistémica. La dinámica de la diferenciación social obliga al discurso jurídico a producir construcciones de la realidad propias. Pero esta misma dinámica hace que el Derecho dependa de una multitud de epist mes autónomos que compiten entre sí.

¹⁰ García Amado. *Ibid.* Pág. 50 y s.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

se han dado cuenta de la vejez de estos paradigmas, no han podido traducir a la vida diaria sus propuestas. El impacto es que prácticamente no hay aportaciones jurídicas sobre el desarrollo, evolución o cambio del paradigma jurídico que revivifique la normatividad nacional. Algunos autores del área de las ciencias políticas y que se dedican a escribir sobre estos temas creen que lo han resuelto con lo que se ha dicho sobre el problema de la legitimidad. Pero la acción política se rige por la *norma establecida, institucionalizada*.

La metodología jurídica no puede resolver el vetusto problema de *sostener* el “estado de derecho” y promover su *evolución*. Existe una innegable tensión entre guardar la norma, *el orden*, y la certeza de la violación *cotidiana* de casi todos los derechos fundamentales en el llamado “estado de derecho”.

Antes de acercarnos a la explicación de este fenómeno de la sociedad, su derecho, es necesario entender el modelo.

Para el campo jurídico dos problemas son importantes: la fundamentación de la norma – las leyes- en sociedades pluriculturales, donde ya no se puede fundamentar con argumentos metafísicos (la aplicación de la Constitución política, en x sentido, en muchas ocasiones, se cree que puede justificarse con el argumento de que la norma vale, es decir, debe observarse, porque está en la Constitución). Y puesto que ya no hay sociedades monoculturales, ni México es una de ellas, es necesaria la reflexión sobre la fundamentación y la validez de la Constitución, como norma generadora de derecho. La posibilidad de una re-construcción es un problema actual y nada fácil. Por otro lado si no se re-construye el derecho, seguirá siendo una *norma impuesta* a los ciudadanos y esa no es la *polis* que las ciencias políticas ponen como ideal.

Los presupuestos teóricos habermasianos:

Hoy, las sociedades multiculturales requieren de una explícita legitimación de sus normas jurídicas. En “Facticidad y validez” de Habermas, se propone reconstruir el derecho de las sociedades actuales, o mejor, quizás, encontrar la fundamentación de la norma jurídica en sociedades pluriculturales y postmetafísicas, como son prácticamente todas las sociedades actuales en esta era de la globalización. Habermas señala que existe una tensión entre facticidad o validez social que tiene una norma, por un lado, y legitimidad o validez racional o comunicativa, por otro¹¹ La función de integración social que al derecho le corresponde

¹¹ García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999, Pág. 21.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

sólo puede cumplirse, si las normas jurídicas poseen un elemento de legitimidad que rebase la imposición coactiva, es decir, solamente cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa o, dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático¹² entonces el derecho cumple *racionalmente* su función integradora, es decir, cuando es fruto del discurso racional de un proceso participativo. La generación de leyes y los huecos que tiene el conjunto normativo nacional no es un ejemplo de ello.

Lo anterior es, para la reflexión teórico-jurídica, la ocasión para plantear la pregunta, dados los paradigmas iusnaturalistas y iuspositivistas donde se sostienen las normas del sistema jurídico nacional, sobre la fundamentación de las normas: ¿por qué sólo es válido el derecho que reúna ciertas “condiciones de contenido” como afirma el iusnaturalismo o cuando reúne ciertos pasos procedimentales como dirá Habermas? La tensión que se da entre facticidad o eficacia, validez o positividad y justicia o legitimidad existente en la sociedad. Lo que México vive en estos momentos es un ejemplo de ello.

Es un trinomio el campo que define la función actual del derecho: validez, facticidad y legitimidad. Para Habermas el derecho moderno, autonomizado de la moral, queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa, que sólo puede basarse en el entendimiento, concebido éste como la razón, herencia de los iluministas del siglo XVIII.¹³

Es decir, sin la autonomía integral que los derechos humanos garantizan, no sería posible el ejercicio de la autonomía política. Ésta se da a través de la formación discursiva de opiniones y voluntades¹⁴ de ciudadanos con los mismos derechos.

¹² *Ibid*, Pág. 19

¹³ La aportación teórica para la reconstrucción del derecho moderno se ve en la frase de García Amado: “la idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del “principio de discurso” con la forma jurídica. Este entrelazamiento lo entiendo como una *génesis lógica del derecho*, que puede reconstruirse paso por paso. Comienza con la aplicación del “principio del discurso” al derecho, a libertades subjetivas de acción – derecho que es constitutivo de la forma jurídica como tal- y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento sólo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos. De ahí que el principio democrático sólo pueda aparecer como núcleo de un *sistema* de derechos. La génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular o movimiento circular, en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen *cooriginalmente* (García Amado J. A., *Op. Cit.*, Pág.19)

Así el derecho genera nuevo derecho y de manera legítima:...”con ello la interrelación interna entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que el sistema de derechos indica precisamente las condiciones bajo las cuales las formas comunicativas necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma pueden, a su vez, ser jurídicamente institucionalizadas”. Habermas, J., *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 1998. Traducción de Jiménez Redondo. Véanse las págs. 168 y 169.

¹⁴ *Ibid*. pág. 26.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

La reconstrucción de la *teoría del derecho* exige la diferenciación de moral y derecho. Las normas morales y las normas legales, aunque diferentes, son complementarias, como lo es la relación entre la ley natural y la ley positiva. La teoría del discurso, a través del Principio Discursivo (Principio D), aborda los conflictos legales, morales y políticos desde una misma perspectiva. Provee en todos los casos un procedimiento discursivo imparcial que puede ofrecer soluciones legítimas para todos los participantes en el *discurso práctico*. Las diferencias están en los tipos de argumentos que se requieren en cada dominio: los argumentos morales se resuelven por consenso; los argumentos legales por compromiso y negociación y los argumentos políticos por la regla de mayoría¹⁵ Ya se dijo arriba, si la norma de una sociedad no se fundamenta, entonces se obedece a fantasmas, a dogmatismos. Para fundamentarla es necesario encontrar una manera válida de hacerlo. Habermas hace este recorrido: encontrar un principio que valga para todos. Sus principales ideas son:

La ética del discurso.

El punto central consiste en explicar la moral desde los presupuestos comunicativos universales de la argumentación. Habermas, como Apel, intentan encontrar, con la ética discursiva, un principio ético para la argumentación¹⁶.

Habermas afirma que las intuiciones morales cotidianas ni están necesitadas de una teoría ética ni normalmente sacan mucho partido de ella¹⁷ Con la ética discursiva se resuelve un problema de la razón teórica que incide en cuestiones prácticas, o sea, las “reglas” que se encuentran “válidas” deben tener eficacia en las acciones, fuera de las argumentaciones, es decir, en la sociedad no queda claro cuáles son las normas con arreglo a las que hay que convivir y acerca de cómo se pueden regular los conflictos de acción en común interés de todos¹⁸

De la misma manera que las cuestiones éticas, las cuestiones morales solamente se pueden tratar desde la perspectiva de los implicados, si es que no se desea privar a las preguntas y a las respuestas de su obligatoriedad normativa. Pero este punto de vista moral exige una operación de universalización de las máximas e intereses controvertidos, que

¹⁵ Mejía Quintana, Oscar. *La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas*. En <http://www.espaciocritico.com/articulos/om-a05.htm> Pág. 6 y s. Consultado el 21 de septiembre de 2012.

¹⁶ Habermas, J. *Introducción a la ética del discurso*, Trotta, Madrid. Pág. 127

¹⁷ Velasco, Marina, “Fundamentación de la ética discursiva: ¿Apel o Habermas? Pág. 234. Disponible en: <http://www.ifcs.ufrj.br/~mvelasco/Textos/FundEticDisc.pdf> consultado el 11 de septiembre de 2012.

¹⁸ Habermas, J. *Ibid.* Pág. 127-29.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

fuerce a las partes a *trascender* el contexto social e histórico de la forma de vida específica de cada una de ellas y de su particular comunidad¹⁹.

El punto es obtener normas éticas -válidas para las acciones- a partir de las argumentaciones. ¿Cómo? La cuestión de la legitimidad de las normas no es un asunto meramente de filósofos. Nótese que el lugar de la moral no es -primariamente- el diálogo argumentativo, sino la vida cotidiana. Por ello sólo si se mostrara que el discurso está incrustado en la estructura de las acciones teleológicas mediadas por el lenguaje, se podría pretender probar que las normas pueden ser justificadas en un discurso²⁰ y de ahí, pasar a la obligatoriedad en la vida práctica o la fundamentación del derecho

Esta fundamentación tiene cuatro momentos:

1.- La justificación de este principio parte del análisis de los tipos de acciones sociales, donde ésta, *la acción social, no puede ser concebida como un tipo de interacción estratégica, sino como una acción orientada al entendimiento o comunicativa*, es decir, en la que los actores se orientan por pretensiones de validez ligadas a los actos de habla, es decir, la fundamentación del principio para acción debe mostrar que la pretensión (de legitimidad de las normas) ya aparece en el mundo de la vida, en los contextos de la acción, y no sólo en el discurso. Y la teoría de la acción necesita apoyarse en una investigación pragmática del lenguaje porque las acciones orientadas al entendimiento sólo pueden explicitarse por medio de un análisis del uso comunicativo del lenguaje. De otro modo no se pondría fundamentar la norma para la acción.

2. La pragmática universal (o "*la teoría del significado pragmático-formal*") es quien lleva a cabo esta tarea: ella explica el significado de los actos de habla basándose en sus condiciones de aceptabilidad. Ello motiva al oyente a aceptar que el acto de habla es la garantía ofrecida por el hablante para justificar (einlösen), llegado el caso, la pretensión de validez que su acto de habla comporta. La verdad y la corrección se muestran como pretensiones de validez justificables discursivamente. Sin embargo, la analogía entre las dos pretensiones discursivamente justificables no es completa. Los actos de habla se relacionan con las normas de manera diferente que con los hechos. Mientras que la pretensión de verdad es adjudicable a la persona que la sostiene, la pretensión de validez normativa reside en las propias normas. Una norma es un enunciado deóntico que regula expectativas de comportamiento que se pretenden legítimas. Puesto que se trata de un

¹⁹ Habermas, J. *Ibíd.* Pág. 133.

²⁰ Velasco, M. *Ibíd.* Pág. 25.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

modo de existencia que depende del reconocimiento intersubjetivo, una norma fáctica dejaría de ser una auténtica norma si dejara de ser reconocida como intersubjetivamente vinculante. Al mismo tiempo, una norma puede probarse como válida –ser reconocida como intersubjetivamente vinculante- aun cuando no tenga vigencia fáctica. Por eso Habermas sostiene que para analizar las condiciones de validez de los juicios morales se puede pasar directamente a un análisis de la lógica del discurso práctico²¹

3. En el *contexto de una lógica del discurso práctico* se postula una regla argumentativa que garantiza el acuerdo. ¿En qué circunstancias se dice que una norma de acción está justificada, o que un juicio sobre normas es imparcial? Una norma justificada tendría que ser objeto de un asentimiento universal: una norma sería válida si pudiera ser aceptada por todos los afectados por la misma. ¿Y en qué condiciones sería aceptada por todos los afectados? Sólo si suponemos el Principio de Universalización "U"²²

4. La prueba del "principio U" (*el principio de universalización*). Sólo en este punto Habermas reconoce usar el argumento pragmático-trascendental de Apel. Estos son los pasos:

- a) quien argumenta presupone inevitablemente las reglas ideales de simetría;
- b) si, además, sabe lo que quiere decir "justificar una norma";
- c) aceptar la validez del principio de universalización. La "prueba" del "principio U", entonces, se hace a través del siguiente argumento: si todos lo que entran en argumentaciones tienen que presuponer las reglas ideales de simetría, y si entendemos las normas justificadas como aquellas que *regulan el interés común de todas las personas involucradas*, entonces todos los que emprenden seriamente la tentativa de justificar discursivamente pretensiones de validez normativas aceptan condiciones de procedimiento que equivalen a un reconocimiento implícito de "U", porque de las reglas ideales de simetría resulta que una norma controvertida sólo podría encontrar asentimiento entre los participantes de un discurso práctico si "U" es aceptado²³

En fin, como Habermas dice en sus "Aclaraciones", el principio de fundamentación que desarrolla *la ética del discurso* tiene como objetivo obtener, de las suposiciones de racionalidad de ese tipo, una regla de argumentación para los discursos en los que se

²¹ Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1993, Pág. 69 y ss.

²² *Ibíd.* Pág. 75.

²³ Habermas. *Ibíd.* Pág.139.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

pueden fundamentar normas morales,²⁴ pues “la conexión interna de las normas con las razones que las justifican constituyen el *fundamento racional de la validez normativa*.”²⁵

La teoría de la acción comunicativa.

La reconstrucción crítica de la racionalidad, como base de la sociedad democrática y como cumplimiento del ideal emancipatorio de la modernidad, es uno de los conceptos claves de Habermas. Todo ello es posible entenderlo, una vez que ya se ha justificado el principio discursivo, es decir, una vez que se puede hablar en una sociedad.

El concepto de racionalidad intersubjetiva se expresa mediante los actos de habla o de comunicación. De este modo Habermas sustituye la problemática moderna, que se centra en la conciencia subjetiva, por una reflexión crítica acerca del lenguaje. La teoría de la acción comunicativa es una crítica trascendental del lenguaje, o más específicamente, de los actos de habla. Su intención principal es desarrollar una pragmática universal de los actos del habla, es decir, del mismo modo que existen estructuras sintácticas y gramaticales, también concurre una pragmática contenida en el habla cotidiana: cada vez que alguien dice algo, el interlocutor lo escucha suponiendo que lo que dice es verdad, más allá de que, lo que dice, sea verdad o no. La comunicación sólo se hace posible partiendo de la confianza en tal intención. Se parte de un principio basado en la intencionalidad de toda acción comunitaria. Habermas supone un concepto ideal del habla. Se sabe que este ideal de comunicación nunca podrá ser alcanzado pero su función es la de corregir los modos de comunicación. Una decisión justa es una decisión fundada en el consenso realizado mediante la argumentación racional de las posiciones de todos los involucrados²⁶

Este es el principio que constituye los presupuestos “de los que los miembros de una comunidad jurídica moderna han de partir, si quieren poder tener *por legítimo* su ordenamiento sin apoyo para ello de fundamentos de tipo religioso o metafísico así como la conexión entre los derechos fundamentales, los derechos del hombre, la soberanía popular y resolver la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad²⁷.”

La teoría de la acción comunicativa, trasfondo de toda la concepción teórica de *Facticidad* y *Validez*, supone la estructura dialógica como el a priori constitutivo de todo acto de discernimiento y conocimiento.

²⁴ Habermas. *Ibíd.* Pág. 141.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 152.

²⁶ Habermas, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. T I. Ediciones Península, Barcelona. Pág. 77-78.

²⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, Pág. 189.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

Habermas analiza “las aporías más chocantes de la modernización social” y manifiesta cuál es la relación de intercambio entre el sistema y el mundo de la vida, y encuentra, en el denominado proceso de “juridización” (Verrechtlichung), un claro ejemplo que evidencia empíricamente el proceso de colonización interna del mundo de la vida.

La juridización es el proceso social paulatino a través del cual el derecho incrementa su carácter de normativa escrita. Este incremento se da tanto por extensión, regulando jurídicamente mayor cantidad de ámbitos sociales que estaban normados informalmente, como por densidad, o sea, “desmenuzación de una materia jurídica general en varias materias particulares”²⁸

Este proceso de juridización es identificado por Habermas como un movimiento dinámico históricamente conformado a través de cuatro etapas que se dan en Europa y después en toda América Latina: el Estado burgués del Absolutismo (primera etapa), el Estado de derecho en su forma paradigmática como en la Monarquía alemana del siglo XIX (segunda etapa), el Estado democrático de derecho que surge con la Revolución francesa y la Independencia de los E.E.U.U (tercera etapa). La cuarta etapa es el Estado social y democrático de derecho. En esta juridización, o regulación normativa de la vida pública y privada, de las relaciones interpersonales, la escuela, la familia, etc. se produce una ambivalencia. La institucionalización jurídica tiene un efecto positivo (garantía, protección) y un efecto negativo (limitación e intromisión de los imperativos sistémicos en el mundo de la vida).

La forma de fundamentar el derecho de una sociedad es mediante la teoría discursiva, es decir, el derecho se legitima discursivamente. Es fuerza legítima porque sus contenidos son consensuados discursivamente. Habermas plantea un nuevo paradigma discursivo-procedimental del derecho y un modelo normativo de democracia participativa, siguiendo y aumentando, en muchos aspectos, el paradigma consensual del derecho de John Rawls. Habermas analiza tres problemáticas que el derecho ha tenido, en el siglo pasado y que deben resolverse en las sociedades pluriculturales del siglo XXI: la concepción marxista, donde el derecho es visto como una superestructura, cuya única función es la de garantizar el dominio de clase y la supervivencia de una estructura económica capitalista. Segundo, rescatar la reflexión sobre la teoría jurídico-constitucional, tanto alemana como anglosajona y el pensamiento filosófico angloamericano. En tercer lugar, resolver el conflicto entre

²⁸ Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. T II: 504 y s.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

sistema y mundo de la vida, donde la acción comunicativa bastaba para resolver las mediaciones conflictivas entre ambas esferas, sin acudir al derecho como instrumento de reconciliación social.

En realidad hay dos paradigmas en el derecho moderno: el paradigma burgués del derecho formal y el paradigma del Estado benefactor de derecho materializado. El primero, que puede denominarse paradigma burgués-liberal, reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse como el paradigma del bienestar social, reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva. Por ello es importante fundamentar y resolver el problema de una reconstrucción del derecho. En ambos casos, la perspectiva del juez se sobredimensiona, como se puede ver en la figura del superjuez Hércules de Ronald Dworkin, imposibilitando, a la teoría legal, concebir la opinión pública como fuente de inspiración normativa de los procedimientos legales²⁹

El paradigma discursivo del derecho constituye el reconocimiento de los procedimientos jurídicos, en tanto sus contenidos garantizan la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida. Esta posición dialogal supera los límites del paradigma monológico de la modernidad. Y es este paradigma discursivo- procedimental la piedra angular de la propuesta re-constructiva del derecho de Habermas. El derecho es el único instrumento social que sobrevive después de la racionalización y desencantamiento de las imágenes unitarias tradicionales del mundo. Pero, pese a su acción reguladora del mundo de la vida, su dinámica jurídico-procedimental obedece más a los imperativos sistémicos que a los socio-culturales, lo cual no sólo lo convierte en el medio de colonización interna del sistema por excelencia, sino en la causa material del progresivo horadamiento y deslegitimación de las preformas y formas sociales existentes, tanto de sociedades tradicionales, como complejas. Y este problema no es visto por los juristas. La racionalización del derecho y la colonización del mundo de la vida producen la relativización de las estructuras convencionales de legitimación que, ante la desaparición del marco institucional existente, dejan a la sociedad en su conjunto, sin elementos de legitimación adecuados. La fórmula weberiana de "fe en la legalidad" no es suficiente para satisfacer los enormes déficits de legitimación de la sociedad contemporánea. Esta tensión entre la *facticidad* de la ineficacia del derecho, las desigualdades de los individuos que componen las sociedades (tanto más,

²⁹ Mejía Quintana. *Ibíd.* Pág.12.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

cuanto mayor es la diversidad de sus miembros) y la legitimidad de los órdenes normativos se resuelve, en las sociedades modernas, fundamentando y reconstruyendo el derecho en el principio discursivo.

El *paradigma discursivo-procedimental* debe conciliar los resultados del paradigma del Estado de bienestar y de la perspectiva deontológica. La interpretación constitucional legítima y prioriza lo que es igualmente justo para todos, más aquello que es bueno para unos, desde un punto de vista determinado. Y es en la acción judicial de las sociedades modernas -concretamente latinoamericanas y de modo particularizado en México- donde más se ve la tensión entre la facticidad y la validez del derecho. Ahí es a donde debe apuntar la rectificación de injusticias, antes que a la solución de disfunciones procedimentales. No se ve cómo pueda evolucionar el derecho mexicano sin una reconstrucción. Y ésta no es un asunto teórico, sino eminentemente práctico.

Esta reflexión obliga a revisar la metodología del quehacer legislativo y político. El así llamado “Estado de derecho” de la sociedad mexicana, que afirma basarse en la democracia, aunque sabe que todavía no existe y que es consciente de que la práctica jurídica sigue otros paradigmas. Es este “Estado de derecho” el que debe re-construirse. En los estudios de teoría jurídica no se encuentran elementos para realizar esta tarea. El paradigma procedimental que propone Habermas, compele a que el procedimiento sea filtrado por el principio discursivo, pues la ausencia de constricciones antimayoritarias pueden perpetuar oficialmente sanciones contra las minorías sociales, representadas o ausentes, en los espacios legislativos

Esta relación que se establece entre el poder comunicativo y la génesis del derecho es el núcleo del paradigma de la reconstrucción jurídica. Y esta interpenetración de la producción legal discursiva y el poder comunicativo se explica por la fuerza motivacional que la acción comunicativa de las comunidades poseen en sus razonamientos. El derecho, a diferencia de la moral, opera como un medio de auto-organización legal de la comunidad, en determinadas condiciones sociales e históricas. A través del derecho, muchas convicciones morales tienen una proyección *realizativa*, fundidas con proyecciones teleológicas específicas.

El principio discursivo provee un criterio procedimental-argumentativo de validez normativa para re-construir el derecho. En este intento han fracasado varias de las más relevantes teorías filosóficas, jurídicas y sociológicas contemporáneas sobre el derecho: el objetivo es la reconstrucción del derecho y la fundamentación normativa del Estado constitucional a

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

través de un sistema universal de derechos. Se trata de superar la construcción monológica del derecho por medio de una reconstrucción dialógica.

Y es este presupuesto de fundamentación teórica la posibilidad para poder construir una teoría de los derechos humanos³⁰.

La tensión del derecho.

Por ello, el asunto a resolver, en este marco teórico habermasiano, consiste en identificar el fundamento de la concepción procedimental del derecho: la “génesis lógica” del “sistema de los derechos” no es una reconstrucción de la “génesis histórica” del “sistema de los derechos”. En la “génesis lógica” el punto a resolver es la reconstrucción conceptual de la idealidad articuladora de la realidad del derecho, que opera como aguijón interno para esa realidad; “génesis lógica” y “génesis histórica” son ambas tareas legítimas, pero que no deben confundirse entre sí, pues tienen estructura distinta y obedecen a intereses teóricos distintos³¹

De lo que se trata en la “génesis lógica” es de descubrir y reducir a unidad las relaciones conceptuales y de principio operantes en esta compleja e inverosímil estructura de elementos históricos, y ello a partir de dos elementos: la “forma jurídica” de las normas y el “principio del discurso”³²

Habermas entiende por *norma de acción* toda aquella expectativa de comportamiento generalizada en la dimensión temporal, social o de contenido.

Y norma de acción “*válida*” se refiere a las normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales y universales.

Y una norma de acción “*para mí*”, hay que entender a todo aquel sujeto al que toca en sus intereses, las consecuencias y resultados de una práctica general regulada por normas.

El *discurso racional* es entonces, toda aquella tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se han transformado en problemas a resolverse racionalmente.

El derecho que preceptúa iguales libertades subjetivas de acción, se materializa en derechos fundamentales, que como derechos positivos, llevan consigo amenazas de sanción y que son factibles de ser usados en contra de las violaciones a las normas en que se plasman. Esto implica necesariamente el presupuesto de la capacidad de sanción por

³⁰ Habermas, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, Pág. 60.

³¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Trotta, Madrid, 1998, Pág. 9.

³² *Ibíd.* Pág. 12.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

parte de una institución que sea poseedora de los medios adecuados para el empleo legítimo de la violencia, encaminado a que se respeten las normas jurídicas acordadas legítimamente.

En las sociedades modernas, el derecho puede cumplir la función de estabilizador de expectativas o esperanzas, cuando se encuentre vinculado de manera interna con la fuerza integradora que tiene la acción comunicativa.

Pero los argumentos que fundamentan la legitimidad del derecho deben ser coincidentes con los principios morales de justicia y solidaridad universal. Por ello se afirma que los derechos humanos y el principio de soberanía, son las principales bases sobre las que descansa el derecho moderno y los discursos son el sitio en donde se da la existencia de una voluntad racional.

Por ello la legitimidad del derecho se basa en este proceso de comunicación, puesto que los integrantes del grupo social en donde esa norma tendrá vigencia y aplicación, debatirán mediante discursos racionales.

Por ello el principio democrático surge de la vinculación del principio de discurso con la forma jurídica, cuyo primer paso es la “génesis lógica de derecho”³³ lo cual puede construirse paso a paso, dando valor a la percepción del derecho.

Como se puede ver, esa génesis inicia con la aplicación del principio del discurso a *libertades subjetivas de acción* y finaliza con la *institucionalización jurídica para llevar a cabo el ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la autonomía privada*, que inicialmente sólo está en términos abstractos. Por ello es que el principio democrático aparece como núcleo del sistema de derecho.

El derecho que se tiene para la protección de los derechos individuales, se concreta en derechos fundamentales, mismos que fundan pretensiones relativas a la posibilidad de una justicia que juzgue sin parcialidad y con independencia.

El sistema de derechos no puede nacer ni en virtud de una lectura moral de los derechos del hombre, ni de la lectura ética de la soberanía popular, sino que las intuiciones que se relacionan con esos derechos y esa soberanía, sólo pueden hacerse valer plenamente en el sistema de derecho, siempre y cuando se tenga como presupuesto del derecho iguales libertades de acción.

³³ *Ibíd*, Pág. 187.

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

La reconstrucción del derecho moderno.

Así, según Habermas, los elementos que deben tomarse en cuenta para la re-construcción del derecho moderno son:

- 1.- *Los derechos subjetivos*, protegiéndolos de los actos arbitrarios del Estado y de particulares.
- 2.- *La seguridad de los ciudadanos para ejercitar su autonomía política. Esto da la legitimidad del derecho, nacida de la legalidad de éste.* Por otro lado los argumentos que fundamentan la legitimidad del derecho deben de ser coincidentes con los principios morales de justicia y solidaridad universalista. Esto culminará con la inclusión de la moral en el derecho.
- 3.- La función estabilizadora de expectativas o esperanzas normativas que debe tener el derecho.
- 4.- La legitimidad del derecho. El proceso democrático de producción del derecho es la fuente donde descansa, e implica el principio de soberanía popular.
- 5.- Los derechos del hombre y el principio de soberanía. Estas son las bases donde descansa el derecho moderno y los discursos son el sitio donde se da la voluntad racional.
- 6.- La producción políticamente autónoma del derecho que permita a los destinatarios una comprensión correcta del orden jurídico en su conjunto.
- 7.- La fundamentación constante del derecho. Esta es un punto teórico necesario para legitimar las acciones de las sociedades pluriculturales del siglo XXI.

La afirmación central de este artículo es que los modelos de racionalidad de la científicidad que se utilizaron para las ciencias duras en el siglo XVII, XVIII y XIX no funcionan para las ciencias sociales y mucho menos para una ciencia que todavía no encuentra un modelo adecuado para construir la explicación de lo que es.

Hoy se puede ver, en la aplicación del derecho, dado el período de transición que vive México con su reforma procesal penal: hay una fundamental variación en la respuesta sobre lo que es el derecho si, siguiendo el modelo formalista se considera al derecho como un lenguaje monológico. En cambio, si no solo es visto como un lenguaje sino como un discurso en diálogo, será posible que los llamados juicios orales transformen al país. Considerar el derecho como un sistema de actos comunicativos, que es el que presenta Habermas con su teoría del discurso, es la mejor alternativa para trascender el formalismo

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

jurídico del sistema jurídico mexicano. Si no, la reforma procesal penal y la del Artículo 1º constitucional, serán vino nuevo en odres viejos.

Fuentes de información.

BAVEREZ, Nicolás. *Francia en declive: los años decisivos*. Ed. Gota a gota. Consultado en <http://www.abc.es/abc/pg051127/prensa/noticias/Gente/Gente/200511/27/NAC-GEN-099.asp>

BERUMEN, Arturo. "Derecho y razón comunicativa". En Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derecho*. Trotta, Madrid, 2011.

CÁCERES, Enrique. "Constructivismo jurídico, verdad y prueba". En: Cáceres, E, Flores, Imer, Saldaña J., Villanueva E. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México, UNAM, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico". 1992. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-05.pdf>

_____ *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

HABERMAS, J., *Introducción a la ética del discurso*, Trotta, Madrid.

_____ *Conciencia moral y acción comunicativa*. T I. Ediciones Península, Barcelona.

_____ *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1993.

_____ *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 1998. Traducción de Jiménez Redondo.

_____ *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. *La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas*. En <http://www.espaciocritico.com/articulos/om-a05.htm>

ROBLES, Gregorio, *Epistemología y derecho*. Editorial Pirámide, Madrid.

TEUBNER, Gunther, "El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho". *Doxa*. Núm. 25, 2002.

VÁZQUEZ, Rodolfo, "García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo". En *Revista de la Escuela Libre de Derecho de PUEBLA* No. 4, 2001. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art7.pdf>

CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 39-56.

VELASCO, Marina, "Fundamentación de la ética discursiva: ¿Apel o Habermas? Disponible en: <http://www.ifcs.ufrj.br/~mvelasco/Textos/FundEticDisc.pdf>