



## *El discurso jurídico y la tesis de indeterminación del derecho de Jürgen Habermas*

*José Vicente Villalobos*  
*Universidad del Zulia*  
*Maracaibo, Venezuela*  
*jvillalobos@gmail.com*

*Freddy Bozo*  
*Universidad del Zulia*  
*Maracaibo, Venezuela*  
*fbozo@gmail.com*

### **Resumen**

Los problemas que vienen acrecentándose en ámbitos de los discursos de aplicación del derecho, han ganado espacios frente a las polémicas generadas por la concepción de los derechos humanos y los casos difíciles presentados en los medios judiciales en los países de tradición democrática en Occidente. Tales casos se presentan como problemas de *indeterminación del derecho*, en términos de Habermas, debido a la incorporación de los contenidos de fundamentación moral en su interpretación para darle solución, todo lo cual hace que sean concebidos y racionalizados a su vez como problemas procedimentales de aplicación del derecho constitucional; esta polémica es generada por la concepción de tres de las más importantes categorías de la filosofía del derecho constitucional actual: las nociones de *principio* y *regla* frente al concepto de *norma*, interceptados con la mencionada *indeterminación del derecho*. Con el presente artículo se comparan las posiciones provenientes, según creemos junto con las concepciones italianas y españolas de las últimas generacio-

nes, de dos de las más importantes tradiciones de análisis del discurso del derecho occidental constitucional de la actualidad: Las filosofías del derecho constitucional alemán y norteamericano. Se revisa, por un lado, la concepción de la ética del discurso esgrimida por Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez* de 1998 (1992), quien discute con Robert Alexy desde los ámbitos del derecho alemán, y por otro lado, se aborda la discusión del primero con Ronald Dworkin y el derecho norteamericano. Se hace una reflexión a la reconvencción planteada por Robert Alexy en su ensayo de 1999, interceptada con la posición sostenida por Dworkin en su texto de 1999 (1977), para exponer, luego del análisis, algunas reflexiones finales.

**Palabras clave:** Indeterminación del derecho, ética del discurso, derechos humanos, principio, regla.

## *Juridical Discourse and the Thesis of Jürgen Habermas of Indetermination of Law*

### **Abstract**

Problems that have been growing in discussion areas about the application of law, have won spaces when confronting polemics generated by the concept of human rights and difficult cases presented in the legal media in traditionally democratic Western countries. Such cases are presented as problems of the *indetermination of law*, in Habermas's terms, due to the incorporation of contents with a moral foundation in their interpretation in order to solve them, all of which conceives and rationalizes them in turn as procedural problems in applying constitutional law. This polemic is generated due to the concept of three of the most important categories in the philosophy of current constitutional law: the notions of *principle* and *rule* versus the concept of *norm*, intercepted with the aforementioned *indetermination of law*. This article compares positions coming from, as we believe, together with the Italian and Spanish concepts of the most recent generations, two of the most important traditions of discourse analysis for constitutional Western law today: the German and North American philosophies of constitutional law. On the one hand, the study reviews the concept of the ethics of discourse put forward by Jürgen Habermas in *Facticity and Validity* of 1998 (1992), who discusses with Robert Alexy coming from the regions of German law; on the other hand, it approaches discussion of the first with Ronald Dworkin and North American law. The study reflects on the reconvention proposed by Robert Alexy in his 1999 essay, intercepted with the position upheld by Dworkin in his 1999 text (1977), to expound, after the analysis, some final reflections.

**Key words:** Indetermination of law, ethics of discourse, human rights.

## **1. Introducción: Cuestiones subyacentes a la tesis de *Indeterminación del Derecho*.**

El texto de Jürgen Habermas que se aproxima a dos décadas desde su aparición en el original alemán (1992), publicada su traducción al español en 1998 (1), generó desde sus inicios profundas discusiones en torno a la concepción tanto de los derechos fundamentales como de su interpretación y aplicación (2). Uno de los aspectos que más llama la atención es la original interpretación que el autor hace sobre los derechos fundamentales o constitucionales, en términos de teoría del discurso. En el ámbito de interpretación y comprensión de la constitución de los Estados democráticos, así como de su establecimiento como forma de vida dependiente de los derechos fundamentales, recogidos y catalogados en las Constituciones occidentales, Habermas explora y se introduce en todos los asuntos que tienen que ver con la forma de vida racional del ciudadano común: aspectos de orden filosófico, sociológico, antropológico, lingüístico, jurídico, político, hermenéutico, entre una gran variedad de enfoques, acompañan este estudio del autor.

Precisamente, uno de los aspectos considerados centrales en la hermenéutica jurídica del filósofo alemán, lo constituye el hecho de subordinar el establecimiento del sistema de los derechos a consideraciones de tipo político-discursivo, antes que a consideraciones político-paternalista, como llama a los paradigmas clásicos del derecho que han preponderado en los dos últimos siglos, tal como ocurre, por ejemplo, con la concepción del Estado social de derecho, o tal como sucede con la concepción burguesa consagrada por el Estado liberal, heredero de las luchas sociales y políticas que se consagraron en 1789 con la Toma de la Bastilla, lo cual a su vez desembocó, como se sabe, en la promulgación de la *Carta sobre los derechos del hombre y del ciudadano*, de donde emergió un sistema de derechos y un concepto de libertad en sentido negativo.

Sin embargo, con su original interpretación, por un lado, el autor entiende el surgimiento y el devenir del sistema actual de los derechos en los países de tradición democrática, provenientes o fundamentados en la ética del discurso, esto es, en las argumentaciones que como ciudadanos esgrimen los actores tendientes precisamente a la determinación discursiva de los derechos fundamentales (3); pero, por otro lado, el heredero de la Escuela de Frankfurt entiende que estas fundamentaciones tienden a la justificación de las decisiones que los jueces y otros órganos del Sistema deben realizar en aras de producir la estabilización del orden fundamental y del cumplimiento de las expectativas por parte de los miembros de la comunidad político-jurídica (denominada por el autor, como se sabe, *comunidad ideal de comunicación*) (4).

Es precisamente en torno a este último aspecto donde se han generado controversias que tocan la esencia del Estado de derecho que transita Occidente, pues, de lo que se trata, es de esclarecer el orden jurídico constitucional para reafirmarlo como pilar fundacional del sistema de los derechos; en este orden de ideas puede afirmarse, *mutatis mutandis*, que dentro del ámbito de generación del Estado democrático de derecho, el Estado en la América que nace en el Río Grande y culmina en los confines de la Patagonia, tiene una historia que podemos considerar análoga solo en algunos aspectos de la tradición democrática, dadas las tradiciones políticas que acompañan su surgimiento (5).

Ahora bien, en referencia a los problemas de interpretación de las normas constitucionales, y en virtud de las controversias que se presentan en los sectores afectados por las decisiones judiciales que son sostenidas y fundamentadas en los discursos de aplicación del derecho constitucional, se hace necesario abordar los problemas que generan las consideraciones de tipo moral en la sustentación, construcción y fundamentación de tales discursos, pues propician con ello la denominada por Habermas “indeterminación del derecho”, razón por la cual vienen a punto de discusión algunas formulaciones que tienen que ver con la sustentación racional de los discursos de aplicación del derecho, y que en el contexto del presente artículo se plantean como sigue:

¿Pueden los discursos de aplicación del derecho ser considerados ilegítimos en las circunstancias de crisis de los sistemas políticos de América, en la medida en que para dirimir las controversias constitucionales se sustentan en argumentaciones de tipo moral, si es que se asume como verdadera la postura del dogmatismo jurídico tradicional que propugna la tesis de la determinación del derecho? O más bien en sentido contrario, ¿están los discursos de aplicación del derecho constitucional suficientemente fundamentados cuando el órgano decisor no toma en cuenta el programa político que encarna la filosofía política de las Constituciones del Estado democrático? ¿Es legítima una decisión que ponga fin a alguna controversia constitucional, cuando el juez recurra en su interpretación acerca de los derechos fundamentales a discursos pragmáticos y morales?

Algunas de las respuestas que giran en torno a estas interrogantes, son las que llevan al autor estudiado a la consideración de la *indeterminación del derecho*, cuestiones que nos hacen pensar en otras líneas de análisis y discusión, como por ejemplo, las que se refieren a los argumentos de justificación y a la distinción entre los tipos de discursos a los que se acogen los jueces constitucionales para dirimir las controversias; por ello, nos pregunta-

mos en este mismo contexto si puede ser considerada la Ética del discurso, en especial la de Habermas, suficiente para sustentar los discursos de aplicación del derecho, lo que conduce por esta vía a la indeterminación del derecho; o incluso, ampliando mucho más el horizonte de discusión, nos interrogamos sobre cuál es el problema en distinguir entre discursos morales, discursos práctico-generales y discursos jurídicos, de cuya distinción nace la polémica con Robert Alexy, justamente cuando este autor se pregunta por la especificidad de los discursos de argumentación jurídica.

Para abordar las cuestiones antes planteadas, debemos recurrir a los argumentos formulados por Habermas desde su teoría del discurso, y discutirlos con los planteamientos realizados por Robert Alexy y Ronald Dworkin en torno a la interpretación y solución de las controversias surgidas en ámbitos de los derechos fundamentales y de los discursos que los justifican, con el fin de dar respuesta a la pregunta por la indeterminación del derecho. Por esta razón, en el contexto de este artículo tratamos dicho problema en dos niveles: En primer lugar abordamos estas cuestiones desde la noción ético-jurídico fundamental denominada por Habermas “indeterminación del derecho”, la cual dibuja un panorama no sin conflictos en virtud del arraigo de las teorías clásicas del derecho, y que se fundan en la también clásica figura de la seguridad jurídica proporcionada por la dogmática jurídica constitucional de corte tradicional. En ese sentido, el discurso de aplicación de los derechos fundamentales, debe realizarse conforme a una estructura subyacente en el ordenamiento jurídico, completada y cerrada por la concepción autonómica del derecho constitucional, para salvar el abismo creado por la indeterminación del derecho producida.

Los problemas generados desde la perspectiva mencionada, apuntan hacia una dimensión procedimental para la aplicación del derecho constitucional, cuestión que en el pasado y bajo las concepciones conservadoras del derecho, no tenían cabida en virtud de la rigidez de interpretación por parte del juez constitucional frente a las controversias por los derechos fundamentales (6), las cuales son argumentadas mediante discursos carentes de toda fundamentación moral al no hacerse referencias al programa político-constitucional como marco de interpretación, que sí sostiene la tesis habermasiana.

En contraposición, las tendencias democráticas actuales dejan ver claramente que los procesos argumentativos que se llevan a cabo cuando se interpretan los derechos fundamentales, se asumen considerando los conceptos provenientes del discurso moral y que motivan al autor a denominarlo *indeterminación del derecho*, pues una visión retrospectiva del asunto

nos deja ver que se producen conflictos hasta el límite de desestabilizar el sistema de los derechos; pero el autor argumenta que precisamente estos conflictos son disueltos por vía jurisdiccional mediante el empleo por parte del tribunal constitucional de las nociones de *principio* y *regla*, las cuales son confrontadas a su vez con la noción de *Norma*, con cuya hermenéutica se han venido produciendo también conflictos de tipo político, por tratarse de la interpretación y comprensión de los derechos fundamentales desde el ámbito de la moral, cuestión ésta que abordamos aquí en un segundo momento, para finalmente exponer algunas reflexiones finales.

La discusión sobre este último punto queda abierta en el presente artículo, toda vez que será tratada en el marco de la concepción expuesta por Manuel Atienza sobre el papel de la moral en la argumentación jurídica, expuesta en *El sentido del derecho* (2001). Veamos estos dos niveles de discusión.

## **2. Indeterminación del derecho, discursos morales y la hermenéutica judicial de los derechos humanos.**

Los derechos fundamentales son, en los países de tradición democrática, la piedra angular del sistema político que permite aglutinar el consenso (*voluntad general* en términos J. J. Rousseau) en torno a los proyectos de vida del ciudadano común, en el marco de la sociedad que los define y que al mismo tiempo la conforman. No es posible el establecimiento de un sistema de derechos sin que los ciudadanos (7), constituidos como tales, funden sus proyectos de vida común en ciertos programas y perspectivas de socialización que consideran esenciales para el desarrollo de su *mundo de vida* (según la expresión de Habermas tomada como se sabe del fenomenologismo husserliano); este *mundo*, en el sentido aquí expuesto, no es más que la configuración de las posibilidades de convivencia comunitaria, debidas precisamente al establecimiento de reglas enderezadas para tales fines, enmarcadas por los acuerdos políticos que el giro social toma teniendo como norte, finalmente, la conformación consciente del sistema de derechos que la comunidad de vida ha elegido como estructura para la organización del sistema político. Esta cuestión supone, desde luego, la constitución orgánica (en el marco del Texto Constitucional) de las libertades auto-restringidas por los ciudadanos con el propósito precisamente de garantizar el ejercicio de la libertad.

El derecho que funda la libertad, reconstruye, para los sujetos miembros de la comunidad, los caminos que han de transitarse para la obtención de la denominada por el Estagirita “vida buena”; la lógica performativa así descrita se da en forma autoconsciente y racional, como piensa Habermas,

pues no es posible concebir la vida humana no convivida, lo cual supone acuerdos racionales en torno a la idea de vida en sociedad. Es necesario acotar que para lograr la materialización del proyecto de convivencia humana, se hacen indispensables los programas que constituyen y propician la autorrealización política: expresa Savater (1999) que son los llamados *derechos humanos* los que hacen que la humanidad sea humana.

Por esta línea argumentativa, se puede afirmar que el contenido de la humanidad no es otro que el respeto a los derechos concurrentes a la *vida*, a la *libertad* y al *desarrollo libre de la personalidad*, conforme a los requerimientos subjetivos de cada miembro de la comunidad real de comunicación (aunque como se ha repetido tantas veces tanto por Habermas como por sus exegetas, esta comunidad es *ideal*); ello ocurre, desde luego, en congruencia con los requerimientos y exigencias de la comunidad de vida formada junto con y por *los otros* miembros constituyentes de la convivencia humana: los miembros son asumidos como verdaderos “sujetos de lo social”. A partir de esa trilogía (vida, libertad y desarrollo libre de la personalidad), los ciudadanos se comprometen a desarrollar la idea de una vida autoconsciente de sus propias responsabilidades, pero también de sus propias condiciones constitutivas como sujetos.

Precisamente este es el problema de fondo frente a la discusión sobre los discursos de aplicación del derecho fundamental: la idea de establecer las estructuras políticas en torno a un proyecto ético y jurídico, de tal forma que los ciudadanos puedan guiarse en su actuación desde la idea de *principio*, vale decir, desde la idea de un “iniciar la vida en común” en el ejercicio de la alteridad (el Otro como norte de las acciones, pero desde la propia personalidad), de tal manera que el proyecto constitucional orgánico sea precisamente un *punto de partida*, como afirma Aristóteles en su clásico texto (8); a su vez, también se espera que la constitución del proyecto de vida social pueda dar razones del movimiento político y jurídico que el intérprete del derecho debe tomar en cuenta en el fondo de la discusión, sobre todo cuando produzca la solución a las controversias acerca del derecho fundamental concreto discutido. En otras palabras, lo que se espera es que el proyecto político sirva de estructura jurídica para la solución de las controversias sobre los derechos constitucionales.

Desde este orden de argumentación, la idea de *principio* nos remite necesariamente a la idea de *regla*, en cuanto se hace también imprescindible el establecimiento de las acciones mínimas requeridas como exigencias para la alteridad, dado precisamente el principio de acción. Según Kant, la *regla* expresa lo que hay que hacer cuando se presupone la vigencia del *principio*

como fundamento de la acción. Es por ello que en ámbitos de la acción del sujeto, la *regla* puede ser transgredida o no cumplida, a diferencia, afirma Kant, de la esencia de una ley natural, es decir, la idea de principio concebido como derecho natural racional, que es imposible transgredir (9) (hay que recordar que la tesis habermasiana supone la superación de la vieja discusión *iusnaturalismo vs. iuspositivismo*, también supuesta en este artículo (10) cuando hace referencia al *derecho natural racional*, es decir, al derecho natural positivizado que se expone a criterios suprapositivos de interpretación).

Por ello, en la interpretación que hacemos de los términos kantianos, la *regla* es la medida de la acción mientras que el *principio* es el marco de actuación fijado por la idea de la vida en común iniciada históricamente, pero nunca finalizada (para Enrique Dussel se trata de perpetuar la vida humana en comunidad, fundada como *principio* de la *ética material*); así, *principio* y *regla* se autocomplementan de la misma manera que un timonel orienta su timón por la estrella que lo guía (según la vieja metáfora del navegante): el juez (el timonel), decide la controversia guiado por el principio pero actuando según lo indica la regla (el buen juicio de actuación, es decir, de decisión).

No obstante, las nociones mencionadas se constituyen en cuestión de disputa en el marco conceptual de los discursos de aplicación del derecho, al ser asumido éste como un discurso indeterminado, es decir, al introducirse elementos que desvían la pureza del derecho (cuestión que es puntual y requerida por el jurista y filósofo de Viena); ello ocurre precisamente porque se encuentra previsto en el programa político la referencia a la ética del Estado organizado, contenida en los textos constitucionales. Es por ello que los derechos constitucionales deben ser interpretados según Habermas también a la luz de la noción de *norma*, pues es ésta la que establecerá las vías de acceso pragmático hacia el establecimiento de los discursos de aplicación del derecho argumentados por el juez, los cuales, a la luz de las concepciones discursivas, materializan finalmente los derechos fundamentales recogidos en las constituciones democráticas.

Las *normas constitucionales* expresan cómo deben ser los derechos concretamente, bajo los supuestos de los *principios* (como puntos de inicio de los programas políticos) que le dan cuerpo a una *Teoría de los derechos fundamentales o humanos, los cuales son reconstruidos por el juez constitucional según las reglas que fijan la estrategia de acción hermenéutica, según las cuales debe ser interpretado el orden constitucional de manera de materializar el programa político contenido en el texto fundamental; tales son los planteamientos de Habermas y Dworkin, con sus diferencias que veremos luego*. Bajo esta óptica, la interpretación de las normas consagradas en



el texto constitucional requieren que se realice a la luz de los *principios* fundantes de los derechos procedimentalmente instaurados, y de las *reglas* hermenéuticas que ha de seguir el intérprete en el momento de aplicar el derecho constitucional controvertido; pero ello, en criterio de Habermas, en congruencia con los supuestos éticos y morales consagrados políticamente en vista del programa de fundamentación contenido en el texto constitucional, pues para el autor alemán, la vida en sociedad es una vida determinada por la acción política que a su vez sustenta el sistema de los derechos: éste, es reconstruido bajo el entramado de la fundamentación no paternalista de la ética y de la moral del ciudadano.

Frente a esta trilogía hermenéutica (*principio, regla y norma*), surge la discusión, desde un punto de vista moral, acerca de cómo debe ser el discurso que contenga y fundamente la argumentación jurídica en el ámbito de la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, como discurso que concretiza la problemática indeterminación del derecho frente a los casos difíciles; en otros términos, cómo es la fundamentación jurídica en aquellas situaciones que fácticamente comprometen el ámbito político dentro del cual el juez debe tomar su decisión. En todo caso, Habermas plantea precisamente que los derechos fundamentales se encuentran no en el nivel abstracto, como pensaba la Corte Suprema de Justicia venezolana antes de la promulgación de la tardía Ley Orgánica de Amparo sobre los Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 (11), sino que se encuentran establecidos en las constituciones históricas y en los sistemas políticos.

Desde esta perspectiva, los derechos de los ciudadanos en las democracias contemporáneas quedan interpretados y “encarnados en órdenes jurídicos concretos”, al ser consagrados positivamente, pero devenidos desde un estatus político cuyo entramado también forma parte de esa positividad incorporada por el juez en sus discursos de aplicación del derecho. Hay que señalar que tales órdenes concretos dimanantes de la estructura político-jurídica de los Estados en Occidente, tienen especial relevancia a partir de los acontecimientos de 1989 que determinaron, como consecuencia de la caída del régimen soviético, el surgimiento del monopolio político de un sentido del derecho y de un estilo de democracia, de lo cual no trataremos en este artículo por razones de espacio.

No obstante lo expresado, debemos acotar que para Habermas, los derechos humanos han de ser interpretados a la luz del programa político que encarna la Constitución escrita, y de la cual el Juez es no sólo representante, sino el realizador en términos de conductas congruentes con dicho programa; esto permite afirmar que la concepción discursiva de los de-

rechos, concibe los discursos jurídicos como vasos comunicantes en el trabajo del jurista de hacer permeable el programa político y del rol que debe cumplir el intérprete hacia la ciudadanía. Según puede constatarse de la historia de Occidente, son los ciudadanos quienes, a la luz de los acontecimientos y de las luchas por los derechos más recientes en los países democráticos, reclaman la interpretación del texto constitucional como si este fuera un programa de aplicación inmediata, contrario a lo sostenido en la famosa sentencia de 1970 de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana, ratificada hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.

Es por ello que en consecuencia de este planteamiento, el centro de la discusión se traslada hacia la siguiente cuestión: ¿Está el Juez en el deber jurídico de incorporar un discurso moral para justificar su decisión de interpretación del caso concreto, el cual, de paso, se le ha confiado en razón de su competencia discursiva y hermenéutica? ¿Es la vía de los discursos práctico-morales, como los entiende Habermas, el camino más apropiado para destejer la compleja madeja derivada de las confrontaciones constitucionales en vista de tratarse, precisamente, de poner en práctica y hacer vigente el programa constitucional? Las respuestas que se den a estas interrogantes, podrán clarificar las conflictivas situaciones que se presentan en los países democráticos occidentales, con ocasión de la aplicación del programa político encarnado en las constituciones históricas, como lo afirma el filósofo de Frankfurt.

Veamos cómo se plantea esta discusión a la luz de las aproximaciones de Robert Alexy y Ronald Dworkin, pues para Habermas, la institucionalización de los discursos de aplicación de normas constitucionales, sobre todo si se trata de los derechos humanos, se resuelve por vía de la legitimación de las propias decisiones de conformidad con los procedimientos democráticos que se hayan establecido previamente, conjuntamente y en conformidad con las discusiones que públicamente se den en los espacios de discusión en los cuales el juez debe justificarse; a saber, el público especialista (jueces, abogados y partes en los procesos), y el público no institucional o no especialista (jurídicamente hablando), esto es, medios de comunicación, sociedad civil y la comunidad internacional.

### **3. La indeterminación del derecho desde la polémica Habermas-Alexy en la argumentación sobre los casos constitucionales.**

Ahora bien, en el contexto de la discusión con Robert Alexy, Habermas plantea que los discursos relativos a la argumentación jurídica (en tér-

minos de teoría), llevan al intérprete de los derechos a establecer ciertos límites en el sentido de que los discursos jurídicos no pueden moverse “autárquicamente” dentro de un universo hermenéuticamente cerrado del “derecho vigente”, sino que debe admitir otros tipos de discursos como los que hacen referencia a razones “pragmáticas, éticas y morales, hechas valer en el proceso de producción de las normas”, las cuales están contenidas precisamente en los pliegues sociales que dieron vida a las discusiones políticas acerca del orden jurídico fundamental.

Esa situación, en vista de generar por naturaleza conflictos políticos en virtud de la diversidad de criterios subyacentes en todo discurso de justificación, lleva consigo el establecimiento de la primacía de los discursos práctico-morales que constituyen la justificación de las decisiones judiciales, aunque de ello no se siga, según afirma Habermas, que los discursos jurídicos sean considerados como un “subconjunto de los discursos morales”, tal como lo sostiene Alexy con su tesis del “caso especial” (pues según este último autor, el discurso jurídico es un caso especial de discurso moral). En este sentido, debemos resaltar el comentario de Habermas frente a esta dicotomía, pues afirma que dicho autor no distingue entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación del derecho, razón por la cual, sostiene, lleva a Robert Alexy a una confusión temática susceptible de errores.

Ahora bien, en el marco de la dimensión práctico-moral de los discursos de argumentación judicial, Habermas plantea que se han hecho algunas objeciones contra la “tesis del caso especial” de Alexy; una de las cuales afirma que las restricciones de la acción propias de los medios forenses (como los *principios constitucionales*, las *reglas legales* y las propias *normas constitucionales*, constituidos todos ellos como restricciones hermenéuticas (ver Álvarez, 2010, para una perspectiva de las restricciones a los Derechos Fundamentales), delimitan la racionalidad discursiva, pues no pueden establecerse criterios para este tipo de mediciones, en la medida que los intervinientes en el proceso tienen un interés por imponer sus razones y obtener un resultado favorable, cuestión que trataría de alcanzar por intermedio de diferentes estrategias para imponer argumentos susceptibles de consenso. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, es el propio Habermas quien defiende la posición de Alexy, cuando afirma que todos los implicados en los discursos de aplicación hacen contribuciones para que el juez tome una decisión imparcial, que es la que le da los fundamentos a la racionalidad judicial.

Esos discursos de argumentación jurídica, para Alexy, constituyen un subconjunto de los discursos práctico-morales “ligados al derecho vigente” y es en él donde se han de buscar las *reglas* de acción para la interpretación de

los derechos constitucionales: es en el propio ordenamiento jurídico donde se encuentran los modos de acción a los que el juez debe recurrir para interpretar los principios desde donde nacen los sistemas políticos y del cual él mismo es portavoz. Esta perspectiva, expresa Habermas, reabre las posibilidades de la *indeterminación del derecho*, según la cual, cada caso presentado al juez debe estar revestido de los principios de procedimientos y de máximas de interpretación (*principios y reglas* en consonancia con la *norma*), que “especifican las condiciones procedimentales generales de los discursos practico-morales”, referentes a la vinculación con el derecho vigente.

Ahora bien, según Habermas, en ese sentido Alexy piensa correctamente, pues tiene claro que las decisiones jurídicas fundamentadas discursivamente no son correctas en el mismo sentido que lo son los juicios morales válidos, ya que la corrección del acto moral viene dada por los argumentos institucionales y no institucionales, mientras que la corrección del acto jurídico viene dada por criterios fundamentalmente institucionales, aunque en la tesis de la indeterminación del derecho los argumentos morales y políticos juegan un papel trascendental; pero se destaca, en palabras de Alexy, que la racionalidad de la argumentación jurídica es relativa a la racionalidad de la legislación: esta es la razón por la cual Alexy no distingue entre discursos de fundamentación y de aplicación del derecho, según piensa Habermas; sin embargo, hay que agregar que “una racionalidad no restringida de la decisión jurídica, supondría la racionalidad de la legislación” (Habermas, 1998: 304), en los términos indicados en este párrafo, produciendo según Alexy cierta consonancia entre moral y derecho.

La consonancia ontológica expresada en las ideas anteriores, piensa Habermas con sobrada razón, pone en cuestión la propia armonía democrática que aparenta, pues tal presupuesto en la práctica no se cumple y, aunque ello ocurriera, pondría en peligro, se piensa con sobrada razón, el programa político contenido en la Constitución (dado que el concepto de “racionalidad práctica”, en Alexy, es el género de la especie “racionalidad jurídica”, por lo que no distingue entre los distintos tipos de discursos jurídicos, a saber, de fundamentación y de aplicación del derecho). La controversia se acentúa por el camino paradójico de la racionalidad referida a una ley “irracional”, pues las soluciones que se den son relativa y cualitativamente distintas a la racionalidad material de una decisión obtenida en conformidad con las reglas del discurso racional práctico, lo que lleva a Alexy a un callejón sin salida, según la interpretación de Habermas. Veamos más de cerca esta discusión desde la concepción argumentativa.

#### **4. Robert Alexy y los discursos de argumentación jurídica.**

En su artículo de 1999 (12), Robert Alexy fundamenta en tres razones la tesis según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, por lo que denomina su planteamiento como “la tesis del caso especial”. El primer fundamento lo sostiene en el hecho de que la discusión jurídica se refiere a las nociones de *lo obligatorio*, *lo prohibido* y *lo permitido*, lo mismo que en el discurso práctico general; la segunda es sostenida en la razón de ser de ambos discursos, esto es, contienen una *pretensión de corrección*, y finalmente asegura que la argumentación jurídica es un supuesto de caso especial, porque la pretensión de corrección entre ambas argumentaciones es diferente, pues no se refiere a lo que es correcto en sentido general, para el caso de la argumentación jurídica, sino simplemente se refiere a lo correcto bajo ciertos parámetros y condiciones imperantes válidamente en un sistema de derecho: lo que es correcto depende de lo que es fijado “autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello”; esto es, el discurso jurídico debe ser coherente en base a los *principios, reglas y normas* fijados previamente como un conjunto institucionalizado.

Alguna de las objeciones a esa estructura previa de argumentación estriba en que, según Neumann, en discusión con Alexy, una argumentación como ésta estaría estructurada monológicamente, pues la interpretación hecha por el juez no contemplaría las argumentaciones formuladas por las partes en virtud de su poder de decisión; por el contrario, Habermas y Alexy comparten la idea de que el discurso jurídico no es monológico porque las partes en el proceso aportan elementos argumentativos que sirven al juez en su interpretación del caso, pues si quiere decidir correctamente, tiene que oír todos los argumentos y así construir una hermenéutica del caso judicial en forma dialógica.

En todo caso, la incorporación de los elementos éticos en el discurso jurídico es asumida como necesaria para estos autores, si es que se quiere corresponder con los principios que colorean la democracia según los cuales, las razones de procedimentalización de los derechos fundamentales parten de las nociones discursivas de participación en dichos discursos, en los cuales cada participante ha de esgrimir sus razones y contra-razones orientadas al entendimiento, aunque también prevalidos de su propia aceptabilidad. Por ello Alexy comparte la posición de Habermas en este punto, es decir, en el sentido de afirmar ambos que el discurso jurídico no es un subconjunto del discurso moral sino del práctico general, pero, según Habermas, del cual también es un subconjunto el discurso moral.

A diferencia de Habermas, Alexy sostiene que en los discursos práctico-generales las cuestiones éticas, morales y pragmáticas están conectadas; aunque éstas no dependen de razones institucionales, como se dijo anteriormente, de las cuales sí dependen los discursos jurídicos: “Para la argumentación jurídica, las razones institucionales, como la ley y el precedente, son constitutivas, mientras que para la argumentación práctica general no lo son”. Esta tesis del caso especial, de acuerdo con Habermas, es incorrecta bajo los parámetros de Alexy, como se ha podido colegir de las argumentaciones aquí esgrimidas; por ello es necesario una reconstrucción racional del derecho vigente en términos de teoría jurídica, pues solo puede alcanzarse un nivel de decisiones correctas si el caso particular “se ajusta a un sistema jurídico coherente”, cuestión que sería inalcanzable desde la perspectiva de Alexy: recordemos que este autor no distingue entre “discursos de fundamentación” y “discursos de aplicación del derecho”, en virtud de las conexiones subyacentes en su concepción acerca de las cuestiones éticas, morales y pragmáticas en los discursos de argumentación jurídica.

##### **5. La tesis de la *indeterminación del derecho* desde la teoría de Dworkin y la reconstrucción racional del derecho vigente.**

Contrario a la discusión sostenida con su oponente alemán, para afirmar la tesis de la indeterminación del derecho, la discusión con Ronald Dworkin Habermas la plantea desde otro punto de vista, pues se sumerge en los problemas de la coherencia del orden jurídico, cuestión que desde la perspectiva del participante en los procesos judiciales, se estructura como un proceso de discusión acerca de la pertinencia de la decisión judicial en el marco del denominado por el filósofo norteamericano *imperio de la justicia* (1992). Desde esta perspectiva, los procesos de argumentación jurídica entablados por el juez comprenden, según el filósofo norteamericano expresa en otro contexto que el anterior (Dworkin, 1999), procesos de reconstrucción teórica, mediante los cuales al juez le toca desarrollar, crear y reconstruir una teoría en cada caso planteado a su arbitrio, lo que va más allá de las razones institucionales planteadas por Alexy.

La reconstrucción dworkiniana de una teoría por parte del juez, implica la posesión de competencias discursivas y funcionales, toda vez que le toca involucrarse empleando todos sus conocimientos, con los propósitos políticos de garantizar la seguridad jurídica simultáneamente con la pretensión de obtención de la legitimidad del derecho. Dworkin busca esta legitimidad a partir de una teoría formulada por el llamado *Juez Hércules*, sobre todo en los denominados casos difíciles, en los cuales, como se sabe,

hay controversias no solo sobre los supuestos de hecho, sino sobre los supuestos normativos y más aún sobre los supuestos de justificación moral de la decisión, con el propósito de encontrar o darle forma a una exigente reconstrucción coherente del derecho vigente, fundamentando en ello las decisiones de los casos particulares.

Este juez todopoderoso, cuya analogía la emplea el filósofo norteamericano en toda su extensión (tiene todas las fuerzas necesarias para llevar a cabo la *titánica* tarea encomendada) (13), tiene el propósito de armar el entramado teórico y fáctico argumentativamente para resolver los casos difíciles, apelando a las condiciones que el ordenamiento jurídico le proporciona, esto es, según entendemos, recurriendo a los marcos conceptuales prefijados, a los entramados de acción previsible y democráticamente establecidos y rediseñados por el juez y a los criterios de actuación contenidos en el ordenamiento jurídico (*principios, reglas y normas*, en el orden indicado) disponibles históricamente, con los que se reconstruiría el derecho en cada caso. Pero en caso de colisión de dos o más reglas de interpretación, nos preguntamos en este contexto, cómo quedaría este juez Hércules si éstas proporcionan soluciones contrarias o contradictorias. Habermas expresa de esta idea de Dworkin que en el discurso jurídico son los argumentos normativos los que desempeñan un papel central en caso de colisión de *reglas*, los cuales motivan una decisión fuertemente fundada en *principios* de elección de la *norma* correcta o adecuada para darle solución al caso.

En este sentido, la idea de reconstrucción teórica en Dworkin a través de los principios, implica su empleo por parte del intérprete debido al contenido deontológico que los mismos significan, sustrayéndolo con ello de las contingencias de que se los pueda derogar a voluntad: el juez no puede, o no le está dado, soslayar un principio sin correr el riesgo de generar incertidumbre jurídica, y en consecuencia, injusticia constitucional, con las consabidas consecuencias que esta última aparece.

## Conclusiones

Queda abierta la discusión sobre el papel que juegan las nociones de *principio, regla y norma* para la integración de la argumentación jurídica, pues aunque sea verdadera la tesis del Juez Hércules, la reconstrucción racional del orden jurídico en cada caso dependerá de las argumentaciones éticas, morales y pragmáticas que se vean involucradas en los procesos, sean casos difíciles o no, incluso desde el punto de vista pragmático, esto es, la totalidad de los casos en los que haya un compromiso de esgrimir la verdad, sea argumentativamente o sea fácticamente. En todo caso, la idea

de una argumentación siempre estará presente en la constitución de los discursos jurídicos de aplicación del derecho, pues son inaceptables las decisiones judiciales carentes del principio democrático, como lo denomina Habermas, ya que sobre él descansan todas las expectativas de integración discursivas y fácticas en torno a los discursos de fundamentación de los derechos constitucionales, llamados en este contexto derechos fundamentales, de manera de mitigar la idea de un derecho indeterminado o, pudiéramos decir, casuístico.

Finalmente, la tesis del caso especial arroja ciertos niveles de aceptación en la medida de que puedan ser distinguidos los discursos de fundamentación de los discursos de aplicación del derecho, pues no es el mismo nivel discursivo cuando se pretende fundamentar el derecho constitucional que cuando se pretende argumentar sobre la aplicación de ese mismo derecho, en los cuales además privan razones institucionales y no institucionales, de manera de alcanzar la legitimidad del derecho controvertido y finalmente del orden instituido democráticamente, acentuando la disolución de indeterminación del derecho, para ganar con ello la nunca derogable y siempre deseable *seguridad jurídica*.

### Notas

1. Habermas, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid. Traducción de Manuel Jiménez Redondo del original alemán de 1992.
2. Cfr. la compilación de José Antonio Gimbernat de 1997: *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, en especial el trabajo del editor titulado “¿Reconciliación a través del derecho? Apostillas a *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas”, en el cual se muestra una visión panorámica del planteamiento del autor alemán.
3. Es importante destacar la discusión que introduce el autor alemán, referida a la lucha por los derechos en Occidente, pues en la historia de la democracia, se detectan líneas de cruce entre los que Habermas considera las dos concepciones de mayor peso en la historia: el paradigma social de derecho y el paradigma liberal de derecho, cuya discusión ha sido planteada en el texto que aquí estudiamos, para caracterizar el actual movimiento democrático como orientado por lo que denomina el *paradigma procedimental del derecho*, el cual hemos estudiado con anterioridad, y que sustenta la tesis sobre la “indeterminación del derecho”. Cfr. el capítulo X de *Facticidad y validez* (1998). Véase asimismo, Villalobos (2000, 2001 y 2002).



4. La referencia a esta categoría la sustenta Habermas a su vez en el postulado kantiano “uso público de la razón”, según la cual el derecho es fundado en el empleo de la razón emancipadora (“no culpable” en la terminología kantiana), pues “todos” los miembros de la comunidad mantienen y manifiestan el interés de participar en la conformación del “derecho natural racional” que ha de regir sus destinos.
5. No puede ser olvidada la historia reciente de regímenes políticos negadores del propio sistema de derecho, instaurado luego de la independencia de las antiguas colonias en el siglo XIX, en especial si pensamos en los regímenes totalitarios del siglo XX, segadores del más elemental sentido del derecho democrático, auspiciado, financiado y puesto en práctica por “reputadas” democracias.
6. En la historia jurisprudencial de Venezuela, se llegó a negar el recurso de amparo a los derechos consagrados en el texto constitucional, bajo el argumento de no estar desarrollados, los derechos así recogidos, en el texto legal aún no legislado sobre amparo a los derechos y garantías constitucionales, orientándose bajo la tesis de la determinación del derecho y de la seguridad jurídica de corte positivista. Esta excesiva positividad de la jurisprudencia data de la sentencia del 14 de diciembre de 1970, en Sala Político Administrativa, ratificada subsiguientemente hasta la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo de 1988. Pensamos con Habermas que la tesis de indeterminación del derecho orienta al juez por el camino de la interpretación de los derechos constitucionales incorporando el programa político que le da sustento a la Constitución, el cual a su vez se fundamenta en la moral pública fundada discursivamente. Cfr. La sentencia citada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana, del año 1970, para una mejor comprensión de esta tesis negadora de los derechos fundamentales; cfr. el texto de Habermas (1998), en el capítulo referido a la indeterminación del derecho, para el contraste que sostenemos en el presente artículo.
7. Hemos sostenido en otros lugares, que el concepto de ciudadano es por definición a la vez ético y político. Ser ciudadano es ser responsable de las acciones que se realizan en el marco de la convivencia, que define en cierta medida lo ético (pues la ética tiene un ámbito de reflexión, como se sabe, mucho más amplio); pero también es comprometerse con la organización que los humanos en sociedad nos damos para posibilitar dicha convivencia, cuestión que define lo político.
8. Nos referimos a *La política* (1996).
9. Cfr.: Kant, Immanuel (1978): *Cimentación para la Metafísica de las costumbres*, Aguilar Argentina C.A., Buenos aires.
10. Cfr., para una mejor comprensión de este problema: Valentin Petev (1996): *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del siglo XXI*, y Manuel Atienza (2001): *El sentido del derecho*.

11. Cuyo mandato recibió el extinto Congreso de la República de Venezuela de la Constitución Nacional de 1961; como puede verse, la Ley de Amparo fue promulgada con 27 años de retraso. Cfr. Gaceta Oficial No. 34.060, de fecha 27 de septiembre de 1988.
12. “La tesis del caso especial”, en *Isegoria*, Revista de filosofía moral y política, No. 21, Instituto de Filosofía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
13. La crítica recogida en el texto de Habermas estudiado, afirma que este juez no hace sino entablar un monólogo antes que un diálogo integrador del discurso jurídico.

### Lista de Referencias

- ALEXY, R. (1999). La tesis del caso especial en **Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política**, No. 21, Instituto de Filosofía, Edición del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, No. 21, Madrid.
- ÁLVAREZ, J.C. (2010). **Restricciones a los derechos Fundamentales**. Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, Venezuela.
- ARISTÓTELES (1996). **La política**. Editorial Alba, Buenos Aires.
- ATIENZA, M. (2001). **El sentido del derecho**. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España.
- CORTINA, A. (2000). *La ética discursiva*, en **Historia de la ética**, Victoria Camps (Ed.), Editorial Crítica Filosofía, Barcelona, España.
- DWORKIN, R. (1992). **El imperio de la justicia**, Gedisa Editorial, Barcelona, España.
- \_\_\_\_\_ (1999). **Los derechos en serio**. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España.
- FERRATER MORA, J. (2004). **Diccionario de filosofía**. Tercera Reimpresión de la Edición de 1999, Editorial Ariel, Barcelona, España.
- HABERMAS, J. (1998). **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2000). **Aclaraciones a la ética del discurso**. Editorial Trotta, Madrid.
- KANT, I. (1978). **Cimentación para la Metafísica de las costumbres**. Aguilar Argentina C.A., Buenos Aires.
- PETEV, V. (1996). **Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI**. Traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

VILLALOBOS A. J.V. (2000). Jürgen Habermas, Derechos Moderno y el Paradigma Procedimental de Derecho. **Tesis de Grado** para optar al título de Doctor en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo (mimeografiado).

\_\_\_\_\_ (2001). Discurso político, espacio público y legitimidad del orden jurídico: el dilema de los excluidos en América Latina, en **Cuestiones Políticas**. Revista del Instituto de Estudios Políticos y de Derecho Público “Dr. Humberto J. La Roche”, No. 27, Universidad del Zulia, Maracaibo.

\_\_\_\_\_ (2002). Ética, gobernabilidad y Estado de Derecho en América Latina, en tiempos de globalización, en **Cuestiones Políticas**, Revista del Instituto de Estudios Políticos y de Derecho Público Dr. Humberto J. La Roche, No. 29, Universidad del Zulia, Maracaibo.