

FILOSOFÍA DEL DERECHO

SI LA CRISIS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA, DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y de la democracia era vista como el problema esencial de Colombia durante la década de los ochenta, en la actualidad dicha visión se concentra en la manera como los problemas de legitimidad y democracia se nutren de la violencia, de la inseguridad y de la subordinación de lo público a los intereses privados.

Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas.
El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, p. 81

La legitimación del derecho en Habermas
Daniilo Chavarro

LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO EN HABERMAS

DANILO CHAVARRO

Jürgen Habermas proposes a link between law and communicative rationality, since this would allow a coherent integration of society through law and a balanced reconstructive theory of law's legitimacy. According to this idea, this article examines how the German author aims to overcome the limitations of positivism and of the traditional conception of practical reason as legitimate sources of the judicial realm in order to balance the asymmetrical tension between facticity and validity in law.

Introducción

Durante la década de los sesenta Habermas ya había esbozado que el derecho positivo, en su doble dimensión de derecho de libertad y de coacción, necesitaba de una justificación práctica a través de su vinculación a una moral de principios.¹ Sólo en la década de los noventa ha visto la luz la propuesta habermasiana. El paradigma que Habermas ha implementado es, sin lugar a dudas, desbordante: imputa papeles inusitados al derecho en el marco de una teoría crítica de la sociedad. Justamente por ello los modelos desde los cuales algunas teorías han observado la legitimación del derecho se han tornado limitados, por decirlo de alguna manera, al momento de evaluar las diversas dimensiones de la justificación del derecho.² Las causas reales de este

¹ Habermas, Jürgen, "Reflexiones sobre la posición evolutiva del derecho moderno" en: *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1981.

² En este sentido puede verse: Oscar Mejía Quintana, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho", Tolerancia, XV Congreso Interamericano de Filosofía, II Congreso Iberoamericano de Filosofía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 12-16 de enero de 2004.

desbordamiento estriban no sólo en la interdisciplinariedad que caracteriza la formación académica de Habermas,³ sino también en el carácter universal que él mismo ha acuñado a su concepción de la racionalidad.⁴ Desde el punto de vista de la racionalidad comunicativa todo el abanico de propuestas legitimadoras del derecho se proyecta a través de una sola dimensión. No en vano la propuesta de Habermas resulta ser un intento de integración de las ya clásicas dimensiones de la validez del derecho: la validez normativa, la validez jurídica o lógico-formal y la validez fáctica o sociológica.⁵

La concepción habermasiana de la racionalidad, debido a la universalidad que le imprime su carácter procedimental,⁶ intenta articular todas las dimensiones de validez por las que, de una u otra manera, han tomado partido las posturas normativistas y empiristas de la legitimación. Desde aquí ya se infiere que los efectos integradores de la racionalidad comunicativa ponen en tela de juicio la competencia de la tradicional concepción de la razón práctica en pro de la articulación de las diversas dimensiones de validez del derecho. Por tal razón, y con el convencimiento del potencial que la racionalidad comunicativa guarda en favor de una solución a los problemas generados en la modernidad, Habermas intenta eliminar el mayor obstáculo en el camino hacia una coherente legitimación del derecho: la insuficiencia de la tradicional concepción de la razón práctica en pro de la actualización del potencial integrador del último.

³ Es decir, el hecho de que un problema iusfilosófico sea abordado por un filósofo, implica una ampliación de la dimensión jurídica en la que comúnmente se mueve un iusfilósofo. No en vano ha dicho el mismo Habermas: “[...] Hace tiempo que en Alemania la filosofía del derecho ya no es cosa de filósofos, si en lo que apenas menciono el nombre de Hegel y me apoyo más decididamente en la teoría kantiana del derecho[...] evito conectar con una filosofía del derecho reducida a términos de ciencia jurídica[...]” (Habermas, Jürgen *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta S.A, 1998, p.57).

⁴ Universal en el sentido de articular a través de un uso comunicativo del lenguaje la racionalidad técnica, ética y moral.

⁵ La asunción excluyente de cada uno de estos tres criterios de determinación de la validez del derecho ha sido un rasgo característico de los diversos modelos teóricos propuestos hasta nuestros días. Por el contrario, el proyecto de Habermas se orienta más hacia una articulación de los tres criterios. Justamente por esta posición integradora su proyecto se torna desbordante respecto de la mayoría de los paradigmas de la legitimación. Respecto de los distintos modelos y propuestas que asumen uno u otro criterio, puede verse a: Falcon y Tella, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

⁶ Procedimental en el sentido de que no se constituye en una fuente de contenidos normativos, sino en un procedimiento discursivo para la obtención de normas a través del medio argumentativo.

De todo esto se deduce que, ante los ojos de Habermas, tanto el modelo kantiano como el paradigma positivista de la legitimación del derecho –ya sea en cualquiera de sus versiones– se hallaron inermes a la hora de enfrentar una justificación práctica del derecho. El principal problema que ha proyectado la tradicional concepción de la razón práctica ha sido, desde la óptica universalista de la racionalidad comunicativa, la incapacidad para articular coherentemente –es decir, sin mermas– los tres usos de la misma, a saber: el pragmático, el ético y el moral.⁷ Esto, por supuesto, pone en evidencia que Habermas nunca ha considerado plausible la reducción unívoca de la racionalidad práctica a cualquiera de sus usos. Por el contrario, sus pretensiones se han inclinado, a lo largo de su proyecto teórico, a una rearticulación que comprenda todo el espectro de la razón práctica⁸ a través del uso comunicativo del lenguaje. Desde la publicación de los trabajos contenidos en *Teoría y Praxis*, Habermas ya había preconcebido en la antinomia⁹ entre saber técnico/saber práctico, la irresoluta incompatibilidad de los usos de la razón práctica. Por tanto, la sobredimensionalización de la racionalidad técnica dentro del positivismo jurídico, así como la sobredimensionalización de la racionalidad moral dentro del paradigma kantiano, resultaron ser, a los ojos de Habermas, no sólo respuestas desacertadas al problema de la legitimidad del derecho, sino también el efecto de una inadecuada concepción de la racionalidad.

En el horizonte que brinda un orden social fragmentado, el diagnóstico habermasiano derivado de la naturaleza dual del proceso de racionalización mostró el predominio excluyente de la racionalidad técnica a través de la “colonización del mundo de la vida”. Esto hizo evidente la incompatibilidad entre la racionalidad sistémica,¹⁰ ética y moral. La dimensión jurídica, a partir

⁷ Esto quiere decir que la razón comunicativa articula efectivamente las tres manifestaciones de la racionalidad práctica. En este sentido puede verse a Margarita Boladeras, quien afirma que Habermas “[...]entiende que cada una de estas perspectivas muestra una faceta relevante de los distintos problemas que rodean la orientación de la acción[...] pero considera que los intentos por identificar la razón práctica con sólo una de estas perspectivas implica un reduccionismo que debe superarse[...]”. Boladeras, Margarita, *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 102.

⁸ La búsqueda en pro de una racionalidad universal emprendida por Habermas de una u otra forma ha intentado integrar todo el espectro de la razón práctica y ello no excluye, por supuesto, la racionalidad técnica.

⁹ Ver Habermas, Jürgen, “La doctrina clásica de la política en su conexión con la filosofía social”, en: *Teoría y Praxis*, Ediciones Altaya, Madrid, 1994

¹⁰ Una racionalidad teleológica o técnica generalizada y transferida a los sistemas autorregulados.

del papel que Habermas le atribuye como núcleo de la interacción social, se ha constituido en el escenario de esta incompatibilidad. En consecuencia, las diversas teorías de la legitimación del derecho son, en gran medida y al fundamentarse excluyentemente en uno u otro tipo de racionalidad, una clara muestra de esa incompatibilidad. El mensaje de Habermas ha sido claro: mientras se continúe optando por cimentar el derecho sobre las bases de la tradicional concepción de la razón práctica, cualquier tentativa de justificación del derecho positivo resultaría fallida. Habermas piensa que sólo a partir de una racionalidad cuyo eje se constituya en la comunicación, se puede construir un modelo plausible a la hora de legitimar el derecho. En consecuencia, la teoría habermasiana de la acción comunicativa ha venido a constituir la nueva base estructural de un nuevo modelo de legitimación del derecho. El siguiente paso, entonces, si hemos acertado en nuestra interpretación de la teoría de Habermas, ha sido la elaboración de una teoría del derecho desde la racionalidad comunicativa o, lo que significa lo mismo, una teoría discursiva del derecho.

La gestación de cualquier teoría del derecho implica la consideración de sus principales momentos. Por consiguiente, creación, aplicación e interpretación constituyen tópicos irrenunciables de cualquier estudio filosófico del derecho. Habermas, en esta misma línea, no deja de tratar estos aspectos a lo largo de *Facticidad y Validez*. Sin embargo, y sin desconocer la importancia de los momentos de ejecución e interpretación del derecho, el momento de creación y, consecuentemente, el de legitimación se erigen como el centro de toda la teoría habermasiana del derecho y la sociedad. Pero, ¿de dónde emana la necesidad de una adecuada legitimación del derecho? ¿Por qué es tan prioritaria su legitimación? A este interrogante Habermas respondería que el carácter prioritario de la legitimación del derecho se origina en la potencialidad de éste como vehículo de integración social. Según Habermas, no existe otro medio más apto para la consolidación de la integración social que el derecho. Por consiguiente, y en el marco de las diversas funciones que Habermas atribuye al mismo,¹¹ su ascenso a “categoría de mediación social” constituirá la función determinante del derecho. El potencial integrador del derecho emana de su capacidad para catalizar todo el espectro de la razón práctica. En esta medida, todos los usos de la razón práctica se tornan compatibles en el momento de creación del derecho. Es decir, la dimensión jurídica será el espacio donde los lenguajes propios de la racionalidad sistémica, moral y ética se conecten

¹¹ Efectivamente, en el marco de la vinculación derecho/acción comunicativa, el primero no sólo se constituye en el mecanismo de integración de la sociedad, sino también, entre otras funciones, en el transformador del poder comunicativo en poder administrativo, etc.[...]

equilibradamente entre sí.¹² Esta integración sólo resulta posible a través de la fundamentación del derecho en la racionalidad comunicativa. La racionalidad comunicativa será entonces, a través de un principio general del discurso que representa un uso pragmático del lenguaje, la encargada de imprimirle al derecho la facultad de articular los asuntos propios de cada modalidad de uso de la razón práctica.

Con un derecho cuyo potencial integrador se haya actualizado a través de la racionalidad comunicativa, Habermas pretende encontrar una salida a la problemática derivada de la naturaleza dual del proceso de racionalización: la desarticulación suscitada entre la integración sistémica que rige el sistema económico y político-administrativo y el mundo de la vida que se integra a través de la acción comunicativa. Pero *¿cómo* el derecho podría articular simétricamente ambas modalidades de integración? Según Habermas, es en el momento de creación de las normas jurídicas donde se concreta la integración de la sociedad. Por consiguiente, es en la legitimación del derecho donde se proyecta la clave de la integración social. La conclusión es evidente: una coherente integración de la sociedad depende de una coherente legitimación del derecho. He ahí la importancia que ocupa el derecho dentro de la teoría crítica de la sociedad.

En consecuencia, este ensayo se inclinará a dos objetivos: en un primer momento, se intentará mostrar la forma como Habermas plantea la necesidad de vincular el derecho a la racionalidad comunicativa en favor de una actualización del potencial integrador del primero. Esto, como se esbozó en un principio, con miras a una posible integración de la sociedad. Para acreditar la aludida vinculación entre racionalidad comunicativa y derecho expondré –desde una perspectiva muy general– en qué consiste la racionalidad comunicativa propugnada por Habermas. Seguidamente, y apoyado en la descripción del paradigma de la racionalidad comunicativa, mostraré las limitaciones e insuficiencias que Habermas ha visto en la relación derecho–razón práctica. Aquí se hará referencia a los fallidos intentos por obtener una simétrica articulación entre las siguientes categorías: derecho objetivo/derecho subjetivo, autonomía privada /autonomía pública y poder político/derecho. Por último, mostraré las ventajas que Habermas percibe en la vinculación del derecho a un nuevo paradigma de la racionalidad, a saber, la acción comunicativa. Las ventajas se encontrarán, inequívocamente, en la obtención de una coherente

¹² Como se verá en posteriores líneas, en el ámbito del derecho resulta posible, a través del medio lingüístico, articular los discursos pragmáticos, éticos y morales.

integración social a través del derecho. En un segundo momento, el objetivo de este trabajo será mostrar la teoría reconstructiva de la legitimación del derecho que propone Habermas. Aquí se realizará una exposición de la propuesta que intenta equilibrar la asimétrica tensión interna y externa entre la facticidad y la validez del derecho. Es decir, la tensión suscitada entre autonomía privada y autonomía política e, igualmente, la tensión entre derecho y poder político, respectivamente.

La necesidad de vinculación entre el derecho y la racionalidad comunicativa

La racionalidad comunicativa

Habermas, de la misma forma que ha diagnosticado la inexistencia de una teoría de la evolución social que dé cuenta con mayor amplitud de los distintos procesos sociales, ha negado la existencia de una teoría de la comunicación que abarque no sólo las propiedades semántico-sintácticas del lenguaje, sino también las propiedades pragmáticas del mismo.¹³ Ante este vacío, Habermas ha apuntado sus esfuerzos hacia el desarrollo de una ciencia reconstructiva¹⁴ cuyo propósito sería la identificación y reconstrucción de las condiciones universales del entendimiento posible, es decir, la reconstrucción de la base universal de la validez del habla.

El panorama teórico que se proyectaba ante Habermas mostraba un predominio de las teorías conductistas y empiristas de la comunicación. El mayor defecto que evidenciaban aquellas teorías radicaba en la reducción de los significados a meras características comportamentales.¹⁵ Esto, sin lugar a dudas, impedía la elaboración de una concepción pragmática de la comunicación. A pesar de este restringido panorama teórico, Habermas observó en el mismo una teoría que, si bien no suplía plenamente las limitaciones relativas al tratamiento de las propiedades pragmáticas del lenguaje, sí propugnaba un uso formal del

¹³ Las propiedades del lenguaje que tienden al entendimiento.

¹⁴ Aquellas ciencias que reconstruyen un saber preteórico.

¹⁵ “[...] pues bien, partiendo de la semiótica de Charles Morris se han desarrollado planteamientos de una teoría general de la comunicación. Esta integra en su marco categorial el modelo del behaviorismo lingüístico (la reacción comportamental, mediada por signos, de un organismo particular sometido a estímulos)[...]”. Habermas, Jürgen, “¿Qué significa una pragmática universal?”, en: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Red Editorial Latinoamericana, México, 1996, p. 304.

mismo: la teoría de los actos de habla.¹⁶ Habermas consideraba que la teoría de los actos de habla guardaba dos aspectos comunes con el proyecto de una pragmática universal: en primer lugar, ambas estudiaban las unidades básicas de los actos de habla (las emisiones) y, en segundo lugar, ambas encaraban estas emisiones con la misma actitud que la lingüística se enfrentaba a las oraciones gramaticales. Sin embargo, y a pesar de esta convergencia, el modo en que Habermas concibió la pragmática universal se distanció de la teoría de los actos de habla. La causa de este distanciamiento fue la no observación por parte de esta teoría de las propiedades pragmáticas del lenguaje, la cual, a su vez, se originaba en la reducción del mismo al marco semántico-sintáctico.

Desde la perspectiva de Habermas, el objetivo de la pragmática universal debería desarrollar una doble cobertura, es decir, tanto el establecimiento de las reglas (condiciones) que un hablante competente debe dominar para crear oraciones semánticamente correctas, como la reglas (condiciones) para una correcta emisión de las mismas. Estos objetivos se distribuían, según Habermas, entre la lingüística y la teoría de los actos de habla, respectivamente. De la lingüística, Habermas infirió una competencia lingüística,¹⁷ mientras que de la teoría de los actos de habla infirió una competencia comunicativa.¹⁸ Ambas modalidades de competencia llevaron a Habermas al planteamiento del siguiente interrogante: ¿se justifica una distinción analítica entre competencia lingüística y competencia comunicativa? o ¿las estructuras de la oración guardan efectivamente las estructuras de los actos de habla (emisiones)? La respuesta de Habermas ha sido, en ambos sentidos, afirmativa. Según Habermas, la estructura de la oración sí guarda efectivamente las estructuras de los actos de habla, pero su alcance se torna limitado, es decir, la estructura de la oración no establece un contacto integral con la realidad¹⁹, más claramente, con el ámbito de ejercicio de las oraciones.

Justamente la imposibilidad de acceso al ámbito activo de las oraciones constituyó el fundamento de existencia de una competencia comunicativa autónoma de la competencia lingüística. De esta forma, mientras la competencia

¹⁶ “[...]como punto de partida más prometedor para una pragmática universal, me apoyaré sobre todo en la teoría de los actos de habla (Searle, Wunderlich) iniciada por Austin[...]” (Habermas, 1996: 306).

¹⁷ Capacidad de construir inteligiblemente las oraciones gramaticales.

¹⁸ Capacidad de emitir actos de habla que satisfagan la pretensión de verdad, veracidad y rectitud.

¹⁹ Es decir, la estructura de la oración nos remite al plano meramente semántico y sintáctico.

lingüística se restringía al plano de la correcta elaboración gramatical de las oraciones, la competencia comunicativa implicaría tres aspectos más que vincularían las oraciones a tres ámbitos diversos de la realidad: una realidad externa cuyo contenido indica un hecho o experiencia en el mundo natural, una realidad interna que se expresa en la manifestación de la intencionalidad del hablante y, en último lugar, una realidad normativa que supone la adecuación o no adecuación de una oración a un contexto normativo determinado. Así, Habermas arribó a las cuatro pretensiones que constituyen la base de validez del habla (las condiciones del entendimiento posible)²⁰: a) una pretensión de inteligibilidad que hace referencia a la correcta elaboración gramatical de las oraciones; b) una pretensión de verdad que implica que la proposición que hace referencia a la realidad externa y que, a su vez, está contenida en la oración, debe ser verdadera; c) una pretensión de veracidad que implica que el hablante debe manifestar sus intenciones sinceras con su emisión; y d) una pretensión de rectitud que implica que el contenido de la oración debe adecuarse a una realidad normativa. Estas cuatro pretensiones de validez constituyen el fundamento de toda acción comunicativa, entendimiento y acuerdo posible.

Para Habermas, el acto de habla se compone estructuralmente de dos partes fundamentales: el contenido proposicional y el acto ilocucionario. El núcleo del acto ilocucionario constituye la fuerza generativa de la comunicación. Justamente de ella dependerá si un acto de habla es efectivamente bien logrado o malogrado.²¹ En este sentido, el éxito efectivo o fracaso de un acto de habla estribará en el hecho de que el oyente entienda o no el contenido proposicional tal como fue expresado por el hablante y, consecuentemente, si el contenido proposicional es aceptado o no por el oyente. Con base en el contenido proposicional de los actos de habla, Habermas determinó el núcleo que sostendría su proyecto encaminado hacia la consolidación de una pragmática universal: una acción comunicativa proposicionalmente diferenciada y lingüística.

²⁰ “[...]El hablante tiene que elegir una expresión inteligible, para que hablante y oyente puedan entenderse entre sí; el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero, para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; el hablante tiene que querer expresar sus intenciones de forma veraz para que el oyente pueda creer en la manifestación del hablante (pueda fiarse de él); el hablante tiene, finalmente, que elegir una manifestación correcta por lo que hace a las normas y valores vigentes[...]”. Habermas, 1996: 300.

²¹ “[...]el éxito ilocutivo de un acto de habla se mide por el reconocimiento intersubjetivo que encuentra la pretensión de validez que en él se sostiene[...]”. Habermas, Jürgen, “Racionalidad del entendimiento”, en *Verdad y Justificación*, Editorial Trotta, 1999, p. 109.

Desde la perspectiva de los dos componentes estructurales de los actos de habla, Habermas establece dos niveles en los que paralelamente se desarrolla toda emisión: el nivel de las experiencias o estados de cosas y el nivel de la intersubjetividad. El primero implica una comunicación en el plano de los objetos del mundo. Aquí, el oyente entiende (entendimiento predicativo) el objeto en el contexto del mundo de las cosas. Por su parte, el segundo nivel implica que el oyente y el hablante relacionan mutuamente su subjetividad en cuanto al sentido (entendimiento del sentido) o forma como se expresa el contenido proposicional. Basándose en estos dos niveles de comunicación, Habermas clasificó los modos de uso del lenguaje²² en: a) uso cognitivo; b) uso regulativo; y c) uso representativo. En el uso cognitivo del lenguaje se comunican experiencias e imágenes del mundo. En este punto, la pretensión de verdad sobresale sobre las demás pretensiones de validez del habla. En el uso regulativo del lenguaje, la pretensión de verdad permanece implícita y sobresale la pretensión de rectitud en un contexto eminentemente normativo. Por su parte, y en último lugar, el uso representativo implica que la intención del hablante se tematiza a través del acto de habla. Esto pone de manifiesto que la utilidad del uso comunicativo de las expresiones lingüísticas no se restringe unívocamente a favor de la manifestación de las intenciones del hablante, sino también a favor de la representación de estados de cosas y del establecimiento de relaciones interpersonales:

“[...]Aquí se reflejan los tres aspectos del entender—se—con alguien—sobre algo. Lo que el hablante quiere decir mediante una expresión está conectado tanto con lo que dice literalmente en ella como con la acción con la cual debe entenderse lo dicho. Así pues, existe una relación ternaria entre el significado de una expresión lingüística y a) lo que con ella se quiere decir, b) lo que en ella se dice y c) el modo de uso en el acto de habla[...]” (Habermas, 1999: 107).

115

Estos niveles o ámbitos objetuales, en los que cobran mayor o menor preponderancia ciertas pretensiones de validez de los actos de habla y un

²² “[...]los modos de uso del lenguaje sólo pueden deslindarse entre sí recurriendo a casos paradigmáticos. Mi intención no ha sido afirmar que cualquier secuencia de actos de habla puede clasificarse unívocamente bajo esos puntos de vista; lo que simplemente afirmo es que todo hablante competente tiene, en principio, la posibilidad de elegir unívocamente un modo, porque con cada acto de habla tiene que entablar cuatro pretensiones de validez, de modo que pueda dar preferencias a una de entre tres pretensiones universales de validez para tematizar un componente del habla[...]. “¿Qué significa una pragmática universal?”, en: Habermas, 1996: 358-359.

determinado modo de usar el lenguaje, no constituyen nada distinto de aquellos dos marcos referenciales que correspondían, en el marco de la tesis habermasiana sobre los intereses del conocimiento, a las dos categorías de ciencia: el marco referencial de la disponibilidad técnica y de la acción instrumental (ciencias empírico analíticas), por una parte, y el marco referencial de la comprensibilidad intersubjetiva y la acción comunicativa (ciencias histórico – hermenéuticas), por otra. Sin embargo, y después de una aproximación sustancial al lenguaje, Habermas se orienta por no fundamentar estos marcos referenciales en los intereses del conocimiento, sino en una consolidada concepción de la racionalidad comunicativa. La racionalidad comunicativa se torna, entonces, y gracias a una mayor cobertura de la realidad fundada en la base de validez del habla, en una racionalidad universal²³ que cobija y articula ambos marcos referenciales y, por supuesto, desestima una excluyente separación entre los tipos de racionalidad propios de las ciencias empírico-analíticas e histórico–hermenéuticas. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la distinción analítica entre el interés técnico y el interés práctico, que Habermas desarrolló en la década de los sesenta, se articula con mayor eficiencia en el potencial de universalización de la racionalidad comunicativa.

Con fundamento en una concepción pragmática del lenguaje, así como en el desarrollo de las pretensiones de validez constitutivas del habla, Habermas obtuvo el medio para desarrollar una racionalidad que integrara todos los ámbitos de la realidad:²⁴ si bien la pretensión de rectitud reclama mayor relevancia en el ámbito referencial de la intersubjetividad, no se deriva de ahí una desaparición de las demás pretensiones de validez, entre ellas la de verdad, propia del marco referencial de los objetos de la naturaleza. Lo mismo podría afirmarse de la pretensión de rectitud en el marco referencial de los objetos naturales, pues si bien no cobra un papel relevante, el horizonte normativo no

²³ “[...] es precisamente esta noción más comprensiva de racionalidad la que la teoría de la competencia comunicativa trata de desarrollar. Las pretensiones de inteligibilidad, de rectitud, y de verdad son presupuestos universales de la interacción comunicativa. Estas pretensiones y las formas de resolver sobre ellas, todas conjuntamente y en su conexión recíproca, constituyen el núcleo de una concepción más adecuada de racionalidad, de una concepción de la que cabría plausiblemente decir que es universal. McCarty, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Editorial Tecnos, 2002, p. 369.

²⁴ “[...]los hablantes integran en un sistema los tres conceptos de mundo que en los otros tipos de acción aparecen en solitario o en parejas, y presuponen ese sistema como un marco de interpretación que todos comparten, dentro del cual pueden llegar a entenderse. No se refieren sin más salvedades a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo[...]”. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Editorial Taurus, 1981, p. 143.

desaparece. En este orden de ideas, la racionalidad comunicativa nos propone dos modelos discursivos propios de cada ámbito objetual: el modelo discursivo de la verdad o discurso teórico que resulta propio del ámbito de los objetos de la naturaleza y se refiere a la realidad natural y, por otro lado, el ámbito objetual de la intersubjetividad que se relaciona con el modelo discursivo de la corrección normativa, el cual se constituye a partir de una realidad eminentemente normativa. Son muchas las diferencias y similitudes entre ambos discursos. Entre ellas, y con una importancia determinante, sobresale la relación entre consenso, verdad y rectitud.

Al referirnos a la relación entre consenso y pretensión de verdad de los enunciados lingüísticos, resulta inevitable el encuentro con la teoría habermasiana de la verdad. Con ella, Habermas hace frente a aquellas teorías que conciben la verdad como correspondencia. Estas aducen que un enunciado es verdadero sólo si corresponde con los hechos acaecidos en la realidad. Habermas se opone a esta postura aduciendo que los enunciados que queremos mostrar como verdaderos a través de su correspondencia con la realidad no se corresponden con una mera realidad desprovista de referencias lingüísticas. Por el contrario, nos hallamos ante una correspondencia entre enunciados lingüísticos.²⁵ De esta manera, lo que se busca en el discurso teórico es la consolidación de la pretensión de verdad de un contenido proposicional. Por consiguiente, a Habermas le resulta imposible desligar el discurso teórico del desempeño argumentativo.

En el marco del discurso teórico, el consenso que consolida la pretensión de verdad se funda en una argumentación racional, es decir, libre de circunstancias coactivas. Esta exclusión de circunstancias ajenas a la racionalidad del discurso (un consenso de facto) trae al panorama lo que Habermas ha denominado una situación ideal de habla:

[...]llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones

²⁵ “[...]pero, argumenta Habermas, las teorías de la verdad como correspondencia están cargadas de dificultades insuperables: “tratan en vano de romper, y de salirse de, la esfera del lenguaje”. Los hechos con los que los enunciados verdaderos “se corresponden” no son –como señala Strawson– “cosas o sucesos en la faz del globo, presenciados, oídos o vistos”; son “lo que los enunciados (cuando son verdaderos enuncian)[...]”. McCarty, 2002: 350.

sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. De esta exigencia general de simetría pueden deducirse para las distintas clases de actos de habla exigencias especiales de equidistribución de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla[...] (Habermas, 1996: 153).

En esta medida, Habermas considera que la situación ideal de habla debe implicar las siguientes condiciones: a) todos los participantes del discurso deben poseer la oportunidad de ejecutar actos de habla en pro de la iniciación del discurso o de su prolongación, b) todos los participantes tienen el derecho de tematizar todas las pretensiones de validez con el fin de que ninguna quede sustraída de una revisión crítica, c) sólo pueden participar en el discurso aquellos agentes que tengan iguales oportunidades de participar en el discurso con actos de habla representativos²⁶ y, por último, d) sólo se permite la participación de agentes que tengan igual oportunidad de realizar actos de habla regulativos.²⁷

Por su parte, la relación consenso-rectitud se desarrolla en el ámbito del discurso práctico. Aquí prima la búsqueda por la efectividad de la pretensión de rectitud en el marco de un horizonte normativo. Al igual que en el ámbito del discurso teórico, en el discurso práctico debe existir una situación ideal de habla como condición irrenunciable en pro de la obtención de un discurso argumentativo. De esta forma, la única coacción posible será la del mejor argumento. La situación ideal se constituye así en el criterio que permite determinar cuándo un consenso es engañoso (impuesto) o racional (obtenido argumentativamente). Tanto el discurso teórico como el práctico requieren necesariamente, si es que pretenden arribar a un consenso racional, de una situación ideal de habla. Por consiguiente, el postulado de veracidad ha de valer tanto para el discurso práctico como para el teórico.

Resulta de vital importancia, además, y continuando alrededor de la situación ideal de habla, el hecho de que esta se convierte en el puente que permite el libre tránsito entre los distintos niveles del discurso.²⁸ Esta función

²⁶ Que expresen actitudes, sentimientos y deseos.

²⁷ Oponerse, permitir, prohibir, dar razones y exigirlas.

²⁸ “[...]La estructura de la comunicación, por la que se caracteriza la situación ideal de habla, excluye distorsiones sistemáticas y garantiza en especial el libre paso entre acción y discurso y, dentro del discurso, el libre paso entre los niveles de discurso[...].” Habermas, 1996: 154.

de la situación ideal de habla constituye, justamente, una condición que coadyuva el carácter comprensivo y universal de la racionalidad comunicativa. El paso del discurso teórico al discurso práctico o viceversa, en el marco de una estructura de la comunicación forjada por la situación ideal de habla, resulta no sólo posible, sino solvente. Esta flexibilidad en el tránsito de un tipo de discurso a otro, lo cual, a su vez, es una muestra del carácter universal de la razón comunicativa, proviene, sin lugar a dudas, de la asunción que la acción comunicativa hace del lenguaje:

[...]hay una racionalidad peculiar, inherente no tanto al lenguaje per se, sino al uso comunicativo de expresiones lingüísticas, que no pueden reconducirse ni a la racionalidad epistémica del saber (como cree la semántica veritativa clásica), ni a la racionalidad teleológica de la acción (como supone la semántica intensionalista)[...] (Habermas, 1999: 107).

El derecho en el marco de la razón práctica: una mirada desde la racionalidad comunicativa

Desde el horizonte de la racionalidad comunicativa, Habermas observa las siguientes limitaciones de la razón práctica en pro de la legitimación del derecho: el resultado del proceso de racionalización de las sociedades ha implicado una desarticulación de los tres usos de la razón práctica; por consiguiente, el paradigma tradicional de la razón práctica –evidentemente desmembrado– resulta ineficaz a la hora de brindar una racionalidad desde la cual resulte factible articular la dimensión empírica y racional del derecho.²⁹

Consecuentemente, desde la base de esta racionalidad práctica resulta imposible superar los problemas propios de los paradigmas teóricos vigentes respecto de las relaciones entre derecho objetivo/derecho subjetivo, autonomía política/autonomía privada, poder político/derecho. Las dificultades emanadas de la sustentación de estas categorías en el paradigma tradicional de la razón práctica impiden concebir el derecho como el mecanismo integrador de una

²⁹ “[...]Estas diferencias hay que tenerlas presentes cuando en el contexto de una teoría de la sociedad planteada en términos reconstructivos me atengo al concepto de razón comunicativa. En este contexto distinto también la concepción tradicional de la razón práctica cobra un significado distinto, en cierta medida heurístico. Ya no sirve directamente introducir una teoría normativa del derecho y la moral[...].” Habermas, 1998: 67

sociedad fragmentada entre el sistema (racionalidad sistémica) y el mundo de la vida (racionalidad comunicativa).³⁰ Por último, sólo desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa el momento de producción de las normas jurídicas puede observarse como el momento propio de la integración social.³¹

La desarticulación de la razón práctica y el derecho

Desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa, la razón práctica aparece como una razón fragmentada. Habermas, con base en la clasificación kantiana de los imperativos (imperativos categóricos e hipotéticos) divisa tres usos diversos de la razón práctica:³² un uso pragmático, un uso ético y un uso moral. Estas tres modalidades de uso de la razón práctica configuran el horizonte de tres escuelas éticas, respectivamente: el utilitarismo, la ética aristotélica y la ética kantiana. Estas escuelas no realizan un uso discursivo de la razón práctica, es decir, ninguna de ellas se halla inmersa en el marco de un uso pragmático del lenguaje. En esta medida, identifican reductivamente, según Habermas, todo el espectro de la racionalidad práctica con una de las varias modalidades de uso de la misma. Esta fragmentación de la razón práctica no se fundamenta tanto en el uso de una de estas modalidades, como sí en el carácter excluyente que implica la escogencia de las mismas. Por consiguiente, acudir a cualquiera de ellas desde una perspectiva ajena al uso pragmático del lenguaje implicaría la exclusión de las dos restantes.

Habermas, por el contrario, intenta articular las diversas modalidades de uso de la razón práctica en una racionalidad discursiva. Para ello parte de una concepción distinta de la racionalidad: racional es aquella pretensión de validez que se impone en el discurso a través de los mejores argumentos. Por tanto, y ya desde la perspectiva de la ética del discurso, se avienen tres tipos de discursos propios de cada modalidad de uso de la razón práctica: discursos empíricos, éticos y morales. Con el esbozo de estos paradigmas de

³⁰ “[...]cuando se considera de este modo el derecho moderno como mecanismo que descarga de tareas de integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente, las cuales de otro modo quedarían sometidas a presiones y exigencias excesivas[...]”. Habermas, 1998: 100.

³¹ “[...] el proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social[...]”. Habermas, 1998: 94.

³² Respecto de los diversos usos de razón práctica puede verse la conferencia presentada por Habermas en México durante el mes de octubre de 1989: “Acerca del uso ético, pragmático y moral de la razón práctica”, en: *Filosofía*, No. 1, Mérida, Venezuela.

la racionalidad, y enfocados en el momento de creación del derecho, cobra vital relevancia –en torno al tema de la legitimidad– el proceso formativo de la voluntad. En esta medida, el uso pragmático³³ de la razón práctica, propio de las éticas teleológicas, opera a través de recomendaciones técnicas y estratégicas que se circunscriben al conocimiento empírico de las mejores consecuencias posibles de una acción. Aquí, la configuración de la formación de la voluntad general se desenvuelve fácticamente y, por consiguiente, la inexistencia de una relación de fondo entre razón (en un sentido normativo) y voluntad se hace evidente.

Por su parte, en el marco del uso ético de la razón práctica los sujetos permanecen inmersos en el *telos* de su propia vida y en el *ethos* de la comunidad a que pertenecen. Aquí, los intereses del individuo se materializan en un proyecto de vida y se orientan, implícitamente, hacia una concepción particular de lo bueno. La individualidad resulta inescindible del *ethos* generalizado de la comunidad. Desde esta perspectiva, al sujeto le resulta improbable abstraerse del horizonte de las tradiciones en que se ha desarrollado su personalidad. Por tal motivo, en el marco de los discursos éticos, razón y voluntad se determinan recíprocamente. Esto significa que, efectivamente, el proceso de formación de la voluntad esta determinado por la razón; mas esta última es igualmente determinada por el *ethos* social.

En el marco de los discursos morales, el sujeto se abstrae de los contextos vitales y la razón determina indefectiblemente la formación de la voluntad. Sin embargo, los problemas de este tipo de formación estriban más bien, y en una expresa referencia a Kant, en las limitaciones propias de la filosofía de la conciencia. Es decir, al sujeto le resulta imposible –desde su perspectiva monológica– la obtención del espacio propio para una formación dialógica de la voluntad. En esta medida, el proceso formativo de la voluntad queda restringido a la subjetividad de cada sujeto.

El análisis del proceso formativo de la voluntad, en el marco de estas tres modalidades de uso de la razón práctica, implica la revisión de las concepciones iusnaturalista, positivista y kantiana de la legitimación del derecho; no tanto por la exposición de sus peculiaridades, como por hacer evidentes las diferencias que, a la postre, serán observadas desde la perspectiva de Habermas como limitaciones propias de cada uno de estos modelos.

³³ El sentido o significado que en este contexto Habermas otorga al término “pragmático” se refiere al pragmatismo utilitarista y, en general, al uso técnico de la razón práctica. Por lo tanto, no se debe confundir el término pragmático usado en el sentido del potencial comunicativo del lenguaje.

El positivismo jurídico fundamenta la legitimidad del derecho en un uso pragmático de la razón práctica, ya sea en el ámbito de una acción teleológica, estratégica o sistémica. Por consiguiente, accede a un campo restringido de la realidad jurídica: una realidad meramente empírica o fáctica. El efecto de ello no puede ser distinto a una legitimación empírica del derecho en la que el discurso formativo de la voluntad es determinado de facto. La determinación empírica del derecho implica dos rasgos que, en último término, vienen a constituir, para Habermas, la más viva expresión de esta forma de asumir el derecho: la exclusión de los asuntos relativos a la validez racional del derecho y la asunción técnica del mismo. Efectivamente, y retomando a Kelsen en su carácter de estandarte del positivismo jurídico, la reducción que el iusfilósofo austriaco hace de la validez del derecho a su mera existencia, implica la exclusión de una fundamentación racional del derecho y, por ende, de la constelación razón–voluntad.

Esta exclusión se torna explícita en las negativas consideraciones que Kelsen profirió contra la fundamentación del derecho en el contrato social. Sin lugar a dudas, esta exclusión, a los ojos de Habermas, resulta más que reprochable. La disolución de facto de la constelación razón–voluntad que propugna Kelsen impacta frontalmente con el modelo de legitimación que propondrá Habermas. La desestimación kelseniana de la fundamentación de la legitimación del derecho en la teoría contractualista se abraza a dos postulados: la fusión inadecuada de los planos del ser y del deber ser a través de la voluntad y la fundamentación del contrato social en una ficción: la libertad del individuo. Para Kelsen la voluntad es un concepto eminentemente psicológico que se circunscribe a la realidad empírica, es decir, al ámbito del ser. En consecuencia, la noción de voluntad resulta impropia al sistema jurídico. Kelsen intenta desarrollar una concepción de la voluntad eminentemente normativa (jurídica) que, ajena a la noción psicológica, se erige como una construcción normativa que representa un punto final o término de imputación. Entre los diversos argumentos a los que acude Kelsen en pro de desvirtuar la existencia de la voluntad, el negocio jurídico se erige, sin lugar a dudas, en el más trabajado por el iusfilósofo austriaco. En efecto, para Kelsen el ordenamiento jurídico parte de la idea básica de que el negocio jurídico se fundamenta en una declaración de voluntad, es decir, en que las partes del negocio se representan todos los efectos originados en el negocio. Sin embargo, para Kelsen esto resulta inconcebible: no es posible concebir la voluntad sin la conciencia de los efectos generados por el negocio y el hombre no es capaz de prever todos los posibles efectos del negocio jurídico. De esta manera, la voluntariedad del sujeto se viene a configurar como un artificio o ficción necesaria al engranaje

normativo para la imputación personal de la norma.³⁴ Por consiguiente, a los ojos de Kelsen, la tradición contractualista mezcla, indebidamente, los planos del ser y del deber ser.³⁵

En cuanto a la libertad, Kelsen, siguiendo la línea de las ficciones propias de la teoría pura del derecho, invierte la clásica concepción que propugna la libertad como una condición necesaria para la imputabilidad jurídica:

[...]la libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa y jurídica. Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que lo determinan, se convierte en el punto final de una imputación, es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena) [...] (Kelsen, 2000: 22).

Con fundamento en esta noción de voluntad, la idea tradicional de la autonomía de la voluntad y los derechos subjetivos desaparecen de plano y, en consecuencia, se esfuma la posibilidad de fundamentar el derecho a través de las cláusulas de un contrato social.

Desde la perspectiva de Habermas, y del mismo modo que Max Weber, Kelsen fue incapaz de observar la post-convencionalidad de los procedimientos a través de los cuales se crea el derecho. Es decir, resultó incapaz de observar en estos la institucionalización de un proceso formativo de la voluntad racional. Desde la óptica de Habermas, en la teoría de Kelsen se patentiza la inexistencia de cualquier modalidad de discurso, inclusive el empírico. Esto, como se observará con posterioridad, se fundamenta en la concepción kelseniana de persona. Es decir, la noción de persona viene a ser, a la manera de Niklas Luhmann, un artificio que, en el marco de la teoría pura del derecho, explica los dos momentos propios del derecho objetivo: el derecho objetivo como potencia y el derecho objetivo en su realización. Con ello desaparece la noción de derecho subjetivo y, en consecuencia, la posibilidad de una formación discursiva (racional) de la voluntad.

A partir de la exclusión de la formación racional de la voluntad, a Kelsen le resultó posible reducir el derecho a técnica social. La postura kelseniana es, quizás, la más clara manifestación de esta perspectiva:

³⁴ Una clara explicación de la noción kelseniana de voluntad puede verse en: Recasens Siches, Luis, *Panorama jurídico del siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963.

³⁵ En este sentido puede verse el trabajo de María José Falcon y Tella: *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

[...]Considerado en cuanto su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada consideran tantos actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así se ejerce sobre ellos como se obtiene lo que desea... Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada[...] (Kelsen, 2000: 57).

En este mismo sentido, L. Rava³⁶ sostuvo, con fundamento en la distinción kantiana entre imperativos éticos e hipotéticos, la eminente naturaleza técnica del derecho. El derecho se circunscribió a un medio para la consecución de fines específicos. Como se mencionó anteriormente, Kant ya había clasificado los imperativos en: a) imperativos hipotéticos y b) imperativos categóricos.³⁷ Mientras Kant consideraba que los primeros determinaban cuándo una acción es buena para algún propósito, los segundos determinaban cuándo una acción es buena en sí misma. Las posiciones de Kelsen y Rava constituyen, de esta forma, una palpable muestra de la unidimensionalización del derecho en una de las modalidades de uso de la razón práctica.

Ya en el marco del uso ético de la razón práctica, tanto el paradigma aristotélico como la escuela clásica del derecho natural, nos presentaron un derecho fundado en concepciones materiales de lo bueno que permanecían inmersas en los contextos vitales de los sujetos. Aquí, la legitimidad del derecho y, por ende, la formación de la voluntad, se hallaban determinadas por concepciones específicas de lo bueno. En esta línea, los contenidos morales se

³⁶ “[...]Partiendo de estos criterios kantianos, L. Rava sostiene que la norma jurídica participa de la naturaleza de los imperativos hipotéticos de habilidad, tal como lo concibe Kant, es decir, como reglas condicionadas a la obtención de un fin[...]”. Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel S.A., 1993, p. 42.

³⁷ “[...]Pues bien, todos los imperativos mandan hipotéticamente o categóricamente. Aquellos representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para llegar a otra cosa que se quiere (o es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representa una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a otro fin[...]”. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Ariel 1996, Barcelona, 1996, p.56.

tornaban en el criterio determinante del derecho legítimo. Por tanto, lo justo estaría determinado por una concepción material de lo bueno. Por su parte, en el ámbito de la racionalidad moral, y en una referencia expresa a Kant, Habermas considera que la formación kantiana de la voluntad intentó partir de sujetos abstraídos de sus propios contextos vitales y de sus determinaciones empíricas. Por tanto, para Kant la voluntad siempre es voluntad porque está determinada por la razón. Sin embargo, adolece de dos problemas fundamentales. En un primer momento, Kant imprime un carácter monológico³⁸ a la legitimación del derecho y, por ende, la formación de la voluntad se torna propiedad exclusiva de la conciencia del sujeto, renunciando a una formación dialógica de la misma. En un segundo momento, Kant excluye tanto la instrumentalización empírica del derecho, como aquello que Habermas ha denominado “el substrato voluntativo fáctico de una comunidad jurídica”,³⁹ es decir, los contextos propios de la comunidad jurídica a la que pertenece el sujeto. La concepción kantiana del derecho resulta ser, entonces, un intento fallido de articulación entre lo fenoménico y lo nouménico, es decir, entre la dimensión empírica (dimensión fáctica) y racional del derecho (validez racional). Esto se explica, sin lugar a dudas, en la sobredimensionalización del carácter voluntario⁴⁰ del derecho.

El horizonte fijado por el paradigma kantiano permite a Habermas observar, desde la época de sus trabajos contenidos en *Teoría y Praxis*, y con una notoria claridad, que la resolución del problema de la legitimación del derecho implicaría la solvente integración de la libertad y la coacción:

[...]el acto de positivización del derecho natural como tal obtiene su particular dificultad y agudeza a partir de esta situación. Por una parte la validez positiva del derecho coercitivo requiere un poder de sanción que le garantice el respeto consiguiente. Por otra, idealmente,

³⁸ Desde la perspectiva de Habermas, el carácter monológico de la ética kantiana estriba en que la validez de los juicios morales se desarrolla en el marco de conciencia del sujeto, excluyendo de esta forma la formación de juicios morales a través de procesos discursivos.

³⁹ “[...]Aun cuando se parta de que en el curso de una formación racional de la voluntad colectiva las actitudes y motivos cambian en función de los argumentos, no puede prescindirse de la facticidad de los argumentos existentes; pues de otro modo, los discursos éticos y pragmáticos, así como los compromisos, carecerían de objeto[...]”. Habermas, 1998: 223.

⁴⁰ Uno de los rasgos característicos del derecho en el sistema kantiano radica en su voluntariedad. En la voluntariedad observaba Kant el carácter eminentemente racional del derecho, es decir, la exclusiva determinación del mismo desde la razón práctica. No en vano Kant concebía la voluntad como la razón práctica misma. En consecuencia, la sobredimensionalización del carácter voluntario del derecho nos sitúa ante la inevitable contradicción de toparnos con un derecho que, a pesar de su eminente racionalidad, se caracteriza por una esencia coercitiva.

la positivización del derecho natural sólo puede ser precedida legítimamente por la autonomía de los individuos aislados e iguales y por su comprensión de la conexión racional de las normas del derecho natural[...]" (Habermas, 1994: 90).

Desde este horizonte, Habermas considera que la filosofía moral y la filosofía del derecho han tomado sendas irreconciliables que, desde una razón práctica escindida, se tornan aun más distanciadas.⁴¹ En esta medida, las teorías contemporáneas de la legitimidad del derecho siguen siendo reduccionistas: cuando no se reducen al limitado horizonte de una unívoca validez normativa, optan por esfumar todos los contenidos normativos de la legitimidad del derecho.

Las dificultades de la dogmática jurídica y la escuela del derecho natural racional en torno a la articulación de la tensión interna entre facticidad y validez

Desde un punto de vista interno de las relaciones entre facticidad y validez, Habermas observa en la conflictiva y asimétrica relación entre autonomía privada y política una de sus más complejas manifestaciones. La cuestión se torna, entonces, a ¿cómo resulta posible articular sin mermas la autonomía privada (moral) y la autonomía política? Este cuestionamiento traslada a Habermas al centro del problema: la legitimidad del derecho. Es decir, el objetivo de Habermas es equilibrar ambas categorías de forma tal que ninguna esté en un plano de subordinación respecto de la otra. Hallar una solución a esta problemática le permitiría aducir a Habermas la posibilidad de fundamentar una validez racional del derecho que articule plausiblemente la autonomía privada del sujeto en el marco de la autonomía pública de una comunidad jurídica.

126

El balance que Habermas realiza acerca de las distintas vías que se han utilizado para articular ambas categorías no es alentador. Desde la perspectiva que brinda un examen del ámbito jurídico alemán, Habermas arguye que la dogmática jurídica fundada en la filosofía idealista alemana –y con especial recurrencia al paradigma kantiano– fundamentó la autonomía privada

⁴¹ "Escindidas y desgarradas así entre la facticidad y la validez, la teoría política y del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. descripción y explicación empíricas)[...]" Habermas, 1998: 68.

(derechos subjetivos) en la autonomía moral. En consecuencia, los “derechos subjetivos” quedaron conceptualizados a la manera del derecho privado, es decir, como una esfera de libertad negativa en la que el sujeto de derecho es libre “de” y obtiene su propio ámbito de acción en el marco de una fundamentación moral. La autonomía privada queda definida en el marco del liberalismo, es decir, a favor de la celebración de contratos, adquisición y transmisión de la propiedad. Esta concepción de los derechos subjetivos vino a sustituir en parte la idea original de Von Savigny.⁴² Habermas piensa que Von Savigny, a pesar de considerar que los derechos subjetivos constituían efectivamente una esfera libre de acción determinada por una autonomía moral, no desconocía el reconocimiento intersubjetivo de los miembros de la comunidad jurídica. Por el contrario, los sucesores de Von Savigny se circunscribieron, según Habermas, y en el marco del rasgo monológico de la filosofía kantiana, a unos derechos subjetivos propios de la filosofía de la conciencia.

Por otra parte, y en una teoría contraria a la de Von Savigny, Habermas piensa que la concepción de Rodolfo Von Ihering⁴³ destierra la noción de voluntad como algo ajeno a la concepción de los derechos subjetivos y la fundamenta en un plano utilitarista, es decir, como un simple medio de satisfacción de necesidades humanas. Justamente por ello, Von Ihering definió el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. En *La teoría pura del derecho*, Habermas piensa que Hans Kelsen implementó y consolidó una teoría funcionalista de los derechos subjetivos. Efectivamente, Kelsen, al desconectar la triada persona natural, persona moral y sistema jurídico, supone un sistema jurídico con tal grado de autonomía que sólo recurre a una noción funcional de persona. Kelsen no diferencia a la persona física de la jurídica, ambas constituyen lo mismo: *son ambas la personificación de un orden jurídico*.⁴⁴ Fundado en esta concepción formal de “persona”, Kelsen descarta la existencia de los derechos subjetivos, es decir, la persona no tiene sustancialmente derechos y, por ende, deberes, sino que constituye un conjunto de derechos y deberes personificados. En suma, como el mismo Kelsen adujo, la persona es una construcción formal de la ciencia del derecho de la cual ésta puede prescindir.

⁴² Federico Carlos Von Savigny, filósofo del derecho y representante del historicismo jurídico.

⁴³ Filósofo del derecho y destacado romanista alemán (1818-1892).

⁴⁴ Kelsen, 2000: 98.

Todo este proceso en el que discurrió la concepción de los derechos subjetivos no expresa, según Habermas, algo distinto a la tensión interna entre facticidad y validez. Partiendo de Savigny, la noción de derecho subjetivo cobraba una posición que, gracias a su fundamentación moral, se erigía por encima de la legitimidad que le brindaba una producción democrática del derecho. Sin embargo, este tipo de fundamentación implicaba que los derechos subjetivos jamás pudiesen provenir del mismo sistema jurídico. La reacción positivista contra esta postura no sólo excluyó la fundamentación moral de los derechos subjetivos, sino que prácticamente adujo su inexistencia. Habermas considera que el problema central de esta discusión es, en último término, una insuficiente legitimación del derecho positivo. Es decir, la disputa de las concepciones del derecho subjetivo es un reflejo de un problema principal: la necesidad de legitimación del derecho positivo.

Por su parte, la escuela del derecho natural racional, representada fundamentalmente por Hobbes, Rousseau y Kant, tampoco logró, según Habermas, una articulación simétrica entre la autonomía pública y privada. Desde la perspectiva kantiana, Habermas considera que Thomas Hobbes intentó fundar la legitimidad de un sistema de derechos en una base ajena a la moral. Para ello, restringió la conducta de los hombres, en el marco del estado de naturaleza, a una conducta meramente estratégica, individualista y utilitaria. Por consiguiente, Habermas aduce que el modelo hobbesiano adolece de falencias en pro del tránsito del estado de naturaleza (prepolítico) a la sociedad civil (estado político). ¿Cómo es posible que sujetos que se comportan ciegamente en la primera persona del singular puedan pasar de libertades naturales (ilimitadas en estado de naturaleza) a libertades provenientes de un sistema de derechos privado y coactivo? O más claramente, ¿el modelo hobbesiano es coherente en su paso del estado prepolítico de naturaleza al estado político? Habermas considera que no. Las razones del desacuerdo de Habermas estriban fundamentalmente en lo siguiente: en un primer momento, los sujetos hobbesianos carecen de perspectiva social debido a su carácter monológico. Por tanto, a los sujetos, en el marco de este modelo, les resulta imposible enjuiciar si la reciprocidad de la coerción de los arbitrios conforme al sistema de derechos puede ser querida por todos. Habermas concuerda, entonces, con la perspectiva kantiana que aduce que Hobbes concibió desafortunadamente “el contrato social”, es decir, que equiparó la estructura contractual del derecho privado a la estructura del contrato social fundante de la sociedad civil.

Si Hobbes desaparece de un tajo la tensión entre facticidad (autonomía pública) y validez (autonomía privada), Habermas considera que los problemas de Kant en pro de una articulación simétrica de la autonomía privada y la

autonomía pública, se derivan de una problemática articulación del principio moral y el principio democrático. En este sentido, Kant parte de que en el estado de naturaleza los sujetos ya gozan de derechos naturales que protegen la autonomía privada de los mismos y, por tanto, los derechos naturales existen con anterioridad a la formación de la voluntad colectiva (soberana), es decir, a la existencia de la autonomía política. Por consiguiente, la formación de la voluntad popular está restringida por la autonomía moral. Sin embargo, según Habermas, Kant no interpretó esto como una restricción porque la autonomía pública, a su entender, se interpretaba como una expresión exterior de la autonomía privada, es decir, subordinada a la moral.

Los problemas relativos a la articulación de la tensión externa entre facticidad y validez

Habermas ha entendido que, si por una parte el derecho moderno es ante todo un derecho de libertad que a través de la gestación de esferas de acción libres de la intervención del poder coactivo del Estado posibilita la satisfacción de intereses individuales, por otro lado, la garantía de esta libertad sólo resulta viable a través del ejercicio del poder coercitivo de los órganos del Estado. Esta relación entre libertad y coacción hace visible ante Habermas la tensión que, en último término, pretende abordar: el antagonismo entre poder político y derecho. Para Habermas, tanto la escuela del derecho natural racional como las tesis positivistas del derecho han fallado en el intento de articular la antagonista relación poder/derecho.

La proyección que el positivismo jurídico ha realizado de la relación poder/derecho se ha inclinado, a los ojos de Habermas, hacia una orientación empírica. Desde los orígenes de la concepción hobbesiana del poder,⁴⁵ y tras la aceptación del papel precursor de Hobbes en el positivismo jurídico, la esencia del poder ha sido encauzada hacia el plano de lo fáctico. Quizás la concepción propugnada por el positivismo jurídico sociológico, representada por Max Weber, ha expuesto la más acendrada conceptualización empírica del poder: la probabilidad de imponer la propia voluntad en el marco de una relación social. Aquí, el poder es presocial y corresponde, desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa, a una sociedad enmarcada y regida por una

⁴⁵ “El poder de un hombre (universalmente considerado) consiste en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro. Puede ser original o instrumental. Por consiguiente, cualquier cualidad que hace a un hombre amado o temido de otros, o la reputación de tal cualidad es poder, porque constituye un medio de tener la asistencia y servicio de varios[...].” Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 117-118.

racionalidad teleológica. Esta racionalidad teleológica que ha predominado a lo largo de todas las tesis positivistas del derecho ha subordinado el derecho al poder político. John Austin, al reducir el derecho a mandatos del soberano, por ejemplo, desligó el poder de los límites que el derecho le establece. En una línea puramente positivista, al soberano le está permitido todo y, por ende, tanto el poder como el derecho son instrumentos de la voluntad política soberana.⁴⁶ Por el contrario, las tesis iusnaturalistas y normativistas han optado por la absoluta primacía del derecho sobre el poder político y el Estado. El problema de las concepciones normativistas del poder, y fundamentalmente de aquellas que de una u otra manera estriban en el paradigma kantiano, ha radicado en que cualquier aplicación fáctica o empírica del poder coactivo, si bien no resulta desconocida dentro de sus paradigmas teóricos –como ocurre con Kant–, sí resulta insostenible a causa del predominio que ejerce la simbiosis entre moral y derecho. Es decir, los imperativos morales cobran tal predominio que cualquier aplicación coactiva o instrumental del derecho resulta incoherente dentro del paradigma.

Por su parte, y nuevamente dentro del positivismo jurídico, la concepción kelseniana del derecho se ha consolidado a la manera de un orden coactivo. Si bien Kelsen pretendió forjar una teoría pura del derecho, es decir, libre de elementos empíricos al mismo, por una parte, también es cierto que la calificación del derecho como una técnica social acuñó, por otra, el carácter meramente instrumental del mismo. Kelsen concibe la fuerza como un elemento del que el derecho se apropia. La función esencial del derecho es el establecimiento del monopolio de la fuerza; por tanto, y según el mismo Kelsen, el derecho se manifiesta como una organización de la fuerza.⁴⁷ El monopolio del uso de la fuerza conlleva ineludiblemente la noción kelseniana del Estado. En este sentido, es bien conocido que Kelsen identifica el derecho positivo con el Estado. Desde una perspectiva eminentemente jurídica no existe otro Estado que aquel que se manifiesta en el sistema jurídico vigente. Para Kelsen, entonces, no tiene sentido preguntarse si el poder político predomina sobre el derecho o el derecho sobre el poder. La identificación entre derecho y Estado le permite a Kelsen entender el Estado como una técnica de organización social, es decir, como un conjunto de medios que se tornan útiles para los fines más diversos. Una concepción eminentemente formal del Estado apoya ineludiblemente una concepción instrumental del mismo.⁴⁸ De una u otra

⁴⁶ Bodenhaimer, Edgar, *Teoría del derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 73.

⁴⁷ Kelsen, 2000: 58.

⁴⁸ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1985, p.129.

manera, ya sea por la vía de la tesis que brinda primacía al poder sobre el derecho o aquella que los entiende como equivalentes, todo el horizonte fijado por el positivismo jurídico conlleva, según Habermas, una subordinación del derecho al poder político. La esencia positiva del derecho lo condena a ser el medio de los poseedores de turno del poder.

La problemática se concreta, de este modo, en que ni el derecho debe hallarse subordinado al poder político, ni el poder político al derecho. La tesis kantiana y aquellas que continúan su misma línea han permanecido, por decirlo de alguna manera, en el plano de lo ideal: se han desconectado de la realidad fáctica. Por su parte, las tesis positivistas se han identificado plenamente, sobre todo Kelsen y en un grado mucho mayor Luhmann, con los resultados obtenidos por Habermas en una de las vías de su concepción dual del proceso de racionalización, es decir, con la colonización del mundo de la vida. En esta medida, la racionalidad teleológica y sistémica propia del sistema político-administrativo ejerce una subordinación sobre el sistema jurídico y, consecuentemente, el sistema jurídico queda a merced de los intereses propios de aquellos que ejercen el poder administrativo. Todas las teorías positivistas del derecho han confundido, según Habermas, la acción con el poder de disposición. En esta medida, el problema ha radicado en la no distinción entre poder técnico y poder práctico (Habermas, 1994: 289).

El derecho como mecanismo de integración social: el efecto de la vinculación del derecho a la racionalidad comunicativa

La coherente integración del momento empírico y racional del derecho no se vio satisfactoriamente resuelta desde la perspectiva tradicional de la razón práctica. Tanto las teorías positivistas del derecho como las teorías normativistas han fracasado, según Habermas, en su porfiado intento por legitimar el derecho. Esto, en gran medida, se ha debido fundamentalmente al hecho de que la complejidad de las sociedades modernas no responde ante los remedios de la fragmentada razón práctica. Pero, entonces, ¿a través de qué medio se podría integrar una sociedad fragmentada (cuyo mundo de la vida se ha fragmentado) a causa del proceso de racionalización? La respuesta de Habermas nos remite no ya a la razón práctica, sino a la razón comunicativa:

[...]la razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible la acción comunicativa[...] (Habermas, 1998: 65).

En consecuencia, y como expresamente lo afirma Habermas a la hora de afrontar la creación de un nuevo modelo de legitimación del derecho: “[...] el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa. Y esto es algo más que un cambio de etiqueta[...]” (Habermas, 1998: 65). Las ventajas que esgrime la razón comunicativa sobre la razón práctica se refieren fundamentalmente a que esta no se constituye, como la modalidad clásica de aquella, en una fuente de contenidos normativos de acción. Por el contrario, la razón comunicativa posibilita una orientación a través de las distintas pretensiones de validez, mas no brinda contenidos específicos en favor de la solución de tareas prácticas, es decir, pragmáticas, éticas o morales. Por consiguiente, la racionalidad comunicativa se autoatribuye y garantiza la capacidad de trasegar por todo el espectro de las pretensiones de validez y de abarcar las cuestiones técnicas, éticas y morales.

Ahora bien, las ventajas que para Habermas implica el acudir a esta nueva forma de racionalidad no se estancan, a través del medio lingüístico, en la búsqueda de una coherente articulación de la fragmentada racionalidad práctica. Por el contrario, con fundamento en este tipo de racionalidad, la pretensión de Habermas se orienta a la obtención de una nueva forma de integración social que, sin alinearse en la eticidad aristotélica o hegeliana o en la moralidad kantiana, al igual que sin desechar la realidad empírica (facticidad), logre cohesionar una fragmentada sociedad moderna. La racionalidad comunicativa tiene, según Habermas, elementos suficientes en pro de la anhelada integración social. Sin embargo, aspirar a que por sí misma la acción comunicativa logre tal fin, implicaría descargar la necesidad de integración social en los propios sujetos de habla y comunicación. Habermas piensa que no resulta plausible que la persona que actúa moralmente soporte ineludiblemente la carga de comprender y llevar hacia una praxis eficaz el saber práctico reflejado en la teoría evolutiva de la sociedad.⁴⁹ En consecuencia, el sujeto tendría exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas que no todos podrían asumir. Cuando Habermas se refiere a cargas cognitivas, hace alusión a que, como consecuencia del carácter procedimental de la ética discursiva, el sujeto se vería en la necesidad de arribar a contenidos normativos falibles en el marco de las interpretaciones surgidas en el discurso. Por su parte, las cargas motivacionales hacen referencia a la consecución de las propias fuerzas del sujeto para actuar de conformidad con lo que ha decidido.

⁴⁹ “[...]la persona que juzga y actúa moralmente tiene que apropiarse autónomamente ese saber, elaborarlo y traducirlo a la práctica. Queda sometida por tanto a inauditas exigencias a) cognitivas, b) motivacionales y c) organizativas, de las que precisamente queda descargada como persona jurídica[...].” Habermas, 1998: 180.

Por último, las cargas organizativas se refieren a lo que Habermas denomina la atribuibilidad de obligaciones.

Sólo a través del derecho y de la consecuente transformación del “sujeto moral” en “sujeto de derechos” puede librarse el sujeto moral y la acción comunicativa de semejantes cargas. El derecho es, de esta forma, el vehículo propicio para llevar las cargas comunicativas. La competencia del derecho e incompetencia de la moral estriban, respectivamente, en que mientras la moral se erige como un sistema de mero saber postconvencional, el derecho lo hace como un sistema de saber postconvencional y de acción. Por consiguiente, mientras la eficacia práctica del saber moral depende de las estructuras de personalidad adecuadas para el cumplimiento de sus normas, el saber jurídico guarda en sí una propensión inmediata hacia la eficacia de la acción. Justamente aquí radica la relación de complementariedad entre el derecho y la moral: el sistema jurídico, a través de su capacidad de institucionalización, brinda eficacia a una moral racional con la que se halla internamente vinculado. Por su parte, la moral procedimental es dueña de la determinación de lo justo y de lo injusto. Por tanto, la búsqueda de un mecanismo o vehículo que libere al sujeto, y por ende, a la misma acción comunicativa de tal empresa, se torna en el siguiente paso. A los ojos de Habermas, no se observa mejor candidato que el derecho. Efectivamente, la dimensión jurídica encarna relaciones con todo el espectro de la racionalidad práctica: la racionalidad pragmática, moral y ética. En el horizonte económico, el derecho siempre ha coadyuvado la formación de espacios de libertad que de una u otra forma garantizan la circulación económica. Igualmente, el derecho sólo cobra sentido en el horizonte de una comunidad jurídica moderna, en la que el *ethos* permanece en el marco de la interacción. Por último, tampoco la moral resulta ajena en sus relaciones con el derecho: el derecho se transforma en el vehículo a través del cual lo moral fluye hacia la sociedad.

Podemos decir que la racionalidad sistémica propia del mercado y del sistema económico, al igual que la racionalidad pragmática de la realización de los fines políticos del sistema político-administrativo y, por supuesto, la solidaridad propia del mundo de la vida confluyen en el derecho. Fundado en la competencia que atribuye al derecho, Habermas considera que el poder (sistema político-administrativo), el dinero (sistema económico) y la solidaridad, en su papel de integradores de la sociedad, se asocian con el derecho y a través de él:

[...]las sociedades modernas no sólo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistémicamente, es decir a través de mercados y de poder

empleado administrativamente. El dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, es decir no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante el gasto de energías comunicativas, sino objetivamente a espaldas de esos participantes,... de este modo el derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social[...] (Habermas, 1998: 102).

El mecanismo que posibilita esta integración es la capacidad de institucionalización del derecho. En este sentido, el papel de las instituciones de derecho público radica en la organización jurídica del poder estatal, mientras las instituciones de derecho privado posibilitan la organización jurídica del mercado. El derecho, de esta manera, le presta al sistema político-administrativo y al sistema económico la forma jurídica postconvencional que posibilita una organización jurídica de ambos sistemas. Sólo a través de la forma jurídica postconvencional del derecho ambos sistemas, evidentemente aislados del mundo de la vida, y sumidos en una racionalidad sistémica, se conectan con la racionalidad comunicativa propia del último. Por su parte, el derecho, en su calidad de mecanismo integrador de ambos sistemas con el mundo de la vida, se nutre directamente de la acción comunicativa a través de la solidaridad.

La capacidad de integración del derecho se torna a tal extremo que Habermas piensa que el derecho es capaz de integrar cualquier tipo de imperativo: “[...]Y como de esta forma el derecho forma engranaje tanto con el dinero y con el poder administrativo, como con la solidaridad, en sus operaciones relativas a integración de la sociedad ha de elaborar y dar forma a imperativos de muy diversa procedencia[...]” (Habermas, 1998: 102). Justamente por esta razón, el derecho, y desde una perspectiva suficientemente equívoca, puede tornarse en un elemento constitutivo de falsa legitimidad:

[...]pero en los imperativos funcionales del aparato estatal, del sistema económico y de otros ámbitos sociales se imponen constelaciones de intereses normativamente no filtradas, por la sola razón de que son las más fuertes y pueden servirse por tanto de la fuerza legitimadora que la forma jurídica posee con el fin de disimular o encubrir que la capacidad que tienen de imponerse es puramente fáctica. Como medio de organización de un poder que está referido a los imperativos funcionales de un sistema...el derecho moderno resulta ser, precisamente por esa razón, un medio profundamente equívoco de integración de la sociedad[...] (Habermas, 1998: 102-103).

Ahora bien, el derecho, en el marco de su función integradora, también posibilita la comprensión de los lenguajes del mundo de la vida y del sistema. De esta manera, el lenguaje del derecho se torna en el puente de integración lingüística de la sociedad:

[...]pero el código que representa el derecho no sólo mantiene su conexión con el medio que representa el lenguaje ordinario a través del cual discurren las operaciones socio integradoras de entendimiento intersubjetivo que se efectúan y ejercitan en el mundo de la vida, sino también da a los mensajes procedentes del mundo de la vida una forma en la que resultan inteligibles para los códigos especiales con que opera una administración regulada por el medio poder y una economía regida, controlada y gobernada por el dinero. Por este lado el lenguaje del derecho, a diferencia de la comunicación moral, reducida a la esfera del mundo de la vida, puede operar como un transformador en el circuito de comunicación entre sistema y mundo de la vida, que abarca la sociedad global[...] (Habermas, 1998: 146).

Una teoría reconstructiva de la legitimación del derecho

Habermas piensa que, en último término, todos los problemas relativos a la inadecuada articulación de las categorías derecho objetivo/subjetivo y autonomía privada/pública se pueden contraer a dos causas: la primera es la preeminencia de la filosofía de la conciencia, y la segunda, los rezagos metafísicos heredados del derecho natural racional que han subordinado el derecho a la moral. En lo concerniente a la filosofía de la conciencia y a los problemas derivados de la misma, la racionalidad comunicativa constituirá el medio de superación de las dificultades que esta presupone. Por su parte, la superación de la primacía subordinante de la moral sobre el derecho –acreditada en gran parte de los paradigmas normativos de legitimación– Habermas ha de realizarla a través de una teoría reconstructiva de la legitimación.

135

En los trabajos desarrollados acerca de los problemas de legitimación del capitalismo tardío, Habermas estructuró la base de una teoría reconstructiva de la legitimación. La dificultad metodológica que Habermas diagnosticaba y afrontaba era, justamente, aquella que había desgarrado los distintos modelos legitimadores del derecho: la disyuntiva entre la perspectiva empírica y normativa:

[...]hasta ahora he analizado dos conceptos de legitimación: el empírico y el normativo. El primero es aplicable hablando en lo que a las ciencias

sociales atañe, mas resulta insatisfactorio porque hace abstracción de una ponderación sistemática de los fundamentos de validez. El otro concepto, que sería satisfactorio en este sentido, resulta, empero, insostenible a causa del contexto metafísico en que se encuentra enmarcado. Por todo ello, lo que propongo es un tercer concepto de legitimación, que me atrevería a calificar de reconstructivo[...] (Habermas, 1976: 270).

La teoría reconstructiva de la legitimación debe, en un primer momento, hallar un sistema de justificaciones que permita determinar ponderativamente la validez o invalidez de una legitimación dada en un orden específico (Habermas, 1976: 270). Ahora bien, Habermas ha considerado que no resulta suficiente proferir la validez o invalidez de la creencia de una comunidad específica en la legitimidad de sus leyes a través de una interpretación que se adecue al sistema de justificaciones desarrollado. Por tanto, lo que realmente se requiere es una persistente evaluación del mismo sistema de justificaciones. Habermas aduce que esta concentración en el sistema de legitimaciones y el abandono de una necesaria comparación de este con las creencias empíricas de legitimidad, *se fundamentan desde la premisa de que la idea y la realidad no van cada una por su lado* (Habermas, 1976: 271). Efectivamente, Habermas ha considerado que la relación entre teoría y praxis es doble. Por una parte, la teoría investiga el marco propio de intereses en el cual ella misma se constituye y, por otra parte, considera anticipadamente el contexto de utilización de la misma teoría.⁵⁰

Quizás uno de los mayores obstáculos que Habermas halló en el proyecto de su teoría reconstructiva de la legitimación fue encontrar la manera de obtener una valoración justa de los tipos históricos de legitimación: *aplicar raseros de justificación discursiva a sociedades tradicionales es históricamente injusto*.⁵¹ Habermas intentó, entonces, acudir a una solución en la ya expuesta teoría evolutiva del derecho. En esta medida, Habermas se referirá —a la hora de evaluar históricamente la sucesión de formas de legitimación— a niveles de justificación enmarcados en un contexto lógico-evolutivo (Habermas, 1976: 272).

⁵⁰ “Algunas dificultades en el intento de mediar entre teoría y praxis”, en: Habermas, 1994: 1.

⁵¹ “Problemas de legitimación en el Estado moderno”, en: Habermas, 1976: 271.

La solución a la facticidad interna: una constitución co-original de la autonomía privada y la autonomía pública.

Desde la perspectiva de Habermas, hemos enunciado que todas las dificultades que han embargado los paradigmas legitimadores del derecho pueden limitarse a dos: a) la subordinación del derecho a la moral y b) el predominio de la filosofía de la conciencia. En esta medida, el proyecto de Habermas asume la superación de ambos obstáculos tras la obtención de un modelo plausible de legitimación del derecho. La justificación práctica del derecho, tal como Habermas lo ha expresado en reiteradas ocasiones, se resuelve en una equilibrada articulación entre la facticidad del momento de creación e imposición del derecho y el momento de validez o aceptación racional por parte de los destinatarios de la ley. Es decir, en palabras del mismo Habermas: “[...]la validez jurídica tiene el sentido ilocucionario de una declaración: la autoridad estatal declara que una norma puesta en vigor ha quedado suficientemente justificada y es fácticamente aceptada[...]” (1998: 223).

Para hacer frente a la primera dificultad, es decir, a la subordinación del derecho a la moral, Habermas recurre a su teoría evolutiva de la sociedad. Esta resulta, sin lugar a dudas, determinante a la hora de hallar una base firme sobre la cual situar la solución al problema. Desde esta plataforma, Habermas considera que las sociedades tradicionales se integraban a través de un *ethos* en el que derecho y moral se hallaban indisolublemente ligados. Entre los diversos efectos que trajo consigo el proceso “evolutivo” de racionalización, la ruptura de la unidad totalizante que sellaba las sociedades tradicionales implicó, entre otras consecuencias, tanto la mutua separación de los sistemas normativos (moral y derecho) como el desprendimiento de estos últimos respecto del *ethos* general que sellaba la unidad social. Con base en estos resultados del proceso de racionalización, Habermas ha intentado desarrollar, en el camino hacia la obtención de un equilibrio entre moral y derecho, una constitución co-original de ambos sistemas normativos. En esta medida, el *ethos* sustancial que en el marco de las sociedades tradicionales hacía las veces de fuente de normas materiales de acción, vendría a ser reemplazado, en el marco de la postconvencionalidad de la teoría discursiva del derecho, por un principio general del discurso (principio D) que representa una sociedad crítica y postconvencional:

[...]D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas que) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar asentimiento como participantes de discursos racionales[...] (Habermas, 1998: 172)

Sin embargo, antes de la obtención del principio *D* –desarrollado en *Facticidad* y *Validex*– Habermas ya había intentado en *Conciencia moral y acción comunicativa* el desarrollo de un principio (argumentativo) en el que, a través de la reformulación del imperativo categórico kantiano, se configuraba la postconvencionalidad de todo su sistema ético: el principio de universalidad (el principio *U*):

U: toda norma válida debe satisfacer la siguiente condición: que puedan ser aceptadas por todos los afectados (y preferidas a las consecuencias de las posibles alternativas conocidas) las consecuencias y las consecuencias secundarias que, para satisfacer los intereses de cada individuo se seguirían previsiblemente, en el caso de que fuera seguida universalmente (Habermas, 1983: 61-133).

Con el principio de universalidad, las pretensiones de Habermas se orientaron hacia la construcción de un sistema moral autónomo y postconvencional. Justamente por ello, y a sabiendas de la frecuente recurrencia con que Habermas avizoraba la legitimación del derecho en una vinculación a una moral de principios,⁵² el principio de universalidad vino a hacer las veces de principio legitimador del derecho. Sin embargo, la derivación de una justificación práctica del derecho desde el principio de universalidad –constituido para la ética del discurso– trajo consigo las críticas que años después, y de una forma expresa, Habermas ha intentado remediar en *Facticidad* y *Validex*. Es decir, si a los ojos del Habermas de *Facticidad* y *Validex* no ha resultado plausible –en el marco de una etapa evolutiva postconvencional– una subordinación absoluta del derecho a la moral, en el Habermas de *Conciencia moral y acción comunicativa* sí resultaba encomiable dicha fundamentación a través del principio de universalidad. Esto, sin lugar a dudas, imputó, para la época, los mismos defectos que Habermas atribuyó a la escuela del derecho natural racional y a la tradición dogmática alemana del derecho: la subordinación de la autonomía política, pública y jurídica a la autonomía moral.

El problema real del principio de universalidad, según algunos críticos de Habermas y específicamente Albrecht Wellmer,⁵³ consistía en que en el principio de universalidad se concretaba una confusa mezcla de un principio moral universalista con un principio democrático de legitimidad. Ambos, tanto el derecho como la moral, quedaban entrelazados de entrada en el concepto

⁵² Durante la década de los setenta y los ochenta, Habermas siempre adujo que el derecho sólo hallaría una justificación coherente tras su vinculación a una moral de principios.

⁵³ Wellmer, Albrecht, *Ética y Diálogo*, Editorial Anthropos, 1994, p. 81.

habermasiano de rectitud normativa. La consecuencia negativa de esta mixtura era que la no diferenciación analítica de ambos principios impedía una plausible funcionalidad de los mismos. En la línea de esta crítica, Habermas aceptó que sólo hasta *Facticidad* y *Validez* ha logrado una suficiente diferenciación de ambos tipos de autonomía a través de la abstracción propia del principio *D*.⁵⁴ Con el principio *D* y, por sobre todo, con esa acendrada formalidad y neutralidad que se le imputa, Habermas ha intentado liberarse tanto de las críticas suscitadas por la fusión del derecho y la moral en el principio de universalidad como de las insuficiencias de las posturas que han subordinado el derecho a la moral. El alto grado de abstracción que subyace al principio *D* permite, entonces, derivar del mismo tanto el principio que rige el sistema normativo moral como el principio que rige el sistema normativo jurídico, el cual, en el marco de la teoría discursiva del derecho, será denominado por Habermas principio democrático:

[...]Este principio, al igual que el propio nivel postconvencional de fundamentación, en el que la eticidad substancial se desmorona en sus componentes, tiene ciertamente un contenido normativo, pues expresa el sentido de la imparcialidad de los juicios prácticos. Pero se mueve a un nivel de abstracción que, pese a ese contenido normativo, es todavía neutral frente a la moral y el derecho; pues se refiere a normas de acción en general[...] (Habermas, 1998, 72).

El principio *D* viabiliza, y muy a pesar de que las cuestiones morales y las cuestiones jurídicas traten, genéricamente, del mismo asunto: *cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el cómo solucionar los conflictos de acción sobre el transfondo de principios normativos* (Habermas, 1998: 171), que estos sean abordados de forma diversa. Justamente en este punto se gesta la tesis habermasiana de la relación de mutua complementariedad entre derecho y moral: la moral, en su calidad de sistema de saber dependiente del sistema de personalidad de los sujetos, se verá completada por un derecho positivo que

⁵⁴ “En mis estudios publicados hasta ahora sobre “ética del discurso” no he diferenciado suficientemente entre principio del discurso y principio moral. El principio del discurso sólo explica el punto de vista desde el que pueden fundamentarse imparcialmente normas de acción, para lo cual parto de que el principio mismo se funda en las relaciones simétricas de reconocimiento inscritas en la forma de vida comunicativamente estructuradas. La introducción del principio del discurso presupone ya que las cuestiones prácticas pueden en general enjuiciarse imparcialmente y decidirse racionalmente[...]”. Habermas, 1998: 173.

como sistema de saber y de acción no depende, en pro de su efectividad, de los sistemas de personalidad. Por el contrario, depende de su carácter meramente institucional. En esta medida, y partiendo de que el principio *D* posee –debido a su neutralidad– la capacidad de transformarse de manera ambivalente tanto en un principio moral (de universalidad) rector del sistema normativo moral como en el principio democrático que rige el derecho (claro está, dependiendo de la perspectiva desde la cual se aborde la intersubjetividad), resulta necesario mostrar que, para Habermas, el principio *D* únicamente puede adoptar la forma de principio democrático a través de la forma jurídica postconvencional, es decir, a través de su conexión con el derecho.

Esto significa que el principio *D* sólo se constituirá en principio democrático si se conecta con el derecho a través de la gestación y consolidación de un sistema de derechos que establezca una relación de mutua presuposición entre la autonomía pública y la privada. En consecuencia, mientras el principio moral (de universalidad) desempeña un papel de regla de argumentación para la obtención racional de decisiones relativas a cuestiones morales, el principio democrático presupone que es posible una formación racional de la voluntad y de la opinión y, justamente por ello, en él recae la gestación y consolidación de un procedimiento para la producción de normas jurídicas y, a su vez, el encargo de institucionalizar un procedimiento formativo de la voluntad. Para Habermas, las funciones que recaen en el principio democrático, a saber, la institucionalización de un procedimiento formativo de la voluntad política y la garantización de los medios a través de los cuales ésta se hace efectiva, son las funciones propias del sistema de derechos que pretende construir. En esta medida, el sistema de derechos, entendido como el entrelazamiento del principio *D* con la forma jurídica –es decir, con el derecho–, intentará concretar, en la teoría de Habermas y en pro del cumplimiento de sus propias funciones, la superación de la asimetría entre autonomía moral y autonomía política.

Habermas acude a la neutralidad del principio *D* para configurar una noción abstracta de autonomía que permita suponer una constitución co-original tanto de autonomía moral como de autonomía política. Es decir, el principio general del discurso fungirá como una noción abstracta y general de autonomía desde la cual se originan, sin subordinaciones, la autonomía moral y la autonomía política. Esta ventaja, por supuesto, le resultaba imposible a Habermas a través de la fundamentación del derecho y la moral en el principio de universalidad. En consecuencia, Habermas pretende superar toda la fundamentación que la tradición kantiana realizó de la autonomía privada y los derechos subjetivos en la autonomía moral. La pregunta “¿cómo resulta posible construir un sistema de derechos que, si bien no se halle ajeno a la

moral, sí se considere autónomo de la misma?" tendría una respuesta en el principio D. El principio democrático implicará, a diferencia del principio de universalidad, la posibilidad de decidir racionalmente todo el espectro de las cuestiones prácticas, es decir, éticas, morales y pragmáticas. En esta medida, en el procedimiento jurídico (democrático) tendrán cabida todos los tipos de fundamentación efectuables en discursos a los que se deben los contenidos de las leyes: discursos morales, éticos y pragmáticos. Habermas plantea que en el procedimiento democrático para la creación de las leyes se cohesionan los procedimientos jurídicos y la lógica propia de cada discurso. Sin embargo, la lógica de estos permanece autónoma al procedimiento jurídico. De lo que se trata en este punto, a diferencia del mero discurso moral, es que el proceso formativo de creación de las leyes debe dar cabida a todos los intereses, y no sólo a aquellos intereses universalizables.

En este marco, el procedimiento jurídico, respetando la lógica propia de cada discurso, imprimirá un carácter vinculante a los resultados del proceso de creación de las leyes. Esta multiplicidad de discursos en el procedimiento jurídico supone, tal cual lo patentiza Habermas, una evidente diferenciación entre la autonomía moral y la autonomía jurídica. Habermas entiende que mientras la autonomía moral constituye una unidad en la que cada sujeto adopta los derroteros de la imparcialidad de su propio juicio, en el marco de la autonomía jurídica nos hallamos ante una noción escindida de autonomía. Es decir, una autonomía que se manifiesta, a la vez, como moral, ética y pragmática. La autonomía pragmática se materializa en los derechos subjetivos que posibilitan la prosecución de los propios fines de los sujetos de derecho. La autonomía ética se manifiesta en las determinaciones tendientes a la autorrealización de la propia vida, es decir, en la búsqueda de las propias concepciones de bien y, por último, la autonomía moral se manifiesta en el uso mancomunado de la libertad comunicativa juridificada en que los ciudadanos fungen como sus propios legisladores.

La carga de la legitimidad del derecho, gracias al sistema de derechos, recaerá más en el discurso democrático que en el individuo. En este punto, al pensar Habermas que las bases de la racionalidad de las decisiones del legislativo se hallan en la esfera pública de discusión, se genera una red o entramado de comunicaciones que constituyen el fundamento mismo de la racionalidad de las leyes. Habermas ha denominado esto como un concepto normativo de opinión pública:

[...]en última instancia la expectativa normativa de resultados racionales se funda, pues, en la interacción entre la formación institucionalmente

organizada de la voluntad política y las corrientes de comunicación espontánea de un espacio público no distorsionado por relaciones de poder, de un espacio público no programado para la toma de decisiones y en este sentido “no organizado”. “Espacio público” opera en este contexto como un concepto normativo[...] (Habermas, 1998: 611).

Por consiguiente, todas las asociaciones conformadas libremente generan y difunden temas y buenas razones e interpretan valores y brindan posibles soluciones a problemas.

La atribución del peso de la legitimidad al procedimiento jurídico institucionalizado por el sistema de derechos no constituye, desde la perspectiva de Habermas, la única asunción con la que el sistema de derechos libera de ciertas cargas morales al sujeto jurídico. La otra carga, y tal vez la más importante, es la carga de la justicia. La justicia se constituye para Habermas en propiedad exclusiva de la moral (Habermas, 1998: 276). Esta vendría representada como el punto de vista imparcial que, en pro de la solución de conflictos de intereses y valores, se garantiza con el principio de universalidad de la ética discursiva. Sin embargo, tras la gestación del sistema de derechos, las cuestiones de justicia, si bien continúan en el haber de la moral, son reclamadas por un sistema de derechos que irradia este punto de vista moral hacia las esferas regidas por la racionalidad sistémica (Habermas, 1998: 183). Por consiguiente, con la asunción de la justicia por parte del derecho, el sujeto moral se ve descargado de la carga cognitiva y del poder de decidir acerca de lo justo y de lo injusto (Habermas, 1998: 181).

142 El sistema de derechos es conformado por cinco derechos fundamentales en los que los tres primeros garantizan la autonomía privada y los dos últimos se encargan de la autonomía política. En resumidas cuentas, este sistema de derechos se atribuye la facultad de brindar, desde un fundamento jurídico-legal diferente a la moral, el fundamento de la autonomía privada y la autonomía pública. Y, por otro lado, garantiza también la institucionalización de un procedimiento jurídico que se desligue de un proceso formativo monológico de la voluntad. Este modelo constituye, entonces, la forma como Habermas se propone alcanzar la legitimidad a través de la legalidad. Aquí, ni la autonomía privada está instrumentalizada por los fines del legislador soberano, ni el ámbito de la autonomía política se halla restringido por la moral o los derechos naturales.

“(1) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción”.

“[...] (2) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del estatus de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica[...]”.

“[...] (3) Derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la protección de los derechos individuales[...]”.

“[...] (4) Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo[...]”.

“[...] (5) Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello es menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados[...]” (Habermas, 1998: 188).

El sistema de derechos materializa tanto la juridificación de las libertades subjetivas de acción como de las libertades comunicativas. Es decir, en un primer momento, garantiza el derecho fundamental a los derechos subjetivos de acción o autonomía privada y, en un segundo momento, garantiza el derecho fundamental a los derechos de participación que constituyen una juridificación de las libertades comunicativas de los sujetos. Con base en este sistema de derechos, los sujetos partirán de una equilibrada relación entre moral y derecho que les permitirá participar, en uso de unas libertades subjetivas de acción y comunicativas ya juridificadas, de todo el entramado de comunicaciones que implica la formación del derecho, es decir, tanto de una opinión pública normativizada como de los procedimientos jurídicos a través de los cuales el legislativo crea el derecho. En último término, un orden jurídico es legítimo si cumple con dos requisitos: si asegura la co-originalidad de la autonomía privada y pública de los sujetos de derecho, y si se halla fundado en la racionalidad del proceso legislativo. Esto último hace expresa referencia a si la comunidad en la cual se halla vigente un orden jurídico, ve respetado todo el entramado comunicativo que supone la noción normativa de opinión pública: “[...] pues el derecho legítimo sólo se reproduce en forma de una circulación del poder[...] que ha de nutrirse de las comunicaciones que se producen en un espacio público-político no hipotecado por las relaciones de poder y anclados en los ámbitos básicos privados del mundo de la vida[...]” (Habermas, 1998: 491). Justamente es este último rasgo el que garantiza la racionalidad del procedimiento jurídico a través del cual se crea el derecho.

En el paradigma de Habermas, la justificación práctica del derecho implica la cobertura de todo el espectro de la racionalidad práctica. Por ello en el discurso y los procedimientos jurídicos tienen cabida todos los tipos de discurso y argumentación, a saber: moral, pragmática y ética. Esto, por supuesto, abre el panorama de la creación de un derecho legítimo a la intromisión de compromisos y negociaciones ahí donde no existen intereses generalizables. Por ello, el sistema normativo jurídico viene a constituirse de un contenido tripartito: contenidos morales, éticos y pragmáticos.

En este estado de cosas, resulta prudente aclarar el papel desarrollado por la moral respecto del sistema jurídico. La moral, en su calidad de única propietaria de justicia, penetra en los procedimientos formativos del derecho positivo imprimiendo la imparcialidad que lo debe caracterizar y, a su vez, establece una conexión interna con el derecho. De aquí se deduce que la legitimidad del derecho proviene unívocamente de la racionalidad de una moral procedimental que, si bien accede a los procedimientos democráticos creadores de derecho, deja intactos los contenidos. Por ello Habermas entiende que un orden jurídico legítimo concreto debe cobijar, durante la gestación de sus normas, los ya tres mencionados tipos de racionalidad. De lo contrario, el derecho como mecanismo de integración social quedaría en entredicho. Esta es sólo, en una primera instancia, la influencia que, por decirlo de alguna manera, ejerce la moral en el momento de creación (positividad) del derecho: la moral determina la imparcialidad y, por ende, la justicia de la creación del derecho. Por tanto, derecho justo y derecho legítimo vendrían a ser coincidentes.⁵⁵

Respecto de si el contenido de las leyes guarda en sí mismo contenidos morales, Habermas presenta una posición particular. Con miras a mantener la autonomía del derecho y la moral, y, por supuesto, con la prevención de no asumir el derecho como una forma deficiente de moral, Habermas atribuye al derecho la función de traducir los contenidos morales provenientes del mundo de la vida a derecho. En esta medida, el derecho positivo viene a representar, en gran medida, una traducción de los contenidos morales emanados de una opinión pública normativa, lo cual, desde el punto de vista de Habermas, plantea más bien una coincidencia en los contenidos que una emigración de los mismos hacia el derecho. Con esto Habermas intenta asegurar la diferenciación entre ambos sistemas normativos y, a su vez, procura desvirtuar la postura kantiana que, desde una posición discutible, observa el derecho más como un medio a través del cual la moral fluye hacia el ámbito de la libertad externa. Es decir, Habermas intenta eludir la moralización

⁵⁵ García Amado, *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 89-90.

del derecho a través de la emigración de contenidos morales (García, 1997: 276). En el paradigma habermasiano de la legitimidad del derecho, el sujeto observa y reconoce en el sistema de derechos el único medio a través del cual resulta posible una convivencia según los lineamientos de un derecho legítimo. Esta intuición estriba en un sujeto que nace y se forma en una sociedad postconvencional, es decir, en un sujeto que entiende, por lo menos intuitivamente y como sujeto de una tradición cultural, el sistema de los derechos fundamentales. No en vano el sistema de derechos rige en el marco de lo que Habermas ha denominado una comunidad jurídica moderna.

La solución a la facticidad externa

La elevación del derecho al rango de mediador social modifica el clásico modelo del positivismo jurídico a través del cual el derecho se subordinaba instrumentalmente al poder político. El derecho, como vimos en la primera sección, se tornaba en el instrumento adecuado para la organización correcta de la sociedad. Esto presupone una especie de superioridad del poder político sobre el derecho: este era reducido a su mera instrumentalidad. A partir de la vinculación del derecho y el poder político a la acción comunicativa, y a través de una constitución co-original de la política y el derecho, Habermas propone el establecimiento de funciones propias y recíprocas entre el sistema político-administrativo y el sistema jurídico. En esta medida, la función propia del derecho se constituye en la regulación de expectativas de comportamiento, mientras la función propia de la política estriba en la obtención de fines colectivos.

Por otra parte, y ya en el ámbito de las funciones recíprocas, el derecho, a través de su forma jurídica postconvencional, legitima el ejercicio del poder político, mientras la política institucionaliza estatalmente el derecho a través de la garantía de respeto de las decisiones judiciales (la seguridad jurídica). Esta reciprocidad sólo resulta posible si se concibe un origen simultáneo del poder político y el derecho, reciprocidad que, a su vez, garantiza la no subordinación de uno sobre el otro. Las relaciones entre derecho y poder político estarán determinadas, desde su origen, por una mutua presuposición. Es decir, tanto el derecho implica la existencia de un poder político de organización, sanción y ejecución, como el poder político implica un derecho que permita un ejercicio jurídico del poder. El concepto clave de las relaciones entre derecho y poder político lo constituye la idea de poder comunicativo.⁵⁶ Este viene especificado

⁵⁶ La concepción habermasiana de poder comunicativo viene a ser un desarrollo de aquello que en los tiempos de *Teoría y Praxis* denominaba poder práctico. Esta noción de poder —en gran parte

como una fuerza generadora de derecho e instituciones políticas. Sus fuentes se hallan en el constante ejercicio de las libertades comunicativas juridizadas en el sistema de derechos. Este poder comunicativo permanece ligado al poder administrativo a través del derecho que él mismo ha creado. En esta medida, el poder político se libera de las interferencias del poder meramente social⁵⁷ y ejerce el poder coactivo del Estado según los cauces determinados por el derecho.

Conclusiones

El paradigma habermasiano de la legitimidad del derecho se fundamenta en la institucionalización jurídica de los presupuestos y procedimientos comunicativos. Esto implica, por consiguiente, que tras la superación de la tradicional concepción de la racionalidad práctica y del consecuente establecimiento de la racionalidad comunicativa, la legitimación del derecho se traslada hacia los linderos de una justificación argumentativa. El sistema habermasiano de los derechos fundamentales que debe regir en el marco de una comunidad jurídica moderna juega, entonces, un papel decisivo como institucionalizador de los presupuestos comunicativos. Esta base argumentativa y comunicativa que Habermas implementa en el procedimiento democrático generador del derecho legítimo, le garantiza la posibilidad de incluir en el mismo razones morales, éticas y pragmáticas. Estamos, de esta manera, ante un procedimiento jurídico que, al contrario del restrictivo discurso moral, posibilita los espacios para todo el espectro de la razón práctica.

146 Sin embargo, y a pesar de la inclusión de razones éticas y pragmáticas en el procedimiento democrático creador de derecho, la carga de la legitimación del último recae con exclusividad en la racionalidad moral. Las razones de esta atribución se hacen evidentes: Habermas ha encontrado en las estructuras argumentativas el punto de vista moral y de justicia, es decir, imparcial. Desde esta perspectiva lo moral se explicita en términos argumentativos. En consecuencia, el principio de universalidad opera, a su vez, en el rol de regla argumentativa y principio moral. A Habermas –en el marco de una comprensión postconvencional de la modernidad– no le queda otra salida en el

desarrollada por Hanna Arendt– se oponía a una concepción meramente técnica del poder. Sobre la base de esta oposición Habermas desarrolla las relaciones entre poder comunicativo y poder administrativo y económico.

⁵⁷ Poder social entendido según la concepción weberiana de poder.

camino hacia la obtención de un derecho legítimo y justo que el establecimiento de una conexión interna entre el principio de universalidad y el procedimiento democrático. Esta conexión resulta ser la única vía posible para asegurar el punto de vista imparcial durante el proceso de gestación del derecho. Con el principio de universalidad propio de la ética discursiva se hace realidad esa moral de principios que desde la década de los setenta Habermas reclamaba en una íntima conexión con el derecho positivo.

Con el predominio que la racionalidad moral infunde en el procedimiento democrático, Habermas intenta viabilizar una dimensión crítica que en el marco del positivismo jurídico y de las teorías normativas de la legitimidad se ha visto menguada.⁵⁸ Esto ha llevado a Habermas a comprender el procedimiento democrático como un método crítico de generación de derecho legítimo. Este carácter crítico se gesta y desarrolla ineludiblemente en la misma racionalidad discursiva de las normas. Es decir, la solución discursiva de problemas de justificación alcanzados en una comprobación argumentativa y la inherente comprobación de los intereses susceptibles de generalización o compromiso escogidos por los afectados entre diversas posibilidades expresan coetáneamente el carácter crítico y racional del proceso democrático y de su resultado: las normas jurídicas. Si bien Habermas acude a una racionalidad moral en pro de la legitimidad del derecho, esta, debido a la universalidad de su base comunicativa, le permite eludir las dificultades provenientes de legitimar el derecho en una moralidad de contenido. Las tradicionales críticas dirigidas por el positivismo jurídico contra las teorías normativas de la legitimidad del derecho han denunciado tanto la inconveniencia de fundar el derecho en contenidos morales falibles como la reducción de la vigencia jurídica a la validez moral. Habermas, efectivamente, reduce en gran medida la vigencia del derecho a la validez moral. Sin embargo, el reduccionismo moral habermasiano es de corte eminentemente racional y procedimental, es decir, por una parte, y al contrario del positivismo jurídico, Habermas considera la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios morales a través de un proceso discursivo y, por otra, no se ocupa –como la escuela del derecho natural– de contenidos morales últimos.

⁵⁸ Las teorías positivistas legitimadoras del derecho han sacrificado el carácter crítico del proceso de creación del derecho en el decisionismo. Por su parte, las teorías normativas de la legitimidad han sacrificado el carácter crítico en una moralización material del derecho.

En consecuencia, y tras la superación de las teorías morales de contenido que fundaban el derecho, la preocupación de Habermas trasciende el problema de reducir de la vigencia jurídica a la validez moral. El problema que realmente llama la atención de Habermas y el cual –en un claro intento por superar toda la tradición jurídica kantiana– ha pretendido solucionar, es la creación de un espacio legítimo para la coacción jurídica y la facticidad del derecho en el marco del primado legitimador de la validez moral. La solución planteada por Habermas elabora un principio normativo postradicional que le permite suponer, en el marco de una racionalidad constructivista, un origen co–original de la moral y el derecho. En esta medida, intenta evitar las subordinaciones que, tanto en las teorías positivistas como iusnaturalistas, ejercía uno u otro principio. Un origen co–original de moral y derecho le permite a Habermas establecer una relación de complementariedad entre ambas normatividades: mientras la moral procedimental habermasiana le brinda al derecho todos los presupuestos argumentativos que permitan desarrollar un derecho válido racionalmente, la coactividad propia del derecho descarga a los sujetos moralmente falibles de la constante evaluación moral de la justicia de sus actos trasladando esta carga al plano institucional.

El procedimiento democrático de creación del derecho constituye una manera postconvencional de hacer las leyes que, a su vez, y sin recurrir a contenidos metafísicos, garantiza el momento de indisponibilidad⁵⁹ del derecho. Pero, en última instancia, surge la pregunta: ¿De qué manera brinda cabida Habermas al momento de disponibilidad del derecho por parte del poder político? ¿De qué manera tiene cabida la perspectiva del derecho instrumental coactivo? La base justificatoria del derecho positivo se halla ineludiblemente en el proceso democrático de creación. Sin embargo, la argumentación habermasiana que resguarda la instrumentalidad del derecho se funda en dos fases sustentadas en el rasgo constructivista de la racionalidad comunicativa. En un primer momento, el derecho y la moral se derivan de un abstracto principio argumentativo postconvencional.⁶⁰ Ambos, desde su origen, se diferencian por una naturaleza propia. Esto le permite a Habermas respetar la naturaleza instrumental y coactiva del derecho que resultaría imposible derivando el

⁵⁹ Con el momento de indisponibilidad Habermas se refiere a aquella faceta del derecho que no está disponible a los intereses y fines particulares del poder político. Es decir, hace referencia a una faceta no instrumental del derecho que, en último término, viene a constituir el momento de la legitimación.

⁶⁰ El principio D.

derecho legítimo directamente del principio moral. Por otro lado, este origen diferenciado le permite a Habermas el establecimiento de una relación de complementariedad funcional entre ambos sistemas normativos, sustentada en el carácter postconvencional de ambas legislaciones. En consecuencia, moral y derecho serán concebidas como el resultado de una presuposición recíproca. En un segundo momento, Habermas establece una constitución co-original entre el derecho y el poder político. El derecho presupone un poder político que se encargue de su faceta instrumental y coactiva y, por otro lado, el poder político presupone un derecho que legitime el uso del poder coactivo a través de su ejercicio en términos plenamente jurídicos. Habermas establece, entonces, un circuito constituido por el derecho, la moral y el poder político.

Bibliografía

Bobbio, Norberto (1985), *Estado, gobierno y sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica.

Bodenhaimer, Edgar (1997), *Teoría del derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

Boladeras, Margarita (1996), *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid.

Falcon y Tella, María José (1994), *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Universidad Complutense de Madrid.

García, Amado (1997), *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Habermas, Jürgen (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, Editorial Taurus.

Habermas, Jürgen (1981), *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus Ediciones S.A., Madrid.

Habermas, Jürgen (1994), “La doctrina clásica de la política en su conexión con la filosofía social”, en: *Teoría y Praxis*, Ediciones Altaya, Madrid.

Habermas, Jürgen (1996), “¿Qué significa una pragmática universal?”, en: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Red Editorial Latinoamericana, México.

Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta S.A.

Habermas, Jürgen (1999), “Racionalidad del entendimiento”, en *Verdad y Justificación*, Editorial Trotta.

Hobbes, Thomas (1994), *Leviatán*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

Kant, Immanuel (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Kelsen, Hans (2000), *Teoría pura del derecho*, Editorial Unión Ltda., Bogotá.

McCarty, Thomas (2002), *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Editorial Tecnos.

Recasens Siches, Luís (1963), *Panorama jurídico del siglo XX*, Editorial Porrúa, México.

Soriano, Ramón (1993), *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel S.A.

Wellmer, Albrecht (1994), *Ética y Diálogo*, Editorial Anthropos.