

LA ÉTICA DEL DISCURSO JURÍDICO

Arturo BERUMEN CAMPOS

“El lenguaje del espíritu ético es la ley”
(HEGEL: Fenomenología)

Si Apel puede hablar de la “ética del discurso”, queriendo decir que la ética se encuentra en el lenguaje, no vemos porque no se pueda hablar de la “ética del discurso jurídico”, para querer decir que la ética jurídica se encuentra en el lenguaje del derecho. Y, antes de que ideólogos y críticos tomen esta frase como si fuera todo el discurso, añadiremos que no todo el lenguaje del derecho es ético, sino que intentaremos determinar en que condiciones el discurso jurídico puede considerarse como un discurso ético. Para ello, nos valdremos de las teorías de Habermas y Apel para aplicarlas al discurso del derecho, lo cual no significa que sean éstas sus opiniones al respecto.

Nos referiremos, en primer lugar, a la ética del discurso en general y después a la ética del discurso jurídico, del cual sólo tocaremos la ética del discurso legislativo sin poder ocuparnos de la ética del discurso judicial.

1. Coordinación comunicativa de la acción social

El siguiente esquema está tomado de Habermas.¹ Nos parece que es válido para cualquier proceso de comunicación social, pero nos parece particularmente útil, en el análisis de los procedimientos jurídicos, es decir, en la ética del discurso jurídico. El esquema obtenido de la teoría de Habermas, es el siguiente:

¹ HABERMAS, “Sobre el concepto de acción comunicativa”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, pp. 479-507.

COORDINACIÓN COMUNICATIVA DE LA ACCIÓN SOCIAL

TIPO DE ACCIÓN DEL SOCIAL	PLAN DE ACCIÓN SOCIAL		
	INTERPRETACIÓN COMÚN DE LA SITUACIÓN	ALTERNATIVAS DE ACCIÓN	EJECUCIÓN PLAN
Orientada al éxito: —Instrumental —Estratégica —Dramatúrgica	No se tematizan todos los ingredientes relevantes de la situación comunicativa que se quiere resolver con el plan.	Se restringen las alternativas de acción, porque los ingredientes no tematizados aparecen como obstáculos inamovibles para la acción.	La eficacia del plan es baja.
Orientada al entendimiento mutuo: —Acción comunicativa	Se intenta tematizar todos los ingredientes relevantes de la situación, por medio la participación, libre de coacción, de todos los afectados por la situación	Se amplían las alternativas de acción, porque los obstáculos se transforman en recursos adicionales de acción.	El nivel de eficacia del plan es alto.

El esquema anterior parte de la idea de que el uso más pragmático del lenguaje es la **coordinación de la acción social**. Por acción social, Habermas entiende no tan sólo cualquier interacción entre dos o más sujetos capaces de lenguaje y de acción, sino **la secuencia de interacciones recíprocas**. El lenguaje tiene que garantizar la secuencia de interacciones. Para ello se precisa, normalmente de un plan de acción social. Incluso, en la más mínima interacción, como por ejemplo, las actividades que una familia realiza un fin de semana, se requiere de un plan, aunque sea mínimo también. Con mayor razón se necesita de un plan de acción social, cuando se trata de interacciones entre grandes conglomerados humanos.

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

ción, si no se ponen de acuerdo en la interpretación de la situación que afecta a ambos, la acción social, la coordinación de sus acciones no sería posible.

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

Las fases del plan de acción social, pueden cruzarse, matricialmente, con los tipos de acción social que, para Habermas, pueden ser dos: la acción social orientada al éxito y la acción social orientada al entendimiento mutuo. La **acción social orientada al éxito** es aquella en la cual los participantes buscan su éxito, a cualquier costo o a cualquier precio, mediante un lenguaje patológico. Por su lado, la **acción social orientada al entendimiento** mutuo también busca el éxito, pero no a cualquier precio, sino mediante un lenguaje racional.

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

En la **acción instrumental**, los participantes se instrumentalizan unos a otros, es decir, se utilizan como **instrumentos** para conseguir sus fines o se consideran como obstáculos para conseguirlos. Los actos de habla mediante los que se coordina este tipo de acción carecen de la pretensión de la rectitud, es decir, el lenguaje mediante el cual se realiza esta acción padece de la patología de la violencia, abierta o subrepticia. Aunque se usa en todos los ámbitos de la realidad social, es particularmente usada en las relaciones económicas de mercado. Por ejemplo, en la contratación de la fuerza de trabajo o en la incondicionalidad de los contratos de adhesión.

En la **acción estratégica**, los participantes simulan llegar a un acuerdo sin el propósito de cumplirlo, con la finalidad que el otro sí lo cumpla. Dicha acción está coordinada por actos de habla que carecen de veracidad, por lo tanto en una acción que carece de moralidad y de racionalidad. Se le puede encontrar también en cualquier interacción social,

pero es la acción que predomina en la política y en la política jurídica, por tanto. El engaño estratégico, como hemos visto, puede ser total o parcial. Por ejemplo, la demagogia electoral es un engaño completo y la publicidad comercial y las ideologías políticas y religiosas, pueden entenderse como engaños parciales, lo cual las hace mucho más eficaces que la primera, para lograr el éxito, a cualquier precio.

La **acción dramática** es aquella en la cual los participantes hacen uso de los sentimientos del otro y le ocultan sus propios pensamientos para lograr salirse con la suya. Es decir, se hace un drama para lograr que el otro acepte nuestro punto de vista o que actúe como nosotros queremos. Se usa sobre todo en la vida privada, aunque no está ausente de otros ámbitos de la vida social. Los actos de habla, mediante los cuales se realiza, padecen también de la patología de la falta de veracidad e incluso de rectitud. Por ejemplo, cuando, en las relaciones de pareja, los hombres se hacen los ofendidos y las mujeres lloran para lograr el éxito.²

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

Comparemos ahora, la acción social orientada al éxito y la acción social orientada al entendimiento, con respecto de las tres fases del plan de acción social. Comencemos con la interpretación común de la situación. Si la acción instrumental, o la acción estratégica o la acción dramática buscan el éxito a cualquier precio, lo que va a suceder, al momento de interpretar la situación que se quiere resolver, es que **no se**

² La acción dramática puede ser tanto una acción orientada al éxito, como una acción orientada al entendimiento. Ver HABERMAS, "Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa", en *Teoría de la acción comunicativa, Complementos y estudios previos*, pp. 487, 491, 492.

van a tematizar, de una manera adecuada, ni de una manera completa ni de una manera suficiente, los ingredientes o elementos o factores relevantes de la misma situación problemática. Tematizar significa convertir en tema explícito del discurso los elementos o ingredientes relevantes de la situación, sin dejarlos sobreentendidos o implícitos, de modo que se reduzcan los equívocos o los malos entendidos, a lo mínimo.

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

Por su parte, tratándose de la acción orientada al entendimiento, es decir, de la acción comunicativa, **se intentan tematizar** todos los ingredientes relevantes de la situación, mediante la participación libre de coacción, de engaño, de error y de oscuridad (libre de patologías de la comunicación) de todos los afectados por la situación o por sus representantes. Si no participan todos los afectados por la situación, es probable que los puntos de vista de los no participantes no sean tomados en cuenta en la interpretación de la misma situación. Claro que la falta de tematización también puede llevarse a cabo mediante cualquiera de las patologías de la comunicación, como hemos visto.

Si, en la acción orientada al éxito, no se consideran todos los aspectos de un problema, por causa de cualquiera de las patologías de las acciones instrumentales, estratégicas o dramáticas, la consecuencia de ello es que se *restringen o se limitan las alternativas de solución* al mismo problema, porque los ingredientes no tematizados aparecen, en el discurso, como obstáculos intocables e inamovibles de la situación. Esta falta de tematización o de discusión y su subsecuente “intocabilidad”, nos parece, que es el origen de las ideologías. Es decir, es la abstracción, en el sentido de Hegel, y la falacia abstractiva, en el sentido de Apel lo que ocasiona la falsa conciencia de la realidad o la inversión de la realidad en la conciencia, en el sentido de Marx y de Correas.³

Por ello, en la acción comunicativa, la tematización completa de los ingredientes más relevantes de la situación, permite encontrar **alternativas adicionales de solución** al problema social que se pretende resolver. En ella los obstáculos ideológicos se pueden transformar en recursos

³ CORREAS, *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993, p. 115.

comunicativos que contribuyan a la solución de la situación social. Los ingredientes no tematizados que, por ello, eran obstáculos ideológicos inamovibles, pueden ser retematizados y, por ello, redeterminados en los aspectos morales de la solución.⁴

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

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

Del análisis del esquema comunicativo podemos extraer algunas conclusiones: la primera de ellas es que la eficacia de la acción social se encuentra estrechamente vinculada con la ética del discurso. De acuerdo con Habermas, **el plan de acción social eficaz es el que la coordina con la ética del discurso** y el plan de la acción social, ineficaz, es el que la coordina con la patología del discurso. La segunda conclusión es que **las ideologías sociales son obstáculos para la eficacia del plan de acción social y son producto de la falta de tematización** de alguno o algunos de los ingredientes de la situación social que el plan de la acción social quiere resolver. Y la tercera es que la acción comunicativa es el resultado del plan de la acción social eficaz porque se encuentra coordinada por actos de habla cuyo **elemento ilocucionario es una asunción hipotética**, o emitidos en actitud de tercera persona, lo cual permite una adecuada tematización o retematización de los ingredientes de la situación social, incrementando las alternativas de acción; mientras que la acción

⁴ Ver BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas, México, 2000, p. 50.

orientada al éxito está coordinada por actos de habla cuyo **elemento ilocucionario es una asunción asertórica**, o emitidos en actitud de primera o de segunda persona, lo cual obstaculiza la adecuada tematización, restringiendo las alternativas de acción y, por tanto, reduce la eficacia del plan de la acción social.

2. *Ética del discurso*

El esquema de la coordinación comunicativa de la acción social propuesto por Habermas es un excelente método de crítica y de **análisis comunicativo** de las acciones sociales reales e incluso de **redeterminación comunicativa** de la acción social. Sin embargo, puede resultar difícil de servir como guía en la práctica de acciones sociales reales por su elevada exigencia de racionalidad comunicativa, como seguido se le ha reprochado a Habermas. En el mundo social real la realización de la acción comunicativa es sumamente rara, el mismo Habermas lo reconoce.⁵ Lo importante es que la acción social real se acerque, paulatinamente a su modelo ético y racional. Mientras tanto, las exigencias comunicativas de la acción pueden flexibilizarse un tanto, en determinadas condiciones y con determinados requisitos. Tales condiciones y requisitos es lo que se llama la ética del discurso que Habermas ha retomado de varios autores, sobre todo de Apel.⁶

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

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

⁵ HABERMAS, Entrevista con la "New Left Review", en *Ensayos políticos*, p. 196.

⁶ APEL, KARL-OTTO, "La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación post-metafísica de la ética de Kant", en *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación de Apel, Dussel y Forner*, pp. 11-44.

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

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

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

Ahora bien, vamos a suponer que, por alguna razón, tienen que coordinar su acción social, sujetos que tienen un diferente nivel de desarrollo de su conciencia ética. Supongamos, que tienen que coordinarse, por un lado, Eichman y, por otro lado, Gandhi. El primero, con un nivel de desarrollo pre-convencional o convencional de su conciencia ética, está dispuesto a utilizar todas las acciones sociales, tanto instrumentales como estratégicas y dramáticas, con tal de salirse con la suya. El segundo, con un nivel de desarrollo post-convencional de su conciencia ética, ¿sólo va actuar comunicativamente? ¿No le es lícito actuar estratégicamente o instrumentalmente cuando el primero sí lo va a hacer e incluso ya lo está haciendo? ¿Hasta que punto está obligado a tolerar las acciones patológicas de Eichman? ¿Indefinidamente? O ¿puede pasar a una acción orientada al éxito inmediatamente? Estas preguntas son más comunes de lo que parece. Se las puede plantear un abogado ante un contrincante que no juega limpio. Un maestro ante sus alumnos desordenados. Un gobernante ante sus gobernados rebeldes. Un fiscal o un defensor ante el acusado o su defendido, respectivamente.

Para empezar a responder a ellas, Apel y Habermas, con base en Weber, han distinguido entre **la ética de principios y la ética de la responsabilidad**. La primera es la ética que resulta de la acción comunica-

tiva, es decir, de la ética que busca el entendimiento mutuo sin ninguna patología comunicativa. La segunda es la ética que resulta de la situación de un sujeto que tiene bajo su responsabilidad a otra persona o a un grupo social, como lo puede ser el abogado, el maestro, el gobernante, el fiscal, el mismo Gandhi. Alguien, en una situación de responsabilidad no puede estar sujeto, incondicionalmente, a una ética de principios. Es decir, puede dejar de cumplir la ética de principios para salvaguardar a las personas que están bajo su responsabilidad. El caso de la legítima defensa lo ilustra bastante bien.

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

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

Pero para ello, es necesario contar con la mayor información posible, evitando caer o identificando las **falacias abstractivas**, en términos de

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

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

Es claro que esta dialéctica de la ética del discurso no resuelve todos los problemas, ni mucho menos, pero puede servirnos de guía cuando actuemos socialmente, en actitud participante, en primera o segunda persona, o cuando analicemos comunicativamente las acciones sociales, en actitud objetivamente, en tercera persona, como dice Habermas.⁷

Si mitigamos la acción comunicativa de Habermas con la ética del discurso de Apel, podemos redeterminarlas, en el siguiente esquema:

⁷ HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, pp. 172, 186.

**LA ÉTICA DEL DISCURSO EN LA COORDINACIÓN
DE LA ACCIÓN SOCIAL**

TIPO DE ACCIÓN DEL SOCIAL	PLAN DE ACCIÓN SOCIAL		
	INTERPRETACIÓN COMÚN DE LA SITUACIÓN	ALTERNATIVAS DE ACCIÓN	EJECUCIÓN PLAN
Orientada al éxito: —Instrumental —Estratégica —Dramatúrgica	No se tematizan todos los ingredientes por falacias abstractivas o por simulación de consenso para ocultar contradicciones performativas.	Se restringen las alternativas de acción, porque los ingredientes no tematizados aparecen como obstáculos inamovibles para la acción.	La eficacia del plan es baja +
Orientada al entendimiento mutuo: —Acción comunicativa	Se intenta tematizar todos los ingredientes relevantes de la situación, por medio la asunción hipotética de la búsqueda del consenso del tú y el yo.	Se amplían las alternativas de acción, porque los obstáculos se transforman en recursos adicionales de acción.	El nivel de eficacia del plan es alto.

Como se ve, en el esquema anterior, se ha incluido en la acción orientada al éxito, en la fase de interpretación común de la situación, a la simulación del consenso, del mismo modo, se ha incluido, en la acción comunicativa, la actitud hipotética del consenso del “tú” y del “yo”, para que la búsqueda y la refutación, respectivamente, de las contradicciones performativas y las falacias abstractivas, sean más objetivas. Este será el esquema que utilizaremos como base del análisis del discurso jurídico, en seguida.

3. *La ética del discurso legislativo*

En este inciso, intentaremos aplicar la ética del discurso a los procedimientos de creación legislativa de normas jurídicas generales. Nuestro punto de partida, nuestro “tópico”, será el hecho general de que los procedimientos jurídicos son procedimientos sociales de comunicación sujetos a reglas. Tanto los procedimientos jurídicos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales pueden ser interpretados, ya en lo particular, como “**actos de habla argumentativos**”, sujetos a **actos de habla regulativos**. Es decir, los actos de habla regulativos que “regulan” los procedimientos jurídicos son las normas que, según Kelsen, estable-

cen los procedimientos de creación normativa de un sistema jurídico. Y los actos de habla argumentativos son los procedimientos concretos de creación de normas, es decir, de creación de nuevos actos de habla regulativos. Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, puede interpretarse el modelo de sistema jurídico de Kelsen, como una estructura de actos de habla regulativos y argumentativos.

Si esta interpretación fuera posible, la cuestión de la “eticidad” del derecho se podría plantear con toda legitimidad filosófica, por la razón de que el elemento ilocucionario de los actos de habla, es decir, su intención ilocucionaria, puede ser moral o inmoral. Tanto los actos de habla regulativos como los argumentativos puede padecer diversas patologías de la comunicación, en el sentido de Habermas.⁸ Nos parece que la moralidad o la inmoralidad de los actos de habla regulativos provienen de la moralidad o de la inmoralidad de los actos de habla argumentativos mediante los cuales se discutió la aprobación de aquellos.

Por otro lado, si recordamos que, según el propio Habermas, el uso más pragmático del lenguaje es la “coordinación de la acción social”,⁹ entonces la cuestión de la eticidad del derecho, entendido como actos de habla, no se encuentra desvinculada de su eficacia, es decir, de la finalidad del derecho que, al decir de Del Vecchio, consiste en coordinar, de manera objetiva, las acciones de varios sujetos, sin ningún impedimento ético.¹⁰ Si entendemos esto a la manera comunicativa, podemos decir que, **la eficacia de la coordinación social depende de la ética del discurso jurídico**. Claro que ésta, es sólo una hipótesis que habrá que demostrar en un estudio sociológico jurídico, al respecto. Aquí sólo nos compete formularla con mayor amplitud.

Ahora bien, si redeterminamos la teoría de Kelsen y la de Del Vecchio por medio de la teoría de Habermas, podemos decir **que la coordinación de la acción social es eficaz cuando la estructura de actos de habla regulativos y argumentativos se articula mediante la ética del discurso jurídico**.

⁸ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1999, Tomo I, cap. I y III y Tomo II, cap. V.

⁹ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, I, p. 124: “el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (...) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones (...) En este modelo de acción el lenguaje ocupa, como veremos, un puesto prominente.”

¹⁰ DEL VECCHIO, *Giorgio, Filosofía del derecho*, p. 327, p. 327: “el derecho consiste en la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento.”

Si, por el momento, nos concretamos en los actos de habla argumentativos y regulativos “legislativos”, podemos aplicarles el esquema de la ética del discurso, sintetizado más arriba, del siguiente modo:

LA ÉTICA DEL DISCURSO JURÍDICO LEGISLATIVO EN LA COORDINACIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL

TIPO DE ACCIÓN DEL SOCIAL	PLAN DE ACCIÓN SOCIAL		
	EL DISCURSO LEGISLATIVO COMO INTERPRETACIÓN COMÚN DE LA SITUACIÓN	EL ARTICULADO DE LA LEY COMO EL CONJUNTO DE LAS ALTERNATIVAS DE ACCIÓN	LA APLICACIÓN DE LA LEY COMO EJECUCIÓN DEL PLAN
Orientada al éxito: —Instrumental —Estratégica —Dramatúrgica	No se tematizan todos los ingredientes por falacias abstractivas o por simulación de consenso para ocultar contradicciones performativas.	Se restringen las alternativas de acción, porque los ingredientes no tematizados aparecen como obstáculos inamovibles para la acción.	La eficacia de la ley es baja aunque no lo sea su efectividad.
Orientada al entendimiento mutuo: —Acción comunicativa	Se intenta tematizar todos los ingredientes relevantes de la situación, por medio de la asunción hipotética de la búsqueda del consenso del tú y el yo.	Se amplían las alternativas de acción, porque los obstáculos se transforman en recursos adicionales de acción.	El nivel de eficacia y de efectividad de la ley es alto.

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

Del mismo modo, podemos distinguir dos modalidades jurídicas de acción, que pueden ser orientadas al éxito y orientadas al entendimiento. Las primeras se encuentran constituidas por actos de habla realizados en actitud asertórica y las segundas, por actos de habla realizados en

actitud hipotética. Sólo las primeras pueden ser consideradas éticas y racionales y no las segundas, distinción que no toma en cuenta ni Del Vecchio ni Kelsen.¹¹

La falta de ética en el discurso legislativo va llevar a que, en los debates legislativos no se tematizen todos los elementos relevantes de la situación problemática que el plan legal pretende resolver, debido a las actitudes instrumentales, estratégica o dramatúrgicas de los legisladores. Por ejemplo, en la discusión de la iniciativa de reformas de la constitución en materia penal, sobre el cuerpo del delito y los elementos del tipo, no se tematizaron adecuadamente los aspectos a favor o en contra de cada una de las alternativas, sino que se incurrió en falacias abstractivas, mediante la realización de acciones estratégicas por parte de la entonces bancada oficialista (como desviar la atención a temas incidentales) o acciones dramatúrgicas (como la exagerada alarma social por la inseguridad pública). Así mismo, se simuló un consenso entre los especialistas para ocultar las contradicciones performativas entre ellos mismos. Ello llevó, por supuesto a reducir las alternativas de acción legal, pues todo se orientó a reducir las garantías penales de los procesados, como única alternativa para reducir la impunidad y la inseguridad. Todo ello, por asumir una actitud asertórica en sus actos de habla, por parte de quienes elaboraron y quienes estuvieron a favor de la iniciativa. En un trabajo dedicado especialmente, predecimos una muy baja efectividad de dichas reformas en el combate a la impunidad y a la inseguridad pública, aunque se haya aumentado la eficacia en el número de los detenidos preventivamente, pues no todos los factores del aumento de la delincuencia no se tematizaron adecuadamente, en el procedimiento legislativo correspondiente.¹²

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

¹¹ Aunque podría pensarse en redeterminar, en términos de la ética del discurso, lo que Kelsen llamó primero la norma hipotética fundamental y luego la ficción que fundamenta el orden jurídico. De acuerdo a Habermas, la norma hipotética fundamental como fundamento del sistema jurídico, no sería otra cosa que asumir a los actos de habla constitucionales en actitud hipotética, es decir, susceptibles de ser problematizados y, por tanto desempeñables, argumentativamente. En cambio, la ficción que fundamenta a la constitución, no sería otra cosa sino la asunción de los actos de habla constitucionales, en actitud asertórica, es decir, no problematizables y no desempeñables, argumentativamente. En consecuencia, desde el punto de vista de la ética del discurso habermasiana, la construcción kelseniana de una norma que fundamenta a la constitución es innecesaria, pues no sería otra cosa sino el elemento ilocucionario (en el caso de la norma hipotética fundamental) o el elemento perlocucionario (en el caso de la ficción fundamental) de los actos de habla constitucionales, cuyos elementos proposicionales, serían los contenidos de la misma constitución. Las consecuencias y el desarrollo de esta redeterminación será objeto de un trabajo mucho más amplio.

¹² BERUMEN, Arturo, *Análisis comunicativo del proceso penal en México*, p. 86.

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

Por otro lado, no basta analizar la ética del discurso legislativo para determinar los motivos de la ineficacia del discurso jurídico para coordinar la acción social, pues bien puede suceder que la ley haya sido elaborada mediante un discurso legislativo ético, pero el discurso judicial padezca de diversas patologías de la comunicación. Lo cual puede hacer que el discurso legislativo sea efectivo, pero no eficaz, es decir, que se cumpla el plan legislativo pero no se alcancen los objetivos consensados de la ley, sino sólo los objetivos de algunos de los participantes.¹³ En otros términos, la eficacia del discurso jurídico, requiere de la ética tanto del discurso legislativo como del discurso judicial.

Si las patologías comunicativas sólo afectan al discurso legislativo, es posible, aunque no probable que la ética del discurso judicial pueda hacer que la ley sea eficaz además de efectiva. Y, a la inversa, la ética del discurso legislativo puede corregir las patologías de las reglas del discurso judicial que pudieran estar impidiendo una mayor eficacia de la ley, en tanto que plan de coordinación racional de la acción social. Si ambos discursos jurídicos, el legislativo y el judicial, constituyen patologías comunicativas, la coordinación jurídica de la acción social se torna completamente inefectiva e ineficaz.

¹³ Tomamos, un tanto redeterminada, esta distinción entre efectividad de la ley y su eficacia de Correas, en *Introducción a la sociología jurídica*, Coyoacán, México, 1994, pp. 207, 253.