

Universidad Mayor de San Andrés

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Carrera de Derecho

TESIS DE GRADO
Para optar al grado de licenciatura en
Derecho



TEMA

**“PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL SISTEMA
JURÍDICO BOLIVIANO: Las contradicciones entre el Tribunal
Constitucional y la Justicia Ordinaria”**

POSTULANTE : Claudio Fidel Flores Colquehuanca
TUTOR DE TESIS: Dr. José Luis Gutiérrez Sardán

LA PAZ – BOLIVIA
2008

DEDICATORIA.

A Felix Flores y Julia de Flores, mis amados padres.

Contenido

CAPITULO I:	13
ESTRATEGIA METODOLÓGICA.	13
1.1. Unidad de análisis.	17
1.2. Construcción de variables.	17
CAPITULO II:	21
MARCO TEÓRICO	21
2.1. Legalidad y legitimidad.	23
2.2. La relación entre Estado, derecho y sociedad	26
2.3. La racionalidad jurídica del derecho constitucional	32
2.4. Moral, justicia y Tribunal Constitucional.	44
CAPITULO III:	50
LA RELACIÓN ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL	
CONTEXTO JURÍDICO BOLIVIANO.	50
3.1. Legalidad y legitimidad desde el marco de la sociología jurídica	50
3.2. La legitimidad jurídica en una sociedad abigarrada.	57
CAPITULO IV:	64

LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DEL	
ABIGARRAMIENTO	64
4.1. Los fundamentos filosófico-jurídicos del Tribunal Constitucional.....	64
4.2. La concepción de sociedad del Tribunal Constitucional.....	70
4.3. La racionalidad comunicativa y la comunidad jurídica presupuesta en la lógica del tribunal constitucional.....	79
4.4. El Tribunal Constitucional, la legalidad y legitimidad.	86
4.5. El abigarramiento jurídico entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria.	91
CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	111

INTRODUCCIÓN

Podemos hablar de “tiempos horribles”, como designaba el filósofo Gabriel Marcel, a aquellos que negligentemente niegan tratar asuntos de Filosofía del Derecho, a pesar que ya los pensadores clásicos como Platón con su República, o Aristóteles en su Ética, expresaron su preocupación por cuestiones filosóficas de la justicia y la ley. La teoría del derecho natural, también a su tiempo enfatizó la cuestión del vínculo social del derecho por medio del contrato social, al igual que Hobbes, Maquiavelo o Smith que desarrollan sus proposiciones a través de postulados políticos sobre los fundamentos filosóficos del Derecho¹.

Sin entrar en la problemática de la Modernidad (en su discurso filosófico), o de la Postmodernidad como intento de situar lo real y la realidad en espacios virtuales, no sería la pérdida de la discusión filosófica y jurídica -reemplazada por la mera discusión tecnocrática legal- a lo que se puede denominar el “olvido” de lo jurídico, comprensible por la propia fuerza de estos “tiempos horribles”, que como tales desembocan en la constitución de la “violencia” como el epicentro temporal y espacial dentro de una sociedad². Este hecho deviene en una carencia de visión ético-política ya no sólo en lo que se refiere al derecho mismo, sino también en su compleja articulación histórica con la sociedad.

¹ Paul Ricoeur, Lo justo, España: Caparros, 2002.

² Emmanuel Lévinas, Difícil libertad, España: Caparros, 2004.

Se puede comprender entonces que la “violencia” al presentarse como un lenguaje histórico de guerra y terror, no se resuelve con la existencia de una Constitución (orden constitucional) que asegure la coexistencia del Estado y sus ciudadanos, dentro del Estado de Derecho. De ahí que contra la inercia que siembra tal “violencia” como mal histórico, la Filosofía del Derecho a través de la inflexión de una de las instituciones importantes del sistema jurídico, como garante de su constitucionalidad, sitúa al Tribunal Constitucional como aquel ente desde el cual se puede aspirar e irrigar justicia en un tiempo histórico determinado en su correlato institucional que logra articularse en la consolidación de la sociedad en un marco democrático para los ciudadanos en un Estado social atravesado por el Derecho.

Así emerge la problemática del Tribunal Constitucional que como garante indisoluble del Estado de Derecho, está destinado a encarar problemáticas sociales en esta difícil pero necesaria articulación entre derecho y sociedad³. Las competencias en el orden constitucional, y la legitimidad que dimanan sus pronunciamientos, corresponden a la problemática referida a la envergadura democrática de la sociedad y sus instituciones, sin embargo, ésta se enmarca en una controversia que se manifiesta en torno a la división de poderes, que abarca la legislación democrática y la administración de justicia como ámbitos en constante conflicto.

La ubicación jurídica del Tribunal Constitucional, corresponde al otorgamiento de una centralidad jerárquica en el orden jurídico de un Estado de Derecho, de tal modo que

³ Jürgen Habermas, “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, En: La filosofía moral y política de Jürgen Habermas, Comp. José Gimbernat, Barcelona: Biblioteca Nueva, 1997.

puede decidir, en última instancia, los asuntos correspondientes con la Constitución de un país, y que se traduce usualmente en el desarrollo de una labor interpretativa y hermenéutica de la Constitución. Este trabajo es el que posibilita una legitimidad al ordenamiento jurídico, que se la puede reconocer en su capacidad de otorgarle validez tanto a la Constitución como a todo el marco jurídico del Estado de Derecho.

Ello hace posible dilucidar sobre los conflictos a nivel de los órganos estatales en tanto competencias sobre las disputas que puedan presentarse. De la misma manera tiene la función de realizar una la lectura de la constitucionalidad de las normas jurídicas con que cuenta el Estado de Derecho. Lo que le otorga precisamente su capacidad de control sobre la constitucionalidad de las normas o leyes. Al mismo tiempo, permite también que se recurra a él para revisar de oficio los fallos emitidos en recursos de amparo constitucional, habeas corpus y habeas data, como otra de sus funciones.

Estas características emanan de la forma de articularse a la sociedad. Sus fundamentos muestran una diferente concepción, respecto a la forma de encarar el Derecho Positivo, puesto que la defensa de los derechos fundamentales defendidos por este, es interpretado como una pugna frente a un derecho positivo, inscrito en una aplicación taxativa de la norma, mientras que el espíritu del Tribunal Constitucional, muestra una apertura, no sin principios jurídicos imprescriptibles, que se expresa en la interpretación de muchos temas jurídicos controversiales.

Justamente a partir de esta instancia que fue instaurada en Bolivia el 1° de junio de 1999, surgen las controversias con la Justicia Ordinaria, especialmente cuando este espíritu que guía al Tribunal Constitucional, tropieza con estructuras jurídicas que corresponden a otro nivel de relaciones entre estado y sociedad, y por tanto corresponde a una forma de legitimidad distinta.

Este es el caso que ocupa a la presente tesis, en donde las dificultades y contrariedades surgidas a raíz del funcionamiento del Tribunal Constitucional, esta marcado por una serie de problemas y contradicciones generadas entre la justicia establecida por el Tribunal Constitucional a partir de los recursos de amparo constitucional, habeas corpus y últimamente habeas datas, que han generado una significativa cantidad de desvanecías entre la Justicia Ordinaria y el Tribunal Constitucional⁴.

Estos problemas se traducen en: la dificultad de establecer los límites de competencia entre uno y otro, creando controversias que llegan a dificultar el funcionamiento armonioso o equilibrado entre ambos órganos. Por otro lado, se ha observado que muchos de los fallos del Tribunal Constitucional parecen haber vulnerado principios establecidos dentro del ordenamiento jurídico vigente, por ejemplo cuando sus resoluciones a demandas en casos que corresponden a la Justicia Ordinaria al revisar resoluciones judiciales a través del amparo constitucional, vulneran el principio de

⁴ Escobar, Víctor, Justicia Ordinaria vs. Justicia constitucional, La Paz; Quality SRL, 2004.

autonomía de la Justicia Ordinaria, lo que se expresaría en una especie de incertidumbre dentro del sistema jurídico⁵.

Lo que se enuncia como contradicciones en el plano técnico de ambos órganos que a su vez tienen repercusiones en cuestiones jurisdiccionales, presenta asimismo controversias manifestadas en distintos fundamentos jurídico-doctrinales, en tanto estas dos formas de establecer justicia conllevan a dos prácticas jurídicas con espíritus diferentes y que no lograron establecer criterios jurisdiccionales uniformes, porque no se ha llegado a cuestionar a un nivel jurídico doctrinal este problema.

En este sentido, la contradicción existente en un sistema jurídico determinado, que se manifiesta en problemas específicos dentro del orden jurídico establecido, provoca tensiones de legitimidad del sistema jurídico, no solo se trata de dar cuenta de las contradicciones que existen en términos del procedimiento técnico-jurisdiccional que se manifiesta, sino también es necesario dar cuenta de las implicaciones y los problemas estructurales con filos doctrinales-jurídicos en tanto coexistencia de dos lógicas jurídicas distintas.

En otras palabras, estas dificultades no solo se traducen en cuestiones técnicas que mellan los derechos de los ciudadanos, sino que se expresan también, en problemas de legitimidad para el sistema jurídico en su conjunto, ya que no se debe olvidar que tanto el derecho positivo como el tratamiento dado a la norma por el Tribunal

⁵ Idem.

Constitucional tienen como fundamento concepciones de sociedad y de derecho que si bien no son excluyentes por naturaleza, se muestran contradictorias entre sí, sino no se tiene presente esta dificultad de carácter doctrinal en un nivel jurídico-filosófico.

En este sentido, el problema central que se intenta desentrañar en el trabajo implica comprender en qué medida la contradicción entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria no es un mero problema de ordenamiento técnico, sino un tema que involucra por una lado un problema de legitimidad y legalidad, y por otro lado implica que las decisiones tomadas y sumidas por el Tribunal Constitucional no solo expresan contenidos técnico jurídico, sino que al mismo tiempo, son expresiones de una distinción implícita inscrita en las características de los problemas constitucionales, esto es, que tienen una doble naturaleza: una jurídica y otra moral⁶, expresado en diferentes concepciones de derecho y de sociedad. Y todo se expresa realizando un análisis filosófico y sociológico del derecho, en un nivel de fundamentación del derecho y no en cuestiones de procedimiento.

Esto implica que para dilucidar esta contradicción, el trabajo parte de una comprensión hermenéutica interpretativa desde las cuestiones filosófico-jurídicas y no de procedimientos jurídicos. El trabajo se inscribe como un intento de elucidar en el plano filosófico jurídico las contradicciones entre la Justicia Ordinaria y el Tribunal Constitucional a partir de la comprensión de los postulados de la Filosofía del

⁶ Habermas Jürgen, Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid; Trotta, 1998.

Derecho, para entrever los vericuetos que forman parte del ordenamiento jurídico boliviano.

En este sentido, no se ajustan de manera taxativa a determinaciones técnicas ni de derecho en sí mismo, sino que por la naturales de la defensa de los derechos constitucionales -los cuales son el puntal del objetivo del Tribunal Constitucionales- estos, proceden de una naturaleza jurídica y moral, que se hallan implícitos en los derechos fundamentales de cada ciudadano y por tanto marcan diferentes concepciones del derecho y de su relación con la sociedad, se trata de principios constitucionales y no de normas procedimentales.

Por este motivo, las decisiones del Tribunal Constitucional ya constituyen elementos normativos técnico-jurídicos y *morales*, de ahí que su tratamiento sea inevitablemente fundamentado y argumentado al mismo tiempo que tienda a sentar jurisprudencia bajo una óptica filosófica jurídica distinta, enmarcada en actos jurídicos interpretativos no siendo los recursos técnicos jurídicos los únicos fundamentos de sus decisiones. De ahí que resulten obvias algunas contradicciones que se van dando últimamente entre dos órganos jurisdiccionales con diferentes concepciones de lo jurídico.

En este sentido podemos plantear como una hipótesis del trabajo que:

Las contradicciones entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, se deben a la existencia de dos concepciones distintas de derecho y de sociedad expresadas en

marcos filosóficos jurídicos distintos, por un lado el Tribunal Constitucional se fundamenta en un orden jurídico-societal deliberativo del cual emanan una conciencia moral de la legalidad posconvencional, mientras que la Justicia Ordinaria es expresión de un orden jurídico-societal liberal, emana una concepción moral de la legalidad convencional.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos, el primer capítulo se expone la estrategia metodológica utilizada, en el segundo el marco teórico, en el tercero se contextualiza el nivel de contradicciones entre la Justicia Ordinaria y el Tribunal Constitucional y por último el cuarto capítulo muestra el abigarramiento entre ambos.

CAPITULO I:

ESTRATEGIA METODOLÓGICA.

Para explicitar el modo de desarrollar el trabajo, se hace pertinente exponer el plan de trabajo con la finalidad de orientar los puntos importantes de la tesis. Entre estas cuestiones importantes existen algunas como la definición de las variables, que por el abordaje de la tesis necesitan ser aclaradas, puesto que se hallan enmarcadas en el problema de elección del método de investigación a partir de una apuesta concreta.

Por lo general, resulta usual establecer parámetros de identificación de variables a partir de las definiciones de variables dependientes e independientes. Esta relación establece de entrada una apuesta por un postulado epistemológico de orientación empirista y naturalista, y en muchos casos hace alusión a universos cerrados, cuasi-newtonianos, donde los efectos son explicados a partir de las causas. Como se presupone un universo cerrado, la causalidad lineal está garantizada.

Sin embargo, la complejidad creciente de la sociedad hace necesario recurrir a otro tipo de orientaciones epistemológicas, ya no centradas en el plano de la causalidad de un universo cerrado. En este sentido, la tesis asume la orientación epistemológica “hermenéutica interpretativa”, en cuanto práctica de la sospecha, encaminada a

redescribir la realidad inmediata o consolidada contraponiendo lo dado y lo pensado⁷, donde el sentido es la piedra de toque de la investigación.

Para el método hermenéutico es importante la relación que establece entre lenguaje y mundo en la medida en que el lenguaje constituye el mundo humano no es un mero accesorio sino es parte constitutiva del ser humano. Esta relación entre lenguaje y mundo dejando de lado las interpretaciones racionalistas del lenguaje, el hombre no utiliza el lenguaje como un mero instrumento sino que es parte constitutiva de su mundo el hombre es en el mundo a partir del lenguaje.

Siguiendo a uno de los más importantes filósofos artífices de la hermenéutica filosófica Hans Georg Gadamer, la hermenéutica parte de lo que se denomina “la lingüística originaria del estar-en-el-mundo”⁸. Cuando se habla de mundo y de la lingüística del estar en el mundo es que aparece la distinción entre entorno, mundo y lenguaje. El entorno es el habitat que puede ser parte del hombre pero también de los animales, sin embargo solo el hombre tienen mundo en tanto este está constituido lingüísticamente, de ello se desprende que a característica del hombre es que este es libre de su entorno gracias a la apertura del lenguaje.

Como parte constitutiva del lenguaje no se expresa solo en el carácter de enunciados frente a la posibilidad de establecer mecanismos lógicos de comunicación, sino que

⁷ Herrera, Manuel, La rebelión del objeto: elección del método en ciencias sociales, Granada: Comares, 1999.

⁸ Hans Geor Gadamer. Verdad y Método (tomo I). Madrid: Sigueme.

más bien lo que le es inherente esencialmente al lenguaje es ese entendimiento, no necesita de tecnicismo, sino que este entendimiento es un proceso vital que se expresa siempre en la conversación que trae a colación un mundo ya compartido expresándose a partir del mutuo entendimiento.

Gadamer establece a partir del lenguaje una estructura ontológica universal del lenguaje y de la comprensión, lo interpretado y lo comprendido es en el lenguaje, este es el estatuto ontológico universal de la hermenéutica. En tanto el mundo es interpretado y comprendido es que este tiene también, como estatuto ontológico, el ser lenguaje y esta es una característica universal que la hermenéutica de Gadamer establece frente a la distinción de los objetos del mundo o la conciencia antes del lenguaje.

Gadamer liga la problemática de la hermenéutica no ya desde la metafísica moderna sino, desde el plano de la existencia y de la vida fáctica. La facticidad de la existencia humana, se manifiesta entonces como comprensión; en este sentido no se trata de la comprensión ni de la interpretación en términos de la hermenéutica clásica (hermenéutica como interpretación de textos sagrados o de textos jurídicos), sino, de la experiencia del comprender como acontecimiento constitutivo y primigenio del ser humano.

A diferencia de la ciencia positivista o empirista, lo estructurado y establecido por la hermenéutica de Gadamer, no se trata ya de la comprensión de la lengua en tanto que

cada una está dotada de lógica propia y por tanto de estructura distinta, por el contrario, la multiplicidad de las lenguas representa para Gadamer que ésta se expresa en la unidad de pensamiento y habla, pese a su multiplicidad:

“(...) la experiencia hermenéutica implica siempre que el texto que trata de comprender habla a una situación que está determinada por opiniones previas. Esto no es un enfoque lamentable que obstaculice la pureza de la comprensión, sino por el contrario la condición de su posibilidad y lo que hemos caracterizado como la situación hermenéutica”⁹.

La comprensión hermenéutica se establece en un horizonte temporal que se da sobre todo a partir de prejuicio u opiniones previas, frente a las cuales y desde las cuales se comprenden los entes. Los prejuicios no representan un horizonte que obnuble la comprensión y la claridad, contrariamente a lo sostenido por las ciencias, sino que estos son condición de posibilidad de la comprensión e incluso de la posibilidad de verdad, pero no en el sentido de correspondencia o demostración, sino en el sentido de la experiencia y el transcurrir del diálogo con los otros y con la tradición.

Desde esta perspectiva hermenéutica, la investigación debe interpretar los acontecimientos desde una doble hermenéutica que le es inherente a cualquier investigación. Por un lado se necesita comprender la realidad desde una teoría, es decir, el acceso al problema de investigación se realiza desde una mediación teórica. Y

⁹ Ibid., p. 564-565.

por otro lado, los propios investigadores se hallan dentro de una realidad política histórica y concreta. De ahí, que desde esta doble hermenéutica no es posible identificar variables de tipo causalista, sino recurrir a la interpretación de sentidos desde un plano hermenéutico.

Por ello el enfoque de la sociedad no es algo dado, sino más bien es un problema abierto. Donde los hechos aparecen continuamente como precarios y constantemente son construidos y reconstruidos.

Por tanto, el grueso del análisis se encaminará a desentrañar los marcos filosóficos jurídicos que enmarcan las decisiones del Tribunal Constitucional para luego comprender las diferencias con el marco filosófico jurídico que el ordenamiento de la Justicia Ordinaria plantea. En este sentido la principal herramienta metodológica es el análisis hermenéutico *interpretativo* desde la óptica de la Filosofía del Derecho.

1.1. Unidad de análisis.

Las unidades de análisis, están definidas por: el marco filosófico doctrinal del Tribunal Constitucional y el marco filosófico doctrinal de la Justicia Ordinaria.

1.2. Construcción de variables.

Es pertinente además orientar los puntos importantes del manejo metodológico en la tesis, es el caso de la definición de las variables, que por el abordaje de la tesis

necesitan ser aclaradas, puesto que se hallan enmarcadas en el problema de elección del método de investigación a partir de una apuesta concreta.

Como nuestra apuesta metodológica se inscribe dentro de la hermenéutica interpretativa, se trata de hacer evidente los supuestos teóricos doctrinales del Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria desde un punto de vista filosófico jurídico, para luego matizarlos con una visión sociológica jurídica.

Estos dos caminos, no implican ningún tipo de trabajo empírico, se trata de deducir hermeneuticamente los supuestos doctrinales y filosóficos y como ello no implica una operacionalización de variables en sentido estricto, sí se puede exponer cómo se procedió a tal interpretación hermenéutica a partir de suponer esto dos niveles tanto filosóficos como sociológicos jurídicos.

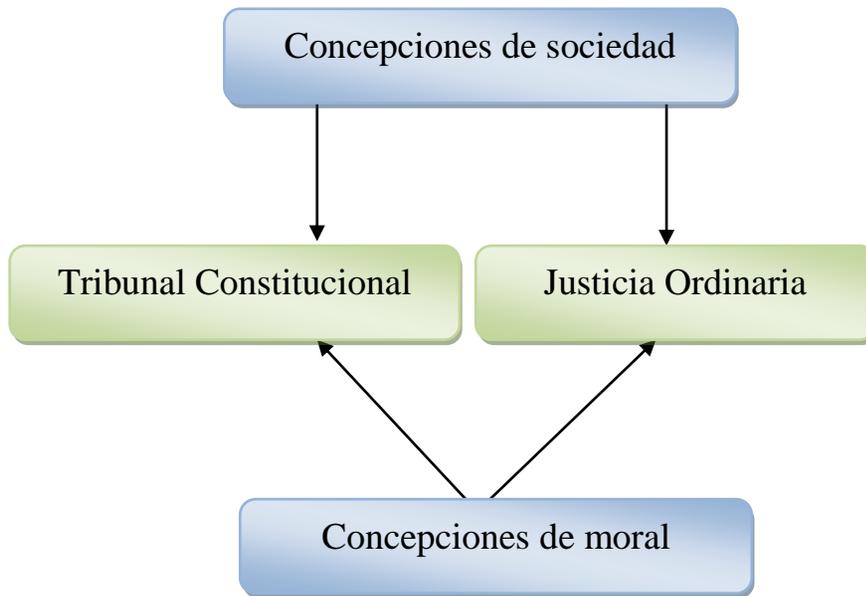
Una interpretación hermenéutica supone hacer explícito los sentidos establecidos en el lenguaje, en términos de lo que implica las diferencias entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria. Precisamente una investigación de esta naturaleza, no implica una búsqueda de correlaciones empíricas puesto que su nivel de análisis no se halla en el clásico esquema donde se busca el sentido y el significado de las cosas, como por ejemplo los trabajos que trataron de explicar la relación entre lenguaje y mente basados en una investigación que busque una representación empírica, esta investigación se apoya en la perspectiva inferencialista hermenéutica del lenguaje bajo

el enfoque alternativo centrado en la inferencia y en ciertos tipos de juicios implícitos que se vuelven explícitos en el lenguaje¹⁰.

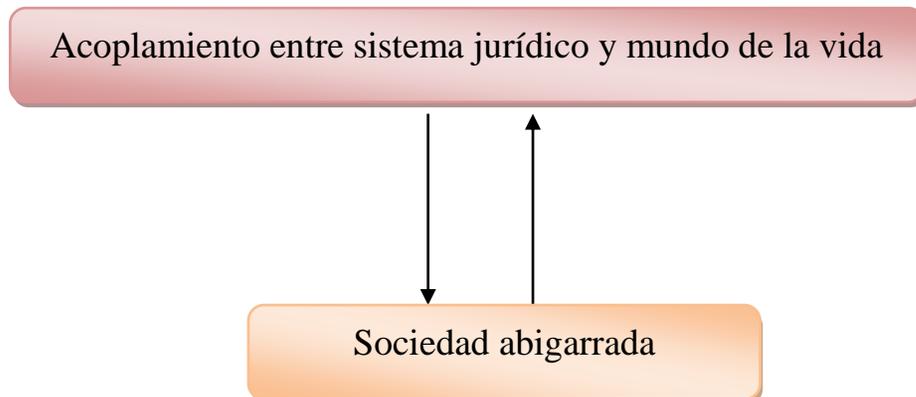
Pero esta estrategia a diferencia de la de Brandon, que se inscribe en las inferencias de sentido del lenguaje que no toma el cuenta el uso de ellos, nosotros simplemente nos detendremos en el nivel de análisis de las inferencias que se pueden realizar tanto en el nivel filosófico-jurídico como sociológico-jurídico:

¹⁰ Robert, Brandon. Hacerlo explícito, Barcelona: Herder, 2005.

Nivel filosófico jurídico



Nivel sociológico jurídico



CAPITULO II:

MARCO TEÓRICO

En principio debemos mencionar que las categorías analíticas aquí esbozadas intentarán funcionar como operadores epistemológicos, es decir como formas y no como contenidos, estas formas tendrán que ser dotadas de contenido conforme esbozamos y definamos claramente los objetivos del trabajo. En este sentido comenzamos su exposición preliminar.

Para explicitar los modos de desarrollar el trabajo, es preciso recalcar que el abordaje metodológico de la tesis, no tiene carácter empírico, tal como se mencionó en el capítulo anterior. Ello nos lleva a hacer evidente como se puede hacer inferencias a partir de interpretar los supuestos filosóficos doctrinales del Tribunal Constitucional. Se trata de una apuesta que funciona de manera parecida al modo filosófico que consiste en deducir un supuesto de una determinada concepción, en este caso lo jurídico doctrinal es el tipo de concepción de sociedad y moral que se deduce del Tribunal Constitucional y de la Justicia Ordinaria.

Inferir los supuestos bajo los cuales se erigen los fundamentos filosófico y doctrinal del Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, implica una tarea hermenéutica diferenciado del nivel ontológico (supuesto de sociedad y de normatividad) que subyacen a estos diferentes tipos de justicia. Ahora se los compara con una análisis sociológico jurídico del tipo de acoplamiento encontrado entre la sociedad boliviana y

el sistema jurídico vigente –en tanto Justicia Ordinaria y Tribunal Constitucional- de ahí que no solo es una cuestión filosófico doctrinal, sino también es una relación con el modo concreto en que estas se insertan en la sociedad boliviana. Por tanto, debemos asumir el marco teórico como puntos temáticos a partir de los cuales desarrollaremos la explicación de esta contradicción.

Para ello, la tesis asume la orientación epistemológica “hermenéutica interpretativa”, en cuanto práctica de la sospecha, encaminada a redescubrir la realidad inmediata o consolidada contraponiendo lo dado y lo pensado¹¹, donde el sentido es la piedra de toque de la investigación. Para esta perspectiva, la investigación social debe interpretar los acontecimientos sociales desde una doble hermenéutica que le es inherente a cualquier investigación. Por un lado el fenómeno jurídico necesita comprenderse como una realidad desde una teoría, es decir el acceso al Hecho Jurídico se realiza desde una mediación teórica. Y por otro lado, los propios investigadores se hallan dentro de una realidad histórica y concreta. De ahí, que desde esta doble hermenéutica no es posible identificar variables de tipo causalista, sino recurrir a la interpretación de sentidos desde un plano hermenéutico.

Por ello el enfoque sobre la sociedad no es algo dado, sino más bien es un problema abierto, donde los hechos políticos aparecen continuamente como precarios y constantemente son contruidos y reconstruidos.

¹¹ Herrera, Manuel, La rebelión del objeto: elección del método en ciencias sociales, Granada: Comares, 1999.

2.1. Legalidad y legitimidad.

Empecemos señalando que un tema importante que abordar es la relación que existe entre un determinado tipo de marco jurídico y su consiguiente concepto de sociedad, pues este, en un buen sentido, está articulado con la legitimidad, es decir, aquello de lo cual emana su credibilidad.

Es cierto que en el marco de la sociedad boliviana, aún es insuficiente establecer cuáles serán los mejores medios para entender la legitimidad de un Estado de Derecho, es decir, que si bien hay normas jurídicas que rigen los destinos de la sociedad, es evidente que bajo el marco de una sociedad dependiente y aún en miras de entrar a una “modernidad”, las posibilidades de un marco jurídico, se hacen muy difusas y complicadas en este sentido, es necesario identificar primero, cómo es que se da el proceso de constitución de la legalidad y la legitimidad en un Estado de Derecho, para luego ver la especificidad en el caso boliviano (tópico que será abordado exclusivamente en el capítulo tercero); empecemos entonces a identificar estas características más importantes.

Como se sabe, la legitimidad de un orden establecido es el consenso al que llegan los ciudadanos para respetar un orden determinado. Y este orden institucionalizado, contiene leyes específicas y concretas, estas leyes son parte constitutiva de la

soberanía del pueblo, es decir son producto de un momento originario¹². Aunque la relación entre normas establecidas a la manera de códigos jurídicos es tan antigua como la sociedad misma¹³, lo específicamente moderno es la creación de un orden funcionalmente diferenciado, rasgo característico de nuestra sociedad actual.

A lo largo de la historia el orden institucional moderno siempre va de la mano de la política, la creación de un orden normativo es producto de una formalización de las reglas y normas de una sociedad de ahí emergen lo que denominamos la legitimidad de un orden, es decir, la posibilidad de que los ciudadanos puedan asentir el poder del Estado y éste pueda ejercerse en la medida que los ciudadanos lo reconozcan. Esto es el famoso contrato social de las teorías contractuales (Hobbes).

En Weber uno encuentra que la legitimidad tienen que ver con la obediencia, es decir, que los ciudadanos se sientan impelidos a obedecer y a respetar las leyes; la pregunta es cómo se relaciona esta legitimidad -que es el reconocimiento del orden-, con la legalidad -entendida como la institucionalización de las normas de derecho establecidas, o lo que se puede denominar “dominación”-¹⁴.

Pero esta institucionalidad es producto de una ambigüedad, pues la “modernidad” en la que se desarrolla el derecho, se funda bajo la concepción del “desencantamiento del

¹² Negri Antonio, El poder constituyente, Prodhufi; España 1994.

¹³ Vease al respecto; Enrique Dussel, Política de la liberación. En este texto que se encuentra en la página Web de la AFYL, Dussel esboza una histórica que posesiona de otra manera la relación entre Institucionalidad y Sociedad, es decir normas de vida y de convivencia y que estas no surgen solo a partir de las sociedad moderna sino mucho antes.

¹⁴ Max Weber. Economía y sociedad, México; FCE, 1992.

mundo”, es decir, desde el punto de vista de la sociología jurídica, la constitución de un orden positivo del derecho surge, en tanto se deja de lado la normatividad de las sociedades primitivas basadas en normas divinas y no racionalizadas -por lo menos así reza la auto-comprensión hecha por los propios europeos modernos-. Se trata de la famosa entrada a la era de la razón o período iluminista.¹⁵

Cuando emerge la racionalización del mundo moderno ligado a las leyes del mercado, el hombre irrumpe libre y su libertad éste ligada al modo de ser que este elija sin coacción, pero al mismo tiempo que esta libertad tiene un carácter individual, expresada en lo que Aristóteles llamaba la “buena vida”¹⁶, se entrecruza con la necesidad de contar con reglas y normas universales para todos más allá de la “buena vida” que cada sujeto pueda proveerse. De ahí que necesite reconocer leyes más allá de las normas individuales de los sujetos.

Entonces surge la pregunta ¿a qué se debe la obediencia de las leyes: si a la adscripción consiente de las normas; o a la autoridad que se ejerce por medio de ésta?

En esto radica la ambigüedad, en la medida en que por un lado están los intereses individuales y por el otro la necesidad de reglas compartidas por todos.

¹⁵ Habrá que recordar que para los propios autores de la modernidad salir del mito y de la fè para entra a la era de la razón carece de un sentido cabal, ya Adorno y Horkheimer habían destronado esta pretensión al afirmar que la razón moderna occidental es la realización del mito de la instrumentalización de la naturaleza externa e interna, es decir, retrata del mito del hombre como dominador de la naturaleza y sobre si mismo. Ver al respecto: M. Horkheimer y T. W. Adorno. *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires: Sudamericana. Por otro lado el propio Habermas, uno de los pocos defensores de la modernidad, también asume la imposibilidad de pensar la emancipación fuera del marco de la herencia judeo-cristiana para la modernidad. Ver de Jürgen Habermas. *Fragmentos filosófico-teológicos*. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁶ Giovanni Reale, *Introducción a Aristóteles*, Barcelona: Herder, 1992

Según Weber este pacto tiene que darse a partir de las decisiones personales, es decir, es un acto consiente de reconocimiento del Estado aunque este no es precisamente por el mero reconocimiento sino está ligado a lo que Weber denomina acción estratégica o instrumental.

En este sentido, cuando hablamos de legitimidad hablamos del asentimiento sobre las normas, pero esto implica concebir una sociedad moderna en la que la norma o el derecho positivo también se imponga a los nuevos miembros, en este sentido este tipo de sociedad del cual emerge una determinada forma de derecho, es un punto importante de la racionalización jurídica, sin embargo, en Weber no es notoria aún la explicación de por qué se acatan las normas, sabiendo que los intereses de los individuos son diversos y plurales.

2.2. La relación entre Estado, derecho y sociedad

Un fenómeno característico de la modernidad es el proceso llamado racionalización, que en términos generales, implica la expansión de la racionalidad formal y su universalización. Fue Max Weber quien desarrolla la cuestión de forma sistemática. De hecho la emergencia del derecho moderno y de su papel en la sociedad moderna se vincula estrechamente a este proceso.

La pregunta principal que plantea Weber, en alusión a este proceso es: ¿de cómo es posible explicar que solo en occidente se haya desarrollado un tipo particular de racionalidad y no en otro lugar del mundo?¹⁷ El primer componente significa el surgimiento de las ideas económicas inscritas dentro de cierta ética religiosa al mismo tiempo el peso de la estructura social sobre las ideas religiosas¹⁸.

El proceso de racionalización en Weber toma como punto de referencia no la evolución de las ciencias modernas sino de las “imágenes religiosas del mundo”¹⁹. Los primeros fenómenos emergentes son la aparición de la empresa capitalista y del estado moderno, lo cual implica la aparición del cálculo de capital o contabilidad racional, la organización del trabajo formalmente libre, el uso técnico de las ciencias modernas, el surgimiento de sistemas de control centralizado y estable, el monopolio del uso legítimo de la fuerza y la creación del Derecho²⁰.

Las imágenes cosmológicas del mundo en principio significaron las primeras formas de estructuración del orden social con el proceso de racionalización que tiene implicancias en la formalización de la ética y del derecho como ética formal y como derecho natural positivo respectivamente.

¹⁷ Max Weber, *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Argentina, Hyspamerica, 1985,p.5.

¹⁸ Ricardo Gutierrez, “*Religión y racionalización en la sociología weberiana: transformaciones sistémicas y orientaciones individuales de acción*” En: Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales, F. Maishtat compilador, Argentina, Eudeba, pp. 137 – 1171.

¹⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, Taurus, 1999, p. 204.

²⁰ *Ibid.*

Las imágenes cosmológicas del mundo se formaron bajo aquello que puede ser denominado modo metódico de vida que deriva en realidad de una creencia religiosa, pero que dada su orientación tiene como resultado un método racional de incidencia directa en el mundo, esto es a lo que se llama “ascetismo intra mundano”²¹.

El papel central otorgado a la religión por Weber implica un giro en la comprensión del surgimiento de la sociedad moderna invirtiendo la explicación de los procesos estrictamente económicos a las estructuras mentales y la racionalización de las ideas religiosas, esto es lo que origina la sociedad moderna capitalista. Mas que una determinación se trata de ver la especificidad de las ideas religiosas en el proceso de racionalización moderna.

El problema es entonces el surgimiento de la racionalidad formal que tiene su origen en la ética protestante, que a su vez depende del “dogma puritano” el cual en su versión estricta presenta las siguientes características: Predestinación, desencantamiento del mundo, confianza exclusiva en Dios, trabajo profesional como signo de elección divina, santidad en el método antes que en la buena obra. Por otro lado esta ética protestante deriva en la racionalización del mundo que implica: sistematización del mundo, renuncia al mundo, racionalización del modo de vida, autonomización interna de las esferas de la vida y racionalización del dominio del mundo²².

²¹ Ricardo Gutiérrez, Ob. Cit., p. 148.

²² Ibíd. pp. 161-162.

Esto implica que la racionalización o el surgimiento de la racionalidad formal implica una forma cultural que se expresa específicamente en occidente dentro de “las estructuras de la personalidad” la cual se expresa en la práctica del ascetismo intramundano que “consiste en el desprecio por el mundo y en la obligación de perseguir racional y profesionalmente la mayor ganancia económica como testimonio de la gracia divina”²³.

Para Habermas el problema de la racionalización moderna desarrollada por Weber se centra en la problemática de la racionalidad, exclusivamente en los planos de la conciencia, además de: “... solo se interesara por las ideas que hicieron posible que el tipo de acción racional con arreglo a fines quedara anclado, de forma racional con arreglo a valores en el sistema del trabajo social”²⁴. En este contexto el papel que le asigna Weber al derecho está ligado a una materialización “institucional de la racionalidad cognitivo-instrumental”²⁵.

El derecho moderno surge como un “derecho de juristas”, con la profesionalización de la administración de justicia, a su vez esto implica que en el derecho se materializa las estructuras modernas en una cierta etapa evolutiva que cuaja en su:

- *Positividad*. El derecho moderno expresa la voluntad del legislador y no por su tradición.

²³ Ibid. p. 167.

²⁴ Jürgen Habermas Ob. Cit, 1999 tomo I, p. 263.

²⁵ Ibid.p. 317.

- *Legalidad.* El derecho presupone obediencia jurídica y no obediencia ética fuera de esta.
- *Formalismo.* Los actos son individuales pero están arbitrados jurídicamente²⁶.

Estos componentes hablan de la institucionalización de la estructura jurídica dando un lugar a su carácter sistémico, que de ahora en adelante regirá las formas de coordinación de la acción que se anclan en ámbitos estrictamente de acciones estratégicas. Esto es lo que satisface la emergencia del derecho moderno.

Este diagnóstico, según Habermas, es excesivamente unidimensional puesto que solo expresa el proceso de racionalización en términos de la racionalidad estratégica e instrumental.

En este sentido Habermas se propone introducir al diagnóstico weberiano los fenómenos prácticos morales y práctico expresivos que no fueron suficientemente desarrollados por Weber. Para ello Habermas introduce los dos componentes de su teoría de la sociedad es decir *la sociedad como sistema y como mundo de vida*, bajo esta doble dimensionalidad del concepto de sociedad se puede reconstruir adecuadamente el proceso de racionalización moderna y por ende el papel que ocupa en esta el Derecho.

²⁶ Ibid. p.336.

Para Habermas existe un doble proceso de racionalización; por un lado la diferenciación de los componentes del mundo de la vida y por otro la distinción entre mundo de la vida y sistema. En el primer caso hablamos de los componentes estructurales del mundo de la vida conformados por: la cultura, la sociedad y la personalidad²⁷. Esta dimensión del proceso de racionalización implica un cambio de perspectiva respecto a la tradición, ya que ésta no solo se ve cuestionada desde el ámbito o surgimiento de la conciencia que se independiza de las normas establecidas sino que esto a su vez implica también una tematización discursiva respecto al plano de las tradiciones.

Estas formas de las estructuras del mundo de la vida no suponen una ruptura entre ellos, por el contrario existe una relación continua entre cada uno de ellos, lo cual se sustenta explícitamente en el desarrollo del potencial de la acción comunicativa expresada en el consenso guiado por el entendimiento.

Por otro lado la racionalización también supone el desacoplamiento entre la racionalización del mundo de la vida y la emergencia del sistema. Si bien en el primer caso las formas de coordinación se dan a partir de las acciones comunicativas a partir del lenguaje, la dimensión del sistema implica una coordinación de la acción que ya no supone la expresión de consensos lingüísticamente mediados. Si no que por el contrario la dimensión sistémica de la sociedad implica otros “medios de

²⁷ Enrique Serrano, Legitimación y racionalización, Barcelona Anthropos, 1994.p.

comunicación simbólicamente generalizados” que ya implican el lenguaje, como por ejemplo el dinero.

Estos medios tienen las propiedades de un código que transmite información universalmente reconocida, esto implica un automatismo en las formas de coordinación de la acción que ya necesitan una referencia respecto al mundo de la vida. Este nivel de racionalización tiene como paradigma al mercado capitalista²⁸.

2.3. La racionalidad jurídica del derecho constitucional

Entre una de las teorías contemporáneas más importantes -para comprender la racionalidad jurídica- se encuentra la Teoría de Sistemas propuesta por el Dr. Niklas Luhmann, quien juega un papel destacado al converger por una nueva comprensión de la sociedad. La teoría general de sistemas de Luhmann, se halla encaminada a la comprensión de la sociedad actual, que cada vez adquiere un grado mayor de complejidad, y para ello se tiene que evitar caer en la vieja concepción tradicional de la filosofía occidental, que el mismo Luhmann considera como pensamiento Ontológico.

El diagrama teórico, recoge en gran parte las discusiones filosóficas que han marcado las últimas propuestas teóricas en todos los niveles, además de otros aportes de la cibernética y de la biología, incorporadas al estudio de las ciencias sociales, como son

²⁸ Ibid.

los aportes extraídos de los trabajos de los biólogos chilenos Francisco Varela y Humberto Maturana, fundamentalmente el *concepto de autopoiesis* y de *la teoría de las formas* de Spencer Brown.

Luhmann, desecha toda la herencia del pensamiento Ontológico, para radicalizar el pensamiento funcionalista, no ya como una referencia al todo y las partes en donde la estructura tienen una preeminencia sobre la función, sino que planteará un funcionalismo de la equivalencia.

En la teoría de sistemas de Niklas Luhmann se plantea una visión mucho más dinámica, a tal extremo de radicalizar la visión funcionalista que preeminencia la función sobre la estructura, y observa la diferencia antes que la unidad del sistema, lo que le interesa es analizar la complejidad de las sociedades modernas que ya no se pueden explicar a partir de pautas o de roles compartidos, no existen elementos disfuncionales ya que los mismos son elementos constitutivos propios del sistema, los sistemas sociales no interrelacionan, sino que más bien ocurre algo que se denomina acoplamiento estructural entre uno y otro sistema, además asume que los elementos son tan contingentes que fácilmente pueden ser reemplazados unos por otros.

Luhmann, considera difícil construir una teoría sobre la base de los sujetos o individuos, que en realidad no son elementos empíricos, y sobre todo porque no son del todo sociales, considerando que ese es el error de las otras teorías sociales. Más bien propone que habría que partir de la relación entre sistema y entorno, dentro del

cual el sistema considerado como complejo, trate de reducir la complejidad aún mayor del entorno, y encuentra que son tres los tipos de sistemas que se pueden definir como tales: **los sistemas de vida, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales**, dentro de estos tres sistemas el hombre es parte del sistema psíquico y no del social, es decir, que para el sistema social el hombre se constituye simplemente en su entorno, puesto que los sistemas sociales son autopoieticos, ello involucra que se reproducen a partir de una operación fundamental.

El **sistema de vida** produce vida y al enlazar la vida con la vida, se reproduce a sí misma como sistema, construyendo los límites respecto a los otros sistemas. Para el caso del **sistema psíquico**, del cual según Luhmann el hombre es parte, la operación fundamental es la conciencia, y sólo se reproduce tal sistema reconociendo conciencia y excluyendo otro tipo de operaciones. En referencia al **sistema social**, la operación fundamental es la comunicación, pues solo la comunicación produce comunicación, la comunicación es la operación que cierra el sistema social llevando de tal manera al ser humano al entorno del mismo.

De tal tesitura, los individuos como seres humanos no constituyen parte del sistema social, pues sólo los sistemas sociales, que en este caso funcionan como mecanismos inteligentes autopoieticamente cerrados, son los que forman parte de la sociedad, ello involucra que la sociedad se ha diferenciado funcionalmente, y se ha dividido en una variedad de sistemas sociales cerrados autorreferencialmente, como son el caso del sistema jurídico, político, económico, religioso, de la ciencia, etc. Pero los sujetos en

tanto que sistemas también cerrados no dejan de relacionarse y acoplarse estructuralmente con el sistema social, aun cuando no sean sociales, por ello Luhmann no puede prescindir de ellos así sea como entorno de la sociedad. Lo que involucra una caracterización diferente de los sujetos y grupos sociales, ya que no son cosas estáticas ni inamovibles.

Dentro de los marcos planteados por el análisis de Luhmann uno de los factores más importantes que le permiten acceder a la realidad es el que él denomina de las “paradojas”, vale decir, la forma de comprender un mundo complejo y contingente, que se resiste a ser interpretado simplemente como unidad, porque significa que el mundo es a la vez unidad de la diferencia, etimológicamente la paradoja significa todo aquello contrario al sentido común (para-doxa = contrario a la opinión²⁹). En el fondo, el uso de las paradojas para Luhmann implica más que una tautología, el rescate de las diferencias³⁰.

La función, es el tema más recurrentes en el orden de la teoría de sistemas, casi se puede afirmar que un pensamiento sistémico siempre se sirve de dicha definición para pensar la realidad. El funcionalismo tuvo como una de sus importantes corrientes al antropólogo Malinowski, el cual sobre la base de sus estudios definía la función como una forma de satisfacción de necesidades vinculadas a las distintas prácticas sociales,

²⁹ Ramos Torre, “Dios, Epimédes y tristán Shandy: destinos de las paradojas en la sociología de N. Luhmann” En: revista *Anthropos* Niklas Luhmann : hacia una teoría científica de la sociedad N° 173 / 174, Barcelona, *Anthropos*, julio- octubre 1997.pp.137-145.

³⁰ Ignacio Izuzquiza, *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona , *Anthropos*, 1990.

el continuador de tal análisis funcional fue T. Parsons, que entendía que la función estaba ligada al mantenimiento del equilibrio, la función se halla supeditada a la estructura. La debilidad de dichos enfoques, se encontraba en su excesivo énfasis en el statu quo de la sociedad, lo que le valía el calificativo de conservador, pues le resultaba muy difícil analizar los procesos evolutivos de la sociedad.

Por el contrario, para Luhmann la mejor forma de responder a las críticas que venían de todo lado era radicalizando el pensamiento funcionalista y no abandonarlo, es así que él entiende que “la función no es una acción que hay que realizar, sino un esquema relativo de sentido, que organiza un ámbito comparativo de prestaciones funcionales”³¹. Es decir, las funciones no determinan sino que se limita a regular la equivalencia de diversas posibilidades, lo que existe deja de ser inevitable. La función, es una síntesis de posibilidades³². En otros casos, se habla de un funcionalismo de la equivalencia³³, que implica un acceso heurístico y no deductivo ni inductivo.

La función es la posibilidad de comparar, de encontrar equivalencias entre distintas alternativas, Luhmann no habla de sustancias sino de funciones, es decir espacios de posibilidad, esto permite afrontar un mundo complejo y contingente, donde la identidad es una posibilidad.

La complejidad en Luhmann tiene una doble vertiente, por un lado es un constructo

³¹ Niklas Luhmann, Introducción a la teoría de sistemas, México, Universidad Iberoamericana, 1996

³² Ignacio Izuzquiza, ob. Cit. Pp. 100 – 104.

³³ Alejandro Navas La teoría sociológica de Niklas Luhmann, España, EUNSA, 1989.

teórico y además es el resultado de una determinada observación. En palabras de Luhmann “La complejidad no es una operación que un sistema efectúa o que se verifique en él; es un concepto de observación y de la descripción...”³⁴, es decir, que igual que todos los elementos de los cuales hace uso tiene la condición de ser tautológico, pues la complejidad contiene elementos complejos que no permiten diferenciarla fácilmente, es más, la propia complejidad es paradójica puesto que es una “unidad de la multiplicidad”.

La complejidad, se halla referida a la cantidad de elementos y de relaciones que puedan existir, pero ello no depende de la condición de facto de los sistemas, sino contrariamente de las posibilidades donde el observador logre descomponer tanto elementos como relaciones, ello es “la unidad de una multiplicidad de elementos y relaciones”³⁵, de tal manera la complejidad es un presupuesto multidimensional, que intenta romper frente a todo determinismo ontológico, y por lo tanto respecto a una dimensión única. La complejidad, implica multiplicidad de relaciones, es de naturaleza relacional, por lo que entraña afrontar el problema de la selección. Un mundo complejo presupone conexión y selección.

Al plantear comprender la teoría de los sistemas sociales, a partir de la diferencia entre sistema y entorno, es necesario definir un sistema, de ahí emerge la primera pregunta, ¿qué es un sistema?, no obstante el problema se encuentra cuando se tiene que

³⁴ Niklas Luhmann y Raféale De Georgi, Teoría de la sociedad, México, Universidad de Guadalajara, 1993, p. 56.

³⁵ Ibid. , p.61.

entender el sistema como unidad, como se señaló, en N. Luhmann se encuentra una renuencia por definir ontológicamente ciertos presupuesto de los que parte; lo mismo pasa con el concepto de “sistema”, que en su concepto es una *unidad*, una unidad que procede de la *diferencia*, esto no debe dejar de comprenderse como una paradoja, en el sentido que le da N. Luhmann a sus propuestas. Por lo tanto, “El sistema es la diferencia que resulta de la diferencia entre sistema y entorno”³⁶. Todo lo contrario de lo que sucedía con la teoría de T. Parsons, no es la unidad la que explica el orden social, sino por el contrario la diferencia es la que explica el orden social.

Pero para que cada sistema se distinga de otro, tiene que existir una única operación dentro de la cual el sistema se reconozca como tal, aquí surge la importancia de los aportes de la biología, por ejemplo, al considerar que en el sistema de la vida, la vida surge de la vida, es la operación que permite un sistema, en este caso el sistema de la vida. De aquí se abre la tan controvertida tesis de N. Luhmann, de que la operación del sistema social es la comunicación, vale decir que el sistema social tiene como operación fundamental la comunicación, y no la acción como lo supone las teorías sociológicas de la acción.

Esto puede funcionar, en la medida que la comunicación pueda diferenciar su entorno, de la misma manera como se relacione con otra de su mismo tipo, destacándose en este sentido la paradoja del sistema: “El sistema logra producir su propia unidad en la medida en que lleva a efecto una diferencia”. Solo hay unidad si hay diferencia.

³⁶ Niklas Luhmann, 1996, Ob Cit, p.62.

Todo sistema presupone un entorno, de tal manera se tienen que considerar la relación sistema /entorno, la pregunta no es tanto sobre la realidad o no de sistemas y entornos, sino que se convierte en una condición de posibilidad de apropiarse de la realidad. De ese modo, el realismo analítico de T. Parsons es sustituido por un constructivismo. En el caso de los sistemas, la postura clásica exigía diferencias, sistemas abiertos de los sistemas cerrados, con N. Luhmann tenemos una paradoja (recordemos que la paradoja sería otra forma en la que N. Luhmann pretende encarar la complejidad de la realidad), ella es que la única forma de que un sistema sea abierto es que sea cerrado, o dicho de otra forma, la condición de posibilidad de que un sistema sea abierto es que sea cerrado.

Todo sistema tiene una “clausura de operación”. Por clausura de operación podemos entender los límites que el propio sistema define mediante operaciones propias del sistema, que no se relacionan con el entorno. No es que la clausura de operación se lleve a cabo por una causalidad, sino que por el contrario la causalidad es atribuida a un observador que es el que selecciona. Esto significa, que no es el entorno el que define la clausura de la operación, sino que es el propio sistema y su operación el que lo hace, por eso es un problema de causa o efecto. La clausura de operación es la que permite la constitución de los sistemas, y está relacionada con la: a) auto-organización y la b) autopoiesis. Esto significa que la existencia de operaciones dentro del propio sistema (clausura de operación) pasa por estos dos tipos de operaciones.

La auto-organización, significa la “...construcción de estructuras propias dentro del sistema”³⁷, se refiere a la producción de estructuras propias mediante operaciones propias del sistema, ello entraña que el sistema no exporta estructuras del entorno, sino que las produce dentro del propio sistema, y es una operación fundamental para la constitución de un sistema, sin embargo cuando N. Luhmann habla de estructura, no se refiere a la clásica denominación, pues él la entiende no como entidades ontológicas constituidas, sino más bien cambiantes y efímeras, que son sólo relevantes en el presente, y únicamente pueden ser usadas en el sistema, puestas en operación.

Más que ser una unidad ontológica, la estructura es una “expectativa”. Las inflexiones para que se llegue a formar la estructura o surja la estructura son dos: **1) especificación y 2) generalización**. Las estructuras son parte de las operaciones del sistema, por lo tanto son circulares. Por ejemplo el lenguaje, que por un lado es posible mediante el acto del habla y por otro lado es condición de que se pueda hablar.

El otro polo importante en la estructura teórica de N. Luhmann es la autopoiesis. Esta es quizás una de las propuestas más importantes e interesantes que N. Luhmann desarrollara. Pues se sitúa entre la aportación más significativa de la propuesta de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela. Ellos proponen que los organismos vivos son autopoieticos, es decir que se reproducen a sí mismo (la vida surge de la vida).

³⁷ Ibid. p.85.

La autopoiesis, se logra en la medida en que se pueda articular con una sola operación, ello es que:

“...un solo tipo de operación produce el sistema siempre y cuando medie el factor tiempo... por tanto la diferencia entre sistema y entorno resulta por el simple hecho de que la operación se enlaza a operaciones de su propio tipo y deja fuera a las demás”³⁸.

La autopoiesis significa que son las propias estructuras las que le permiten constituirse y transformarse, por ejemplo el lenguaje solamente puede transformarse mediante comunicaciones, y ni siquiera por pretensiones de la conciencia del individuo. Hablar de autopoiesis es hablar de autonomía, ya que el sistema se define desde sus propios elementos, el sistema define lo que le es relevante de lo que le es indiferente. Así N. Luhmann entiende que la autopoiesis es un principio de orientación general, que responde a las preguntas: qué es la vida, qué la conciencia, qué lo social.

El otro aspecto importante, es la relación que existe entre sistema y entorno. A dicha relación, N. Luhmann la denomina *acoplamiento estructural*. Implica asimismo el aumento de la complejidad, si existe acoplamiento estructural es porque hay irritación, por ejemplo, el acoplamiento entre conciencia (sistema psíquico) y comunicación (sistema social) se produce a través del lenguaje. No existe la comunicación de

³⁸ Ignacio Izuzquiza, Ob. Cit., p. 67.

conciencia a conciencia, “*el acoplamiento estructural regular entre sistema de conciencia y sistema de comunicación se hace posible a través del lenguaje*”³⁹.

Por último el acoplamiento estructural proporciona:

“... *interpenetraciones e irritaciones. En eso sirven, a su vez, como formas que realizan esto y simultáneamente excluyen otras vías de interpenetración e irritación. Por interpenetración debe entenderse que un sistema autopoietico presupone las realizaciones complejas de la autopoiesis de otro sistema y puede tratarlas como parte del propio sistema. Así, toda comunicación confía en las capacidades de atención y expresión de las conciencias participantes, si bien no pueden intervenir en sus sistemas*”⁴⁰.

Para N. Luhmann *el sistema jurídico* implica, dentro de su teoría, un sistema autopoietico cerrado, es decir está funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad, por tanto posee un código propio y crea sus propias estructuras. El sistema jurídico se estructura bajo el código binario, legal /ilegal. Sobre dicho código se estructura la unidad del sistema jurídico⁴¹.

³⁹ Niklas Luhmann y Rafaele de Georgi, Ob. Cit., p.55.

⁴⁰ Niklas Luhmann, Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia, Madrid, Trotta, 1998, p. 143- 143

⁴¹ Pilar Jiménez, El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona, J M Bosch, 1993.

El sistema jurídico en el caso de N. Luhmann, se cierra en tanto éste realiza un cierre operativo. El sistema jurídico cumple su papel social manteniéndose cerrado a partir de las estructuras o programas de “decisión”, las cuales implican las distintas legislaciones, las decisiones judiciales y los contratos⁴².

Para Luhmann en una sociedad pluralista, policéntrica y con un gradual aumento de complejidad en su dinámica, el sistema jurídico se lo entiende de modo diferente, además por la dinámica de la autonomía que va forjando, aunque es difícil situarlo dentro de una pluralidad de horizontes.

Los intentos de N. Luhmann en su versión jurídica, tratan de dar cuenta del mismo, pero otorgándole un lugar marginal, ubicándolo como estabilizadora funcional “de las expectativas de comportamiento”⁴³. Conflictualmente los problemas se los enmarca y resuelve por el esquema binario justo jurídico/injusto jurídico, y siendo un sistema jurídico cerrado que se desmarca de su entorno, tan sólo manteniendo vínculos por observaciones e internamente por la relación como componente, en detrimento de lo que es importante en este caso la sociedad, con la cual ya no es posible mantener un intercambio directo, menos aún poder regularla, dado que actúan sobre sí mismo y entonces su regulación cobra un sentido sólo metafórico, si entroncan un cambio sobre sí, aparecen frente a otros subsistemas como un nuevo entorno y mimético, perdiéndose la reflexión sobre el sentido de validez del Derecho dentro un sistema

⁴² Ibid. P.304

⁴³ Jürgen, Habermas, Facticidad y validez, Madrid, Trotta, p. 112

normativo, colectivo, moral y político, finalmente desgajando al Derecho de la labor de “auto-organización de una comunidad jurídica”⁴⁴.

2.4. Moral, justicia y Tribunal Constitucional.

La Teoría Discursiva del derecho, propugnada por Habermas en su texto “Facticidad y Valides”, puede subvertir el panorama del sistema normativo de las leyes y del Derecho, apuntando sobre la estructuración de un Estado Social, que no va culminar en un mero Estado de Derecho; contrariamente es en la constelación de un Estado Democrático de Derecho, que tiene sentido a partir de la “auto-organización” como comunidad jurídica (En el sentido mencionado por N. Luhmann). Por ello, para esta teoría se trata de no caer en el intento de presentar a la Constitución como un macro-orden, que tenga por objeto regular la relación del Estado con los ciudadanos, o en el caso de que el poder administrativo, económico y social trate de adoptar tales posturas, es decir, que el orden autorregulado del derecho se envuelva en una especie de sistema por encima de los sujetos concretos.

Este abordaje del Derecho y el Estado, no reflejan una realidad que se presenta a todas luces en su densa pluralidad (político-social-cultural), y del cual una Constitución debe poder dar cuenta como formas de vida no descartables, y precisamente es a través de una vía “procedimental” (política-cultura-social) cómo los ciudadanos (que yacen en

⁴⁴ Ibid., p. 115

sus diferentes formas y mundos de vida) pueden alcanzar colectivamente y cooperativamente su autodeterminación para una vida, que no se muestra sólo “apetecible”, sino fundamentalmente “justa”⁴⁵.

Su modalidad es democrática y procedimental, haciendo conjunción de ambas para las condiciones reales de producción de las leyes, y que otorguen a su nacimiento el fundamento procedimental democrático. El propio Tribunal Constitucional, se lo ligará hacia un Estado Democrático de Derecho, dentro de la división de poderes y que precautele el sistema de derechos, y que respecto a los ciudadanos posibilite la realización efectiva tanto “pública” como “privada”.

Paralelamente se redescubren los derechos fundamentales, que en el modelo liberal de la separación e interdependencia de poderes se agota en protegerlo de la injerencia estatal, dando por supuesto que el individuo tiene todas las condiciones para gozar de su autonomía privada, sin entender que el sujeto en el interrelacionamiento colectivo tiene que luchar con otros poderes (usualmente más fuertes y violentos), que pueden ser más sobredeterminantes para un ciudadano en su intento de participación y comunicación en la vida, o en una concepción de una vida con trazos democráticos.

Esta problemática puede ser recogida para una visión que alimente al Tribunal Constitucional como problema de fondo, pues permite reconocer y activar el proceso democrático de producción de normas, donde al sujeto se lo articule dentro de ese

⁴⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*. Madrid; Trotta.

proceso comunicativo y participativo de producción de normas. Hay lazos del Derecho y las teorías democráticas, que hacen inflexión desde un ángulo “procedimental”, para articular una teoría del Derecho y una teoría Democrática, que produzcan un sistema normativo procedimental en un Estado Democrático de Derecho, aunando la formación democrática de la opinión y voluntad colectivas para una justicia procedimental⁴⁶.

Una derivación que la Teoría del Discurso configura para una “política deliberativa”⁴⁷, se forja desde el carácter “emancipatorio” para la sociedad, con y desde la formación democrática de la voluntad colectiva, que se asume en las convicciones éticas de los mundos de vida (intersubjetividad) de los sujetos, pero que tiene como origen de su legitimidad no ésta última característica, sino que se basa en el presupuesto comunicativo y procedimental como campo donde la deliberación discierne complejamente para que los mejores “argumentos” puedan “imponerse”, ganando además una dinámica abierta que le da el carácter público y democrático.

Si bien la Teoría Discursiva tiene, en las convicciones éticas en las que se han edificado los sujetos, una fuente principal de referencia para el núcleo deliberativo (política deliberativa), ésta no es suficiente como presupuesto, cuando dicha ética asociada como ethos de una comunidad de los ciudadanos, se presupone como que comporta una integración per-se, de los sujetos. De tal modo que una política

⁴⁶ Ob. Cit.

⁴⁷ Jürgen Habermas, La Inclusión del otro, Madrid; Paidós, 1999, pp. 231-258.

deliberativa con esas características no tendría posibilidades de articularse, ya que lo que se evidencia es una cuasi fetichización de la autonomía del sujeto (ciudadano).

De ahí que el Tribunal Constitucional se puede desenvolver bajo el eje de la comprensión procedimental de la Constitución, cuya legitimidad la contrae, en la aplicación del derecho (lógica de la argumentación), y en esa dinámica de protección del proceso democrático que en el Tribunal Constitucional se produce.

La praxis del Tribunal Constitucional, sólo es inteligible a la par de la Constitución, por ello se restringe su incursión teórica, como también clarifica a la Constitución de hermenéutica y articuladora de un sistema de derechos vinculado hacia la consolidación de la autonomía privada y autonomía pública. Entonces no es difícil que el Tribunal Constitucional haga valer el procedimiento democrático y la formación deliberativa de la opinión y la voluntad política ciudadana.

No significa ello que al relacionar al Tribunal Constitucional con una actitud paternalistas, ante una supuesta “minoría de edad” de los ciudadanos, porque se apuesta precisamente con la política deliberativa a entrever y conformar un “espacio público jurídico politizado”⁴⁸, que hace de la comunidad no el de una minoría de edad, sino desde la deliberación crítica una “adulta comunidad de intérpretes de la

⁴⁸ Ibid.

Constitución”⁴⁹, que ya no es por lo mismo problema para el Tribunal Constitucional asentarse y actuar tan sólo como un tutor.

Si la política deliberativa juega un rol fundamental en la producción de normas, es en el sentido de cómo puede regularse una materia en interés de todos de modo implicante, que trascienden por tanto las formas de vidas particulares y colectivas, aunque deban guardar consonancia con principios morales para que tenga validez y legitimidad, incluso traspasando la comunidad jurídica específica.

Los conflictos e intereses avenidos a este propósito deben también ser más que superados, equilibrados, para que no vulneren los valores básicos de una cultura u otra. Lo que da pie, desde el consenso y al responder a una cultura deliberativa, a la formación de “compromisos” en el marco de las potencialidades de amenazas y peligros.

El “compromiso desenvuelve justamente el detonante de la “voluntad” de los ciudadanos, como “disposición” para el consenso cooperativo, o de respeto de reglas de juego para la convivencia de una comunidad jurídica. Entonces el modo deliberativo de la praxis normativa “cuida” la pretensión de validez de las normas jurídicas, para que puedan dar fe orgánicamente del “bien común”, como también de la posibilidad de realización de los principios universales de justicia, en una sociedad que si bien pronto va conformándose de forma compleja, también por ello mismo

⁴⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Ob. Cit.

muestra su pluralidad en todos sus campos, aunque siempre en clave democrática, o de cómo se convierte el proceso de producción legislativa en condición *sine qua non* de la producción legítima de derecho.

CAPITULO III:

LA RELACIÓN ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL CONTEXTO JURÍDICO BOLIVIANO

Corresponde iniciar la exposición de este capítulo aclarando cómo es posible identificar en el contexto boliviano esta dicotomía, asumiendo que no se trata de una simple adecuación entre un concepto y una realidad, antes hay que descifrar esa relación entre concepto y experiencia partir de la cual es posible estructurar una hipótesis, esto es lo que se entiende por una estrategia hermenéutica, es decir, en principio explicaremos los principales presupuestos de la relación entre legalidad y legitimidad en sentido sociológico jurídico para luego articular esta discusión con la experiencia boliviana, puesto que solo identificando esta diferencia podremos establecer esta ruptura -punto central de nuestra hipótesis- de ahí que partamos del marco conceptual habermasiano para establecer cómo es posible desarrollar una sociología jurídica la cual la desmontaremos en la medida en la que vinculemos a la experiencia boliviana.

3.1. Legalidad y legitimidad desde el marco de la sociología jurídica

La concepción de Habermas ha sido una de las más importantes en el contexto mundial y tal vez su obra *Facticidad y Valides* expresa un intento central para re-situar

su teoría del discurso amparado en la ética del discurso, esto implica reinterpretar la relación entre derecho y sociedad desde una óptica filosófica importante a la que resumiremos brevemente, pero tomando un punto de vista central el denominado “giro lingüístico” en filosofía ya que este es el ingrediente más importante para establecer una nueva interpretación de las ciencias humanas y sociales donde el derecho encuentra su ámbito de nucleamiento más central.

En el ámbito de la problemática de las ciencias sociales y humanas los fundamentos de éstas estaban articulados a la perspectiva en función del tema del sujeto, visto desde las intenciones de éste. Incluso las perspectivas críticas de este agotamiento del sujeto se veían signadas por la aparición del discurso crítico de la modernidad. Por ejemplo Michel Foucault señalaba que el sujeto se había disuelto en el ámbito de la búsqueda de un sujeto empírico que nunca encontró, esa disolución esta realizada por el lenguaje, es decir, aparecen los sujetos que se estructuran en el lenguaje⁵⁰. El fundamento de las investigaciones no es ya el sujeto abstracto sino es el lenguaje.

Esto significa que ahora no se fundamenta la ciencia social en las intenciones de los sujetos, el sujeto no es un actor enfrentado al mundo, sino que es porque vive en el lenguaje. De ahí que Habermas utilice este giro lingüístico para desarrollar de otra manera las ciencias humanas y sociales.

⁵⁰ Michel Foucault, *Las Palabras y las cosas*, España: siglo XXI, 1997.

Esto tiene mucha significación para nuestro trabajo ya que debemos partir reconstruyendo algunos elementos de este giro y así reinterpretar la relación entre Estado y sociedad de ahí dar el salto que nos interesa, la discusión del orden normativo jurídico boliviano.

Si realizamos una reconstrucción debemos empezar en el origen de la racionalización del mundo, en este sentido nos apoyaremos en dos concepto o definiciones de Habermas para entender este proceso y luego concretizamos estas nociones en el contexto de Bolivia. Las dos categorías que nos servirán son: el de **sistema** y **mundo de la vida**.

Por el primer concepto debemos entender que nos referimos a todas aquellas instituciones autorreguladas, que se convierten en impersonales y que se desarrollan bajo el marco de lo formal, es decir reglas establecidas o normas convertidas en “leyes” por ejemplo, un sistema político y/o un sistema jurídico; todas estas instituciones autorreguladas en función a leyes establecidas o consensuadas.

Por el otro lado, el mundo de la vida, es el conjunto de saberes y conocimiento estructurados en el ámbito más amplio de la vida social, aquella que si bien se estructura a partir de instituciones, pero estas no tienen la rigidez de ser leyes sino que son ordenes de la vida en donde los proceso sociales emergen, son modos de organización sociales que no se han convertido aún en sistemas sino que son normas y

valores sociales yuxtapuestos, diferenciados en el ámbito de la sociedad, este es el núcleo del cual se nutre un sistema diferenciado y al cual debe su existencia, sin embargo puede decirse que el sistema formal se automatiza, de este nivel adquiere “vida” independiente, a esto se denomina autorregulado.

Partiendo de estas definiciones debo señalar que para que emerja un sistema jurídico determinado éste debe convertirse en un sistema formal de reglas y éstas tienen que ver con paradigmas de legalidad y de justicia que han existido desde el origen mismo de cualquier organización humana, ahora bien, esto no implica que ambas se hayan originado de la misma manera, puede ser que tanto un sistema jurídico como tal y la sociedad en la que se encuentre, estén completamente alejadas, y esto puede suceder porque precisamente un sistema jurídico se expresa en normas formales despersonalizadas que pueden “enajenarse” del mundo de la vida bajo el cual emergió.

Es decir, que a la sociología jurídica se le olvida que un sistema formal de reglas y de derecho es un modo concreto de formalización a partir de los problemas concretos de un mundo de la vida. El mundo de la vida pre-existe al sistema autorregulado formal y por tanto cuando este aparece puede desentenderse del mundo de la vida bajo el cual emergió, en este sentido, para captar las cuestiones de legalidad y legitimidad de un sistema jurídico formal se debe en principio desarrollar cual es el tipo de relación que existe entre ambos y como se logran articular, mostrando de entrada las dificultades en una sociedad boliviana para encontrar un “acoplamiento estructural” en sistema

jurídico moderno y mundo de la vida. De ahí que encontramos un nivel de esta contradicción desde el plano mismo de la realidad boliviana que nos aparece como un conflicto entre legalidad y legitimidad.

Continuando con nuestra temática, hay que entender que el derecho como sistema de normas no es una “invención” exclusiva de la modernidad aunque es evidente que el grado actual alcanzado se debe a la civilización occidental. A partir de un pequeño esbozo se puede identificar que las normas jurídicas son el prerequisite de las articulaciones jurídico y sociales en el plano de las reivindicaciones sociales. Podemos decir de otra manera que un sistema jurídico debe tener un modo de organización en función a sus fines racionales, es decir, en función a la eficiencia de sus normas esto es lo que Weber llamo “racionalización de la organización”.

Pero al mismo tiempo los miembros tienen que estructurarse racionalmente, es decir, también perseguir estos fines a partir de su individualización. Tiene que haber una sociedad que garantice la socialización en las normas de los propios individuos, en tanto que ciudadanos, para que los aspectos más desconexos del mundo de la vida se normativicen en el sentido de normas formales del derecho, para decirlo en palabras de Habermas se necesita que se *juridifique* el mundo de la vida en muchos aspectos.

Cuando las normas sociales que hacen posible toda institución social se conviertan en normas definidas consensualmente y que se conviertan en un ente autónomo del

mundo de la vida misma, emerge el sistema jurídico como tal, es decir, hay un génesis histórico social que define la relación entre sistema jurídico y mundo de la vida. De esto hay que sacar lecciones para comprender lo que sucede en nuestro caso, esta historia es la historia de una sociedad o de un tipo de cultura en concreto, por ejemplo el modelo jurídico moderno, pero no se puede esperar que suceda lo mismo en todas partes del mundo, a no ser que reconozcamos una evolución lineal de las culturas en la que la evolución de la cultura occidental sea la culminación final de toda posible realización; en este caso de los sistemas jurídicos: el sentido del derecho.

Se trata de pensar que hay que situar históricamente la existencia de un acoplamiento estructural en el sentido de un desarrollo armonioso o legítimo de ambos, ya que esto no es universal en sí mismo. Hay una sub-sunción de los individuos a las condiciones formales, esto es reglas formales, así se autonomiza el sistema jurídico internamente. En todo caso, puede decirse que esto sucedió en occidente, pero la pregunta es aquí. ¿Cómo se da esta formación entre la racionalidad del sistema formal jurídico y el mundo de vida bajo el cual se organiza?, un sistema jurídico presupone un modelo racional de la acción aspecto que tienen que darse en un desarrollo histórico; si bien las sociedades de China, India y la antigua Mesopotamia, también estructuraron sistemas jurídicos, para las concepciones occidentales estas consideraciones no alcanzan el grado supuesto de modernidad que definen los pensadores occidentales entre ellos Weber y Habermas.

Una sociedad racionalizada -como vimos en la parte de la discusión teórica en el capítulo segundo- presupone la emergencia de la burocracia despersonalizada y que maneje las reglas y normas establecidas por el Estrado ya sea en el nivel político o jurídico. Esto implica un acoplamiento entre modo de la vida y sistema, es más, ésta presupone, en la medida en que se genera ambos, la especialización en el marco de las sociedades modernas, que a su vez presupone el surgimiento de una sociedad capitalista, donde la racionalidad es sinónimo de instrumentalización de la acción.

Mientras la sociedad va generando estos sistemas autorregulados, el mundo de la vida que en principio obedece a patrones de racionalidad diversos y que no se encasillan en las perspectivas exclusivamente instrumentales de la acción, los sistemas adquieren la especialidad del tipo de acción racional, en función a medios y a fines, de ahí que la burocracia sea el componente central de los sistemas autorregulados, incluyendo el jurídico, entonces las normas sociales que son el contenido material, se expresan en el sistema jurídico a partir de reglas procedimentales de acción instrumental. Esta es la característica específica de un sistema autorregulado.

Pero retomado la pregunta qué sucede cuando hablamos de las normas sociales convertidas en sistemas jurídicos, en sociedades donde este acoplamiento no tiene el mismo proceso histórico?, ¿Cómo se entronca el sistema jurídico con el mundo de la vida? Veamos estos aspectos a continuación.

3.2. La legitimidad jurídica en una sociedad abigarrada

Fue René Zavaleta quien desarrolló esta noción de abigarramiento en el caso de la sociedad boliviana, y en una perspectiva re-interpretativa podemos señalar que el abigarramiento desemboca en una racionalización del sistema jurídico en el sentido del tipo de Estado que implica en una sobre-posición de sociedades con distintos “modos de producción”, que no están contenidos dentro de un “Estado aparente”, al respecto señala Luis Tapia:

“La noción de lo abigarrado de Zavaleta aparece para abordar el problema de la falta de articulación de los modos de producción, y sobre todo el de las otras dimensiones en la vida social, principalmente la política, en sociedades como la boliviana donde el capitalismo se ha desarrollado débilmente y, en consecuencia, la transformación y articulación de las otras cualidades sociales es altamente parcial”⁵¹

El punto de vista central es el que no hay capitalismo, en sentido estricto o éste se desarrolla débilmente, lo que ayuda a que otros modos de relaciones productivas distintas al capitalista se generen y desarrollen, estos además contienen formas institucionales diferentes al modo institucional moderno. Hay una heterogeneidad de

⁵¹ Luis Tapia. La producción del conocimiento local, La Paz muela del diablo 2002.p. 308.

tiempos históricos y a estos les corresponden unos determinados tipos de normas jurídicas y políticas, que el sistema autorregulado del derecho no se acopla.

Esto es entre mundo de la vida, compuestos por distintas historicidades sociales y sistema autorregulado jurídico moderno, no existe un acoplamiento, más bien lo que emerge es una superposición en los distintos mundos de vida y el sistema formal moderno. Pero es posible visualizar esta distinción a la cual Zavaleta llamara Estado aparente en el análisis que realiza en sobre el por qué se pierde la guerra del Pacífico, entonces él señala que la pérdida se debió a que en Bolivia y en Perú la guerra era puramente interestatal, mientras que para Chile ésta convergía también a la intersubjetividad del pueblo chileno⁵².

Es decir, no se ha generado una intersubjetividad entre la sociedad o el mundo de vida y el Estado que representa en este caso lo más moderno dentro de la sociedad boliviana, en el sentido de que es la expresión del Estado capitalista en una sociedad en donde no se ha acoplado históricamente estas dos dimensiones. De ahí que sea difícil sostener que el sistema formal jurídico o cualquier otro puedan lograr estructurar de forma de exitosa una intersubjetividad acorde. No hay acoplamiento estructural entre los sistemas modernos y el mundo de la vida, no solo porque es necesaria una evolución, sino principalmente por la especificidad de las sociedades

⁵² Rene Zavaleta. Lo nacional-popular en Bolivia, México, Siglo XXI, p. 59.

latinoamericanas, pero principalmente la boliviana donde otro tipo de “modos de producción” aun persisten.

En este sentido, una aspectos del surgimiento de la legitimidad de un sistema jurídico político no correspondía y este nivel es la condición subjetiva de los hombres a partir de su consideración jurídica como ciudadanos, pero para que esta subjetividad pueda constituirse presupone la “*intersubjetividad*”, es decir el ámbito del lenguaje en tanto es la expresión del horizonte y el mundo de la vida del sujeto, que se haya racionalizado bajo un sistema capitalista moderno.

Para decirlo en palabras de Kart-Otto Apel⁵³, es la “comunidad de comunicación”, que es parte central de toda constitución de subjetividad. La comunidad de comunicación presupone a sujetos constituidos por el lenguaje, una “*comunidad de hablantes*”, entendiendo que los sujetos utilizan los juegos del lenguaje no sólo para relacionarse unos con otros, sino para constituirse, individualizarse como sujetos en tanto auto-conocimiento (subjetividad) y el conocimiento del mundo⁵⁴, esto es la intersubjetividad⁵⁵. Y es justamente esta falta en el caso boliviano que hace imposible

⁵³ La transformación de la filosofía Tomo II, Madrid: Taurus, 1985. 209

⁵⁴ Ibid, p. 211.

⁵⁵ La intersubjetividad, no parte del “solipsismo metódico” (Apel, 1985), es decir, del sujeto consiente individualizado en tanto que intencionalidad inherente a él. Para el solipsismo metódico la intencionalidad del sujeto, que es su subjetividad, es un hecho prelingüístico (Cortina, 1999: 144), donde los sujetos actúan a partir de intenciones y utilizan el lenguaje sólo como un mero instrumento. En nuestro caso, siguiendo a Apel, el lenguaje constituye la subjetividad, ningún hecho subjetivo es prelingüístico, más bien o primordialmente está constituido por el lenguaje, en este sentido constituye una comunidad de hablantes, esto es que ninguna subjetividad puede ponerse por fuera de la intersubjetividad que está implícita en el lenguaje en este sentido utilizamos el giro lingüístico al cual hacemos referencia anteriormente..

un acoplamiento entre mundo de la vida y sistema formal, lo cual trae como consecuencia secuelas importantes en la formación y formulación del sistema jurídico boliviano, ya que sin este requisito la legitimidad se escinde de la legalidad.

En estas distintas temporalidades de las cuales habla Zavaleta, no se ha logrado desvincular lo político de los social, y por tanto lo jurídico aun aparece fundido con lo social a diferencia de lo que se define para una sociedad moderna y capitalista, donde estos ordenes de la vida se han desacoplado y se han reorganizado en interrelación con sistemas autónomos y autorregulados, burocratizados; entonces no es posible generar una intersubjetividad acorde a este proceso y se superpone la formalidad moderna de las leyes y las instituciones desde arriba, desde una decisión fuera del proceso histórico concreto boliviano. Entonces no hay acoplamiento entre el sistema jurídico boliviano y los mundos de la vida que se hallan en el seno de una sociedad abigarrada.

El estado moderno ha sido el producto de una suplantación del proceso histórico desde una “imposición” de un modelo determinado de corte moderno que se expresa en un orden formal que no se corresponde con las leyes y las normas, están escritas pero la creación de una intersubjetividad que se acople a está no está clara y más bien encubre este proceso, entonces dependiendo de la mentalidad de los gobernantes, el horizonte de modernización del sistema jurídico constituye a su vez la perpetuación de este

orden de encubrimiento entre legalidad y legitimidad del sistema jurídico. Veamos un poco más al respecto:

“Lo abigarrado, entonces, es una diversidad múltiple: Es diversidad de tiempos históricos y diversidad de historias; diversidad de formas políticas o estructuras de autoridad que implica diversidad cultural o, en sentido más general, de civilización que, sin embargo, coexisten o forman parte de lo que hoy se reconoce como una sociedad más o menos nacional o país”.

“(…) lo abigarrado no es simple fenómeno de lo diverso y coexistente, sino que es un análisis estructural e histórico genético de los tipos de diversidad que lo componen y de los márgenes y formas de desarticulación”⁵⁶.

Esto es, hay una “dominación articulada” aunque no ha logrado subordinar a los otros mundos de la vida, de ahí que esto devenga en un proceso que quiebre lo legal de la legalidad, por lo menos si no se restablece esta ruptura o desacoplamiento, que como muestra Zavaleta, es parte constitutiva de la sociedad boliviana. Es decir, el sistema legal viene sobrepuesto, no tiene un desarrollo entre las temporalidades sociales, que tiene una especificidad política y social distinta, amparado en normas sociales y

⁵⁶ Luis Tapia, ob. Cit, p. 312.

morales que no desprenden del mundo de vida. O para poner en términos habermasianos, el sistema no ha colonizado el mundo de la vida.

En el caso específico de Luis Tapia cuando trata de realizar una lectura intercultural del fenómeno institucional y jurídico del caso boliviano hay que tomar en cuenta que toda institución no es el mero reflejo de una racionalidad transcultural ni universal en sí mismo, es también un fenómeno cultural y por tanto las instituciones modernas dentro de sistemas especializados y autorregulados son la expresión “monocultural” dentro de una sociedad “multi-societal” en tal sentido se sigue manteniendo la imposición del sistema jurídico, por tanto la legitimidad de este es sobrepuesta y no se la construye desde abajo.

“El carácter multi-societal está dado por el hecho de que los sistemas de relaciones sociales existentes corresponden a diferentes tipos de civilización, la una agraria, la otra moderna capitalista, a las que corresponden diferentes modos de transformación de la naturaleza en los procesos de producción y diferentes formas de organización del gobierno de las mismas”⁵⁷.

Vista desde una perspectiva intercultural las instituciones tienen una especificidad histórica que van de la mano de la cultura. En otras palabras, hay que ver a las

⁵⁷ Luis Tapia. La condición multisocietal, La Paz: Muela del diablo, 2002, p. 16.

instituciones modernas como el sistema jurídico o el sistema político, no como expresiones de una racionalidad universal, tal como sostienen algunos teóricos y filósofos occidentales, para los cuales estos componentes son expresión del desarrollo “racional” de la humanidad.

Contrariamente a ello, las instituciones modernas como el Estado o el sistema político o jurídico, son también expresiones culturales, que no pueden ser “universales” en el sentido pleno, si hay un grado de reflexividad al cual se ha llegado, es a comprender que existen otras culturas que contienen instituciones sociales no modernas que son tan racionales como las occidentales. En este sentido es insostenible considerar que la humanidad va hacia un desarrollo ascendente lineal. Una lectura intercultural de las instituciones jurídicas mostraría también las dificultades de una interpretación “monocultural” del sistema jurídico como si este fuera su único modo de existencia.

De ahí que tanto Zavaleta como Tapia, evidencian que hay una superposición en la propia conformación de la sociedad boliviana, por lo tanto para entender la distinción entre legalidad y legitimidad, creo que es necesario partir de este desacoplamiento que se da en Bolivia entre el sistema jurídico formal y los mundos de la vida existentes en Bolivia o lo que Zavaleta llamo lo abigarrado, veamos entonces cómo se articula este abigarramiento ya en el proceso mismo de la articulación entre sistema jurídico y la sociedad.

CAPITULO IV:

LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DEL ABIGARRAMIENTO

En el capítulo anterior pusimos en evidencia una característica estructural y no meramente técnica de la contradicción entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, y que se refería al fundamento de la sociedad boliviana en cuanto tal, se trata de una forma específica de contradicción que tiene como un primer nivel esta diferencia entre la sociedad boliviana como especificidad y la forma del derecho moderno, ahora bien no es el único nivel de abigarramiento, sino también se trata de un abigarramiento en un doble nivel y este es el referido al fundamento mismo del Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, que obedecen a dos dimensiones distintas de visiones de sociedad y por tanto concepciones jurídico y políticas diferentes.

En este capítulo escudriñaremos un poco más a que se refiere esta contradicción y este otro nivel de abigarramiento.

4.1. Los fundamentos filosófico-jurídicos del Tribunal Constitucional

Cuando señalo que se trata de visiones distintas de sociedad, me refiero a las concepciones de mundo inscritas en el fundamento filosófico que cada concepción jurídica la presupone, y esto significa comprender que a una determinada forma de

concebir las relaciones jurídicas le presupone una posición ontológica de sociedad que le subyace. Este es el nivel filosófico del que estamos hablando, que se expresa en tanto toda concepción jurídica tiene presupuesto una determinada concepción de sociedad y al mismo tiempo una definición de lo que es legalidad.

El derecho no solo es la expresión mecánica de una norma técnica, puesto que no creemos que se trate de sistemas autorregulados a la manera de Luhmann, que además como ya señalamos en la parte del marco teórico, supone que el derecho es un sistema cerrado autopoieticamente al cual le es suficiente con reconocer los procedimientos, establecido a la manera de códigos binarios, los cuales son los únicos reconocidos. Es decir, en la pretensión de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann solo se expresa el derecho como una cuestión meramente técnica solamente de procedimientos y de competencias que en realidad convierten al derecho en una institución técnica alejada de las otras cuestiones.

Esta noción de derecho funcionalizado en razón meramente técnica, niega la posibilidad de encontrar que aun la más técnica de las normas jurídicas supone un contenido moral adscrito implícitamente a cualquier procedimiento y que no se reduce a un efecto positivo que se vea reflejado en una regla técnica. Por ejemplo, el concepto de justicia contiene elementos morales que no se reducen a una razón técnica, de ahí que reducir el derecho a una razón técnica involucre un desconocimiento no solo de lo que implica justicia sino de la propia legalidad y legitimidad de una sociedad .

Por ello es insostenible reducir desde un punto de vista filosófico-jurídico el derecho a una cuestión meramente técnica, además porque el derecho tiene una función social muy importante y esta es que debe también contribuir a la integración social. Integrar a la sociedad, tal y como lo sostiene Habermas.

Para comprender un poco esta noción filosófica, tenemos que remontarnos inevitablemente a temas áridos de filosofía, porque entender qué es lo que subyace a la concepción de Tribunal Constitucional implica entender cuál es su fundamento y su fundamento es en última instancia filosófico.

Para entrar a una discusión sobre cuestiones filosóficas, no hay que olvidar que no se trata de simples afirmaciones, se trata de concepciones del mundo que no son producto únicamente de un “genio” ilustrado que se le ocurrió maquinar en su mente una concepción de un mundo cualquiera, se trata de una visión que en gran parte expresa lo acontecido en la historia, sin que por eso se tenga que decir, que se trata de una mera repetición mecánica. Pero ahora no se trata de saldar cuentas con esta cuestión, específicamente tratado por los filósofos, sino que veamos a que nos referimos con esta idea de que la filosofía o el presupuesto filosófico expresa una concepción del mundo.

En un plano filosófico cuando queremos acceder a aquello que fundamenta cualquier concepción de sociedad tenemos que identificar qué tipo de concepción del mundo subyace a nuestra noción de sociedad, es decir, hay un fundamento bajo el cual las

cuestiones del mundo tienen sentido, no es que se expresan como un montón de cosas inconexas y que luego se nos ocurre la conexión. En otras palabras, siempre que nos referimos a temas dentro del mundo humano las cosas nos aparecen con sentido porque ya desde el momento en que nacemos, las cosas tienen un sentido, que nosotros no nos inventamos sino que ya existe.

Fue el filósofo alemán Martín Heidegger, en su famosa obra *Ser y Tiempo*, quien planteó que lo propiamente constitutivo de la relación del hombre en su existencia no se basa en la perspectiva intelectual del ser, vale decir, que no se trata de que los seres humanos al nacer recién tomemos conciencia de nuestro mundo o nuestro mundo sea consciente intelectivamente con la razón. Por el contrario, nos dice Heidegger, hay que partir del ser en tanto que ser-en-el-mundo, donde un modo de ser constitutivo es el de estar abierto a este mundo.

Es decir, el sentido o el horizonte de sentido de nuestro mundo ya existe y como seres humanos no venimos como individuos aislados, venimos ya con un mundo que está a nuestras espaldas que ya tiene un horizonte y que nos acoge. Por tanto, todo este horizonte que tenemos a la mano y que no está en principio de forma consciente en nosotros, es el fundamento de nuestra relación con el mundo. Este es el nivel ontológico por excelencia, se trata de nuestro “horizonte de sentido” aquello que da fundamento a nuestros actos e instituciones todo eso conforma el horizonte y el fundamento de los seres humanos.

Gracias a esta distinción realizada por Heidegger, podemos decir que todas las sociedades tenemos un fundamento que estructura el sentido dentro de ella y esta es el horizonte de sentido (ontológico) que hace posible que las cosas en el mundo tengan sentido. No es que yo doy sentido a las cosas por mi conciencia, como piensa un realismo ingenuo, sino que el sentido ya preexiste y yo con mi conciencia solo lo tematizo, es decir, lo vuelvo consciente mucho después.

La comprensión del mundo es la característica fundacional que posibilita cualquier tipo de relación posterior con el mundo, me comprendo en un mundo que ya contiene los sentidos. Esto abre la posibilidad del fundamento de la realidad, es decir de su ontología, en tanto ser-en-el-mundo.

Cuando Heidegger toma como punto de partida el sujeto en un mundo, a partir de una relación práctica con él, entiende a esta relación como comprensora con el mundo. En esta práctica comprensora con el mundo se funda la comprensión y entiende que el hombre, por tanto está abierto al mundo, no ya desde un plano racional, sino desde una disposición “afectiva” frente al mundo donde el modo de ser primordial y que lo liga a él, es el de estar abierto al mundo y por lo tanto ya comprender el mundo por el hecho de la existencia del hombre en el mundo.

Esta comprensión del ser en-el-mundo abre la posibilidad de establecer que la comprensión no es un fenómeno de la razón moderna sino que es constitutiva del hombre en tanto es su forma primigenia o primera de establecerse y de ser-en-el-

mundo, por ello no estamos ante la totalidad que nos plantea el conocimiento objetivo y científico sino nos hallamos ante la apertura que se expresa en es facticidad del ser-siendo, y ese ser-siendo se expresa como rasgo fundamental en la comprensión. Esta sería la ontología fundamental de la que se parte.

Siguiendo con este razonamiento, las cosas que están en el mundo tiene un orden, es decir un sentido, gracias a que existe este fundamento ontológico, gracias al cual es posible que yo dé sentido a las cosas. Entonces de la misma manera que ésta, es la forma primigenia de relacionarnos con las cosas cotidianas, con las instituciones tales como el Tribunal Constitucional, que en su caso sucede exactamente lo mismo. Las instituciones tienen un sentido que no siempre es claro y esta implícito, y este horizonte de sentido del cual se desprenden de las instituciones es lo que se puede denominar el fundamento filosófico de estas.

Por eso es que mencionábamos anteriormente que la cuestión filosófica no es solo una mera postura de algún filósofo, sino es la formalización en lenguaje filosófico de este horizonte de sentido que nos pre-existe, y esto quiere decir que no solo hay un solo fundamento sino que pueden haber varios fundamentos, dependiendo del nivel en que nos movamos y de los horizontes de sentido bajo el cual nos encontremos.

De ahí que una institución cualquiera tiene también su historia y es bajo un horizonte de sentido que puede emerger como tal, sin ese horizonte de sentido, no se puede comprender sus características, por eso es que en este nivel se pueden dar

contradicciones como las que vivimos entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria, porque obedecen a horizontes de sentido distintos que es necesaria aclarar antes de simplemente resolverlos por una vía técnica legal que no resolvería el problema sino sería un parche. Y esto como ya lo dijimos, tiene que ver con la contradicción histórica específica de la formación social boliviana también.

4.2. La concepción de sociedad del Tribunal Constitucional

Como habíamos señalado el derecho extiende y focaliza su potencial en cuanto “manera de integración de los individuos socializados en el medio de la comunicación” (Habermas) es decir, el derecho se articula argumentativamente, porque no implica una mera regla técnica, sino que permite crear lazos a partir de los sujetos en sus actos de habla, en el momento que ellos en su vida cotidiana responden a normas que guían su acción, esto también mantiene el orden social, es un modo de integrar a la sociedad. Por ejemplo, respetar las señales de tránsito son parte inherente a las normas pero al mismo tiempo esta norma integra y rige a la sociedad, entonces fundamentalmente en el derecho se encuentra la real posibilidad de que la “integración social” permita el mantenimiento del orden social.

Por ello no se puede negar que las situaciones de una integración social, se refracte dentro un “mundo de la vida”, es decir, dentro de la vida cotidiana ahí es donde el derecho rige y se alimenta de ésta. Que el derecho integre a la sociedad, quiere decir que este se halla articulado en lo profundo de las convicciones sociales, que hay un

modo cotidiano de entender las reglas sociales y por ese motivo es posible que el derecho integre a la sociedad, porque lo que se da al interior del sistema jurídico tiene su anclaje en el mundo de la vida cotidiana, es más existe un “acoplamiento estructural” para utilizar una definición de Luhmann, entre el mundo de la vida cotidiana y el sistema jurídico.

Los sujetos integrantes de la sociedad tienen que estar socializados de tal manera que el modo jurídico de su relacionamiento no solo sea específico del campo jurídico, sino esté también presupuesto en sus acciones cotidianas.

No es que las normas están por encima y hay que obedecerlas porque sí, sino que los sujetos las reconocen porque es parte de su convivencia cotidiana en sociedad. Los sujetos se mueven en el marco de patrones de interacción socializados y compartimentados, donde el mundo de la vida representa un saber de fondo, de una constelación cultural y de lenguaje.

Aquí debemos introducir un tema fundamental antes de llegar al punto neurálgico de nuestro trabajo, y es que desde el punto de vista del derecho es importante tomar en cuenta que pese a la secularización de la norma jurídica existe aún una relación entre derecho y moral que no se diluye, ya que no se puede soslayar el hecho de que esta articulación entre derecho y moral también permite entender por qué el derecho integra la sociedad.

Si solo fueran reglas jurídicas desprovistas de todo contenido moral no habría razón para hablar de que el derecho integra la sociedad, solo sería cuestión de mera obediencia ciega a una ley muerta, y aun así necesitaríamos todos estar de acuerdo explícita o implícitamente que debemos seguir estas reglas. Entonces de cada modo o manera de seguir las reglas se desprende una moral y esto puede ser pensado también en sentido evolutivo.

Fue Kohlberg colaborador estrecho de Piaget, quien desarrollo una manera de establecer cómo es posible comprender que las morales de la conciencia de la humanidad “evolucionan”, en el sentido de que hay estadios de moral a la cual las sociedades llegan y esto tienen que ver estrechamente con la relación de las sociedad con la ley; dependiendo del modo como la conciencia social expresa o se relaciona con las leyes, se corresponde un tipo de conciencia moral.

A partir de esta teoría de la “evolución” moral de Kohlberg, Habermas ha desarrollado tres modelos de conciencia moral que a su vez corresponden a tres tipos de sociedad independientemente de contexto cultural, por un lado se encuentran: **las sociedades pre-convencionales**, aquellas en donde las sociedad tienen normas pero no las respetan; **las sociedades con conciencia moral convencional**, que son aquellas sociedades en donde las normas sociales establecidas se respetan y por último **las sociedades post-convencionales**, que son aquellas donde las normas morales se respetan pero que también pueden ser modificadas en función de las dificultades que atraviesa cada sociedad, existe una relación reflexiva con las normas sociales.

Estos tipos de conciencia moral dependen de la dinámica propia de las sociedades tendientes a una mayor complejización, que significa su constante diferenciación social de las estructuras sociales, en cada caso se dan procesos evolutivos para resolver estos problemas, ya sea en función de la adscripción de normas rígidas o a su reflexión discursiva de la misma.

Bajo dicha moldura, es posible organizar distintos marcos normativos, por ejemplo, las sociedades denominadas sociedades tradicionales están señalizadas por un matiz religioso o sacro, las morales podían ser o convencionales o pre-convencionales en la medida en que se relacionen con sus leyes y normas.

Pero en una sociedad marcada por rasgos desacralizados, ya no se articula a partir de garantías metasociales como puede ser la religión, ya que la fuerza de la validez de las normas ya son racionalizadas y comprendidas como necesaria pero siempre problemáticas desde el marco interpretativo de los sujetos. Por ejemplo, con la aparición de nuevos derechos, como los ecológicos, las reivindicaciones de movimientos feministas, etc., esto ya presupone una normativa inherente a la sociedad, pero que puede ser retomada por otros actores sociales que reivindiquen sus derechos y no se restrinja la normativa a la simple aplicación llana y seca de la ley, esto es lo que se llama una conciencia post-convencional.

Si bien, las libertades subjetivas pueden estar libre de la coerción del derecho objetivo, son pues por ello que los derechos subjetivos van a marcar los ámbitos de las libertades individuales de acción, que trazan las modalidades de lograr los intereses privados, constituyéndose en el eje del derecho moderno. Esto no niega que a cada modo de aplicación de las normas le presupone una determinada conciencia moral y ésta a su vez presupone un determinado tipo de sociedad, es decir, cada una de ellas tiene un fundamento ontológico, cuyo alcance está estrechamente relacionado a la función que este cumple.

En otras palabras, el modo de relacionamiento con la norma se halla acoplada al tipo de conciencia moral de la sociedad, si en una sociedad los individuos ya no se articulan bajo la égida de los roles adscritos, como creía una visión funcionalista de la sociedad, es evidente que el que se haya dado una distinta relación de los sujetos con su norma, implica que toda la estructura social y por ende todas sus instituciones cambian.

Para precisar un poco más este importante punto; tanto las instituciones sociales como la familia, la amistad, el Estado y las leyes, deben ser modificadas y adecuadas a este nuevo tipo de relaciones, si hay una conciencia moral convencional, es lógico que el comportamiento de los sujetos en la vida cotidiana este marcado por esto; las reglas en la familia, la amistad y en las instituciones sociales serán regidas por ésta, de ahí que el tipo de instituciones creadas, tales como el sistema jurídico por ejemplo, tenga que tener estas características. En otras palabras a cada institución jurídica también le

subyace un tipo de conciencia moral y por tanto de concepción de sociedad, que está presupuesta en el momento mismo de saber cuál será la característica de esta institución.

Por ejemplo, en las sociedades cobran una centralidad importante los derechos subjetivos, sobre los cuales se conforman las reglas para la convivencia. En la línea de los teóricos clásicos como Hobbes, se observa el marco del derecho privado como libertad de contrato y de propiedad, como horizontes de un derecho que acontece, y que a partir de Kant se hace la diferencia con los derechos subjetivos con que cuentan las personas para ejercer coerción cuando se intentare violar sus libertades, sin embargo con la monopolización de los medios de violencia legítimos por parte del Estado, las mismas quedan restringidas, aunque por contrapartida el Estado también se restringe en la intervención en la vida privada, la propiedad y la libertad de los sujetos.

El modo como se articula el derecho en cuanto imposición estatal, se relaciona con la legitimidad que cobra en la forma de producirse dicho derecho, que ya no se sustenta en recursos metasociales, implica consecuentemente un proceso que amalgama el recurso de la libertad. Es una validez jurídica entre coerción y libertad, entre las que se establecen las reglas y el reconocimiento que los sujetos puedan otorgarles. Si se pensara en un derecho positivo que se sustenta tautológicamente, no tendría oportunidad de desplazamiento social, porque es válido como derecho lo que se establece por los procedimientos, entonces deriva su vigencia como fuerza jurídica mientras no se lo derogue.

El mismo “orden jurídico” cuando concatena el vínculo entre persona y derecho, y luego el reconocimiento mutuo de los derechos de todos, lo hace en leyes que se legitiman cuando permiten proteger la libertad del conjunto de los sujetos sociales, por ello es importante la producción de normas en un sistema jurídico, mejor aún cuando él mismo es el referente de la integración social, y no solamente la integración de sujetos privados aislados.

El Tribunal Constitucional forma el perfil de un derecho moderno en clave democrática, pues implica la voluntad de los sujetos involucrados libres y por un trato igualitario. Además, se piensa que el Estado cuando impone una normativa jurídica se asemeja a un dispositivo que permita estabilizar expectativas de la sociedad, tal dinámica se comprende como el paso de reemplazar convicciones por sanciones, no inmiscuyéndose en la disposición de los actores sociales.

La garantía de los derechos fundamentales sobre los que tiene tuición el Tribunal Constitucional, se funda en un nuevo tipo de validez jurídica, que se la lee inicialmente como: si bien la norma en cuanto impuesta se la acepta, se la piensa en un segundo momento sobre la pretensión de legitimidad de esta misma normativa, vale decir, sobre las razones de su posibilidad de aceptabilidad.

De ello es posible ineludiblemente converger en la disposición crítica a la que se halla sujeta, porque al final de cuentas van a ser los sujetos sociales los destinatarios últimos

de las disposiciones, y en el ejercicio de la libertad y voluntad que van a acompañarlos por un enderezamiento de la opinión y voluntad colectiva política.

Se perfila por lo tanto un derecho mermado en sus funciones de integración social, aunque concentrado en el entendimiento de los sujetos, pues se halla en realidades constantemente en transformación y con normas que se las puede trastocar, aunque dicha mutación no se ciñe sólo a la decisión voluntaria, pues debe ir acompañada del sopesamiento de su impostergable “pretensión de legitimidad”

La integración que el derecho garantiza debe ser vista como en constante tensión, porque responde a la prefiguración ideal y problemática en el decurso del derecho mismo como coerción jurídica, pero su legitimidad leída en la trama de la revisión constante de las decisiones en tanto estas son sujetas a reflexión y argumentación jurídica. Se trata de zanjar la aceptabilidad de las normas no provenientes de una auto-comprensión normativa del derecho.

Como en la sociedad intervienen factores como los valores, normas, dinámicas de entendimiento, instituciones de derecho público y privado, que facilitan la resolución de los asuntos organizacionales, administrativos, estatales y dinámicas económicas; las disposiciones jurídicas que emerjan de ahí, pueden ser sancionadas comprensivamente, ello es contar con una determinada lealtad colectiva al no sustraer a la crítica de los sujetos sociales, e inversamente se puede perseguir que se los trate de estructurar con mayor grado de legitimidad.

El espíritu del Tribunal Constitucional, articula la constelación formal del derecho en sus normas de acción, vinculando su actuar sobre la regulación de las relaciones y conflictos interpersonales dentro una comunidad, por lo cual es importante cuando permite compensar las grietas resultantes del declive de la eticidad tradicional. Por ello se comprende al derecho como un sistema de saber y de acción, cuando es constituido por un cuerpo de “proposiciones e interpretaciones normativas, y también como institución, como un complejo de elementos regulativos de la acción”.

No obstante el sujeto se halla en una situación de conflicto, frente a las cuales trata de hilvanar una solución consensual. Los sujetos deben atenerse sobre las amenazas de sanciones que produce, que restringen sus acciones por las consecuencias que puedan generar, conllevando a que los sujetos deben poder esperar de todos, la observancia de las normas válidas. Por ello las normas son válidas si son exigibles, y deben poder imponerse, como también pueden actuar contra el comportamiento desviante.

Se añade colateralmente de modo comprensivo, que la forma jurídica va a estar entendida como la estabilizadora de expectativas sociales de comportamiento, y con el principio de discurso se va a poder examinar la legitimidad de las normas de acción, a partir de las mismas es posible garantizar la autonomía privada de los sujetos, como organizacionalmente se ubican al modo de destinatarios de las leyes, les corresponde por ello un status, a través del cual puedan ejercer sus derechos.

La defensa de los derechos fundamentales conllevan a la necesidad de generar condiciones de vida que hagan posible el ejercicio y goce de los derechos civiles, con lo cual la tarea del Tribunal Constitucional a partir de los derechos fundamentales, enlaza los derechos del hombre con la soberanía popular, absolviendo la posibilidad de la formación de la legitimidad vía legalidad. Por ello es que el Tribunal Constitucional entronque el derecho y principio democrático, que se ampara en la defensa de los derechos fundamentales, de ahí que su legitimidad le venga de otro modo de articulación entre mundo de la vida y sistema jurídico y por tanto otra norma, por ello señalo que es otro el fundamento jurídico que guía el accionar del Tribunal Constitucional.

4.3. La racionalidad comunicativa y la comunidad jurídica presupuesta en la lógica del tribunal constitucional.

Como la producción legítima del Derecho se halla en rutas democráticas, vale decir, de “formación discursiva de la voluntad colectiva”⁵⁸, puede, por ejemplo comprender desde una democracia que se sustente en la competencia de partidos, que involucra que el derecho que emerge sea producto del libre asentimiento del individuo o individuos. Entonces su voluntad libre es lo que le otorgaría la legitimidad a las normas jurídicas, pero que el legislador político es quien le otorga su formalización.

⁵⁸ Jürgen, Habermas, Ob. Cit., p. 253.

Desde una perspectiva democrática, el Tribunal Constitucional, no pierde inicialmente la facticidad de la sociedad, su materialidad; caracterizada ella por su descentramiento y dinámica de diferenciación y apertura del espacio para la opinión pública política, el cual tiende a realizar sus percepciones, objetivaciones, críticas y resoluciones tentativas de los problemas de su sociedad. No es por tanto que se comprenderá y mantendrá la idea de la soberanía anclada en la colectividad *per se*, o perfilada abstractamente hacia una Constitución.

Se opera en dicha perspectiva, que conjuntamente los procedimientos democráticos para la formación de la voluntad colectiva común, se traduzcan institucionalmente en la implementación jurídica en un Estado de Derecho, como también lograr asentar las bases de una sociedad civil como espacio público temático para los sujetos en su comunicación y que sea generador del poder comunicativo de la colectividad.

Importa no perder de vista principalmente la idea de soberanía popular como medio a través del cual es posible realizar “la autoorganización de una comunidad jurídica”⁵⁹, que no se desliga de la autocomprensión normativa de una política deliberativa, por la cual se entiende que a la política no se la tiene hipostasiada, o centralizada como el dominador y dimanador de la sociedad, por el contrario como un sistema de acción para la resolución de problemas de la sociedad, y en su vinculación con lo jurídico, como ese lenguaje de poder comunicativo de la opinión y voluntad colectivas, que a través del tamiz deliberativo se forma y adquiere cierta racionalidad, que es nutrida del

⁵⁹ Jürgen, Habermas, Ob. Cit., p. 378.

mundo de la vida, en cuanto habituadas y socializadas a partir de la libertad e igualdad, más que respecto a los aparatos políticos.

La forma que se relaciona derecho y poder comunicativo, depende de que muchos entraran en acuerdo público, y es imprescindible para que no arrolle los ámbitos de justicia, que el poder comunicativo produzca derechos y genere legitimidad. No sólo es necesario, desde la argumentación jurídica, que la formación racional de la voluntad y opinión colectiva, se encauce libre y críticamente en torno a problemáticas, temas, información y argumentaciones para fundamentar una racionalidad específica, sino implica también el núcleo que lo potencia, y ello constituye la intersubjetividad de los sujetos, y el conjunto de las convicciones compartidas, que es el motor de las vinculaciones y de la fuerza de poder para forjar los posicionamientos de los sujetos a través de sus acciones, y las pretensiones de validez que acompañan a partir de ellas.

No obstante para la articulación de un derecho legítimo no se puede obviarlas, si se quiere vincularlas también luego formalmente al poder administrativo. Lo primordial del “poder comunicativo”⁶⁰, es que permite abarcar a la política, en términos de una autonomía, y se lo concibe como autonomía política, para la dinámica de formación discursiva de una voluntad colectiva, incluyendo al poder administrativo para la vinculación al “sistema político”⁶¹, ahí se forma el Derecho, al ser el vehiculizador del poder comunicativo para devenir en poder administrativo.

⁶⁰ Jürgen, Habermas, Ob. Cit., 1998, p. 155.

⁶¹ Jürgen, Habermas, Ob. Cit., FV, p. 217.

En el nivel macro del Estado de Derecho, el poder comunicativo queda como “creador de derecho”, y su formalización en un poder administrativo que debe mantenerse en constante apertura sobre el poder comunicativo, como nutriente que le permite mantener su capacidad.

Se puede sostener que la argumentación jurídica implica una relación con la política, para la formación de un opinión bajo un marco “comunicativo”, que debe entrañar primero un sentido cognitivo de tamizar problemáticas, informaciones, temas, para su posible tratamiento, pero inmerso en un procedimiento democrático que le otorgue legitimidad, y un segundo sentido práctico vinculado a conformar vínculos de entendimiento libre, por tanto superando los niveles posibles de violencia, ya que desde el punto de vista de una argumentación jurídica de principios, las normas adquieren su validez del asentimiento de los involucrados en los discursos racionales.

Dicha ruta, viene trazada inevitablemente por la “práctica de la argumentación” de los sujetos, que con los deseos de participación a través de sus argumentaciones, realizan y optan por interacciones lanzadas hacia posibles entendimientos y comprensiones, jugándose en ellas también diferentes pretensiones, pues ese juego y práctica comunicativa implica ya un tipo de encuentro, unas racionalidades que se tejen, enfrentan, critican y sopesan sus posiciones y esperanzas, y es esa comunidad que se puede entrever a través del lenguaje, no sólo de construirlo y desearlo, sino de imaginarlo, como ya viene a ser la comunidad del lenguaje, que son e involucra actos reflexivos de los sujetos sociales sobre la posibilidad de convivencia entre ellos.

Desde el mundo de vida, o de la vida cotidiana, es apercibida la constelación del entendimiento de los sujetos sociales amparados en la comunicación, pero cuyos actos comunicativos se desenvuelven a través de “pretensiones de validez”, que los sujetos lanzan en dicha dinámica de compartimentación intersubjetiva, pero además de la posibilidad de adquirir y tomar posiciones, a través de sus pretensiones de validez, que son sometidas a la crítica de los otros sujetos sociales, y a partir de la cual tiene la posibilidad de su desempeño discursivo, y de la performatividad que puede hallar dependerá su posibilidad de realización, rechazo o disenso.

Es en ese sentido que la acción comunicativa, requiere y funda la recurrencia hacia una argumentación sobre la base de una “racionalidad comunicativa”⁶², donde los sujetos sociales tienen potencialmente la posibilidad de poder justificar sus argumentaciones, y las pretensiones de validez que conllevan en las mismas, respecto a una participación colectiva en términos ideales extenso o no restringido.

Los sujetos sociales con sus argumentaciones conjeturan idealmente sobre una “comunidad de comunicación”⁶³, no prefijada histórica o espacialmente, para lanzar sus argumentaciones, pues tal ejercicio entraña su posicionamiento en una comunidad real de comunicación, donde se socializa cotidianamente, y también entraña una “comunidad ideal de comunicación”⁶⁴, que comprenderá lo que se pueda argüir y

⁶² Jürgen, Habermas, Ob. Cit., p. 201.

⁶³ Ibid., p. 174.

⁶⁴ Jürgen, Habermas, Ob. Cit., FV, p. 401,

discernir en las pretensiones. Este es el contexto donde una sociedad se ha integrado comunicativamente y hace un uso posconvencional de las normas, que como se ve, integran a la sociedad en su conjunto y no solo se refieren al sistema jurídico restringido.

Las argumentaciones de los sujetos sociales, fácticamente significa no ceñirse religiosamente al contexto socio histórico en el que convive, sino es un ejercicio de trascender esa “provincialidad de sus contextos espacio-temporales a los que no pueden escapar en sus vivencias y acciones”, a través de esas pretensiones de validez. No por ello es un ideal para los sujetos sociales, sino una especie de excusa o suposición que se teje con el afán de poder entendernos y comprendernos para nuestra convivencia e integración social, que en lenguaje jurídico es la regulación normativa de la convivencia de los sujetos sociales a través del asentimiento de todos los sujetos involucrados, y paralelamente del reconocimiento mutuo y simétrico por el entendimiento comunicativo que se forja en una comunidad jurídica, que debe hacer eco de los procedimientos legales y políticos de la sociedad, como son la institucionalización de la regla de la mayoría, la representación, los órganos facultativos en cuanto competencias y a decisiones, todos los cuales hacen los trazos de un Estado de Derecho, que trabaja la complejidad social y sus actores, en espacios públicos y políticos.

Para la realización democrática de una comunidad jurídica de miembros libres e iguales en derechos, la política deliberativa discursiva debe apelar a esa formación de

la opinión y voluntad colectiva, como vía “sociointegradora gracias a la expectativa de calidad racional de sus resultados”⁶⁵, cuando se logre resultados racionalmente cualificados de los mismos en el ambiente público.

Ahora bien, frente a la idea del Estado de Derecho como garantizador de la autonomía privada e igualdad jurídica de los sujetos, el Tribunal Constitucional se engarza con la sociedad a partir de la constitución de una comunidad jurídica que puede organizarse desde y con las bases de un espacio deliberativo de la defensa de los derechos fundamentales de las personas, no es pertinente ya aquél sujeto en forma de Constitución o de concentración y reducción en lo colectivo, sino que los flujos de los discursos en la formación continua de la opinión y voluntad colectivas, y las pretensiones de racionalidad intersubjetiva que resuman tales procesos constantes.

Se opera en dicha perspectiva, que conjuntamente de los procedimientos democráticos para la formación de la voluntad colectiva común, se traduzcan institucionalmente en la implementación jurídica en un Estado de Derecho, como también la posibilidad de asentar las bases de una sociedad civil como espacio público temático para los sujetos en su comunicación y generador del poder comunicativo de la colectividad.

Importa no perder de vista principalmente la idea de soberanía popular como medio a través del cual es posible realizar “la autoorganización de una comunidad jurídica”, en la que coadyuva indirectamente el Tribunal Constitucional, que no se desliga de la

⁶⁵ Ibid., p. 381.

autocomprensión normativa de una política mucho más amplia, por la cual se entiende que a la política no se la tiene hipostasiada, o centralizada como el dominador y dimanador de la sociedad, por el contrario como un sistema de acción para la resolución de problemas de la sociedad, y en su vinculación con lo jurídico, como ese lenguaje de poder comunicativo de la opinión y voluntad colectivas.

4.4. El Tribunal Constitucional, la legalidad y legitimidad.

Una de las principales fuentes doctrinales bajo la cual se constituyen los tribunales constitucionales tiene que ver con su carácter social en la vinculación entre estado y sociedad. La dimensión lógica del Tribunal Constitucional, es la de funcionar como una articuladora en la división de poderes. Sin embargo, en la división de poderes que se sitúa, la misma permite que se pueda salir del espacio burocrático.

Aunque también la división de poderes en la que se enmarca, le hace converger como el ente que no puede automatizarse, como un subsistema autorreferencial ante el poder de una formación democrática de la voluntad colectiva, quien es el que otorga sustento legitimante al Estado.

La división de poderes como articuladora es co-dependiente de los poderes (ejecutivo, legislativo, judicial). Esa co-dependencia no diluye su vinculación concreta con las tareas que debe desempeñar cada una de ellas, o en su caso mismo que se trate de sobredeterminar las funciones de las otras, ya que se articula, más que en sus

funciones específicas, como un cuerpo de correspondencias de poderes. Esos poderes, en su desenvolvimiento, sólo hallarán el sentido de la división de los poderes cuando puedan dar cuenta del Estado de Derecho del cual son parte.

Una posible auto-referencialidad en la división de poderes, le otorga una competencia en su mecanismo de autosostenimiento, pero dicha competencia también no puede dejar de sobrepasar un autocontrol. El autocontrol no sólo es para sí, sino que es un control dentro del orden jurídico. Entrelaza entonces un autocontrol que lo desborda, al contener el control del orden jurídico.

Para el legislador, con la división de poderes, su no disposición de competencia sobre el Tribunal Constitucional, en cuanto a una real posibilidad de comprobación normativa de sus fallos, hace mella sobre la racionalidad de las normas, y la fundamentación de la que fueron objeto en su implementación. Si no existe tal posibilidad de estrechamiento reflexivo sobre los fallos del Tribunal Constitucional, a nivel de fundamentación normativa, el autocontrol adquiere el lenguaje y la forma virtual, vale decir que el autocontrol, se la plantea si no ya tácticamente, devendría un autocontrol virtual, como expectativas de realización hacia y en el orden democrático, sustentado en la división de poderes⁶⁶.

El control no se revela más que a través de una figura jurídica legítima. Ello dinamiza su sentido, pero no se agota en su forma de autocontrol, o en la unidad que constituye

⁶⁶ Jürgen Habermas, Ob. Cit.

en el orden democrático. Desde el mismo legislador, animado por el relativismo propio de su experiencia inmediata, es que forcejea por sobrepasar tal situación, y constituir asimismo un mundo normativo de una ciencia jurídica.

El perfil normativo, debe su constitución entonces al contenido legitimado dentro de una sociedad en concreto, pero que ese mundo aprehendidos por el legislador otorgan al conocimiento jurídico el “hilo conductor”, y al mismo tiempo facultan en torno a sí como una función donde se halla refractada su naturaleza objetiva. Una naturaleza exacta y verdadera de lo normativo, a partir del cual el pensamiento jurídico puede determinar y constituir lo “verdadero” del orden jurídico. De ahí que desde el autocontrol normativo, puede el legislador del Tribunal Constitucional determinar el “ser” trascendental del orden jurídico. Este ser trascendental, es la esencia de la cual emana la legitimidad de una decisión, que a partir de su enunciación se da por existente. Es la sociedad que permite advertir que su unidad compone elementos subjetivos, como la experiencia.

El “autocontrol” normativo, en una división de poderes que ejerce el Tribunal Constitucional, sólo adquiere sentido en la “unidad” del orden normativo del Estado de Derecho. Entonces la cosa (autocontrol) deviene en la unidad (orden normativo del Estado), lo que le impide (a la cosa) sustancializarse en sí (identidad), más que en su vinculación recíproca con la “unidad” (Orden normativo del Estado).⁶⁷ Ello hace que la fundamentación normativa del Tribunal Constitucional, no sea aprehendida en una

⁶⁷ Ibid

forma de institución laxa de la división de poderes, sino que el modo de constituirlo le otorga una corporalidad viviente, como órgano jurídico engarzado a la sociedad.

El autocontrol como característica del Tribunal Constitucional se convierte en un punto de convergencia y unión dentro una lógica estatal, entonces sus propiedades otorgan las posibilidades de transformación de una identidad que otorga nueva legitimidad al Estado de Derecho. Esta identidad, sólo alcanzará su campo de determinación a medida que no se restrinja a sí misma, sino en cuanto aporte como lógica de convivencia democrática del Estado de Democrático de Derecho.

No es entonces que la temática del Tribunal Constitucional plantea discrepancias entre Normas y Hechos, como se sostiene bajo una lectura positivista, por el contrario emergen problemas propios de una Filosofía del Derecho, enredados con problemas teóricos sobre tales dimensiones. En las propias concepciones teóricas kelsenianas, es posible situar reflexiones que recurren en arbitrio por la institucionalización de un Tribunal Constitucional.

Esta situación adquiere más relevancia si se focaliza la posición del Tribunal Constitucional, puesto que no sólo es una problemática de “correlación” de hechos y normas, o la “funcionalización” del Tribunal Constitucional en la tarea de una decisión jurídico racional, pues lo que se advierte es la ausencia de la centralidad del Tribunal Constitucional como aquél ente que se dirige fundamentalmente, como contenido de la norma, sobre la constitucionalidad de su producción.

Ello no quiere deducir la representación en la Constitución, sino en cuanto a su producción normativa, pero que tal característica puede situar al Tribunal Constitucional fuera de un “espacio de poder”, o de división del poder, ya que la pugna puede reducirse a los conflictos entre el mandante (ejecutivo) y el parlamento, y de modo automático la resolución estaría a cargo de un tercero (Tribunal Constitucional), fuera de todo “eje de fuerza” dentro de la división de poderes.

Esta “segmentación” haría aflorar el poder como algo intrínseco al mandante y al parlamento, y el Tribunal Constitucional no sería sólo el dirimidor sobre la constitucionalidad normativa, sino que su “neutralidad” sería su propia “neutralización” pública, al no comprendérselo dentro de un Estado Democrático de Derecho, que hace posible la convivencia democrática de los ciudadanos.

Sería también la propia debilidad del Tribunal Constitucional, en cuanto a poder imponer sus decisiones (Sentencias Constitucionales). Que no necesariamente deniega del poder del que se puede hacer el Tribunal Constitucional, sobre todo cuando de sus pronunciamientos puede lograr un posicionamiento positivo en la opinión pública, como garantizador del orden y control constitucional, que refuerza además en la sociedad la coherencia del orden jurídico, y permite dar sentido a su vigencia.

No es exclusivamente por tanto las decisiones del Tribunal Constitucional, la resolución en base a principios, porque cuando se focaliza la producción de las

normas, entran en juego los principios, los mismos que requieren una interpretación constructiva del caso en concreto del cual se trata. Esto porque se trabaja por una resolución adecuada, que requiere por lo tanto del nicho argumentativo, o la puesta en juego de argumentos en la validación de sus resoluciones. Esto es en cuento el fundamento que da legitimidad a la conformación de un Tribunal Constitucional.

4.5. El abigarramiento jurídico entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria.

En principio, habría que comprender que tras la fundamentación del derecho positivo, existe una comprensión formalista de la ley que se expresa por ejemplo en el caso de la cosa juzgada donde se establece una adscripción formal. Por formal debemos entender una ley abstracta que no tiene contenidos, y es pensada de esa manera porque, en cierto sentido, constituye la garantía de que tenga validez universal, es decir sea “reconocida” por todos.

Sin embargo aquí hay que hacer una precisión, no se trata de un reconocimiento en el sentido de voluntad colectiva, se trata de una aplicación abstracta de lo que es legal, y que en gran parte se define a partir de una visión de lo que es la verdad. Se trata de una norma que no puede ser cuestionada porque emana de un modelo nomológico de concepción de lo que es legalidad, mientras que si en verdad fuera reconocimiento hablaríamos de una ley que se establece a partir de la generación de una voluntad colectiva, que se genera a partir del consenso de los participantes.

Todo esto implica, en el plano filosófico, un cambio de paradigma puesto que la generación de una voluntad colectiva se refiere al consenso alcanzado por una sociedad y por tanto si bien sus normas siguen siendo validas para todos, estas no adquieren autonomía fuera de las voluntades articuladas en el consenso, mientras que la forma de concepción de la legalidad establecida por la Justicia Ordinaria, es una normatividad que presupone adscripción de las voluntades a una norma escrita que vale en sí misma, esto es presupone una concepción desde el paradigma de una “filosofía de la conciencia”⁶⁸, que parte de una diferenciación entre sujeto en tanto la ley escrita y los objetos de la ley serian todos los ciudadanos dentro de un determinado sistema de derechos jurídicos.

Ahora bien qué hay detrás de esta visión formalista de la ley, una concepción de una máxima universal abstracta, mientras que el espíritu del Tribunal Constitucional es mucho más post convencional, hay aquí un distinto modo de relacionamiento con la ley. En el contexto de una definición formal de la ley donde prima el derecho positivo, se deduce una sociedad que se adscribe a sus normas sin ningún tipo de deliberación

⁶⁸ Por paradigma de la conciencia debemos entender aquella concepción filosófica que básicamente emerge con la versión moderna de Descartes, quien se basa en la famosa frase “pienso luego existo”, esta filosofía se ampra en que la última expresión de la realidad a partir de la cual se puede comprender la realidad humana es desde la conciencia, como un fundamento desde el cual reconstruimos lo que es racional para la sociedad. Contrariamente a esta postura se han dando otros giros en la concepción de la filosofía, por ejemplo el giro lingüístico que pone su acento ya no en al conciencia sino en el lenguaje ya que antes de que diga “yo existo” esta el lenguaje que hace posible que yo me diferencia de los otros, entonces lo constitutivo no es la conciencia sino el lenguaje, de ahí que bajo estos paradigmas impliquen una concepción distinta de las normas, un paradigma de la filosofía de la conciencia define a la norma en función de la separación sujeto y objeto taxativamente entre norma y conciencia y por tanto verdad de una norma. Mientras una concepción desde el paradigma de la conciencia asume que la verdad de una norma jurídica se forma partiendo de una voluntad colectiva que emana del consenso de los individuos.

colectiva, y esto tienen que ver también con el tipo de ciudadanos a los que nos estamos refiriendo.

Por un lado encontramos que la cuestión de la defensa de los derechos fundamentales ejercidos por el Tribunal Constitucional, no son una defensa del mismo tipo que desde el punto de vista de la legalidad de la Justicia Ordinaria, porque los derechos fundamentales tienen que ser reinterpretados en función de los fallos de la justicia ordinaria, puesto que se refieren a normas que no solo deben circunscribirse a las normas establecidas sino que deben explicarse en función de cada caso concreto. Entonces actúan como normas y valores que emanan de una “interpretación” jurídica, lo cual implica ya un diferente modo de visión de la norma. Por eso es que las contradicciones entre ambos no son meramente procedimentales.

Por otro lado, se hace evidente una concepción de la norma totalmente distinta entre ambos tipos de justicia; una que se ajusta más a una aplicación técnica de procedimientos legales y otra que se basa en un tratamiento particular de derechos fundamentales que se resisten a ser tratados como meros recursos técnicos y es que aquí se estructura el fundamento de todo orden jurídico, esto es su articulación entre lo normativo y la ley (lo legal no se desprende del todo de la moral), en tanto expresión de un determinado tipo de sociedad, y por tanto se expresa una racionalidad de “una forma de vida” en particular.

Veamos entonces esta contradicción en dos niveles: uno el tipo de sociedad que supone y dos el tipo de ciudadano que se deduce. Por un lado se trata de una sociedad donde los individuos mediante los mecanismos de socialización han internalizado la adscripción de las normas y que todo individuo que se considere ciudadano debe respetar las normas establecidas. Lo que supone a su vez una separación taxativa entre sujetos pasivos que acatan normas y leyes, y técnicos encargados de diseñar las mejores normas y leyes que se adapten a las necesidades de la sociedad. En éste nivel las delimitaciones claras mencionadas, son producto también de una ruptura epistemológica entre sujeto y objeto, de allí se puede deducir las diferencias entre un tipo de saber especializado y el saber normal, de ello deriva una concepción de la norma también rígida, solo destinado a los especialistas.

Por otro lado, no hay necesidad de una adscripción reflexiva sobre las normas. Esto implica la relación entre moral y derecho, vale decir entre la correlatividad de “moralidad y legalidad”. A partir del cual es posible bosquejar y sustentar la “autonomía del sistema jurídico”, básicamente el derecho moderno escinde a las dos, derecho-moral, de ahí toma su legitimidad formal de las leyes el derecho positivo, lo contrario sucede en las interpretaciones de las normas constitucionales, y esta postura que ya encontramos implícita en el espíritu del Tribunal Constitucional, contrario al derecho positivo, para quien la separación entre sujeto y objeto en términos epistemológicos deriva en un “derecho racional superior” que no admite tal relación.

El modo de afianzar en el derecho positivo, la pertinencia de la moral para la estructuración imparcial del juicio, es diferente al establecido por el derecho constitucional desarrollado por el Tribunal Constitucional, pues este parte de la relación estrecha entre derecho y moral, que no es ya un imperativo desde arriba de una razón “superior” sino que reconoce que en los planos de la vida es parte de las estructuras del mundo de la vida.

Ello significa que se logre que los procedimientos institucionalizados fructifiquen, tanto a la administración de justicia como a la producción legislativa, que concluyan en torno a la formación de modo imparcial del juicio, que se lo traduce e involucra que “las necesidades e intereses rivales de todos los participantes puedan hacerse valer y puedan ser tenidos en cuenta desde el punto de los implicados mismos” a partir del respeto a los derechos fundamentales y de una voluntad común.

Pero un conflicto de esta naturaleza se da en los fundamentos, puesto que chocan dos tipos de procedimientos morales, lo cual no implica que el uno deba anular al otro, lo que lleva a plantear que se apueste por la contingencia de las normas, de modo tal que se los pueda cambiar, o modificar en el sentido interpretativo. Entonces la moralidad incorporada en el derecho fundamental, base de las deliberaciones del Tribunal Constitucional, involucra una fuerza que trasciende los procedimientos formales.

A partir de tal eje, se pueden identificar también algunas implicaciones de esta contradicción en el contexto de la división de poderes, Habermas al respecto dice:

“El esquema clásico de la separación e interdependencias de los poderes del Estado ya no responde a esta intención porque la función de los derechos fundamentales ya no pueden apoyarse en los supuestos de la teoría de la sociedad que el paradigma liberal del derecho comporta, es decir, ya no puede agotarse en proteger las instrucciones del aparato estatal a ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene amenazada por posiciones de poder económico y social y por su parte depende del modo y manera como, y el grado en que, los sujetos pueden efectivamente ejercitar sus derechos de comunicación y participación de ciudadanos democráticos⁶⁹”

La moralidad traspuesta al derecho se halla en la posibilidad de ingresar a través de los discursos acerca de propósitos políticos que permanezcan sujetos a las limitantes procedentes del primado, en cuanto a que los resultados fueren susceptibles de un consentimiento genérico, que equivale a respetar desde un punto de vista moral, cuando se tiene el propósito de fundamentar normas, y nos hallamos indefectiblemente con un escabroso contexto.

En la dinámica de la racionalidad jurídica, el asunto de la legitimidad juega un rol importante, en cuanto que no se la circunscribe a ser una cuestión que se sostenga a sí

⁶⁹ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez, Madrid; Trotta, pp. 336-337, 1998.

misma, por el contrario si se la analiza con la posibilidad del logro de “una legitimidad por vía de la legalidad”, eso permite plantearlos no como dos asuntos dicotómicos, por una parte la legitimidad y por otra la legalidad, y lo que se persigue no es sólo yuxtaponerlas, es tratar de articular pensando en la estructuración una “racionalidad del derecho”, donde pueda la fuerza legitimadora provenir de los procedimientos que institucionalmente cuajen las necesidades de fundamentar.

Pero al mismo tiempo crear las vías para las cuales tales necesidades puedan argumentativamente realizarse, con ello no se puede eludir o denegar que la racionalidad jurídica carezca de una moralidad, como una cualidad del derecho, y esto se refleja vigorosamente a través de la noción de imparcialidad, necesarios para las dinámicas de fundamentación de las normas, la conexión de justicia y su administración.

Además la imparcialidad se asienta en aquello que se denomina la razón práctica, vale decir del juicio moral, y justamente dicha razón práctica se despliega en el proceso de “fundamentación de normas”. Lo que se persigue desde el Tribunal Constitucional es considerar la argumentación moral como el mecanismo idóneo de estructuración de una voluntad racional a partir de la interpretación de los derechos fundamentales. Las vías por las cuales podemos visualizar tales modalidades, es a través de las pretensiones de validez que abarca tal cual el procedimiento.

Entonces la situación del Tribunal Constitucional es el tomar parte en una práctica argumentativa, desde una fijación de principio práctico, es que quienes puedan ser afectados estarían en condiciones de poder tomar parte de modo libre y con un trato igualitario, cuando se trata de la indagación mancomunada de la verdad, donde la “coerción sin coerciones”, que no otra cosa significa, sino que llanamente los buenos argumentos en función de los derechos fundamentales.

Así entonces es como el derecho procedimentalizado y una fundamentación moral se emplazan mutuamente, y la legalidad produce legitimidad cuando el orden jurídico se reactiva ponderando el imperativo de fundamentación emergente de la positivización del derecho, que involucra la institucionalización de procedimientos jurídicos abiertos a los discursos morales, como en el caso de los fallos en función de la vulneración de los derechos fundamentales. De tal modo nos encontramos en la posición de sostener que en los fallos del Tribunal Constitucional se articula el derecho coercitivo a partir de la moral, y esperar que las normas moralmente bien sustentadas y fundamentadas puedan ser reclamadas y exigibles si los sujetos involucrados puedan realizar el ejercicio de ceñir sus comportamientos en concordancia a las normas.

Aquí es donde se inserta de modo más claro el tema de la política, que puede hacer pensar y usar a las normas jurídicas como meramente instrumentales, en cuanto facilitadores de la obtención y logro de objetivos políticos, pero contaríamos con dos funciones de la política, primero como facilitadora para la resolución imparcial de los conflictos, y segundo como mecanismo de implementación de programas de corte

político, a partir de las dos condiciones de posibilidad política, se pueden argumentar las necesidades de los fines colectivos y las medidas políticas que aumentan para efectivizarlas gracias a la forma jurídica.

Tal entramado de moral, política y derecho, en el tribunal Constitucional, conduce a que el Estado de Derecho se articule al derecho positivo como vía para que fundamente de mejor modo las normas establecidas, pero principalmente para fundamentarlos. Con estas dos situaciones, se deja de lado la visión de la moral como si estuviera situada en un terreno metafísico, o simplemente del fuero interno de los sujetos, sino forma parte de la construcción del derecho positivo de modo procedimental y fundamentador de normas.

De ahí que podamos identificar las contradicciones. Por ejemplo, en los casos de amparo el Tribunal Constitucional revisa las resoluciones de la Justicia Ordinaria de las cortes de distrito de las capitales de departamento, ello implica que se resuelven los conflictos en otra instancia más allá de la establecida por la Justicia Ordinaria ya que este recurso es un recurso que parte de los derechos fundamentales y constitucionales que son los que garantiza el Tribunal Constitucional.

Para algunos esto implica una contradicción porque rompe el principio de unidad jurisdiccional cuando el juez recurrido asume el papel de demandado, desnaturaliza el principio de doble instancia en la medida en que “surge una instancia no prevista

legalmente, con un juez o tribunal extraño al proceso judicial”⁷⁰, la independencia y autonomía de los jueces, la cosa juzgada, lo que implica vulnerar la seguridad jurídica:

“Cuando se plantea un recurso de amparo contra una sentencia que no admite ningún otro recurso, se intenta reabrir el examen de un proceso terminado, atentando contra la seguridad jurídica que está llamada a otorgar el sistema. Si esa pretensión es admitida por el juez o el tribunal de amparo, se está creando una tercera instancia ante un tribunal que aparece situado por encima del tribunal de casación, en franco desprestigio del poder jurisdiccional del Estado y en desmedro de los órganos a través de los cuales ejercita ese poder, por la consiguiente pérdida de seguridad jurídica”⁷¹.

Sin negar que estas afirmaciones sean correctas, desde un punto de vista procedimental, no apuntan al problema central de ésta contradicción. El problema se encuentra en saber como una decisión jurídica adquiere el carácter vinculante.

Se trata de saber de qué tipo de premisas filosófico-jurídicas partimos, si solo del criterio de aplicación de la ley escrita (interpretación convencional de la ley) esto es una defensa de la legalidad desde el ámbito de la ley misma de lo que en ella se halla escrito es una concepción de norma convencional. Mientras que la decisión del

⁷⁰ Víctor Hugo ESCOBAR, Justicia ordinaria vs Justicia Constitucional. 2004, La Paz: Quality. P. 25.

⁷¹ Ibid. P. 28.

Tribunal Constitucional es de otro tipo. El problema es de carácter interpretativo de la ley, es decir, desde una concepción posconvencional de la ley y no de una perspectiva convencional como la justicia ordinaria. Entonces la interpretación de los derechos fundamentales los cuales defiende el tribunal constitucional no es un problema solamente de jurisdicción ni de aplicación pero tampoco de jurisprudencia en sentido estricto.

Para poder normar los problemas de los derechos fundamentales se tienen que acudir fundamentalmente al tema de la argumentación jurídica, ello implica “argumentación y justificación “ en el plano de un razonamiento jurídico que no apele solo a la norma, que lo que se asume desde una crítica procedimental, sino se trate de hacer evidente los fundamentos de la norma y esto solo es posible por medio de una argumentación o la que otros denominan narración jurídica, en tanto un argumento implica tanto aspectos lógicos como estructura narrativa es decir argumentativa, ya no es solo una cuestión de aplicación de normas⁷².

Las cuestiones constitucionales ligadas a la garantía de los derechos fundamentales como los casos de amparo, por su naturaleza jurídica no son de carácter técnico ni se dejan reducir a la cuestión instrumental, son cuestiones de principio que plantean cuestiones de moral y de política, y no de meros procedimientos, como el planteado desde una óptica positivista del derecho.

⁷² José CALVO. Derecho y narración, Barcelona: Ariel, 1996.

Esta concepción positivista, expresada en la interpretación de la “letra muerta” de la ley, expresan en el orden ontológica una adscripción de la ley al modo contractualista, que se vale del contrato ya normado y establecido para guiar su interpretación. Por el contrario la defensa de la constitucionalidad de los derechos fundamentales se abre a la discusión de principio y en ese sentido es necesaria una interpretación hermenéutica jurídica y no una mera aplicación, o en otras palabras:

“Solo podemos decidir qué principios están latentes cuando ya disponemos de alguna concepción de la justicia cuya fuerza categórica pueda ser defendida de alguna otra forma, independientemente o no, derivada de su congruencia con las tradiciones de la comunidad”⁷³.

La concepción de justicia es la que define en el fondo el modo de relacionarse con la ley. Si la justicia está basada en la concepción positiva del derecho, es normal que ésta llegue a definir solo las cuestiones legales como cuestiones de procedimiento, mientras que si la concepción de justicia está anclada en los principio, como se desprende del espíritu del Tribunal Constitucional estos principios pueden y deben ser argumentados y por tanto puede reinterpretar la ley, de tal modo que hagan visibles estos principios aun cuando algunos procedimientos sean vulnerados y esto en el marco estricto de una argumentación jurídica bien fundamentada.

⁷³ Ronald DWORKIN. Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós, 1993. pp. 83-84.

Ya que:

“Una dominación política ejercida en las formas del derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, no puede deber su legitimidad a otra cosa que el contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho”⁷⁴.

En otras palabras el abigarramiento implica comprender desde el plano filosófico jurídico el fundamento del cual parte determinado tipo de justicia que en el fondo implica una forma diferente de relacionarse con la norma, estas entran en contradicción no por un tema meramente jurisdiccional ni de procedimiento, sino porque en el plano filosófico-doctrinal son dos maneras de comprensión de la ley y por tanto allí se halla su contradicción y esta no puede ser resuelta con una delimitación, pues los principios contenidos en los derechos fundamentales no son meras técnicas, son fundamentos y principios que solo se hacen claros en el momento en que un juez competente argumenta jurídicamente, por tanto están sujetas a deliberación y no a aplicación a secas.

Se trata por tanto de descubrir esa relación entre derecho y moral que el positivismo jurídico aún no cae en cuenta, reduciendo las contradicciones como si se tratara de una cuestión de aplicación de la norma. En esta veta podemos hallar insumos para discutir

⁷⁴ Jürgen Habermas. *Faticidad y Validez*. Madrid: Trotta, p. 160.

ya desde un nivel filosófico jurídico y no meramente técnico el cómo vamos a articular una justicia ordinaria basada en los cánones positivistas del derecho y una justicia constitucional basada en la argumentación jurídica y en la interpretación de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES.

Hemos encontrado que existen dos niveles de abigarramiento en el nivel filosófico jurídico, en principio la pretensión de normatividad del derecho moderno se vincula de una forma abigarrada con la “facticidad” del contexto social boliviano, es decir no se trata de una cuestión procedimental del derecho, para ello hay que recurrir al derecho en tanto que constitución y formación histórica esto supone poner en consideración tres aspectos centrales.

Primero el derecho en tanto moderno es producto de una sociedad en concreto que en principio no puede ser universal, si bien la historia muestra que la ley y la norma son fenómenos que se dan a lo largo de la historia de la humanidad, no es posible sostener que el modo como estas se concretizan en las realidades históricas y concretas sean las mismas, y esto lo mostraron los estudios históricos sobre el derecho, pero lo que nos interesa, es saber que, frente a la evolución histórica del derecho también surge la posibilidad de que se converja un determinado tipo de sociedad.

En la medida en que el derecho como sistema autónomo de la sociedad logra evolucionar a la par lo hace también la sociedad y su forma de conciencia moral, y esta sería la segunda contradicción, es que hay una falta de acoplamiento entre sociedad y sistema jurídico, en tanto ambos son productos históricos concretos, así el derecho como integrador de la sociedad, debe cumplir su función. Si en la sociedad

boliviana le llega desde fuera la concepción de derecho, las funciones de integración de la sociedad con el sistema jurídico no se cumple y esto conforma otro nivel de abigarramiento.

Si analizamos esta relación entre derecho y sociedad en el plano de una teoría de la evolución social, debemos tomar en cuenta que no podemos seguir pre-suponiendo que ésta visión deba establecerse bajo el marco de una concepción eurocéntrica de la historia donde el acoplamiento entre sociedad y derecho tiene un particular proceso.

Para nuestro análisis entre el tribunal constitucional y la justicia ordinaria, este punto de contradicción nos sirve para entender la complejidad del análisis jurídico, en el caso boliviano, ya que el modo cómo la sociedad se ha “juridificado” está también bajo la égida de una concepción colonialista, en el que subyacen las contradicciones de una sociedad abigarrada, este análisis nos sirve puesto que es un nivel de la contradicción aunque se relacione solamente en el nivel de legitimidad y por tanto es el contexto de la contradicción, de otra manera no se habría dado la contradicción, de esta manera.

En este nivel de abigarramiento podemos hablar de la contradicción entre el mundo de la vida fáctico de la sociedad boliviana y las normas formales del derecho positivo vigente. Esta es una contradicción que puede hacerse evidente desde el punto de vista de una sociología del derecho en sentido evolutivo-histórico.

Por último, tanto el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria le subyacen dos concepciones diferentes de ley, vistas desde el plano de la evolución de la conciencia moral, esto implica en el fondo dos concepciones distintas de sociedad, bajo estos parámetros mientras la ley basada en los códigos obedece a una sociedad con una conciencia convencional donde no es posible salirse de las normas ni cuestionar lo que está escrito o la letra muerta de la ley, la concepción de legalidad y de ley implícita en el Tribunal Constitucional, supone una visión de sociedad posconvencional donde si bien las normas legales se respetan, esto implica que estas deben ser acatadas pero también pasibles de ser revisadas bajo la interpretación de la vulneración de los derechos universales, entonces esto supone otra concepción de legalidad y de moralidad, posconvencional que se estructura a partir de la argumentación, de ahí que esta última contradicción aparezca como un problema de competencias siendo en realidad en el fondo una contradicción entre diferentes fundamentos de sociedad y de legalidad.

Esto a su vez implica una contradicción epistemológica, ya que son dos diferentes modos de estructurar un conocimiento de lo que es legítimo y válido: por un lado la postura del Tribunal de Justicia Ordinaria implica una concepción de norma sancionada en términos de una verdad a secas, la “verdad” de la interpretación de una norma. Como se la considera verdadera en sí misma, no hay posibilidad de revisión ni de interpretación, solo en los márgenes permitidos.

Lo contrario sucede con el espíritu del Tribunal Constitucional, para quien lo “verdadero” está sujeto a interpretación, desde el plano de los derechos fundamentales que, en este caso no emergen como principios, sino como valores, los cuales son susceptibles de interpretación, es decir, la verdad jurídica aquí es más flexible y se ciñe a una interpretación en función de valores emanados de los derechos fundamentales, no son principios que se sostienen incólumes. De ahí la contradicción entre el Tribunal Constitucional y la Justicia Ordinaria ya que ambos operan en diferentes niveles de “verdad jurídica”.

Por otro lado, en un sistema de derecho, el derecho significa aquel que posibilita construir un orden, que demanda para tal fin su organización jurídica, correspondiente a las libertades subjetivas de acción, y que se manifiesten en derechos fundamentales. Pero tales derechos fundamentales implican, ante las posibles vulneraciones, sanciones a través de una organización, que haga prevalecer el respeto por las normas, y que le otorga también el uso legítimo de la violencia al Estado, por ello cuando se menciona la otra concepción de norma del Tribunal Constitucional, ello no implica salirse del marco del sistema jurídico en particular.

Involucra entonces como posibilidad de forjar su propio modo de accionar, en correspondencia a la comunidad jurídica que se articula como la asociación voluntaria de los miembros de forma organizada, para estructurar una forma de convivencia jurídica. El lazo hacia el Estado, en torno a los derechos fundamentales de los sujetos,

implica la organización por parte del Estado de una administración de justicia con poder de sanción, protección y desarrollo del derecho.

Como dominación legal, el Estado es el encargado de la producción normativa, abarcante sobre los “derechos fundamentales” de los sujetos, contextualizados como los derechos del hombre cuya validez se refracte en un status dentro un Estado, para procesos democráticos que necesariamente adopta una forma institucional en el Tribunal Constitucional.

Esto no supondría ningún sentido superior para dicha institucionalidad, lo que importa es que los sujetos puedan poder disfrutar de sus derechos individuales como de participación política, lo que genera que se vaya ampliando los derechos de los sujetos, acorde a los contextos en los cuales se desenvuelven.

A través de esas pretensiones de validez, no por ello es una más allá ideal para los sujetos sociales, sino una especie de excusa o suposición que se teje con el afán de poder entendernos y comprendernos para nuestra convivencia e integración social, que en lenguaje jurídico es la regulación normativa de la convivencia de los sujetos sociales a través del consenso de todos los sujetos involucrados.

Por estas tres contradicciones podemos inferir que la cuestión de la legitimidad y la legitimidad debe ser vista en el plano de los fundamentos filosóficos y no meramente procedimentales, así ayudados de una reflexión desde la filosofía jurídica y la

sociología jurídica podemos identificar el problema de mejor manera que pensando que se trata única y exclusivamente de una cuestión de derecho positivo o de aplicación de las leyes

Se trata de utilizar todas las herramientas posibles para desentrañar estos problemas, ahora bien, aún falta ahondar aún más la temática, sin embargo creemos que hemos dado el primer paso al identificar estos problemas, ya que si identificamos estos problemas a este nivel, podremos construir con mayor pertinencia un derecho acorde a nuestra realidad y dejaremos de imponer a-críticamente, modelos jurídico que pueden no corresponder con nuestra realidad, de ahí la importancia de una problemática que baya más allá del derecho especializado.

BIBLIOGRAFÍA.

- Calvo, José. Derecho y narración, Barcelona: Ariel.
1996
- Dworkin, Ronald. Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós.
1993
- Dworkin Ronald, Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad,
2003
Barcelona, Paidós
- Escobar, Víctor, Justicia Ordinaria vs. Justicia constitucional, La Paz;
2004
Quality SRL
- Foucault, Michel. Las Palabras y las cosas, España: siglo XXI.
1997
- Gadamer, Hans-Georg. Verdad y Método (tomo I). Madrid: Sigueme.
1993

- Gutiérrez Ricardo, 1998 *“Religión y racionalización en la sociología weberiana: transformaciones sistémicas y orientaciones individuales de acción”* En: Max Weber y la cuestión del individualismo metodológico en las ciencias sociales, F. Naishtat compilador, Argentina; Eudeba.
- Habermas Jürgen, 1991 *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós.
- Habermas Jürgen, 1997 *“El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”*, En: La filosofía moral y política de Jürgen Habermas, Comp. José Gimbernat, Barcelona: Biblioteca Nueva.
- Habermas Jürgen, 1998 *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid; Trotta.
- Habermas Jürgen, 1998 *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, Taurus

- Herrera, Manuel,
1999 La rebelión del objeto: elección del método en ciencias sociales, Granada: Comares.
- Izuzquiza, Ignacio.
1990 La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Barcelona: Anthropos.
- Jiménez, Pilar.
1993 El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona: J M Bosch.
- Lévinas Emmanuel,
2004 Difícil libertad, España, Caparros
- Luhmann, Niklas.
1998 Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia, Madrid, Trotta.
- Luhmann, Niklas.
1996 Introducción a la teoría de sistemas, México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, Niklas y Raféale De Georgi,
1993 Teoría de la sociedad, México: Universidad de Guadalajara.

- Navas, Alejandro.
1989 La teoría sociológica de Niklas Luhmann, España:
EUNSA.
- Negri Antonio,
1994 El poder constituyente, Prodhufi; España
- Ramos, Torre.
1997 “Dios, Epimédes y Tristam Shandy: destinos de las
paradojas en la sociología de N. Luhmann” En: revista
Anthropos Niklas Luhmann: hacia una teoría científica
de la sociedad N° 173 / 174, Barcelona, Antrthropos,
julio- octubre 1997.pp.137-145
- Ricoeur Paul,
2002 Lo justo, España, Caparros.
- Reale, Giovanni.
1992 Introducción a Aristóteles, Barcelona: Herder.
- Serrano Enrique,
1994 Legitimación y racionalización, Barcelona; Anthropos.

- Tapia, Luís.
2002a La producción del conocimiento local, La Paz muela del diablo.
- Tapia, Luís.
2002b La condición multisocietal, La Paz: Muela del diablo.
- Weber Max,
1985 La Ética protestante y el espíritu del capitalismo, Argentina: yspamerica.
- Zavaleta, Rene.
1985 Lo nacional-popular en Bolivia, México, Siglo XXI.