

## LA ÉTICA DEL DISCURSO JURÍDICO

Arturo BERUMEN CAMPOS

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

**S**i 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.<sup>1</sup> 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:

<sup>1</sup> 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 amplian 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.<sup>2</sup>

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

---

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

**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.<sup>3</sup>

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

---

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

En la tercera fase del plan de acción social, la acción social orientada al éxito, paradójicamente, **la eficacia del mismo es muy baja**, pues las alternativas de solución han quedado restringidas y limitadas por los ingredientes no tematizados, convertidos en ideologías, que impiden remover los obstáculos reales de la situación. Eso no impide que algunos de los participantes en la interacción tengan éxito en la consecución de sus intereses personales o sistémicos, 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

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Lo importante es que la acción social real se acerque, paulatinamente a su modelo ético y racional. Mientras tanto, las exigencias comunicativas de la acción pueden flexibilizarse un tanto, en determinadas condiciones y con determinados requisitos. Tales condiciones y requisitos es lo que se llama la ética del discurso que Habermas ha retomado de varios autores, sobre todo de Apel.<sup>6</sup>

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

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

---

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

<sup>6</sup> 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.