



ariús

Revista de Ciências Humanas e Artes

ISSN 0103-9253

v. 16, n. 1/2, jan./dez. 2010

Derecho y Poder: sobre la posibilidad de control jurídico en el dominio público.

CELIA ABRIL

Universidad Nacional de Córdoba

RESUMO

Se propone examinar la cuestión relativa a la determinación de criterios o características que hagan posible una distinción clara entre derecho y gobierno arbitrario. En primer lugar, se expondrán algunas razones por las cuales la teoría del derecho de raigambre positivista, en su versión primigenia, no pudo proporcionar una distinción satisfactoria entre derecho y gobierno arbitrario, lo que se hace aún más explícito cuando se la utiliza en la explicación de prácticas que asienten formas democráticas de organización del ejercicio de los poderes públicos. En segundo lugar, se hará referencia a los presupuestos o precondiciones que habilitarían la posibilidad de criterios distintivos entre el derecho, caracterizado como técnica para el logro de la coordinación social y, poder, como forma de dominación. Tal distinción parte de los postulados o premisas acerca de la naturaleza del derecho sostenidos por el enfoque contemporáneo de la teoría positivista. En tal sentido, la idea de derecho como orden institucional proporcionada por ese enfoque, incorpora dos condiciones que permiten distinguir al derecho del simple poder, a saber: por un lado, que el derecho, a diferencia de las órdenes coercitivas generales de quienes detentan el poder soberano, incorpora la idea de ejercicio de los poderes públicos o privados como agencia o representación y, por otro, que el ámbito de aplicación de las restricciones jurídicas alcanza al propio poder soberano. Por último, se intentará demostrar que una explicación adecuada del derecho sólo es posible enfatizando la relevancia práctica del derecho y, asumiendo que la realización, o efectividad práctica del derecho, sólo es posible bajo una forma democrática de gobierno. La teoría positivista del derecho se ha centrado en el análisis de la estructura del orden institucional, prestando escasa atención a su aspecto funcional y, esta es la principal razón por la cual no ha logrado una distinción clara entre derecho y poder. Una explicación del funcionamiento de las instituciones jurídicas demanda, a su vez, una distinción ulterior entre las nociones de agente y persona o, dicho de otro modo, entre la posición del actor y su desempeño e interpretación de los roles inherentes a su posición; porque el derecho no se agota en estructuras discursivas.

Palavras-claves: Derecho. Poder. Control jurídico.

Celia Abril

Investigadora Secyt (Secretaría de Ciencia y Tecnología). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.
E-mail: cbabril@yahoo.com.ar



ariús

Revista de Ciências Humanas e Artes

ISSN 0103-9253

v. 16, n. 1/2, jan./dez., 2010

Law and Power: on the possibility of legal control in the public domain

ABSTRACT

The aim of the present paper is to review the issue of determining criteria or characteristics that make a clear distinction between law and arbitrary rule possible. First, some of the reasons why the legal theory of positivist tradition in its original form cannot provide a satisfactory distinction between law and arbitrary rule are explained. These reasons are even more explicit when used to present practices to settle democratic forms of organization of the exercise of public powers. Secondly, references are made to the assumption or preconditions that enable the possibility of distinguishing criteria between “law”, characterized as a technique to achieve social coordination, and “power”, characterized as a form of domination. This distinction takes the postulates or assumptions about the nature of law supported by the contemporary approach of the positivist theory as an opening point. In this way, the idea of law as institutional order provided by this approach, establishes two conditions that distinguish law from simple power, namely: i) that law, unlike the general coercive orders of those who hold the sovereign power, includes the concept of an agent or representative to explain the exercise of public or private powers; and ii) that the scope of legal restrictions reaches sovereign power itself. Finally, an attempt is made to show that an adequate explanation of law, different from arbitrary power of rulers, is only possible stressing on the practical relevance of law and on the fact that their operation or practical effect is only possible under a democratic form of government. The positivist legal theory has focused its analysis on the structure or formal aspect of the institutional order, paying little attention to its functional aspect, and this is the main reason why it cannot achieve a clear distinction between law and power. An explanation of how legal institutions work also demands an ulterior distinction between the notions of agent and person, i.e., between positions of actors and their performances while interpreting the roles inherent to a specific position. The reason for this is that law is not extinguished in discursive structures.

Key words: Law. Power. Legal control.

Celia Abril

Investigadora Secyt (Secretaria de Ciencia y Tecnología). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.
E-mail: cbabril@yahoo.com.ar

*Ser boca o ser bocado, cazador o cazado. Ésa era la cuestión.
Merecíamos desprecio, o a lo sumo lástima. En la intemperie enemiga,
nadie nos respetaba y nadie nos temía. La
noche y la selva nos daban terror: Éramos los bichos más vulnerables de
la zoología terrestre, cachorros inútiles, adultos pocacosa, sin garras, ni
grandes colmillos, ni patas
veloces, ni olfato largo.
Nuestra historia primera se nos pierde en la neblina. Según parece,
estábamos dedicados
no más que a partir piedras y a repartir garrotazos.
Pero uno bien puede preguntarse: ¿No habremos sido capaces de
sobrevivir, cuando sobrevivir era imposible, porque supimos defendernos
juntos y compartir la comida?
Esta humanidad de ahora, esta civilización del sálvese quien pueda y
cada cual a lo suyo, ¿habría durado algo más que un ratito en el
mundo?
EDUARDO GALEANO, ESPEJOS, ¿CÓMO PUDIMOS?*

1 INTRODUCCIÓN

La posibilidad de distinción entre derecho y gobierno arbitrario presupone que el término “derecho” hace referencia a conjuntos sistemáticos de normas que conforman una comunidad política o, más específicamente, un derecho nacional. Esta visión del derecho, característica de la dogmática jurídica, concuerda con una forma de control del comportamiento social al que Max Weber denominó “racional” por consistir en normas generales – leyes - que hacen posible predecir de antemano las condiciones bajo las cuales se hará efectivo el uso de la coacción. La idea de racionalidad del derecho con base en las características de generalidad y abstracción de sus normas presupone, a su vez, la satisfacción de algunas condiciones. En particular y, con carácter relevante, exige la existencia de restricciones en el ejercicio del poder pues, para que el derecho sea visto como algo más que una simple relación entre quienes tienen poder- privilegiados- y quienes carecen de él – sumisos o desfavorecidos – sus reglas tienen que establecer una relación de concesiones y deberes mutuos entre gobierno y ciudadanía. Además, un objetivo relevante de la existencia del derecho consiste en proteger el ámbito de autonomía o libertad de los sujetos y la satisfacción de ese objetivo solo puede ser lograda mediante el establecimiento de límites recíprocos a las libertades y haciendo efectivo un control jurídico de la acción de los poderes públicos. En síntesis, el imperio de la ley para el logro de la coordinación social, está implícito en el concepto mismo de derecho.

Sin embargo, los filósofos del derecho frecuentemente han dado diferentes argumentos en contra de la idea de restricciones al ejercicio de los poderes públicos. La principal objeción puede expresarse sumariamente del

siguiente modo: si la fuente de las normas es el poder, entonces, las normas no pueden controlar el poder (LAPORTA, 2007). En otros términos, el poder es conceptualmente anterior al derecho. La idea de imperio de la ley, en cambio, supone que hay una norma jurídica que define y delimita el ejercicio del poder, o bien, que el poder es un hecho institucional y no, simplemente, un hecho bruto. Sin embargo, en el origen de la estructura del poder político encontramos una instancia superior denominada “poder soberano” que es, según expresión de Laporta, “un poder constituyente y no un poder constituido jurídicamente”. Según este autor en relación a la posibilidad de admisión de límites jurídicos al poder soberano se han formulado tres objeciones relevantes, a saber: en primer lugar, que su afirmación conduce a contradicción, pues, admitir límites jurídicos al soberano implica suponer, al mismo tiempo, que es soberano y no soberano; en segundo lugar, que la existencia de límites al poder soberano conduce a un regreso al infinito y, por último, que la idea de autoobligación que conlleva es inadmisibles porque el sometimiento a uno mismo es equivalente a estar libre de restricciones.

En contra de esas objeciones, H. L. A. Hart ha sostenido que la idea del soberano jurídicamente ilimitado no representa adecuadamente la característica del derecho vigente en no pocos estados modernos. En efecto, la competencia legislativa suele estar restringida por una norma constitucional de dos maneras: especificando el procedimiento y excluyendo ciertas materias del ámbito de competencia legislativa. Según el autor estos tipos de restricciones no implican deberes impuestos al legislador, sino que equivalen a ausencia de potestad o incompetencia y, en consecuencia, toda sanción legislativa que vulnere esas restricciones será nula (HART, 1998). La dificultad que surge para entender la restricción legislativa como incompetencia o ausencia de poder es que la autoridad del derecho resulta lógicamente imposible. Ello así porque las decisiones del poder legislativo quedan subordinadas al control judicial y, entonces, es el poder judicial el que queda situado fuera del gobierno del derecho. En efecto, si el tribunal que se encuentra situado en el nivel más alto de la jerarquía judicial es el que tiene la última palabra, entonces, no se encuentra circunscrito por el derecho (ENDICOTT, 2006).

2 SOBERANÍA ILIMITADA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Según Laporta (2007) el error común de los argumentos contrarios a la restricción del poder soberano es que comparten una concepción del fenómeno jurídico basada en el voluntarismo, concepción que alcanza su máxima expresión en las teorías de Hobbes, Austin y Pufendorf. Esta concepción afirma que no hay leyes ni obligaciones antecedentes, es decir, que la normatividad tiene como fuente la existencia de un soberano. A su vez, la obligación de obediencia a los mandatos del legislador soberano surge de un contrato social o acuerdo de obediencia a sus leyes. La necesidad de un soberano es explicada en términos de la idea de estado de naturaleza como un estado de anarquía en el cual ninguna acción es correcta o incorrecta. De ese modo, las leyes son artificios creados por un soberano y las obligaciones surgen de su poder irresistible. La existencia de un soberano es necesaria para superar el estado de naturaleza e ingresar a la vida social, o bien, para el establecimiento de la coordinación social. Dicho de otro modo, el soberano y sus leyes son ineludibles para imponer cualidades morales sobre el caótico mundo de la naturaleza.

Si en el estado de naturaleza no hay obligaciones, entonces, los preceptos morales no pueden ser otra cosa que simples consejos o sugerencias conducentes a la conservación y defensa de los seres humanos y, como es característico de los consejos, no son vinculantes, solo pueden seguirse o no por motivo de su utilidad o conveniencia. Dichos preceptos solo pueden adquirir el estatus de ley por la existencia de un legislador soberano definido en términos de su poder para imponer sanciones con el fin de hacer cumplir sus mandatos. La sanción, en consecuencia, es considerada un instrumento indispensable para motivar a los sujetos a obedecer las leyes. La obligación no es más que compulsión generada por el poder irresistible del soberano. Los sujetos están forzados a hacer lo que se les manda y, el mandato es la expresión de voluntad de quien lo formula (KORSGAARD, 2000). Esto implica asumir que los sujetos no creen en las normas y que la obediencia a los mandatos del legislador es sólo motivada por la evasión de las sanciones asociadas a la violación de esos mandatos. Así, el origen de la obediencia radicaría en un mero cálculo costo-beneficio realizado por el sujeto portador de la obligación. De ese modo, la sanción es el único medio para proporcionar motivos para la obediencia a la ley o mandato del soberano, a diferencia

de los preceptos morales que, no obstante ser considerados simples consejos, proporcionan una razón intrínseca por la utilidad o conveniencia que prestan a aquél a quien se aconseja.

En síntesis, si los mandatos del soberano compelen por medio de la amenaza de sanción, entonces, los mandatos no dan origen al deber u obligación, pues no proporcionan un motivo que surja del propio mandato. De ese modo, podemos concluir que las sanciones no son la clase adecuada de motivos para afirmar la existencia de obligaciones y, además, que el cumplimiento del deber u obligación requiere de un motivo intrínseco; el cumplimiento no puede depender de la fuente natural de poder, o bien del ejercicio eficaz del poder, originado en cálculos que son el resultado de una racionalidad puramente instrumental. Dicho de otro modo, el que obedece no cumple con sus obligaciones, pues su voluntad no se apoya en la ley sino en las supuestas consecuencias ventajosas de lo que hace.

Si bien la importancia concedida a las sanciones no puede tener como base el sustento de obligaciones, su necesidad podría ser defendida argumentando que proporcionan autoridad al legislador soberano que, a su vez, es necesaria para dar la fuerza de una obligación a los preceptos morales indicados para nuestra conservación y defensa. No obstante, la noción de autoridad es normativa y, en consecuencia, no puede ser empleada para elucidar el origen de la normatividad.

Por último, el supuesto sobre el que reposa esta versión voluntarista del derecho es, como se señaló anteriormente, que la normatividad jurídica tiene su origen en la necesidad natural de los seres humanos de tener una vida social. En consecuencia, la obligación de obedecer las leyes del soberano se deriva de la idea de contrato social o consentimiento de los seres humanos a prestar obediencia a sus mandatos como medio para el logro de la cooperación social. La cuestión que surge en este punto es la siguiente: ¿Cuál es la fuente de la obligación de cumplir con el contrato social? Si la respuesta es que los pactos deben cumplirse, entonces, debemos admitir la existencia de obligaciones naturales o antecedentes.

Cabe concluir que la teoría del soberano no proporciona criterios satisfactorios para diferenciar derecho de poder arbitrario y, dentro de un supuesto "estado de derecho", para distinguir entre legalidad de los actos de gobierno y ejercicio discrecional del poder.

3 EL DERECHO COMO ORDEN INSTITUCIONAL

En defensa de la naturaleza normativa del derecho y del carácter general de las normas jurídicas Hans Kelsen afirma que debe distinguirse entre ser y deber ser o, más específicamente, entre acto de decisión y contenido de la decisión. En efecto, norma es el contenido del acto de ordenar y se distingue claramente de la actitud o deseo de ordenar, de obedecer o de aceptar la norma u orden.

La cuestión que surge de esta idea es la siguiente: si “norma” se refiere al contenido de una decisión constituyente, es decir, de una decisión que impone la forma de gobierno de una comunidad, entonces, el contenido de dicha decisión es una norma general sustentada por una actitud de aceptación o reconocimiento social. En otros términos, la norma general constituyente es el sentido institucional que los miembros de una comunidad atribuyen al acto del poder constituyente y que sólo podría explicarse como una norma positiva, de naturaleza extra jurídica, generadora de una práctica compleja de aceptación o seguimiento de normas. De tal modo, el ideal del imperio de la ley, como cosa diferente del gobierno arbitrario, sólo puede ser entendido como una exigencia de moralidad social, según la cual, el derecho es una forma de regulación del comportamiento social conceptualmente diferente de aquellas surgidas del ejercicio de un poder irresistible. En la caracterización del derecho como fenómeno institucional es central el aporte suministrado por H. L. A. Hart en su libro *El Concepto de Derecho*. Según este autor, la estructura del derecho no solo contiene reglas generales de conducta, sino reglas secundarias que confieren poderes tanto públicos como privados. A su vez, las reglas que confieren poderes públicos son de dos tipos, a saber: reglas que confieren poder o competencia para legislar, a las que denomina “reglas de cambio”, y reglas que habilitan o dan competencia para aplicar el derecho, a las que denomina “reglas de adjudicación”. La importancia de estas reglas reside en que, por un lado, incorporan la idea de agencia o representación y, por el otro, que la vigencia del derecho presupone una expansión, y por tanto, una división o segmentación en el ejercicio de los poderes públicos. Esta perspectiva de análisis del derecho como constructo social, o como hecho institucional, hace efectivo un principio del liberalismo político, según el cual, el gobierno debe ser limitado, pues, si el poder está conformado por agentes sustentados por el propio sistema jurídico, entonces, todo agente, en el desempeño de su función, queda sujeto a

los requerimientos del sistema jurídico del cual deriva su autoridad. De ese modo, el propósito de las reglas es limitar la esfera de libertad de los sujetos estableciendo límites recíprocos a la libertad de los ciudadanos y control jurídico de la acción de los poderes públicos.

Su incorporación de la idea de agencia da una respuesta adecuada a la creencia extendida en la continuidad del poder soberano y, por tanto, en la persistencia o permanencia del derecho. Ello así, porque las reglas secundarias mencionadas introducen una distinción conceptual entre agente o representante y persona. En otros términos, distingue entre las posiciones o cargos públicos especificados por reglas y los sujetos que ocasionalmente desempeñan o personifican los roles inherentes al desempeño de esas posiciones o cargos (HART, 1998).

Este análisis del derecho como hecho institucional implica que el gobierno de las leyes, a diferencia del gobierno de los hombres, es un gobierno en el que la ley predetermina la vía de acceso al poder, traza sus límites y fiscaliza su ejercicio determinando lo que se puede y no se puede hacer. Ello así, porque las leyes contienen “un núcleo de significado establecido” del que el agente “no es libre de apartarse” y, en consecuencia, proporcionan el criterio de corrección de las acciones y decisiones implicadas en el desempeño de las funciones públicas (HART, 1998). No obstante que las reglas circunscriben el conjunto de roles inherentes al ejercicio de los poderes públicos adolecen, como bien lo indica Hart, de indeterminación parcial y, en consecuencia, no anulan totalmente el poder creador de los ocasionales sujetos portadores de esos poderes (HART, 1998, p. 181). Esto hace que la vigencia del derecho se manifieste en grados que fluctúan entre voluntarismo y determinismo, dependiendo del modo en que los agentes o representantes públicos personifican sus roles.

4 DERECHO, PODER Y GOBIERNO DEMOCRÁTICO

De las distintas concepciones del derecho examinadas surgen implicaciones significativas en lo concerniente a la relación entre derecho y gobierno democrático.

Si en una democracia identificamos al soberano jurídicamente ilimitado con el electorado, tal como propone John Austin (AUSTIN, 2002), la distinción entre poder arbitrario y derecho se torna incierta. En efecto, si

la soberanía, como sostiene el autor, reside en el pueblo, e identificamos “pueblo” con el grueso de la población que integra el electorado, entonces, el único ejercicio directo que hace el electorado de su poder soberano es, por medio del voto, la delegación absoluta de su poder en los representantes. Esa delegación no puede ser sino absoluta pues la condición de no abusar del poder delegado sólo podría valer como una restricción de naturaleza moral o prudencial, pero no jurídica. Ello así porque toda limitación jurídica al ejercicio de los poderes delegados requiere presuponer la existencia de reglas aceptadas y, además, una distinción entre la noción de persona y la de agente o representante que, como vimos anteriormente, la versión voluntarista del derecho no puede proporcionar. Desde este punto de vista sólo podemos, con no pocas dificultades, proporcionar un concepto minimalista de democracia caracterizado por una cesión o transferencia de poder de un sujeto impersonal y pasivo - el votante. En una concepción minimalista de democracia los gobernantes consideran que una vez electos tienen el derecho y la obligación de gobernar como mejor les parece, sin obstáculos institucionales. Ello así porque la explicación del derecho proporcionada por el voluntarismo resulta incompatible con la implementación de controles representativos como un medio de previsión, fiscalización y sanción de ilícitos de los gobernantes. Además, implica la posibilidad de incluir dentro del dominio del derecho formas de organización del poder en las que los derechos civiles y sociales no sean reconocidos. En síntesis, admite lo que O'Donnell denomina “estados de legalidad trunca y de ciudadanía de baja intensidad” que ponen seriamente en duda la posibilidad de una distinción clara y sustentable entre derecho y ejercicio arbitrario o discrecional del poder (O'DONNELL, 2007).

En contraposición, una concepción institucional de derecho, como la sostenida por H. L. A. Hart, concuerda con una noción de democracia participativa y representativa, según la cual, las relaciones entre sector oficial y sector privado son entendidas como relaciones de agencia, entendiéndose que “agente” es aquél individuo que presta un servicio favorable a su representado. La periodicidad de las funciones y la alternancia en el ejercicio del poder surgen de esa relación de agencia y del poder de los electores de destituir al gobierno. Tales restricciones son condiciones de la vida social que impone resistencia a prácticas discrecionales del poder con el fin de evitar males que universalmente los seres humanos desean evitar como la violencia, el fraude o la supresión de información que constituyen una limitación

importante a la autonomía o libertad de las personas (WILLIAMS, 2006).

La incorporación al derecho de la idea de agencia se hizo efectiva gradualmente. En un principio se manifestó en términos de la asignación de derechos a categorías de agentes primarios en el ámbito del derecho contractual, imponiendo restricciones con el propósito de evitar inequidades en las relaciones entre las partes o vicios en el consentimiento y, con posterioridad, mediante el desarrollo de legislación social que extendió el principio de equidad a categorías de agentes colectivos. De este modo el imperio del derecho es requerido como soporte del sistema democrático y sus libertades.

El derecho es una práctica cuya realización depende del grado de desarrollo de las habilidades prácticas que posee naturalmente el ser humano. Al igual que el lenguaje u otras prácticas, su declinación o crecimiento dependerá del propio punto de vista de los que actúan como agentes, esto es, lo que ellos piensan que están haciendo cuando siguen reglas se erige en condición de posibilidad del imperio del derecho. De lo expresado se infiere que toda norma posee un ineludible componente intencional que requiere distinguir entre persona y agente. En efecto, si la mayoría de los funcionarios rechazan las reglas que les confieren autoridad y, como cuestión de hecho, no imponen ningún límite a sus decisiones, entonces, el derecho resulta sustituido por el arbitrio de poder. Esta sustitución del derecho tiene lugar cuando los sujetos usan las normas como medios de manipulación estratégica o como formas encubiertas de legitimación del auto interés, mientras que no las consienten realmente.

Las reglas son aceptadas sólo cuando el agente las adopta como sus propias buenas razones, como pautas de control o evaluación de su desempeño en sociedad, asumiendo sus deberes u obligaciones como formas más participativas y exigentes de comportamiento que las que surgen de una interpretación impersonal del lenguaje de las normas. Si bien cada individuo es un ser social – agente - constituido y configurado por derechos y obligaciones que el derecho establece y sustenta, pues el derecho nos define como seres sociales al asignarnos derechos y obligaciones desde nuestro nacimiento con independencia de todo consentimiento, no nos define como seres humanos. La persona que actúa como agente posee capacidad o poder para descubrir, a través del modo en que desempeña sus roles, su propia identidad como individuo particular. En consecuencia, el derecho no puede ser considerado una simple técnica de

sometimiento o sumisión, sino un medio de proporcionar un conjunto de precondiciones para la actividad del hombre en sociedad.

5 CONCLUSIONES

La posibilidad de establecer una distinción clara entre las nociones de derecho y poder presupone una teoría normativa del derecho que conceda primacía a sus derivaciones prácticas. El derecho sólo puede distinguirse del poder como técnica de regulación de la conducta que excluye ciertos modos de acción de las conductas futuras de sus miembros, si y sólo sí, posee relevancia práctica sustentada en convenciones vigentes que son el resultado de las creencias compartidas de sus participantes. De otro modo, el derecho no es otra cosa que un conjunto de expectativas entrelazadas que da lugar a regularidades de comportamiento que hacen posible la predicción y, en consecuencia, su existencia como práctica social está condicionada a que la mayoría de las expectativas sean satisfechas.

Según esta posición la normatividad en general no es una propiedad de las acciones humanas sino que reside en nuestras mentes, su existencia no es otra cosa que el contenido de creencias socialmente compartidas¹. A su vez, tenemos creencias compartidas sobre lo que debemos hacer o creer porque poseemos naturalmente habilidades prácticas para interactuar en el orden social.

La teoría normativa del derecho de orientación positivista se ha centrado en las características formales de las instituciones y a descuidado el análisis del rol social que esas instituciones cumplen ocultando, en cierto modo, el hecho de que la propia teoría es una proyección de la idea de estado de derecho y de democracia como forma de organización política. En efecto, de manera implícita la teoría institucional del derecho es una expresión refinada de las creencias compartidas en el mundo occidental de que la democracia es la forma más adecuada de organización política. La normatividad del derecho, desde este punto de vista, ya no reposa en la voluntad de un legislador soberano, sino en el reconocimiento o aceptación social de las leyes dadas por el legislador soberano.

Podría sostenerse, en contra de esta idea, que el sustento jurídico del régimen democrático no implica la obligación moral de aceptar ese régimen, sino que sólo convierte a esta opción de organización política en una expectativa socialmente exigida y respaldada por el poder coactivo del estado. No obstante, como se señaló anteriormente, la sanción jurídica solo proporciona criterios de racionalidad basados en el interés individual al establecer consecuencias negativas para aquel que desconozca o viole los derechos que el sistema asigna a los demás, pero no explica el reconocimiento de que los demás son personas portadoras de derechos idénticos a los que él posee, ni las obligaciones a que da lugar ese reconocimiento.

De lo analizado se infiere que el imperio del derecho como técnica de organización social no se agota en simples estructuras discursivas, sino que existe como una práctica que se manifiesta en grados que fluctúan entre voluntarismo y determinismo, dependiendo de la actitud de los participantes y del modo en que estos, actuando como agentes sociales, personifican sus roles. En la práctica la obligatoriedad de las normas jurídicas fluctúa entre la ausencia de vínculo, cuando los sujetos actúan guiados exclusivamente por sus preferencias, y la sujeción incondicional impuesta por las convenciones vigentes dependiendo del grado de desarrollo de sus habilidades para incorporarse en la práctica del derecho.

En consecuencia, el análisis del derecho como fenómeno institucional ha instalado una visión de la relación entre gobierno y ciudadanía como una relación de agencia que exige abordar cuestiones sociológicas, éticas y filosófico-políticas.

En efecto, la existencia de creencias compartidas con base en la atribución genérica de ciertos derechos y obligaciones presupone una reflexión o deliberación más elaborada sobre la fuente u origen de la normatividad que traslada la cuestión al plano de la ética. El propósito del derecho no sólo radica en la imposición de restricciones sino, además, en la ampliación progresiva de los ámbitos de libertad y participación. De ese modo, las obligaciones no se aceptan cuando se las estiman invasivas de la autonomía personal, sino cuando se las asume como las propias buenas razones al ser aplicadas en la autodeterminación como persona particular. Las restricciones de comportamiento nos generan resistencia

¹ En tal sentido Lagerpetz (1995) sostiene que un hecho convencional es un conjunto de creencias mutuas, expectativas recíprocas dentro de un grupo, es decir, que no solo creemos sino que, además, esperamos que los otros tengan las mismas creencias. De modo que un hecho institucional consiste en la creencia en su existencia y, además, en la creencia sobre las creencias en su existencia de los demás. En estas creencias de primer y segundo grado reside la posibilidad de pensar hechos convencionales o institucionales entre los que se incluye un "derecho válido".

cuando se oponen a deseos, intereses o necesidades básicas que surgen de nuestras interacciones en los órdenes natural y sociocultural, y en esas tensiones tiene su origen la normatividad (ARCHER, 2004).

En relación a la cuestión de la fuente u origen de la normatividad Christine Korsgaard afirma que naturalmente los seres humanos somos seres reflexivos que cuestionamos y revisamos nuestras experiencias en función de lo que aspiramos a modificar o rectificar de nuestras posiciones primarias y, por eso, usamos conceptos normativos; no usamos esos conceptos para hacer referencia a algo real, no es conocimiento de verdades normativas lo que buscamos por medio de la reflexión, sino confianza en lo que debemos creer o hacer y, con ese propósito es que elaboramos y aplicamos teorías (KORSGAARD, 2000).

REFERENCIAS

ARCHER, M. S. Introduction. En: _____. *Being human: the problem of agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p.1-16.

AUSTIN, J. *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

ENDICOTT, T. A. O. *La imposibilidad del imperio de la ley*. En: _____. *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, 2006. p. 269-297.

HART, H. L. A. *Formalismo y escepticismo ante las reglas*. En: _____. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.p.155-191.

KORSGAARD, C. M. Excelencia y obligación: una historia muy breve de la metafísica occidental de 387 A.C. a 1887 D.C. En: _____. *Las fuentes de la normatividad*. México: UNAM, 2000. p. 13-17.

_____. *El asentimiento reflexivo*. En: _____. *Las fuentes de la normatividad*. México: UNAM, 2000. p. 69-116.

LAGERPETZ, E. *The opposite mirrors: an essay on the conventionalist theory of institutions*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1995.

LAPORTA, F. J. *Reglas jurídicas y control del poder por el derecho*. En: _____. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta. 2007. p. 61-70.

O'DONNELL, G. *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.

WILLIAMS, B. *Veracidad, liberalismo y crítica*. En: _____. *Verdad y veracidad. una aproximación genealógica*. Barcelona: Ensayos Tus Quests Editores, 2006. p. 201-224.

Recebido em setembro de 2010.

Aprovado em outubro de 2010.
