

EXPLORACIONES

LA
LEGITIMACIÓN
DEL DERECHO EN
HABERMAS

DANILO CHAVARRO OROZCO



UNIVERSIDAD
ICESI

Autor

DANILO CHAVARRO OROZCO

Abogado de la Universidad de San Buenaventura, Especialista en Pensamiento Político Contemporáneo y Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Actualmente se desempeña como profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Miembro del grupo de investigación "Estudios de región, política y democracia", de la Universidad Icesi.

Prologuista

OSCAR MEJÍA QUINTANA

Filósofo, M.A en Filosofía Moral y Ph.D. en Filosofía Política (Pacific W. University), Doctorado en Filosofía del Derecho (U. Nacional). Profesor Titular del Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

EXPLORACIONES

LA
LEGITIMACIÓN
DEL DERECHO EN
HABERMAS

DANILO CHAVARRO OROZCO

Serie Humanidades, Derecho y Ciencias Sociales



La legitimación del derecho en Habermas / Danilo Chavarro Orozco
1 ed. -Cali: Universidad Icesi, 2007.
194 p ; 22 x 14 cm.
ISBN: 978-958-9279-94-6
1. Derecho 2. Legitimación 3. Racionalidad comunicativa 4. Moralidad 1. Tit.
340.1 - dc21

La legitimación del derecho en Habermas
Colección «Exploraciones»
Universidad Icesi

Rector
Francisco Piedrahita Plata

Secretaria General
María Cristina Navia

Director Académico
José Hernando Bahamón

Comité editorial
Ximena Castro Sardi
Julio Cesar Alonso Cifuentes
Luis Eduardo Múnera Salazar
Melquicedec Lozano Posso
Rafael Silva Vega

Diseño
Pablo A. Sánchez Gil

Impreso en Cali - Colombia
A.A. 25608 Unicentro
Tel. 555 23 34 Ext. 404
Fax: 555 17 06
E-mail: exploraciones@icesi.edu.co
Cali, Colombia

Primera edición, julio 2007
ISBN 978-958-9279-94-6
El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre
y cuando se cite el título, el autor y la fuente institucional.

Índice

Agradecimientos	7
Prólogo	9
Introducción	19
1. El uso moderno del derecho desde la perspectiva de Habermas	23
2. El problema	57
3. La propuesta de Habermas	123
Conclusiones	185
Bibliografía	190

Agradecimientos

Quiero expresar un especial agradecimiento al profesor Pedro Posada Gómez, cuyo seminario sobre la teoría de la acción comunicativa, en la Maestría en Filosofía de la Universidad del Valle, fue importante para mi decisión de emprender este trabajo. También quiero agradecer al profesor Nelson Jair Cuchumbé su cuidadosa lectura de todo el escrito y sus valiosas observaciones, que fueron un instrumento útil para clarificar mi reflexión sobre Habermas. Por último, expreso mi cordial reconocimiento al profesor Oscar Mejía Quintana tanto por sus precisas y bien ponderadas sugerencias, como por su deferencia al prologar este texto.

Prólogo

De la especulación iusfilosófica a la teoría jurídico-constitucional

Habermas en perspectiva

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de teoría política, moral y jurídica, en tres momentos que, a su vez, constituyen tres etapas en el desarrollo del mismo. En una *primera etapa*, Habermas propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico, asignándole a la filosofía un papel tangencial en el contexto de ello. En una *segunda etapa*, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, generando un proceso de desintegración acelerada en su interior. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después.

Ante las críticas de Robert Alexy en cuanto que la propuesta habermasiana no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el *giro jurídico* hacia la reconsideración proactiva del Estado democrático de derecho, que, en un primer momento, lo lanza hacia el positivismo jurídico y cuya tensión entre legalidad y legitimidad resuelve con la procedimentalización de la soberanía popular.

En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en la *tercera etapa* de su monumental reflexión, una teoría del Estado democrático de derecho que, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, de otra, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas, socio-jurídicas, teórico-jurídicas y teórico-políticas contemporáneas, proponer un nuevo paradigma jurídico-político, el discursivo-procedimental, cuyo objetivo es superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública.

En ese orden, Habermas define la dirección de su *giro jurídico* superando las falencias tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo y el realismo, de una parte, defendiendo lo que denomina una perspectiva deontológica del derecho que garantice «decisiones justas para todos» (en

la línea de Kant, Rawls y Dworkin) frente a la perspectiva axiológica de «decisiones buenas para algunos» (en la línea de Alexy y su metodología de la ponderación) y, de otra, confiriéndoles a los procesos comunicativo-discursivos de la opinión pública el contenido dinámico de la soberanía popular. Los procedimientos institucionalizados son subsumidos en la medida en que ellos canalizan el discurso público de los diferentes sujetos colectivos, del cual se infieren los contenidos mínimos normativos de las leyes regulatorias de la vida social.

La teoría del Estado democrático de derecho

La teoría del Estado democrático de derecho¹ constituirá el momento culminante de su estrategia teórica frente a lo que ha denominado la co-originalidad del derecho y la política, representativa de la modernidad tardía, la cual no sólo redefine su posición frente al mismo sino que culmina su extensa reflexión sobre el tema de la legitimación, así como resuelve la dicotomía insuperable que siempre se había mantenido en su obra entre sistema y mundo de la vida.² El derecho se configura como un *engranaje polifuncional* que media entre todas estas dimensiones, mientras que la teoría del derecho concilia muchos de los planteamientos cardinales que habían inspirado la reflexión

¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.

² Sobre esta segunda estrategia ver Mejía Quintana, Oscar, «La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a Faktizität und Geltung», en: *Revista Ideas y Valores* (No. 103), Bogotá, Departamento de Filosofía (Universidad Nacional), 1997.

habermasiana sin encontrar el punto de convergencia que permitiera integrarlos.³

De esta forma se articula el planteamiento de la acción comunicativa con el programa inicial de Habermas de reconstrucción del materialismo histórico, primero, y de su teoría del derecho y la democracia, posteriormente. Aquel constituye, en esa cronología, un *momento intermedio* donde se proyecta en toda su extensión su proyecto de reconstrucción y cuyas debilidades se verán superadas en la última etapa de su desarrollo teórico. La teoría de la acción comunicativa culmina una primera intuición del programa de reconstrucción del materialismo histórico, a saber, la necesidad de encontrar en una *racionalidad comunicativa* la posibilidad de superación postconvencional de los conflictos inherentes al proceso de racionalización moderno, en especial el de la instrumentalización cosificadora de las relaciones sociales,

³Sobre *Facticidad y Validez*. Consultar, en castellano, a Guillermo Hoyos, «Ética discursiva, derecho y democracia», en: Motta, Cristina Ed., *Ética y Conflicto*, Bogotá, TM-Uniandes, 1995, pp. 49-80. Así como, del mismo autor, *Derechos Humanos, Ética y Moral*, Bogotá, Viva La Ciudadanía, 1994, pp. 69-81; y Estévez, José, *La Constitución como Proceso*, Madrid, Editorial Trotta, 1994. En inglés ver Outhwaite, William: «Law and the state», en: Op. cit., pp. 137-151; Baynes, Kenneth: «Democracy and the Rechtsstaat», en White, Stephen, Op. cit., pp. 201-232; Bohman, James: «Complexity, pluralism, and the constitutional state», en *Law and Society Review*, volume 28, N. 4, 1994, pp. 897-930; Rosenfeld, Michel: «Law as discourse: bridging the gap between democracy and right», en *Harvard Law Review*, Volume 108, 1995, pp. 1163-1189; y Michelman, Frank: «Between facts and norms» (Book reviews), en *The Journal of Philosophy*, New York, Columbia University, Volume XCIII, Number 6, June, 1996, pp. 307-315. En francés ver: Gérard, Philippe: *Droit et Démocratie. Réflexions sur la Légitimité du Droit dans la Société Démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995.

ya denunciadas por el marxismo clásico, y la colonización sistémica que se ha apoderado de la sociedad entera.

Pero la acción comunicativa, cuyo objetivo social, en últimas, es reconstruir la legitimidad discursivamente, no logra por sí sola revertir la poderosa colonización del mundo de la vida que, a través del derecho, se ha venido dando durante toda la modernidad. Tal es el estratégico significado del *giro jurídico* de Habermas que, inicialmente, lo lleva a reconsiderar proactivamente el papel de los procedimientos jurídicos y democráticos en la figura del Estado democrático de derecho y que, provisionalmente, lo coloca en una consideración prepositivista del imperativo de imparcialidad que debe caracterizarlos.

Esta tensión es superada con la categoría de *Soberanía popular como procedimiento* que le permite a Habermas darle a los procesos democráticos una fundamentación más que moral, política y democrática, articulándolos integralmente —respetando sus esferas autónomas— y estableciendo de esa manera una nueva relación entre moral, política y derecho, que *Facticidad y Validez* lleva a su máxima expresión. La acción comunicativa logra así, a través del Estado democrático de derecho, sustentado en esa cooriginalidad del derecho y la política propia de la modernidad, concretar la proyección política —jurídicamente mediada— que no lograba por sí sola.

Los procedimientos jurídico-políticos operan como una *esclusa de doble vía* para recibir los insumos del poder comunicativo de la periferia externa de la sociedad civil, convirtiendo el poder comunicativo de la sociedad en poder administrativo a favor de ella misma, con lo cual la colonización sistémica que-

da moderada por una soberanía popular democráticamente articulada y discursivamente fundamentada. El principio discursivo, como quedará explícito en su obra posterior, aliena, por un lado, a la moral, como principio de argumentación moral, y, por el otro, a la política y el derecho, como principio democrático. Toda la *arquitectura institucional* del estado democrático de derecho es, de tal suerte, una derivación deliberativa de la soberanía popular, en tres direcciones: la pragmática, la política y la moral, de donde se deriva la diferenciación discursiva de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

El texto objeto de comentario

El texto de Danilo Chavarro Orozco, *La legitimación del derecho en Habermas*, tiene varios méritos que quisiera resaltar. El primero es el abordaje jurídico y político antes que filosófico que logra de la obra de Habermas. En general, la teoría habermasiana ha sido introducida y presentada como «filosófica» lo que, de entrada, además de su densidad y complejidad, la ha alejado de las Facultades de Derecho y Ciencia Política.

Aunque heredero de la gran tradición filosófica alemana y de la primera Teoría Crítica de Horkheimer, Adorno y Marcuse, desde la década de los sesenta Habermas inicia un lento pero radical proceso de ruptura con la filosofía que sin duda se concreta en su texto «*Para qué aún hoy filosofía*» que claramente señala no solo el ocaso sino la impotencia del pensamiento filosófico frente al conjunto de disciplinas que por sí solas han desarrollado sus propios parámetros de

reflexión y ya no requieren del ancestral tutelaje de la filosofía como «ciencia madre».⁴ Parafraseando a Nietzsche, la «filosofía ha muerto» y la retirada de la misma a una ideológica y distante filosofía analítica, preocupada solo de la «claridad del lenguaje» mientras el mundo se desmorona a su alrededor, es la muestra fehaciente de esa realidad.⁵

Esta convicción produce en Habermas un replanteamiento tanto temático como metodológico, íntimamente entrecruzados, que lo llevan a no proferir especulaciones filosóficas (en el mejor sentido gadameriano) que no estén sustentadas, ya en modelos sociológicos empíricos, ya en investigaciones disciplinarias especializadas. Habermas no hace filosofía: a partir de su método hermenéutico reconstructivo retoma los estudios sociológicos y especializados para, desde ahí, plantear argumentos normativos que puedan ser recontrastados con la realidad misma. La filosofía da paso a una teoría crítica que se fundamenta o sociológica o disciplinariamente desde los estudios puntuales y consensuados de cada disciplina sin adoptar de nuevo la mirada imperial de la filosofía decimonónica que las disciplinas particulares ya no precisan ni admiten.

El mérito del trabajo de Chavarro es lograr mostrar a un Habermas inscrito en la tradición de la teoría jurídica y constitucional y no el espejismo de un Habermas filósofo pensan-

⁴ Habermas, Jürgen, «Para qué aún filosofía?», en: *Sobre Nietzsche y Otros Ensayos*, Madrid, Tecnos, 1982 (1971), p.p. 62-88.

⁵ Ver mi argumento en: Mejía Quintana, Oscar, «Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho», en: *Revista Pensamiento Jurídico* (No. 16), Bogotá, D.C. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2006, p.p. 171-206.

do el derecho y la política, lo cual realmente hace mucho no existe. Protagonista, antes que de una tradición iusfilosófica que desde Kelsen prácticamente desapareció, de una teoría jurídica, política y constitucional en interlocución con sus principales intérpretes. En efecto, además de su clara disputa con el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo, su diálogo con Weber y Parsons en tanto sociólogos jurídicos, con Dworkin y Alexy desde la teoría jurídica, con Ely, Ackerman, Michelman, Sunstein desde la teoría constitucional, demuestra su distancia definitiva de las arenas movedizas de la filosofía especulativa.

Pero el segundo mérito de este texto es que se adentra en la reconstrucción juiciosa del problema de la legitimación en Habermas desde la óptica jurídica, mostrando cómo la vieja preocupación habermasiana sobre los problemas de legitimación en el capitalismo tardío que intentaba resolver a través de la acción comunicativa en tanto reformulación del materialismo histórico, solo podía llevarse a efecto a través de una teoría del Estado democrático de derecho, fundada, por supuesto, en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía.

Como bien lo capta Chavarro, la tensión entre facticidad y validez —que nunca se concilia definitivamente— logra reducir sus extremos en la medida en que el sistema jurídico concreta ese nuevo paradigma de derecho reflexivo frente a los de derecho formal, derivado del positivismo liberal, y de derecho material, derivado del Estado de bienestar.⁶ Reducción, más que jurídica, política gracias a su efectiva remisión a

⁶ Ver Teubner, Gunter, «Derecho reflexivo», en: Bourdieu, P. y Teubner, G., *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2000, p.p. 123-143.

procesos de formación y voluntad de opinión pública, incluyentes y deliberativos, que hace del poder comunicativo de las diversas formas de vida el verdadero alter ego del Estado y del sistema jurídico y cuyo radical contenido democrático es, en últimas, el que posibilita anchar las esclerotizadas arterias de procedimientos jurídicos institucionalizados, que, más que formales, muchas veces son antidemocráticos, restringidos y excluyentes, expresión de dominaciones hegemónicas de diferente tenor.

La vigencia del planteamiento de Habermas para nuestras latitudes no creo que tenga objeciones, salvo —como diría Wellmer— para esas persistentes «tribus premodernas» que aún esgrimen con orgullo su unanimismo y su intolerancia.⁷ Y quizás aquí se encuentre, no digamos la debilidad en cuanto puede ser objeto de futuros estudios, sino la candidez del excelente escrito de Chavarro: su confianza casi sacra en que la tensión entre facticidad y validez logra conciliarse jurídicamente cuando tanto la conceptualización habermasiana como la tozuda realidad demuestran que la bandera de la verdadera emancipación, en todo caso, no es en el derecho sino en la política donde sigue afincada.⁸

Oscar Mejía Quintana
Bogotá, Mayo de 2007

⁷ Albrecht Wellmer, «Condiciones de una cultura democrática» en: *Finales de Partida*, Madrid, Cátedra, 1996, p.p. 77-102.

⁸ Ver Jaramillo, Isabel Cristina, «Instrucciones para salir del discurso de los derechos» en: W. Brown y P. Williams, *La Crítica de los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003, p.p. 11-42.

Introducción*

El objetivo fundamental de este trabajo consiste en desarrollar una reconstrucción de la forma como Habermas legitima el derecho, en el marco de lo que él mismo ha denominado la teoría discursiva del derecho. El término reconstrucción, en el contexto de este trabajo, no debe entenderse como un intento por modificar estructuralmente el paradigma propuesto por Habermas. Por el contrario, debe entenderse como un seguimiento o descripción –en gran parte cronológico– de la manera como Habermas gestó y consolidó su propuesta acerca de la legitimidad del derecho. Las implicaciones derivadas de este objetivo son, sin lugar a dudas, tanto una revisión de los primeros como de los últimos trabajos de Habermas acerca del derecho. El último texto objeto de revisión será, inevitablemente, *Facticidad y Validez*. Los beneficios de esta estrategia serán evidentes: podremos observar la plataforma desde la que Habermas deriva sus críticas, sus posturas y, por sobre todo, los énfasis y las preocupaciones que en los distintos periodos de su trabajo han copado su interés respecto del derecho.

* Este trabajo es una reelaboración de la investigación que el autor presentó para optar al título de Magister en Filosofía en la Universidad del Valle.

El primer capítulo estará demarcado por la discusión de Habermas contra el positivismo lógico. En esta medida, y fundado en su concepción de los intereses del conocimiento, los primeros acercamientos de Habermas con el derecho estarán contextualizados en un ataque contra el positivismo jurídico. El origen de esta arremetida se hallará, sin duda, en los reproches contra uno de los gestores remotos del paradigma jurídico positivo: Thomas Hobbes. La discusión contra Hobbes, por otro lado, brindará a Habermas la oportunidad de discutir acerca de los cambios fundamentales con los que el derecho moderno modificó la concepción clásica del mismo. En último término, este capítulo mostrará que tras las críticas de Habermas contra el paradigma positivista se traslapa una pretensión fundamental: reconocer el alto grado de pertenencia del derecho al marco referencial del interés práctico y, por consiguiente, oponerse a la prevalencia del interés técnico propio del positivismo.

El segundo capítulo mostrará, en un primer momento, el principal problema que Habermas observa en el derecho moderno. El Habermas de los sesenta que en sus inicios parecía circunscribir el derecho al campo de lo práctico, empieza a orientarse más hacia la manera de equilibrar la relación entre el momento de disponibilidad técnica o instrumentalidad del derecho y el momento de indisponibilidad del mismo. Aquí cobrarán relevancia tanto la teoría habermasiana de la evolución social como la teoría de la acción comunicativa. Seguidamente veremos la manera como Habermas, una vez diagnosticado el problema, desarrolla una crítica expresa contra la tradición del positivismo jurídico y la concepción kantiana del

derecho. Esto mostrará que su propuesta, en gran medida, se genera y consolida como un intento por superar los problemas propios de ambos paradigmas.

En último lugar, el tercer capítulo de este trabajo expondrá su propuesta de la legitimación del derecho. Habermas, como se verá a su debido tiempo, intentará fundar la legitimidad del derecho en una nueva concepción de la racionalidad práctica: la racionalidad comunicativa. Sólo a partir de una nueva concepción de la racionalidad, considera Habermas, resulta posible la superación del problema de la legitimidad del derecho. En qué medida ha sido exitoso el intento de Habermas por superar el problema de la legitimidad y las respuestas que los paradigmas precedentes han brindado será un asunto a considerar en las conclusiones.

El uso moderno del derecho desde la perspectiva de Habermas

Uno de los rasgos característicos de la modernidad se configura en la nueva forma de concebir la política. El pensamiento filosófico moderno inicia una nueva concepción de la misma modificando los criterios de la tradición clásica inspirada en el paradigma aristotélico.¹ Según Habermas, fue Thomas Hobbes en su posición de eje central de dicho cambio, y sobre los cimientos de Moro y Maquiavelo, quien alcanzó la consolidación de esta nueva forma de encarar la política (1994 : 49-65).

Desde la óptica habermasiana, el rompimiento con el paradigma aristotélico se manifestó, en lo que respecta a la concepción de la política, en tres aspectos fundamentales, a saber: en primer término, se pasó de la concepción clásica de la política estructurada en el modelo aristotélico, como continuación de

¹ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero señalan que: «[...] en la filosofía política anterior a la del derecho natural, había tenido vigencia durante siglos una reconstrucción del origen y el fundamento del Estado completamente diferente, y bajo todos los aspectos opuestos, en la que es posible (y útil) reconocer un modelo alternativo. Se trata del modelo que es llamado por su autor justamente 'aristotélico' [...]» (1997, p. 56).

la ética, a una tajante separación de estas dos disciplinas; en segundo lugar, se pasó de una política clásica basada en la *praxis* aristotélica (la cual procedía pedagógicamente hacia la formación de un *ethos*²), hacia lo que Aristóteles consideraba la *techné*,³ la cual, a su vez, en el marco de la escuela del derecho natural racional, buscaba el establecimiento de un orden social correcto; y en último lugar, se pasó de una pretensión cognoscitiva de la política clásica guiada por la *phronesis*, es decir, por la sabiduría práctica o prudencia del sabio, a una orientación por la *episteme* —o sea, por un conocimiento universal, necesario y demostrable—.

El distanciamiento entre la concepción clásica de la política —fundada en el paradigma aristotélico— y la concepción propugnada por la escuela del derecho natural racional —fundada en el paradigma hobbesiano—, implicó cambios estructurales en la concepción del derecho. Habermas no realiza, durante su investigación, una referencia sistemática acerca de los cambios acaecidos en el derecho en el curso de la separación entre ambas tradiciones; sin embargo, la evidencia de estos se hace incuestionable. Por lo tanto, podríamos enunciar que el rompimiento de la concepción clásica del derecho —es decir, aquella anterior al derecho natural racional cuyo nacimiento se atribuye a Hugo Grocio—, se dio en tres aspectos asimilables a los cambios ocurridos en la política: la separación entre dere-

² *Ethos*, entendido como el carácter del cual emanan los actos del hombre.

³ Para Aristóteles la *techné* se halla íntimamente ligada al arte, es decir, su esencia se halla vinculada a la elaboración de objetos a través de un hacer —*poiesis*. De esta forma «todo arte tiene por objeto traer algo a la existencia, es decir, procura por medios técnicos [...]» (2000 : 76).

cho y moral, la instrumentalización técnica del derecho con miras al establecimiento de un orden social correcto, es decir, una apropiada regulación del tráfico social, y la pretensión de cientificidad del nuevo derecho, implantada a través de una equiparación metodológica con la ciencia.

En consecuencia, el presente capítulo tiene como objetivo específico mostrar los cambios implementados en la concepción clásica del derecho por parte de la escuela del derecho natural racional, así como la forma en que Habermas se ha referido a los mismos. Para desarrollar este objetivo seguiré la misma línea en que se enunciaron los cambios correspondientes a la concepción clásica de la política. En este orden de ideas, me ceñiré estrictamente al enfoque propuesto por Habermas dentro de su investigación; con ello quiero decir que seguiré la búsqueda de mi objetivo en el mismo recorrido teórico que el filósofo alemán realiza; me conduciré, entonces, a través de los cambios acaecidos en el derecho de la misma forma que Habermas lo hace con los ocurridos en el ámbito de la política, es decir, girando en torno a los modelos aristotélico y hobbesiano.

Una vez determinado el objetivo específico de este ensayo, surge la necesidad de mostrar el punto de partida desde donde Habermas realiza sus primeras aproximaciones al derecho. En razón de ello, el espacio que nos brinda una introducción resulta plenamente apropiado para el cubrimiento de esta necesidad. En esta medida, la introducción desarrollará, en un primer momento, tanto el intento de sintetizar los elementos claves de la controversia de Habermas contra los teóricos del positivismo lógico (Habermas, 1988: 45), como las críticas pro-

venientes de su tesis acerca de las relaciones entre conocimiento e interés (Habermas, 2002 : 161-162). En un segundo momento, la introducción pretenderá mostrar porqué al positivismo jurídico le resultan imputables las mismas críticas que Habermas desarrolló contra el positivismo lógico. Esto nos permitirá proponer que los cambios diagnosticados por Habermas en el derecho clásico, a saber: la separación entre derecho y moral, la instrumentalización técnica del derecho con miras al establecimiento de un orden social correcto y la pretensión de cientificidad del derecho moderno, sean observados desde la controversia con el positivismo lógico.

Habermas funda todas sus críticas al positivismo lógico en el desconocimiento del interés práctico (2002 : 171), y dado el rasgo sistemático de su filosofía, se nos avizora la manera cómo, a través de sus primeros trabajos acerca del derecho, circunscribe el mismo al ámbito de lo práctico (1994 : 15). La posibilidad de una aplicación de las críticas hechas por Habermas al positivismo lógico, se hará evidente en el ámbito del positivismo jurídico a través de la introducción; sin embargo, y quizás como una necesaria anticipación, no está de más manifestar que el eje que articulará las críticas al positivismo lógico y al positivismo jurídico se halla en el modelo hobbesiano.

El debate con el positivismo lógico

El debate de Habermas contra el positivismo lógico apunta a deslegitimar el reduccionismo desarrollado por el positivismo: una reducción de la teoría del conocimiento a teoría de la ciencia y, consecuentemente, de esta última al método (1988 : 55). En el marco de esta disputa, la discu-

sión giró en torno a «la noción objetivista del conocimiento». Justamente en ese sentido, Habermas orientaría su empeño en hacer evidentes las limitaciones propias de esa forma de asumir el conocimiento. Si bien el debate involucró constantes referencias acerca de las ciencias empírico-analíticas —o ciencias de la naturaleza— e histórico-hermenéuticas —o ciencias sociales—, nuestro interés se acercará con mayor énfasis al ámbito de las últimas; esto debido tanto a las consecuencias registradas en ellas, como a sus mayores vínculos con el derecho; sin embargo, las referencias acerca de las ciencias empírico-analíticas serán no sólo inevitables sino recurrentes. Ello será la necesaria consecuencia de la aplicación positivista del método de las ciencias empírico-analíticas en las ciencias histórico-hermenéuticas. De esta forma, y con la idea de alcanzar directamente el núcleo del debate, la aplicación del método de las ciencias empírico-analíticas en las ciencias histórico-hermenéuticas se torna no sólo en el rasgo central del positivismo, sino también, dada su utilidad para los objetivos de esta introducción, en el hilo conductor de una somera reconstrucción del debate de Habermas contra el positivismo lógico.

La aplicación del método empírico-analítico en las ciencias histórico-hermenéuticas implicó la adopción del paradigma del observador por parte de las últimas. Si en el marco de las ciencias empírico-analíticas nos encontramos con objetos circulando en el ámbito de la naturaleza, por el contrario, las ciencias histórico-hermenéuticas nos brindan un ámbito objetual (la sociedad) conformado por sujetos capaces de lenguaje y comunicación. A pesar de ello, la aplicación

positivista del método empírico-analítico excluye el modelo metodológico propio de las ciencias sociales (el paradigma del participante), y por tanto, incurre, según Habermas, en una observación que reduce los hombres a objetos y la sociedad a naturaleza. La consecuencia de esta concepción no puede ser otra: un observador valorativamente neutral que procure un conocimiento verdadero. El positivismo supone de esta forma la existencia de una razón desligada de intereses y valores (Habermas, 1988 : 43).

Habermas opuso a la concepción positivista del conocimiento su tesis acerca de la relación entre conocimiento e interés. Al contrario de la teoría positivista, aquella adujo la existencia de tres intereses cognitivos: el interés técnico, el interés práctico y el interés emancipativo. El primero guiaría las ciencias empírico-analíticas en el ámbito de la naturaleza y su eficacia estaría dada en el dominio de la misma. Por su parte, el interés práctico guiaría el camino de las ciencias histórico-hermenéuticas en el contexto del lenguaje y la comunicación. En último lugar, el interés emancipativo orientaría la autorreflexión y la crítica a las ideologías. Con fundamento en esta trilogía de intereses, Habermas negaría la aplicación del método empírico-analítico en las ciencias sociales (2002 : 170).

La perspectiva habermasiana de los intereses del conocimiento desarrolló dos marcos referenciales correspondientes a cada categoría de ciencia (ciencias empírico-analíticas e histórico-hermenéuticas): el marco referencial de la disponibilidad técnica y la acción instrumental, por una parte, y el marco referencial de la comprensibilidad intersubjetiva y la acción comunicativa, por otra. Esta construcción teórica de-

sarrolló dos funciones específicas: en primer lugar, intentó resolver los problemas epistémicos y prácticos que se derivan de la ausencia de criterios de legitimación racional de normas sociales y teorías sociales (Barreto, 1994 : 18), y, en segundo lugar, se constituyó en la base desde la que Habermas criticó la concepción positivista de las ciencias sociales en su enfoque totalizador, es decir, en la implantación forzada del método empírico-analítico en las ciencias sociales.

Desde la perspectiva del marco referencial «acción-discurso», el positivismo realiza una reducción de la acción intencional a la conducta observable. A principios de los setentas Habermas distinguía las nociones de conducta y acción (1996 : 233-234): las conductas y sus regularidades pueden ser observadas, mientras las acciones se estructuran a través del entendimiento. En este sentido, Habermas denominó acción a una conducta orientada por reglas cuyo entendimiento genera el motivo del comportamiento. Por el contrario, las conductas se moverían en el plano del estímulo y la reacción. Con el marco referencial acción-discurso Habermas opondría al modelo objetivista del positivismo el paradigma del participante:

[...]en lugar de la observación controlada, que garantiza el anonimato (intercambiabilidad) del sujeto que observa y, en esta medida, la posibilidad de repetir la observación, entra en escena una relación de participación del sujeto que comprende con respecto de un otro que está en frente de él (*alter ego*). El paradigma ya no es la observación, sino la interrogación, así pues,

una comunicación en la que el que comprende debe introducir, como de costumbre, partes susceptibles de control de su subjetividad para así poder encontrar al otro que está enfrente de él al nivel de la intersubjetividad de un entendimiento posible en general [...] (1994 : 21-22).

De igual forma, Habermas intentó poner en evidencia las dificultades del positivismo en torno a la relación entre teoría y praxis. En este sentido, la comprensión objetivista de la ciencia, al desligar el interés práctico de las ciencias sociales, propuso la acción instrumental como el único medio apto para establecer la relación entre teoría y praxis, es decir, redujo la praxis a la técnica: «[...] la filosofía social que se ha tornado monológica no puede ponerse realmente en relación con la praxis, sino tan sólo con una acción intencional-racional dirigida por medio de recomendaciones técnico sociales [...]» (1994 : 14). Así, conforme a los principios de la teoría analítica de las ciencias, las cuestiones que no pueden plantearse y solucionarse en la vía de tareas técnicas, no son objeto de respuesta por parte de la teoría.

Desde esta última perspectiva, la eliminación de las cuestiones prácticas, a través de su reducción a ciencia empírica, trae como consecuencia la reducción de normas a decisiones:

[...] Las decisiones mismas han de quedar por principio, según este modelo decisionista, sustraídas a la discusión pública. Según esto, la cientifización de la

política se ajusta también sin mucho esfuerzo a la teoría que, desarrollada por Max Weber, se ha convertido a través de Schumpeter en el lugar común de la nueva sociología política [...] (2002 : 140).

Este decisionismo sería el efecto de la imposibilidad de concebir un debate racional que garantice una fundamentación normativa:

[...] Desde la aclaración realizada por Max Weber en la llamada disputa acerca de los juicios de valor, y desde la investigación más precisa de una lógica positivista, las ciencias sociales se han separado totalmente de los elementos normativos de la herencia ya olvidada de la política clásica; en cualquier caso, de este modo se presenta su autocomprensión teórico-científica. Pero en la medida en que la filosofía social debe encubrir sus implicaciones normativas, ya no pueden reconocer aquello que de doctrina moral continúa adherido a ellos [...] (1994 : 51-52).

El positivismo jurídico

La tesis central del positivismo jurídico metodológico establece la no existencia de una relación necesaria entre moral y derecho (Dreier, 1994 : 72); por consiguiente, cualquier contenido proposicional elevado al rango de norma jurídica será considerado derecho. Desde esta perspectiva, el derecho se trasladó del plano deontológico (plano del deber ser) al plano

ontológico (plano del ser),⁴ es decir, se restringió al conjunto de normas vigentes. Si bien son varias las acepciones de aquello que denominamos positivismo jurídico, las críticas proferidas contra esta escuela han sido indiscriminadas:

[...]la devaluación y satanización de la concepción positivista del derecho tiene lugar, respectivamente, mediante la imputación al positivismo de una concepción muy estrecha del derecho, que no deja lugar a estándares abiertos como los principios y/o mediante la imputación al positivismo de una concepción imperativista asociada necesariamente a una visión totalitarista o utilitarista de la acción estatal. En el primer caso, la devaluación del concepto positivista confunde el positivismo como método con el positivismo como teoría. En el segundo caso, confunde el positivismo como método con el positivismo como ideología [...] el antipositivismo incurre con frecuencia, dicho en otros términos, en una inadecuada crítica metonímica, en el sentido que censura el todo, si bien afectando sólo algunas de sus partes. Rechaza indiscriminadamente el positivismo jurídico, poniendo en cuestión tan sólo el positivismo teórico e ideológico y dejando indemne el positivismo jurídico como método [...] (García Figueroa, 1998 : 81-82).

⁴ Con esto hago expresa referencia a la concepción positivista que estudia el derecho como efectivamente es, y no desde lo que debe ser. En este sentido son orientadoras las palabras de L. Cabral Moncada: «[...] Intentaremos tomar, pues, en este breve estudio, una posición que no puede dejar de ser filosófica, en el sentido de llegar a saber, si fuere posible, dos cosas: primeramente, lo que es el derecho positivo como realidad experimentable y objeto de conocimiento [...]» (1956 : 15).

No solo Hart⁵ se percató de los disímiles sentidos a que puede llevar la denominación «positivismo jurídico», también Norberto Bobbio (1997 : 39-40) ha sido enfático en la distinción de sus diversas acepciones: positivismo jurídico como método, positivismo jurídico como concepción del derecho y positivismo jurídico como ideología. El positivismo jurídico como método reclama una neutralidad valorativa del jurista en el marco de las ciencias descriptivas y explicativas (Bobbio, 1998 : 146). Por su parte, el positivismo jurídico como concepción o teoría del derecho se manifiesta en una concepción situada en un momento histórico determinado. En este sentido, la escuela de la exégesis francesa⁶ constituye un buen ejemplo de ello. Por último, el positivismo ideológico otorga un valor positivo al derecho por el mero hecho de su existencia (Bobbio, 1998 : 229).

⁵ Según Jerónimo Betegón, el profesor H. L. A. Hart distingue «cinco tesis o argumentos que aluden a cinco o más sentidos a los que es aplicable la expresión 'positivismo jurídico'. Estas cinco tesis entre las que no cabe establecer relaciones de implicación, sino que es posible que quien defienda una o algunas de ellas no sea partidario de las demás, son las siguientes: 1) El derecho es un conjunto de normas formuladas por los seres humanos [...]. 2) No existe relación necesaria entre derecho y moral [...]. 3) [...] El objeto de esta forma de estudio es la clarificación del concepto de derecho [...]. 4) un ordenamiento jurídico es un sistema lógico cerrado en el que pueden deducirse, por medios lógicos, las decisiones jurídicas correctas a partir de normas establecidas previamente establecidas [...]. 5) Los juicios morales no se formulan ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que los son los que se refieren a los hechos [...]» (1997 : 78-80).

⁶ La escuela de la exégesis francesa, en el marco de su adecuación a la concepción del positivismo como teoría del derecho estatal, presentó cuatro rasgos fundamentales: 1) Invierten las relaciones tradicionales entre derecho natural y positivo, 2) Presentan una concepción sesgadamente estatista del derecho, 3) La interpretación de la ley se funda en la interpretación del legislador y 4) Se intensifica la idea de respeto a la autoridad (Bobbio, 1998 : 97-102).

La clasificación tridimensional del derecho,⁷ la cual lo considera desde perspectivas distintas, a saber: como hecho social, valor jurídico y norma jurídica, se torna útil, como se verá en líneas posteriores, a la hora de explicar el positivismo jurídico metodológico. La comprensión del derecho como hecho social nos muestra el derecho desde dos puntos de vista: desde las fuerzas sociales que lo moldean y desde la incidencia de las prácticas jurídicas en el marco de la sociedad. El paradigma adoptado por este enfoque es el del observador. Por su parte, el derecho como valor supone dos aspectos: en primer lugar, la existencia de un modelo de legitimidad moral que justifica la obediencia al derecho, no sólo como un efecto de la coacción jurídica, sino también como una consecuencia del convencimiento ético, y en segundo lugar, la concepción de que las normas jurídicas implican un juicio de valor o desvalor de las acciones, suponiendo entonces la existencia de un bien moral tras la norma jurídica —la que ha sido la postura adoptada en la tradición *iustnaturalista*—. En último lugar, el derecho como norma nos ubica en el ámbito de la dogmática jurídica y la teoría del derecho. Aquí, el derecho significa reglas de comportamiento portadoras de órdenes, prohibiciones y permisos.

Las perspectivas consideradas en la concepción tridimensional del derecho, nos remiten necesariamente a tres categorías fundamentales del mismo. En este orden de

⁷ Son muchos los que han adoptado este enfoque tridimensional del derecho, sin embargo, es comúnmente atribuido a Miguel Reale en razón de su obra *La teoría tridimensional del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1978.

ideas, el derecho como hecho social se halla ligado a la eficacia, es decir al acatamiento espontáneo de los destinatarios de la norma jurídica; el derecho como valor se relaciona directamente con la justicia, entendida como un concepto ligado a la moralidad y al deber ser; y el derecho como norma se vincula a la validez jurídica, ya sea en su sentido formal o material. La eficacia se observa tanto desde una política jurídica que enfatiza los logros obtenidos por un sistema jurídico determinado, como desde la observación empírica de la obediencia al derecho. La justicia, por su parte, se nos revela como la correspondencia del derecho positivo con un orden metajurídico (moral). En último lugar, la validez hace referencia tanto a la existencia de un enunciado lingüístico contenido en la norma jurídica, como a la existencia de normas no positivas fundadas en la costumbre. Excluyendo anticipadamente este último sentido —en razón de su cercanía con la eficacia— podríamos situar la validez de una norma jurídica (enunciado lingüístico) en el cumplimiento de tres condiciones: el cumplimiento de las formalidades y procedimientos propios para su creación (validez formal), su permanencia en el tiempo (vigencia), y la correspondencia del contenido proposicional de la norma con el contenido de una norma superior (validez material).

Aquellas escuelas del positivismo jurídico metodológico que brindan primacía a la eficacia del derecho constituyen el denominado positivismo sociológico. En el marco de esta concepción, algunos brindan mayor relevancia al aspecto externo del mismo, es decir, estudian la real observación o aplicación del derecho por parte de los sujetos o la autoridad. La sociología

jurídica de Max Weber ejemplifica perfectamente esta modalidad al comprender el derecho como un orden garantizado externamente por la coacción física, la cual, a su vez, es ejecutada por hombres que garantizan la no vulneración del orden o la respuesta sancionatoria a su violación. Contrariamente a la perspectiva weberiana, Niklas Luhman representa aquella tendencia que enfatiza el aspecto interno del derecho, es decir, el estudio de la disposición del sujeto para la observación o aplicación de la norma: «[...] por eso define Luhman la legitimidad como [...] una disposición generalizada a aceptar decisiones de contenido aun indeterminado, dentro de ciertos márgenes de tolerancia [...]» (García, Amado, 1997 : 165).

La escuela que da prevalencia a la validez jurídica (vigencia), se halla constituida por el positivismo jurídico (metodológico) analítico (Dreier, 1994 : 74). Desde esta perspectiva, el derecho es un sistema de normas reconocidas y aplicadas coercitivamente. Sin embargo, y en un intento por excluir una indebida generalización, se deben establecer ciertos matices. En el positivismo analítico de John Austin, el derecho se considera como órdenes respaldadas por amenazas emanadas del soberano y obedecidas habitualmente (Bobbio, 1998 : 114). Por su parte, Hans Kelsen lo concibió como un sistema de normas que prescribe o permite actos coercitivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas, el cual, según el mismo Kelsen, reposa sobre una norma única y fundamental: «[...] una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender

su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base del orden [...]» (Kelsen, 2000 : 104).

Para Hart, el derecho se constituye en un sistema de reglas primarias y secundarias articuladas por una regla de reconocimiento. Hart entiende que un sistema jurídico está conformado por varios tipos de reglas: reglas primarias y reglas secundarias. Las reglas primarias son aquellas que imponen deberes positivos o negativos (prohibiciones) a los destinatarios de la regla. Por su parte, las reglas secundarias se clasifican en tres modalidades: 1) Las reglas de cambio son aquellas que otorgan facultades a los individuos y al legislador para crear reglas primarias. En este sentido, entenderíamos las reglas que otorgan la potestad legislativa al órgano competente para hacer leyes y, con respecto a los destinatarios de la regla, aquellas que los facultan para celebrar negocios jurídicos; 2) las reglas de adjudicación son aquellas que facultan a los jueces para ejercer la función judicial; 3) la regla de reconocimiento es aquella de la cual depende la validez de todas las demás reglas, es decir, aquella que suministra el criterio de validez de todo el sistema (Betegon, 1997 : 138).

A pesar de la existencia de dos líneas del positivismo jurídico metodológico, orientadas, como se mostró con anterioridad, en la prevalencia de la eficacia (positivismo sociológico) o de la vigencia (positivismo analítico), ambas se fundan en la misma tesis metodológica: la separación entre derecho y moral en el marco de una actitud empírica frente al derecho (Bodenheimer, 1997 : 312). En esta tesis, el positivismo jurídico metodológico confluye con el positivis-

mo lógico y el modelo hobbesiano de la política y el derecho. Las tres posturas se hallan identificadas en el método.

Por consiguiente, las críticas de Habermas a la concepción hobbesiana del derecho deben ser entendidas como una crítica a la tesis metodológica que desconecta conceptualmente el derecho de la moral. Habermas, efectivamente, critica la concepción que separa la moral del derecho: «[...] el derecho, ni siquiera al convertirse en positivo, rompe sus relaciones internas con la moral y la política [...]». Sin embargo, esta crítica no debe ser entendida como el intento del retorno a una vinculación entre el derecho y una moral de contenido; por el contrario, y como se verá con posterioridad, Habermas acogerá una vinculación entre el derecho y una moral procedimental (Habermas, 1987 : 131).

Ahora bien, conscientes del papel de Hobbes como uno de los gestores del positivismo jurídico metodológico,⁸ la aplicabilidad de las críticas que Habermas dirigió contra el positivismo lógico son más que evidentes en el positivismo jurídico (Habermas, 1976 : 11). Por ello, los pronunciamientos de Habermas acerca de los cambios consolidados por Hobbes en el derecho nos permitirán mostrar el embrión de la tesis habermasiana acerca de las relaciones entre moral y derecho, y por ende, acerca de la legitimidad del mismo.

⁸ Ver: Rodilla, Miguel Ángel, «Estudio preliminar», en: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y Escritos autobiográficos*, Thomas Hobbes, Tecnos, Madrid, 1992, p. 19.

El derecho natural moderno como derecho neutral

Así existan notorias diferencias entre la concepción del derecho propugnada por Aristóteles y la concepción clásica del derecho natural fundada en el estoicismo, ambas confluyen en un rasgo común: la vinculación entre derecho y moral. Por consiguiente, las referencias de Habermas acerca del derecho natural clásico⁹ y de la concepción aristotélica del derecho implicarán el señalamiento de este rasgo común a ambas tradiciones. No en vano ha dicho Habermas:

[...] Aristóteles no veía ninguna oposición entre el *nomoi* y el *ethos* de la vida ciudadana; tampoco cabía separar la eticidad de la acción de la costumbre y de la ley [...] En Kant, por el contrario, el comportamiento ético del individuo libre desde un punto de vista meramente interno, está claramente diferenciado de la legalidad de sus acciones externas. Y así como la moralidad está desprendida de la legalidad, así también la política lo está de ambas [...] (1994 : 49-50).

En cuanto al derecho natural clásico, Habermas ha explicitado la relación entre derecho y moral en los siguientes términos:

⁹ Cuando Habermas se refiere al derecho natural clásico hace alusión al derecho natural estoico y cristiano. En ellos Habermas observa como la legitimidad del derecho positivo provenía de un derecho sacro e impregnado de elementos morales. Justamente por ello considera que: «[...] el derecho natural racional reaccionó al desmoronamiento del derecho natural basado en la religión y la metafísica y a la 'desmoralización' de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas [...]» (1987 : 144-145).

Mientras que, según el derecho natural clásico, las normas del actuar conforme a la moral y al derecho están orientadas por igual por lo que hace al contenido en la vida buena del ciudadano, y esto significa virtuosa, en cambio, el derecho formal de la edad moderna está desligado del catálogo de deberes de un orden moral material, sea este de la ciudad o la posición social [...] (1994 : 88-89).

Con este juicio Habermas es concluyente en la diferencia fundamental que caracteriza tanto la tradición clásica del derecho natural y la concepción aristotélica, respecto de la escuela del derecho natural racional: la separación entre legalidad y moralidad. Habermas observa que, mientras en el derecho natural clásico las normas morales y las normas jurídicas se orientaban por una concepción de lo que se consideraba una vida buena o virtuosa, en el marco del derecho natural moderno la relación moral-derecho se establece a partir de una tajante fisura entre lo jurídico y lo moral. Estas antagónicas concepciones del derecho defendidas por la escuela clásica y por la escuela del derecho natural racional, y cimentadas en una determinación moral del derecho en el caso de la primera, o en una indeterminación moral en el caso de segunda, se originan, según Habermas, a partir de la idea de sociedad implícita en cada sistema, es decir, por las divergentes formas de concebir la sociedad: una comunidad de hombres virtuosos, en el caso de la idea clásica del derecho, y una correcta regulación del tráfico social, desde la perspectiva del derecho natural moderno (1994 : 58).

La aspiración del modelo teórico-político aristotélico, tendiente al establecimiento de una comunidad de hombres virtuosos, circunscribía lo jurídico a lo estrictamente moral. No en vano la diferencia clásica entre el buen y el mal gobierno se cimentaba en la construcción de un ethos generador de hábitos virtuosos. Según la concepción aristotélica expuesta en la *Ética Nicomaquea*, el buen gobierno difiere del malo en el hecho de que el legislador haga o no contraer buenos hábitos en los ciudadanos: «los legisladores hacen contraer hábitos a los ciudadanos para hacerlos buenos, y en esto consiste la intención de todo legislador. Los que no hacen esto yerran en el blanco, pues es en ello en lo que el buen gobierno difiere del malo» (Aristóteles, 2000 : 18). La consolidación de una comunidad de hombres virtuosos, como fin último del derecho, lo orientaba hacia la dimensión de una moral de contenido, y, a su vez, determinaba vínculos inescindibles con la legalidad en todas sus fases: fundamentación, creación, aplicación e imposición.

Contrariamente a la concepción aristotélica del derecho y al iusnaturalismo clásico, en la escuela del derecho natural racional el fin último –un «orden social correcto»– determinó la neutralidad del derecho, desligándolo de principio a fin de todo contenido moral. Este intento por desligarse de un orden moral material a través de la neutralización de la legalidad, propició una esfera vaciada de contenidos morales y, consecuentemente, implantó una libertad negativa que consideró la relación hombre-norma desde dos perspectivas: como una facultad subjetiva

de acción individual encaminada al propio provecho y como la restricción de una libertad insaciable.

Este formalismo jurídico, que se concretiza en una neutralidad moral –ausencia de contenidos éticos en el derecho–, es, según Habermas, uno de los rasgos fundantes del derecho moderno (1976 : 237). La formalidad consiste justamente en esa delimitación de esferas individuales éticamente neutras con miras a la utilidad privada del sujeto. En consecuencia, el derecho desemboca, en el marco del derecho natural racional, en la búsqueda de ese «orden social correcto» –regulación del tráfico jurídico privado– a través de la imposición de restricciones a una libertad sin límites, y no justamente por la adopción de un catálogo de deberes y obligaciones morales específicos.

Habermas considera que el derecho natural moderno es un derecho de libertad y coacción. Con la desaparición de los fundamentos morales, vitales para el derecho clásico, la motivación ética que fungía como resorte interior de la acción, se traslada en el derecho moderno al elemento coercitivo. Así, a partir de la modernidad, la coercibilidad se constituye en un elemento básico de la estructura óptica del derecho, y, a su vez, la orientación interna (moral) de la acción se ve desplazada a su mera externalidad.

Pero, ¿a qué se debe esta formalización del derecho? Según Habermas, el orden vital del periodo clásico establecía la conexión entre *dominium* y *societas*, es decir, la unidad entre lo que hoy denominamos el Estado y la sociedad: «[...] La conexión de *dominium* y *societas*, la unidad de Estado y sociedad, se había fundamentado en el derecho natural clásico

bajo los nombres sinónimos de *res-publica* y *societas civiles* [...]» (1994 : 68). La concepción clásica derivada del paradigma aristotélico concebía a los hombres en un plano de subordinación o desigualdad. En este sentido, retomando las palabras de Bobbio, tenemos que:

[...] el primer libro de la *Política* de Aristóteles está dedicado al gobierno de la casa o economía, donde por «casa» se comprende tanto la sociedad doméstica como la sociedad patronal, una condición en las que las relaciones fundamentales son relaciones entre superior e inferior, y por lo tanto de desigualdad como lo son precisamente las relaciones entre padre e hijo y entre amos y siervos [...] (Bobbio, 1997 : 62-63).

En los límites de la polis, el *phronimos* era el único apto para la conducción de su propia economía familiar. La *phronesis* aristotélica, en el marco del principio de subordinación, no sólo sería la excelencia deliberativa, es decir, la prudente reflexión ante las circunstancias de la existencia –lo cual incluía por supuesto la labor del legislador como creador de derecho–, sino, también, la que determinaría en último término, cuándo se es o no un hombre libre, y por ende, ciudadano. Según Lelio Fernández:

[...] la sabiduría (práctica) es la excelencia atribuida a una persona que por lo general delibera en forma acertada, correcta, elogiable, en todas las cuestiones que tienen que ver con la acción. La omisión se debe a que, en los cuatro capítulos dedicados a la esclavi-

tud, ha dejado como firmemente asentado que hay hombres incapaces de deliberación y previsión —de sabiduría, por lo tanto— y que, porque carecen de las disposiciones naturales que hacen posible la competencia para la gestión económica y política, merecen ser esclavos [...] (2002 : 33-34).

La situación varía en la modernidad. El mercado, y no la *oikos* clásica y medieval proveniente de la política aristotélica, es el nuevo contexto vital. La conversión hacia un nuevo contexto de intereses y el establecimiento de nuevas condiciones materiales causadas, desde la óptica habermasiana, por la centralización, la burocratización, la expansión del tráfico capitalista y la subversión del modo de producción ligado a una economía de subsistencia, implicó la implementación de un nuevo modelo que excluye la concepción subordinante del paradigma aristotélico, reemplazándola por una igualdad formal (Habermas, 1994 : 68).

En este orden de ideas, el nuevo paradigma implementado durante la modernidad concibió la fractura entre Estado y sociedad, identificando la segunda con la esfera de la libertad —el ámbito de lo privado y lo económico—, es decir, estructurando una nueva perspectiva de la interacción en la que libertad e igualdad coexisten en función de la contratación y la adquisición de propiedad. Si en el periodo clásico el bienestar se hallaba en la virtud, en la modernidad se ubica en la mayor comodidad posible. La autonomía de la voluntad y la libertad se interpretan económicamente en el sentido del automantenimiento de la vida en el mer-

cado capitalista. La nueva forma de producción capitalista se ve coadyuvada por un modelo teórico-jurídico que establece una igualdad formal, la cual, a su vez, legítima y justifica el modelo económico burgués.

El derecho en el marco de una pretensión científica

El empirismo forjado por Francis Bacon y los criterios racionalistas consolidados por Descartes establecieron la pugna entre empirismo y metafísica. Ambas corrientes, en procura del establecimiento predominante de sus doctrinas, se constituyeron a partir de métodos y concepciones epistemológicas distintas. Así, mientras los empiristas partían de la constatación fidedigna de los hechos, los especulativos metafísicos del racionalismo lo hacían de principios fundantes. La metafísica concebía la realidad de una manera puramente matemática, como si los objetos fueran cantidades abstractas; por su parte, la física se estructuraba, al modo de Galileo Galilei, en una ciencia experimental.

El derecho se vio notoriamente influido por estas corrientes epistemológicas sin tomar una dirección unívoca; la balanza quedó nivelada y ambas concepciones otorgaron elementos dispares a los miembros de la escuela del derecho natural moderno. La metafísica, con su método matemático-demostrativo y el empirismo científico de Galileo Galilei estructuraron las bases del iusnaturalismo moderno.

Ciertamente, en un primer sentido, el derecho natural racional fue construido desde el cartesianismo. La porfiada búsqueda por los primeros principios del derecho natural, en términos metodológicos equiparables a los usados por los mate-

máticos en la elaboración de sus axiomas, implantaba la demostración abstracta y puramente intelectual como la mejor forma de acceso a los derechos naturales. Con la etiqueta de la escuela del derecho natural se presentaron autores y corrientes diferentes, los cuales establecieron como único vínculo de unión la adopción del método demostrativo (Bobbio y Bovero, 1997 : 62). En este sentido, Ernst Bloch enunciaba que «el método del continuo *ratiocinationes filo deducere* convirtió al derecho natural, junto con la matemática y casi con su mismo prestigio, en el ideal de una ciencia demostrativa» (1980 : 57). De esta forma, el derecho natural racional fue, quizás, el primer intento por construir un derecho puramente racional-demostrativo desde las bases del cartesianismo.

Por otro lado, y ya en el campo de la física experimental, el derecho se concibió como un instrumento, cuyo uso en el marco de una sociedad equiparable al ámbito de los objetos naturales, guardaba en sí la capacidad de generar conductas asimilables a los movimientos causados en los experimentos físicos. El empirismo baconiano, la influencia de la ciencia experimental y la filosofía natural impusieron su cuota a través de la adopción iusnaturalista de la física galileica por parte de Thomas Hobbes, y el derecho natural moderno halló entonces la consolidación de sus pretensiones científicas en la equiparación metodológica, no sólo ya con el racionalismo, sino también con la física experimental.

A los ojos de Habermas, la nueva concepción del derecho posicionaba la conducta del hombre en el mismo plano de los objetos de conocimiento científico, es decir, en

el plano de los objetos de las ciencias naturales; de tal forma, la sociedad, como ámbito de lo social, se vería equiparada a la naturaleza, y los hombres a los objetos o cuerpos de la física (Habermas, 1994 : 79). En este sentido, Habermas dirá que «Hobbes investiga la mecánica de las relaciones sociales como Galileo la de los movimientos naturales» (1994 : 76). Claro está que no sólo Habermas se ha percatado de la asimilación hobbesiana de la física galileica, también Ernst Cassirer ha hecho una lectura similar al respecto, en la que afirma que: «[...] desde el comienzo mismo de su filosofía, su gran ambición era una teoría del cuerpo político igual a la teoría de los cuerpos físicos de Galileo: igual en claridad, en método, en certidumbre [...]» (Cassirer, 1996 : 195-196).

La equiparación objeto-hombre / sociedad- naturaleza se hace posible a partir de Moro y Maquiavelo. Fueron ellos los que gestaron la conversión que viabilizó la construcción teórica hobbesiana: una física de la socialización. En el mismo sentido de Habermas, es decir, en el concebir toda la construcción hobbesiana como una física de la socialización, Jean Bernhardt concluye que:

[...] toda la construcción se basa en la mecánica de las pasiones, explotada y aprovechada por la razón. Lo arbitrario ocurre ya en la teoría del conocimiento. De ello ofrece una ilustración la portada del Leviatán: el soberano es la cabeza del cuerpo social, y el cuerpo social esta formado por los ciudadanos súbditos, que miran hacia la cabeza. Esa imagen pone bien de relieve la unidad, la distinción y la reciprocidad de la

influencia que caracterizan las relaciones entre el soberano y el pueblo en el invencible universo de las necesidades mecánicas. La mecánica social funciona convenientemente cuando una parte de la energía del cuerpo social se concentra en el soberano, el cual asegura la armonización del conjunto gravitando con peso calculado sobre las partes, gracias a esa energía que de dichas partes saca; *Leviatán*, más que una bestia enorme, es una máquina de regulación automática [...] (1983 :135).

Tomas Moro parte del hambre, como necesidad natural básica, para desarrollar la necesidad de un orden social correcto que ya se anticipaba como un modelo social extraño a la comunidad virtuosa buscada en el aristotelismo. Por su parte, Maquiavelo parte de la vulnerabilidad natural del hombre hacia la necesidad de pervivencia en un contexto demarcado por relaciones de mutua enemistad. Moro y Maquiavelo confluyen, según Habermas, tanto en la necesidad de mantenimiento de la vida como en la necesidad de soluciones inmediatas –no prácticas– para la solución de estas necesidades elementales. En consecuencia: «[...] ninguno de los dos se ocupa de preguntas prácticas, sino de preguntas técnicas [...]» (Habermas, 1994 : 61).

En Thomas Hobbes se sintetizan las tradiciones racionalista y empirista. El ejercicio de funciones de secretariado para Francis Bacon, como las relaciones sostenidas durante sus visitas continentales a Galileo Galilei, al tiempo que sus frecuentes visitas al círculo de Mersenne, demarcaron tanto la persistente recurrencia a la demostración geométrica como al mecanicismo de la física experimental. Es justa-

mente sobre las implicaciones de la implantación del nuevo y revolucionario método hobbesiano que Habermas centra su mirada. Si Hobbes propugnó un ideal de ciencia de lo social unificada en la unidad del método empírico y demostrativo, e igualmente la proyectó sobre la nueva forma de sociedad heredada de Moro y Maquiavelo, será Habermas, a la luz de una todavía incipiente construcción teórica, el que mostrará los problemas fundamentales de la nueva forma de concebir el derecho.

El uso técnico del derecho

La orientación de la actividad legislativa en el modelo teórico político aristotélico, tal como se dejó entrever con anterioridad, tiende hacia una dimensión moral. Aristóteles asumía la función legislativa de la siguiente forma:

[...] los legisladores hacen contraer hábitos a los ciudadanos para hacerlos buenos, y en esto consiste la intención de todo legislador. Los que no hacen esto yerran en el blanco, pues es en ello en lo que el buen gobierno difiere del malo (2000 : 18).

Por el contrario, durante los albores de la modernidad, la postura hobbesiana es algo más que contrastante:

[...] en efecto, el uso de las leyes (que no son sino normas autorizadas) no se hace para obligar al pueblo, limitando sus acciones voluntarias, sino para dirigirle y llevarlo a ciertos movimientos que no les hagan chocar con los demás por razón de sus propios

deseos impetuosos, su precipitación o su indiscreción [...] por consiguiente, una ley que no es necesaria, y carece, por tanto del verdadero fin de una ley, no es buena [...] (Hobbes, 1994 : 285).

Hobbes, como heredero de Bacon, cree en la posibilidad de realizarlo todo a través del movimiento, es decir, de crearlo todo a partir de lo que él denominó «arte humano»; no en vano pensaba que «[...]el arte va aún más lejos, imitando esta obra racional, que es la más excelsa de la naturaleza: el hombre[...]» (Hobbes, 1994 : 3). Es evidente la marcada influencia de Bacon de Verulam en la construcción teórica de Hobbes. Si se revisa la clasificación de las disciplinas, específicamente en la historia del arte, la cual conforma una de las varias disciplinas de su sistema y estudia la naturaleza moldeada por el hombre, veremos que dice:

Los hombres por el contrario deberían estar profundamente convencidos de que las cosas artificiales difieren de las naturales tan sólo en su causa eficiente —no en la esencia ni en la forma— y que el único poder que sobre la naturaleza tiene el hombre es el del movimiento (esto es, reunir o separar los cuerpos naturales, produciéndose todo lo demás por efecto de la propia naturaleza. Por consiguiente, allí donde es posible mover en uno u otro sentido los cuerpos naturales, el hombre y el arte pueden hacerlo todo; si tal posibilidad no les es dada nada pueden hacer) [...] (Bacon, 1995 : 11).

Ahora bien, la comprensión de la sociedad como el espacio físico donde circulan los hombres al modo de los cuerpos físicos, al igual que la fe en la capacidad de inducir los cuerpos hacia un movimiento deseado, nos dejan ante una ciencia social —una política— capaz de predecir y producir movimientos calculados, más claramente, un tráfico social correcto (exento de colisiones).

El método científico de la política le permite a Hobbes descubrir la naturaleza humana y, por lo tanto, predecir inequívocamente las pasiones como móviles internos de conducta. En consecuencia, anticipando los problemas generados en las relaciones humanas y restringiendo las mismas a un plano de mero mecanicismo, la solución hobbesiana radicaré en el uso técnicamente correcto de un derecho apto para causar coordinados y generalizados movimientos en la sociedad, es decir, un derecho instrumental, concebido para la consecución de una correcta regulación del tráfico social:

[...] Es Hobbes quien estudia por primera vez las leyes de la vida ciudadana con la intención expresa de colocar la acción política sobre la base insuperablemente cierta de aquella técnica dirigida científicamente, que él conocía a partir de la mecánica contemporánea [...] (Habermas, 1994 : 67).

Toda la construcción científica-mecanicista de la naturaleza humana le permite a Hobbes diseñar y elaborar las disposiciones institucionales coercitivas que producirán

conductas en los hombres, de la misma forma que el hombre puede modificar la naturaleza causando movimiento en ella. El actuar legislativo del soberano hobbesiano será técnico y estará cada vez más lejano de la praxis aristotélica. Así, el derecho se restringirá en su dimensión técnica, y la acción con arreglo a fines regirá el ámbito de lo jurídico (Habermas, 1994 : 15). Según Habermas, en el marco de la comprensión tecnológica hobbesiana la filosofía social se torna monológica e inhabilitada para el establecimiento de vínculos con la praxis:

[...] la posibilidad de aquellas consecuencias prácticas —que Hobbes coloca debajo de la certeza del conocimiento filosófico-social consumado, certeza situada al margen de toda comunicación— no cabe fundamentarla en el marco de la misma filosofía social: ya no cabe explicar teóricamente la relación de la teoría con la praxis [...] (1994 : 80).

Esta incapacidad implica la unívoca existencia de vínculos técnico-instrumentales con la praxis, es decir, la única vía posible para el establecimiento de relaciones con la praxis es a través de recomendaciones técnicas. La deficiencia básica de la construcción hobbesiana desde la perspectiva habermasiana se encuentra en la incapacidad de ligar la pretensión de científicidad (que ha querido ostentar la escuela del derecho natural moderno) con la praxis, desfigurando de esta forma la dimensión práctica a la que la filosofía clásica tenía acceso inmediato.

Habermas considera que los individuos del modelo hobbesiano se mueven mas no obran, sus actos no emergen de los principios immanentes al individuo; así, nos hallamos ante sujetos equiparables a objetos naturales en movimiento, concebidos en su mera externalidad. Los individuos hobbesianos importan en la medida del modo de sus movimientos externos. El sujeto aristotélico, por el contrario, y fundado en un carácter adquirido a través de una educación immanente a la ley, se realiza en la praxis, es decir, en el *obrar*. El individuo hobbesiano *hace* en el marco de lo que Aristóteles consideraba la *poiesis* y la *techne*, porque actúa en el marco de la causa y el efecto.

La irreflexiva conducta del individuo hobbesiano es un reflejo necesario de la aplicación técnica de la ley. La praxis resulta imposible en el modelo hobbesiano porque su concepción científico-mecanicista desemboca en sujetos aislados de una reflexiva interacción:

[...] a diferencia de la mera utilización técnica de los resultados científicos, la transformación de la teoría en praxis está, en efecto, ante la tarea de pasar a formar parte de la conciencia y la reflexión de los ciudadanos dispuestos a la acción: las situaciones teóricas tienen que demostrarse en situaciones concretas [...] (1994 : 80).

Para Habermas la praxis esta constituida en la autorreflexión y la comunicación consciente y no en la implementación técnica de un orden correcto forjado a través de un instrumento técnico-jurídico que concibe al sujeto de un modo irreflexivo.

La perspectiva imperativista del derecho

Habermas, con fundamento en la existencia de una antinomia en el interior de la construcción teórica hobbesiana, nos muestra la forma como Hobbes arriba a una concepción imperativista del derecho, es decir, a una restringida concepción de la ley en forma de mandatos positivos. La antinomia es denominada el autoinmolamiento de los contenidos liberales a la forma absolutista de su sancionamiento (Habermas, 1994 : 72). El punto de partida de Habermas se halla en la razón de la existencia del Estado hobbesiano:

[...]La razón del Estado absolutista construido iusnaturalísticamente por Hobbes es liberal. Pues las leyes de la razón natural desarrolladas bajo el título de la libertad no sólo ligan internamente la conciencia y la buena voluntad de los hombres, sino que también están en la raíz del contrato social y de dominio de los ciudadanos, de tal modo que —como muestra el capítulo 13 del *De Cive*— el portador del poder estatal está obligado fundamentalmente a las intenciones liberales del derecho natural. Hobbes es el auténtico fundador del liberalismo [...] (Habermas, 1994 : 72-73).

Habermas reconoce como elemento medular del liberalismo del Estado hobbesiano, el hecho de que el dominio se establezca en pro de la paz y el bienestar. En este sentido, el derecho es un medio técnico para la consecución de tal fin, y el soberano —a través de la más económica utilización del medio (el derecho)— buscará brindar la mayor cantidad posible de bienestar. Igualmente, Habermas reconoce en la generalidad

del derecho hobbesiano un rasgo tendiente al aseguramiento de la libertad; es decir, si el derecho, según Hobbes, es formal porque crea ámbitos vaciados de contenidos morales en pro de la libre elección de los destinatarios de la ley, la generalidad ampliará el espectro de esta formalidad a toda la sociedad. Justamente por ello, en el marco de la teoría hobbesiana se produce una igualdad formal de derechos y deberes.

Ahora bien, a los ojos de Habermas, la consecución de la sociedad plenamente liberal propugnada por Hobbes sólo es viable a través de una soberanía expresada en términos de poder absoluto. Desde esta posición, Habermas verá cómo el soberano hobbesiano no sólo crea todas las leyes, sino también realiza el examen de validez de las mismas:

[...]La dialéctica se satisface por vez primera en el hecho de que también debe quedar reservado en exclusiva al soberano el juicio sobre si estos mandatos coinciden con las expectativas del contrato social; sin esta reserva, su soberanía en modo alguno sería absoluta [...] (1994 : 74-75).

De tal forma, y con fundamento en esta potestad evaluativa del soberano hobbesiano, Habermas observa la forma como Hobbes va aun más lejos al considerar que el soberano «no solo no puede obrar nunca injustamente, sino que ni siquiera puede actuar, de una forma reconocible, inmoralmente» (1994 : 75). Pero, ¿qué forma adopta la ley en este contexto? Las leyes se convierten en mandatos en el sentido de una motivación coercitiva susceptible de calcularse psicológicamente:

[...] Hobbes debe especificar la coerción natural que, a partir de sí y con necesidad, da lugar a una coerción artificial: precisamente un ordenamiento jurídico asegurado por competencia penal [...] (1994 : 69).

Si para el *iusnaturalismo* clásico la justicia determinaba la validez o invalidez de la ley, en Hobbes ninguna ley puede ser injusta:

[...] Incumbe al soberano el cuidado de promulgar buenas leyes; pero ¿qué es buena ley? No entiendo por buena ley una ley justa, ya que ninguna ley puede ser injusta. La ley se hace por el poder soberano, y todo cuanto hace dicho poder está garantizado y es propio de cada uno de los habitantes del pueblo; y lo que cada uno quiere tener como tal, nadie puede decir que sea injusto [...] (Hobbes, 1994 : 285).

De esta forma, la justicia y la injusticia se circunscriben a que las acciones correspondan o no con los mandatos de la ley, pero las leyes mismas quedan exentas del examen de justicia: «[...] por tanto, justo e injusto no son predicados aplicables a la ley, justas e injustas pueden ser las acciones de los hombres, precisamente por su concordancia o discordancia con las leyes, pero no las leyes mismas [...]» (Rodilla, en: Hobbes, 1992 : 18). Es propiamente en esta línea en la cual John Austin, a través de la adopción de la concepción hobbesiana de soberanía, funda su teoría positivista del derecho.

El problema

Es evidente que durante la controversia de Habermas contra los teóricos del positivismo lógico, su interés se orientó hacia una fundamentación metodológica de las Ciencias Sociales en una teoría del lenguaje (Habermas, 1981 : 9). En consecuencia, podríamos afirmar que Habermas intentó desarrollar una epistemología de amplio espectro (Barreto, 1994 : 18) que, a través de la diferenciación entre los ámbitos de la naturaleza objetiva y de la interacción social, permitiría comprender una metodología propia para cada categoría de ciencia, es decir, una metodología apropiada tanto para las ciencias empírico-analíticas como para las ciencias histórico-hermenéuticas. De esta forma, las ciencias empírico-analíticas seguirían la orientación del interés técnico en el marco de los objetos manipulables de la naturaleza objetiva, mientras el interés práctico determinaría el ámbito de la interacción social a través de la acción comunicativa en las ciencias histórico-hermenéuticas, como afirma Adela Cortina:

[...] Interacción simbólicamente mediada, que se orienta de acuerdo con normas intersubjetivamente vigentes. Estas normas definen expectativas recíprocas de comportamiento y tienen que ser entendidas y aceptadas, por lo menos, por dos sujetos agentes. La meta de la acción comunicativa es el acuerdo o entendimiento [...] (1985 : 200).

En los límites de este contexto, y refiriéndonos exclusivamente al ámbito del derecho, el modelo hobbesiano fue objeto de diversas críticas por parte de Habermas. Justamente en el desarrollo de las mismas, Habermas dejó entrever una concepción bidimensional del derecho. Esta se hizo manifiesta, por una parte, en la moralidad de contenido propia del derecho clásico y, por otra, en la concepción técnico-instrumental que del derecho asumió el paradigma hobbesiano. En este sentido, Habermas percibió la moralidad del derecho clásico como la expresión de un momento de no instrumentalidad: un momento en el que el derecho no es susceptible de uso por parte de los operadores del poder político, y cuyo carácter principal radica en ser fuente de legitimidad del derecho positivo. Por otro lado, Habermas observó, en la perspectiva hobbesiana del derecho, la existencia de una dimensión de mera instrumentalidad, es decir, una concepción del derecho como medio organizativo de la sociedad. Ahora bien, sin negar la perspectiva instrumental del derecho como un momento propio de sí, Habermas canalizó su crítica hacia la reducción que Hobbes hizo del derecho en su mera instrumentalidad.

La concepción instrumental del derecho propugnada por Hobbes fue una respuesta a los problemas de su tiempo. Como veremos en el transcurso de este capítulo, el problema que se deriva de la positivización del derecho es, según Habermas, la necesidad de legitimación del mismo. La postura de Hobbes, al igual que la de toda la escuela del derecho natural racional, constituyó una respuesta a esta problemática:

[...] Podemos entender el derecho natural racional, en las diversas versiones de que es objeto desde Hobbes [...] como un marco teórico para las tentativas de justificación de estructuras políticas y sociales organizadas jurídicamente. Este derecho natural racional liga, como constata Weber, la legitimidad del derecho positivo a condiciones formales [...] (Habermas, 1981 : 340).

La caída del derecho natural fundado en la religión, al igual que la separación entre derecho y moral, constituyeron las condiciones que hicieron evidente la necesidad de justificación práctica del derecho positivo. La respuesta de Hobbes a esta necesidad fue la asunción del derecho como mero medio de organización de la sociedad y, consecuentemente, la exclusión de la justicia como elemento inherente del mismo. En la misma línea de Hobbes, el positivismo jurídico constituyó una propuesta tendiente a la solución de esa necesidad de justificación práctica del derecho; sin embargo, ante los ojos de Habermas, la propuesta del positivismo jurídico ha adolecido del mismo reduccionismo instrumental del paradigma hobbesiano. De esta forma, Habermas ha visto en la tradición del positi-

vismo jurídico metodológico el rasgo característico de la concepción del derecho iniciada por Thomas Hobbes: la reducción del derecho a su instrumentalidad (1987 : 147). En esta medida, los esfuerzos de sus representantes resultaron incapaces de trascender los límites de la racionalidad instrumental y, consecuentemente, tanto el positivismo jurídico metodológico-analítico de Austin, Kelsen y Hart, como la postura sociológica de Weber y Luhmann, desembocaron en una unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad.

Por su parte, e igualmente en el marco del problema diagnosticado por Habermas, la propuesta kantiana tomó un rumbo marcadamente opuesto al positivismo. Si Habermas vio en el positivismo jurídico la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad, en Kant observaría una vinculación tal entre los ámbitos del derecho y la moral que lo jurídico se unidimensionaliza en su momento de incondicionalidad. La consecuencia de esta restricción fue, por supuesto, inversamente proporcional a la propuesta positivista: el derecho se agotaría en su momento de incondicionalidad y, en efecto, renunciaría a su función instrumental.

La posición de Kant en torno al derecho habrá de ser irremediamente problemática. Para muchos, la *Metafísica de las costumbres* ha sido una expresión del carácter positivista de la concepción kantiana del derecho; sin embargo, la perspectiva habermasiana de la obra de Kant desarrolla una interpretación contraria. Si nos restringimos al Kant de la *Metafísica de las costumbres*, y con mayor exactitud al de la «concepción del derecho estricto», nos

toparemos, ineludiblemente, con un representante del positivismo jurídico. Contrariamente, una perspectiva articulada de la *Metafísica de las costumbres*, es decir, considerándola como un eslabón del sistema kantiano y no sólo como una pieza aislada del mismo, conllevará aquello que Habermas ha denominado «una disolución del derecho en la moral». Habermas piensa, como se observará con posterioridad, que la deducción kantiana del derecho desde el imperativo categórico tiende a disolver el derecho en la moral. Desde este punto de vista, el efecto de esta deducción respecto del carácter bidimensional del derecho constituirá la exclusión de cualquier asomo de instrumentalidad en el mismo.

La propuesta positivista y la propuesta kantiana no han confluído simplemente en el hecho de ser meras respuestas al problema, sino también en el hecho de constituir una expresión reduccionista de la razón práctica. Desde la perspectiva habermasiana de la unidad de la razón práctica, tanto Kant como el positivismo jurídico se orientan por un uso unívoco de la misma. En esta medida, el positivismo jurídico realiza un uso técnico-instrumental de la razón práctica que excluye un uso ético y moral de la misma, mientras la doctrina kantiana realiza un uso moral que excluye el uso instrumental de la razón práctica. Esto significa que ambas corrientes optaron por una perspectiva unívoca en pro de la resolución del problema: Kant apostó por la reducción del derecho a su incondicionalidad y el positivismo jurídico por la reducción a su instrumentalidad.

Por consiguiente, este capítulo se limitará a dos objetivos fundamentales: en primer lugar, mostraré, desde la perspectiva de Habermas, el problema derivado de la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad, el cual, en otros términos, equivale a la exposición del problema derivado de la positivización del derecho. En segundo lugar, e igualmente desde la óptica de Habermas, repasaré las principales respuestas al problema diagnosticado. En este punto se harán explícitas la postura kantiana y las posturas propias del positivismo jurídico metodológico: el positivismo jurídico-analítico (Austin y Kelsen) y el positivismo jurídico sociológico (Max Weber y Niklas Luhmann).

En lo referente al problema, y a pesar de la viabilidad de proyectarlo a través de una única perspectiva, he optado por describirlo desde tres puntos de vista. La razón de esta pluralidad de perspectivas se funda, en primer lugar, en la obtención de una mayor amplitud panorámica de la óptica de Habermas y, consecuentemente, en no ser permisivos a la hora de dejar escapar elementos propios de cada perspectiva, los cuales, sin lugar a dudas, se verían oscurecidos si optáramos por una perspectiva unívoca. En consecuencia, el problema será visto, en inicio, desde la reconstrucción habermasiana del proceso de positivización del derecho. Aquí, la visión habermasiana del problema —acentuadamente histórica— se evidenciará con notoria claridad. En un segundo momento, el problema será abordado desde la teoría habermasiana de la evolución social, lo cual implicará la revisión de la teoría habermasiana de la evolución del derecho. En este punto, la teoría evolutiva

del derecho se inclinará más a mostrar la agudización del problema que el problema mismo. Ya en el marco de la última perspectiva, se conectará el problema diagnosticado y su agudización con la concepción habermasiana del proceso de racionalización.

La necesidad de justificación práctica del derecho

«Habermas identifica en las culturas superiores dos perspectivas del derecho: un derecho natural o divino y un derecho profano. (1987 : 133). En el primero, identifica una esfera que se escapa del dominio y uso por parte del soberano, es decir, una dimensión que determina cuándo el derecho burocrático, o el que es creado por el príncipe, es justo o injusto. Con el segundo, identifica un derecho burocrático, creado y administrado por los operadores del poder político, es decir, disponible a sus intereses. En el marco de estas dos dimensiones del derecho, Habermas reconoce dos momentos inherentes del mismo: un momento de incondicionalidad y otro momento de instrumentalidad (1987 : 134). La relación entre ambos momentos permanece en una constante tensión que, debido a la eficacia del derecho sacro y tradicional, se mantuvo oculta hasta el medioevo. Con el paulatino proceso de racionalización de las imágenes del mundo, tanto el derecho sacro como el tradicional perdieron su eficacia legitimadora sobre el derecho positivo creado y sancionado por el poder político. Por consiguiente, la tensión entre ambos momentos se hizo evidente: el derecho positivo o burocrático hecho por el soberano careció de justificación

y, por tanto, se unidimensionalizó en su instrumentalidad, es decir, se tornó en un derecho puesto (positivo) que sólo actúa como un instrumento para el logro de fines dados.

La unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad tiene hasta aquí una proyección netamente histórico-sociológica, es decir, Habermas ve en el desarrollo de nuestras civilizaciones una tendencia que de hecho culminó con la instrumentalización del derecho. Justamente en este sentido, y con una mayor complejidad, la concepción habermasiana del proceso de racionalización abordará de manera más acuciosa esta problemática. Los príncipes y los reyes, una vez liberados de sus vínculos con el derecho sacro o natural —y a través del desmoronamiento de la racionalidad que sustentaba esta forma de legitimar el derecho— se vieron ante un espacio vacío que sólo cabía llenar con su propia fuerza. Esto significa que la fuente de validez del derecho estribaría en la soberanía del príncipe y, consecuentemente, recaerían en él las funciones de legislador, ejecutor y juez. Desde esta perspectiva, el derecho se constituiría en un conjunto de reglas modificables a voluntad del soberano.

Entonces: «[...] ¿puede aún el derecho positivo obligar internamente, si ya no puede recibir su modo de validez de un derecho superior como sucedía en el antaño sistema jurídico tradicional? [...]» (1987 : 136). Habermas considera que sí; sin embargo, la imposibilidad de retornar a la búsqueda de legitimidad en los restos del derecho sacro o tradicional impregnado de contenidos morales, llevará directamente al problema:

[...] la separación que se realiza en el derecho moderno entre la legalidad y la moralidad acarrea, como consecuencia, el problema de que la esfera de la legalidad en conjunto necesita de una justificación práctica. La esfera del derecho, independientemente de la moral, que al mismo tiempo exige de las personas jurídicas que estén dispuestas a obedecer la ley, tiene que estar anclada, a su vez, en una moral de principios [...] (Habermas, 1976 : 239).

Pero, ¿por qué resulta imposible retornar a un derecho sacro tradicional y pleno en contenidos morales para legitimar el derecho? La respuesta a este interrogante está en lo que Habermas ha denominado el carácter estructuralmente postconvencional del derecho moderno, según lo dice él mismo:

[...] La distinción entre normas de acción y principios de acción, el concepto de una producción de normas regidas por principios, la idea de que las reglas normativamente vinculantes son resultado de un convenio racional, también la idea de un contrato social que otorga fuerza normativa a las relaciones contractuales concretas, la idea de que la justificabilidad de las normas está en conexión con su universalidad, la idea de que todos los individuos son por igual sujetos de derecho, el concepto de persona jurídica abstracta, la idea de que la subjetividad posee una fuerza creadora de derecho, etc. [...] Estos son conceptos básicos que caracterizan el nivel postradicional del derecho y la moral (Habermas, 1981: 338).

La agudización del problema

Habermas considera que la necesidad de legitimación del derecho moderno se agudiza en razón de los requerimientos de su propia estructura; es decir, si su estructura es de carácter postconvencional, su necesidad de legitimación se verá incrementada (1981 : 338). Para fundamentar este incremento, lo que equivale a fundamentar su postconvencionalidad, Habermas recurre a su teoría de la evolución social. Con esta teoría Habermas se propone reconstruir el materialismo histórico, pero depurándolo de sus imperfecciones (Cortina, 1985 : 170). Durante el periodo de desarrollo de los trabajos contenidos en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Habermas considera la inexistencia y necesidad de una teoría que explique satisfactoriamente la evolución social (1976 : 117). Ante esta carencia, se propuso desarrollar una teoría de la evolución social fundada tanto en la acción comunicativa como en elementos propios de la psicología del desarrollo de Kohlberg y Piaget (Habermas, 1983 : 141).

Habermas parte de una idea fundamental: una sociedad no evoluciona por sí misma. Esto significa que sólo una teoría que comprenda la evolución social en el marco de una relación complementaria entre sistema social y sistema de personalidad, puede explicar a una sociedad susceptible de evolución:

[...] puesto que si la separamos de los sistemas de personalidad, la sociedad no evoluciona por sí sola. Son estos dos complementos (sistema social y siste-

ma de personalidad) tomados en conjunto los que constituyen un sistema susceptible de evolución [...] (Habermas, 1976 : 120).

Por sistema social, Habermas entiende:

[...] todos los sistemas que, por medio de acciones lingüísticas coordinadas (instrumentales y sociales) se apropian de la naturaleza exterior (por medio de procesos de producción) y de la naturaleza interior (por medio de procesos de socialización) [...] (120).

Por su parte, el sistema de personalidad hace referencia al proceso de formación del yo: «[...] el sistema de personalidad lleva a cabo el proceso de aprendizaje de la ontogénesis y; en cierto modo, únicamente los sujetos socializados son los que aprenden [...]» (120). Con fundamento en la psicología del desarrollo,¹⁰ Habermas entiende el proceso de ontogénesis como un proceso evolutivo de desarrollo de competencias para la resolución de problemas: las capacidades cognitivas serán apropiadas para la resolución de problemas empírico-analíticos, las capacidades lingüísticas para solución de problemas de comunicación y, finalmente, las capacidades

¹⁰ Respecto del trabajo en la psicología del desarrollo, Yolanda Arciniegas de Rojas afirma que: «[...] va encaminado a proporcionarnos una visión de cómo se va dando ese desarrollo y crecimiento del hombre. Nos dirá que sucede paso a paso en ese transcurso de la vida. Pero no le interesa solamente mostrar esos eventos, o esos cambios, o los comportamientos que el niño tenga, de una forma escueta o simple. Se interesa aún más, por conocer las causas por las que opera un cambio [...]» (1983 : 21).

interactivas resolverán problemas de acción (Habermas, 1976 : 14-63). De conformidad con estas competencias, Habermas conecta el proceso evolutivo del yo con el proceso evolutivo de la sociedad:

[...] resumo mi tesis en la afirmación de que el proceso de aprendizaje evolutivo del género humano se puede comprender en el marco de una teoría que explica las conquistas evolutivas de los sistemas sociales vinculados a dos cuestiones a) ¿qué problemas de dirección se han resuelto de modo innovador?, y b) ¿gracias a qué competencias de aprendizaje han sido posibles estas innovaciones? La base de la teoría es la suposición de que los procesos ontogenéticos de aprendizaje se adelantan a los avances sociales evolutivos, de forma que, en cuanto la capacidad de dirección estructuralmente limitada de los sistemas sociales, se ve superada por problemas inevitables, esta puede recurrir, en ciertas ocasiones, a capacidades de aprendizaje individuales excedentes (o a las colectivas que sean accesibles por medio de una imagen común del mundo), a fin de aprovecharse de ellas para conseguir la institucionalización de nuevos niveles de aprendizaje[...] (1976 : 123).

Mientras Piaget enfatizó el proceso de aprendizaje en las competencias cognitivas para la resolución de problemas empírico-analíticos, Kohlberg, por su parte, enfocó su teoría del aprendizaje hacia la solución de problemas práctico-morales (Habermas, 1983 : 47). En esta medida, introdujo tres estadios de desarrollo de la conciencia moral: un nivel preconventional en el que el sujeto considera justa la acción que satisface

instrumentalmente la conciencia del yo y, en algunas ocasiones, la de otros sujetos. Un nivel convencional, en el que lo justo consiste en el cumplimiento del deber en el marco de un orden social dado y, en último lugar, un nivel postconvencional, en el que lo justo es una decisión de la conciencia del sujeto conforme a principios éticos escogidos.

Habermas retoma estos estadios evolutivos de la conciencia moral de Kohlberg y con fundamento en ellos establece que también las sociedades desarrollan procesos de aprendizaje técnico-instrumentales en el marco de la naturaleza objetiva. Con ello, Habermas hará alusión a la existencia de una inteligencia moral o práctica que, en el ámbito de la sociedad y a través de nuevos procesos de aprendizaje, se concreta en formas más sólidas de integración social (1976 : 12). Esta inteligencia se opondría directamente a la concepción objetivante desarrollada por Marx, es decir, a la concepción de la evolución social que imputa los impulsos evolutivos de la sociedad a la dimensión técnica de las fuerzas productivas. Resulta coherente, entonces, afirmar la existencia de estructuras de racionalidad práctica que trascienden su reducción a mera técnica, y que se trasladan hacia el ámbito de las instituciones de la sociedad determinando una modalidad distinta de aprendizaje :

[...] parto de la idea de que las sociedades aprenden de modo evolutivo en la medida en que incorporan institucionalmente estructuras racionales ya caracterizadas en las tradiciones culturales, esto es: en la medida en que aprovechan la reorganización de sistemas de acción[...] (Habermas : 233).

En el ámbito del aprendizaje práctico-moral de la sociedad, la conciencia moral –entendida como la capacidad de servirse de competencias interactivas para la elaboración consciente de conflictos relevantes en perspectiva moral– será una expresión de la racionalidad propia de cada periodo histórico. En esta medida, los mecanismos para la solución de conflictos propios de cada época expresan secuencialmente el desarrollo de una mayor madurez: bajo este punto de vista, Habermas consideró los conflictos suscitados en el marco de las sociedades pre-civilizadas (122) desde un realismo moral manifestado en la no diferenciación de los sistemas de acción y los sistemas de normas. De esta forma, los conflictos de interacción de la precivilización estaban definidos por la compensación del daño causado (la expiación).

Por su parte, las civilizaciones arcaicas hicieron expresa la diferencia entre los sistemas de acción y sistemas normativos. En el marco de estas civilizaciones surgen ideas tales como la intención del sujeto que causa el daño, la pena y la responsabilidad e imputabilidad individual. Las civilizaciones desarrolladas (122) traen consigo una diferenciación completa entre los planos de la acción y las normas. Aquí, según Habermas, el sistema tradicional de normas se funda en un sistema normativo tradicional. En último lugar, la modernidad (123) trae consigo la diferenciación entre sistemas de acción, normas y principios justificadores. Los conflictos se regulan desde un derecho formal, es decir, éticamente neutral y desde una moral privada fundada en principios.

Al concebir la conciencia moral como capacidad para la interacción social, Habermas entiende la interacción como el ámbito de ejercicio de la conciencia moral. Ahora bien, si agregamos a esto que Habermas concibe el derecho y la moral como

el núcleo fundamental de la interacción (13), ambos se constituirán en expresiones de la conciencia moral y, por ende, se hará evidente la identidad de sus estructuras:

[...]Aquí se patentiza, pues, la identidad de las estructuras de conciencia, que, por una parte, están encarnadas en las instituciones del derecho y la moral, y, por otra, encuentran su expresión en los juicios y acciones morales de los individuos[...] (13).

Desde esta base, y haciendo expresa una teoría evolutiva del derecho, Habermas dirá:

[...]la psicología evolutiva de signo cognitivista ha demostrado para el caso de la ontogénesis una diversidad de etapas de la conciencia moral, a las que se hace referencia más en particular bajo la denominación de pautas preconventional, convencional y postconventional de la solución de problemas. Las mismas pautas vuelven a hacer acto de presencia en la evolución social de las representaciones del derecho y la moral [...] (13).

De esta manera, y como se observará en líneas posteriores, el proceso de racionalización del derecho refleja la misma secuencia evolutiva del proceso de ontogénesis desarrollado por Kohlberg. En consecuencia, la concepción del derecho natural clásico resulta ser una perfecta manifestación de la etapa convencional del derecho. Esta convencionalidad estibaría en una racionalidad de contenido, es decir, en una constante recurrencia a los contenidos tradicionales, sacros

o morales y determinantes de aquello que se considera bueno: sólo será justa aquella norma que se adecue a una determinada concepción de lo bueno.

Por el contrario, el derecho moderno representa una estructura postconvencional en el sentido de no ser una proyección de aquello que se considera bueno o virtuoso. Aquí, el derecho se despoja de contenidos y todos sus rasgos apuntan hacia la imposibilidad de retorno a una fundamentación moral de contenido:

[...] La convencionalización, la legalización y la formalización del derecho implican que este ya no puede alimentarse de la autoridad indiscutida de las tradiciones morales si no que precisa de una fundamentación autónoma [...] (Habermas, 1976 : 239).

En esta medida, la positividad del derecho moderno no se consolida en la acumulación de tradiciones sagradas o morales; por el contrario, sólo los códigos guardarán un eminente derecho legislado. El legalismo, por su parte, implica que los sujetos de derecho no requieren de motivos éticos para la obediencia al derecho. El formalismo implicará que el derecho moderno no es un derecho de contenidos, sino más bien de espacios de libertad disponibles para los sujetos de derecho. Por último, la generalidad del derecho implicará la inexistencia de privilegios respecto de los destinatarios de la ley.

Con fundamento en los rasgos determinantes de la postconvencionalidad del derecho moderno, Habermas expresa el problema con mayor claridad:

[...] al problema se le puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro lado, tampoco se les puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente ha menester. Pero entonces hay que mostrar cómo cabe estabilizar, en el interior del derecho positivo mismo, el punto de vista moral que representa la formación imparcial del juicio, la formación imparcial de la voluntad colectiva [...] (1987 : 153-154).

La racionalización del derecho

En la *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas intenta mostrar que el proceso de racionalización que caracteriza la modernidad se desarrolla desde dos perspectivas: desde una primera, Habermas denomina el proceso de racionalización como la «lingüistización de lo sacro» y, desde una segunda, el proceso de racionalización ha sido concebido como el «desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida». Con los derroteros fijados por esta naturaleza dual del proceso de racionalización, nuestro interés en este apartado, titulado «La racionalización del derecho», consiste en conectar el primer enfoque –la lingüistización de lo sacro– con lo que hemos denominado la agudización del problema en el marco de una teoría evolutiva del derecho. Seguidamente, el esfuerzo tenderá al establecimiento de una conexión entre el segundo enfoque de la racionalización –el desacoplamiento entre sistema y mundo de vida– con la positivización y la instrumentalización del derecho.

1. El derecho en el marco de la lingüistización de lo sacro:

La tesis central de la primera perspectiva del proceso de racionalización es la siguiente:

[...] El desencantamiento y depontetización del ámbito de lo sagrado se efectúa por vía de una lingüistización del consenso normativo básico asegurado por el rito y con ello queda a la vez desatado el potencial de racionalidad contenido en la acción comunicativa [...] (1981 : 168).

Aquí se hacen evidentes dos proyecciones de la racionalización como lingüistización de lo sacro: en un primer momento, y en una línea weberiana, Habermas considera que la unidad de las sociedades fundadas en un consenso normativo, proveniente de las imágenes sagradas del mundo, pierde su eficacia a través de la creciente revisión crítica impulsada por los cambios sociales. Según indica Serrano Gómez:

[...] La racionalización del mundo de la vida, entendida como lingüistización de lo sacro, se presenta como un cuestionamiento de la autoridad de las imágenes del mundo. Esto quiere decir que el saber transmitido por las imágenes del mundo queda expuesto a una revisión crítica. Esta crítica tiene, en principio, el afán de adaptar estas a las nuevas formas sociales [...] (1994 : 186).

En un segundo momento, este desencantamiento de las imágenes sagradas del mundo libera gradualmente el potencial de la racionalidad comunicativa que, al contrario de las

imágenes sagradas del mundo, tiende hacia un consenso normativo que se funda en el discurso práctico de los afectados y sustituye las prácticas rituales como mecanismos de integración social (Habermas, 1981 : 111-112). Como veremos a continuación, la idea de mundo de la vida cobra un papel relevante en el marco de la concepción habermasiana del proceso de racionalización, ya que el objeto central de este proceso se constituye en la progresiva diferenciación de sus elementos estructurales. Habermas entiende por mundo de la vida:

[...] el lugar trascendental en que hablante y oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse la pretensión de que sus emisiones concuerden con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que puedan criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo [...] (1981 : 179).

Esta descripción del mundo de la vida pone de manifiesto la evidente correspondencia entre sus elementos estructurales y las relaciones existentes entre los actos de habla y la realidad. De esta forma, todo acto de habla entabla una relación con el mundo objetivo, social y subjetivo (Habermas, 1981 : 171); y, consecuentemente, con los elementos estructurales del mundo de la vida : la cultura, la sociedad y la personalidad.

Los componentes estructurales del mundo de la vida son definidos por Habermas de la siguiente forma:

[...] llamo cultura al acervo de saber, en que los participantes en la comunicación se abastecen de inter-

pretaciones para entenderse sobre algo en el mundo. Llamo sociedad a las ordenaciones legítimas a través de las cuales los participantes en la interacción regulan sus pertenencias a grupos sociales, asegurando con ello la solidaridad. Y por personalidad entiendo las competencias que convierten a un sujeto en capaz de lenguaje y de acción, esto es, que lo capacitan para tomar parte en procesos de entendimiento y para afirmar en ellos su propia identidad [...] (1981 : 196).

En esta medida, y en el marco de las sociedades tradicionales, sociedad, cultura y personalidad se hallan en una completa unidad. Aquí, las normas se protegen de la crítica gracias al carácter totalizador de lo sacro; esto, por supuesto, implica que su fundamentación se encuentra en un orden extraño a la voluntad humana (Serrano Gómez, 1994 : 200). El efecto de esta indemnidad de las normas será el estancamiento del potencial de la acción comunicativa:

[...] en una sociedad integrada sin fisura alguna el culto religioso es algo así como una institución total que hasta tal punto comprende e integra normativamente todas las acciones, así en el seno de la familia como en el ámbito del trabajo social [...] verdad es que esta institución básica sólo puede ramificarse en normas específicas para los distintos tipos de situación y para las distintas tareas merced a la mediación lingüística. Pero aun así, las acciones comunicativas siguen viéndose reducidas a un papel instrumental [...] (Habermas, 1981 : 126).

Sólo cuando el potencial de la acción comunicativa es liberado, la unidad de los componentes estructurales del mundo de vida cohesionados en un eje sacro comienza a agrietarse (Habermas, 1981 : 126). En este contexto propio de la modernidad, y con una acción comunicativa liberada de ataduras, la comunidad cuya integración social se fundaba en los contenidos sacros se tornará a una integración social sustentada en normas obtenidas a través de procesos comunicativos. A la diferenciación entre los componentes estructurales del mundo de la vida, se le despliega simultáneamente un proceso de diferenciación entre la forma y el contenido. Así, los contenidos determinantes en los sistemas normativos (morales y jurídicos) tradicionales se ven reducidos, en el contexto de la modernidad, a elementos formales expresados en la comunicación y los procedimientos argumentativos (Habermas, 1981 : 207). Este proceso se expresa fundamentalmente en la formalización del derecho y la moral. En consecuencia, la formalización del derecho será un efecto de la liberación del potencial comunicativo en el marco de la sociedad (Habermas : 126).

En esta medida, todos los rasgos característicos de la postconvencionalidad del derecho moderno son el resultado de un proceso de racionalización cuyo desarrollo refleja la liberación gradual de la acción comunicativa. Por consiguiente, todos los rasgos postconvencionales del derecho moderno se constituyen en determinaciones de la racionalidad comunicativa en el ámbito de la sociedad (Habermas : 247) y, por ende, en una agudización de la necesidad de justificación práctica del derecho.

2. El derecho entre sistema y mundo de vida:

La segunda perspectiva del proceso de racionalización, denominado desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida, se nos presenta en una serie de etapas: Habermas inicia mostrando cómo en el marco de las sociedades tradicionales el mundo de la vida y el sistema configuran una unidad indiferenciada. Por el contrario, las sociedades modernas, determinadas por el surgimiento y la consolidación de la forma de producción capitalista, se enfrentan con un desacople total entre sistema y el mundo de vida. La consecuencia de esta separación será la diferenciación entre dos formas de integración opuestas. En este sentido, la integración social se desarrollará en el ámbito del mundo de la vida y hará referencia a una modalidad fundada en el consenso obtenido a través de los medios provistos por la acción comunicativa (Habermas : 213). Por su parte, la integración sistémica se genera en el marco del sistema y estará determinada de forma impersonal a través de imperativos provistos por un sistema autorregulado (Habermas : 214).

Si desde la racionalización como la lingüistización de lo sacro, los efectos en torno a la legitimidad del derecho se constituían en la consolidación de la postconvencionalidad de su estructura; la racionalización como desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida consolidará, por el contrario, una legitimación procedimental y funcional del derecho que deviene en una concepción meramente instrumental del último (Mejía Quintana, 1998 : 210). Esto será el efecto correspondiente a que la culminación del proceso de desacoplamiento se consolida en un primado de la integración sistémica sobre la integra-

ción social (Habermas, 1981 : 264). El primado de la integración sistémica y la consecuente instrumentalización del derecho, se explican en el hecho de que en las sociedades modernas el patrón que guía el ámbito económico y político invade subrepticamente el ámbito socio-cultural. Con ello, la acción cognitivo-instrumental invade los ámbitos propios del mundo de la vida y, consecuentemente, se establece el primado de la racionalidad cognitivo-instrumental sobre la racionalidad comunicativa (Habermas : 431-432). Esta perspectiva de la racionalización genera, pues, aquello que Habermas denomina la «colonización del mundo de la vida».

En pro de una mayor comprensión de esta colonización, debemos observar la estructura habermasiana de la sociedad como un gran sistema que, a su vez, y como consecuencia de la ruptura de la unidad de las sociedades tradicionales, se divide en varios subsistemas: sistema económico, subsistema político-administrativo y subsistema sociocultural. En esta medida, una vez desacoplado el subsistema sociocultural del subsistema económico y político-administrativo, el primero será objeto de la invasión del modo de integración propio del subsistema económico y político-administrativo: una integración sistémica (Habermas : 435-436).

Ahora bien, en el marco de una sociedad moderna que, a diferencia de las sociedades tradicionales, ya no responde a una integración fundada en un derecho pleno en contenidos sacros o éticos, la función de integración social se descarga en un derecho eminentemente formal. Como se observará al final de este trabajo, Habermas verá en el

derecho el único medio para integrar el mundo de la vida con el sistema. En esta medida, *Facticidad* y *validez* se constituirá en el intento de Habermas por hallar, a través del derecho, la integración social en una sociedad desacralizada. De esta forma, el derecho emergerá como el medio propicio de integración de la sociedad. Ello implicará, entre otras cosas, que la perspectiva positivista del derecho se torna insuficiente en el marco brindado por la modernidad. El problema sería entonces:

[...] cómo estabilizar la validez de un orden social en el que desde el punto de vista de los actores mismos se establece una clara diferenciación entre la acción comunicativa, tras haberse vuelto autónoma, y las interacciones de tipo estratégico [...] (Habermas, 1998 : 87).

Las dificultades para el desarrollo de esta función del derecho estribarán, entonces, en la subordinación del derecho a la racionalidad instrumental propia del subsistema económico, es decir, en su sometimiento al modo de circulación económica capitalista. Justamente con ello se hace evidente por qué el derecho se torna en medio de maximización de la aplicación racional de los recursos naturales y la fuerza del trabajo (Habermas, 1976 : 235). Esto significa, entonces, algo más que atribuir al derecho el rol de coadyuvante de la consolidación de una racionalidad sistémica —o la racionalidad de los fines transferida a los sistemas autorregulados— en el seno de la sociedad: el derecho se constituirá en el medio a través del cual la racionalidad sistémica coloniza el mundo

de la vida en el marco de un nuevo horizonte constituido a partir de relaciones entre derecho, dinero (subsistema económico) y poder político (subsistema político administrativo). Según afirma Habermas:

[...] con la diferenciación de un proceso económico orientado por las decisiones descentralizadas de sujetos de acción formalmente privados, se generaliza en el interior de la sociedad un tipo de acción que hasta ahora sólo era permitido en las relaciones exteriores o en sectores aislados, de carácter corporativo o estamental: en el «extranjero interior» de la circulación económica capitalista, la acción estratégica se convierte en la forma legítima de búsqueda egoísta (esto es: éticamente neutralizada) de los intereses privados. El derecho privado burgués, a partir del cual se construye el derecho moderno, es el medio de organización de esta esfera de acción [...] (1976 : 236).

Es importante anotar que la referencia al derecho como medio de consolidación de la acción estratégica, entendida como una modalidad de la acción instrumental, equivale, de una u otra forma, a una racionalidad sistémica. Esto puede verse con claridad cuando Habermas explica la diferencia entre las varias modalidades de acción:

[...] el concepto de acción instrumental sugiere que la racionalidad de los sujetos agentes y cognoscentes se amplía sistémicamente constituyendo una racionalidad con arreglo a fines de orden superior. De este modo, la racionalidad de los sistemas autorregulados, que se impo-

ne con sus imperativos por encima de la conciencia de los miembros que la integran, aparece en forma de una racionalidad con arreglo a fines totalizada (1981 : 471).

El proceso de racionalización habermasiano retoma con una denominación diferente las dos dimensiones propias del derecho. En esta medida, el momento instrumental se denominará principio de positivización y el momento de incondicionalidad, el principio de fundamentación. Ambos momentos, una vez fracturada la unidad de las sociedades tradicionales, toman sendas opuestas que, en último término, corresponden al desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida. En este sentido, el principio de positivización halla su ámbito en el sistema y en la modalidad sistémica de integración. Por su parte, el principio de fundamentación se desarrolla en el mundo de la vida y en el marco de la integración social, es decir, en el ámbito de la interacción. Resulta cierto, entonces, afirmar que el desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida, así como el consecuente primado del primero sobre el último, generan la consolidación de la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad.

Desde la perspectiva de Habermas, la legitimación sistémica es parcialmente eficaz a la hora de justificar las normas jurídicas. Esta parcialidad se debe a la imposibilidad de los procedimientos positivistas —emanados del sistema— para brindar la justificación práctica a una categoría particular de normas jurídicas: las instituciones jurídicas —o normas jurídicas que no pueden quedar suficientemente legitimadas con sólo ape- lar en términos positivistas a su corrección procedimental-

(Habermas, 1981 : 516). Esta incapacidad de los procesos de legitimación sistémica en pro de proporcionar justificación práctica a las instituciones jurídicas, estriba fundamentalmente en la pertenencia de esta categoría de normas al mundo de la vida. En este sentido, las instituciones jurídicas no sólo harán evidente la conexión entre el derecho y el mundo de la vida, sino también la existencia del momento de incondicionalidad del derecho y, consecuentemente, la incapacidad de justificar todo el derecho en el marco de una racionalidad cognitivo-instrumental.

Por consiguiente, la normas tecnificadas y desprovistas de contenidos morales evalúan su legitimidad desde su adecuación a los imperativos sistémicos emanados del subsistema económico y político administrativo (Habermas, 519), mientras las normas caracterizadas como instituciones jurídicas implican una legitimidad fundada en el enjuiciamiento normativo. De esta forma, el carácter bidimensional del derecho (momento de incondicionalidad y de instrumentalidad) es realmente paradójico:

[...]Es decir, que desde un punto de vista de la teoría de la acción puede explicarse como sigue: en tanto que medio, también la legislación social está reconocida está recortada a la medida de los ámbitos de acción que sólo se constituyen en formas jurídicas de organización y que solo mantienen su cohesión por mecanismos de control sistémico. Y sin embargo, esa legislación social se refiere a la vez a situaciones de acción que están insertas en contextos informales del mundo de la vida [...] (Habermas, 1981 : 519).

Ahora bien, Habermas deriva, de estas dos vías de legitimación, dos procesos de juridización: una juridización de normas tecnificadas y desmoralizadas y, por otro lado, una juridización de instituciones jurídicas. En una plena correspondencia con la colonización de la racionalidad sistémica en el interior del mundo de la vida, la primera modalidad de juridización ha sido predominante en el ámbito de la modernidad. Con esto, Habermas corrobora no sólo la prevalencia de la racionalidad sistémico-instrumental sobre la racionalidad comunicativa, sino también que el derecho y los consecuentes procesos de juridización han sido los medios consolidadores de tal primado:

[...] la tendencia a la juridificación de las esferas del mundo de la vida informalmente reguladas se impone en un ancho frente, cuanto más reconocibles quedan sometidos el tiempo libre, la cultura, las vacaciones, el turismo, etc [...] a las leyes de la economía del mercado y a las definiciones del consumo de masas [...] (Habermas : 520).

A pesar de que en esta proyección del proceso de racionalización el derecho se ha unidimensionalizado en el marco de la racionalidad sistémica, será inevitable un contacto permanente con el mundo de la vida a través de las instituciones jurídicas. Esto es justamente lo que genera la problemática necesidad de justificación del derecho:

[...] Hemos caracterizado el derecho moderno por su combinación de principio de positivización y principio de fundamentación. Esta estructura posibilita la dilatación positivista de las vías de fundamentación y, a la par, la

agudización moralizante de una problemática legitimatoria o de fundamentación desplazada ahora a las bases del sistema jurídico [...] (Habermas : 517).

Dos posturas diversas ante el problema: Kant y el positivismo jurídico

La lectura aislada de la concepción expuesta por Kant en la *Metafísica de las costumbres* acerca de las diferencias entre moral y derecho, incrementa el riesgo de desfigurar la perspectiva sistemática de la clásica distinción kantiana. En ella, efectivamente, Kant pretendió distinguir el derecho de la moral como dos formas distintas de legislación. Con este fin, fundamentó las diferencias desde dos puntos de vista: en primer lugar, distinguió la moral del derecho en lo referente a sus espacios de aplicabilidad, es decir, en la distinción de los ámbitos objetuales sobre los cuales recae la competencia de cada legislación y, en segundo lugar, las distinguió desde el aspecto subjetivo de la acción: el asunto de los móviles impulsores de la acción. En un sentido contrario, Kant admitió rasgos comunes entre ambas legislaciones. Estos rasgos no constituyen nada distinto de aquellos que son propios de toda estructura normativa:

[...] Toda legislación (prescriba acciones internas o externas, y estas, bien a priori mediante la mera razón, bien mediante el arbitrio ajeno) comprende dos elementos: primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la acción en deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de la acción [...] (Kant, 1993 : 23).

Centrarse unívocamente en las diferencias expuesta por Kant en la *Metafísica de las costumbres*, especialmente en lo referente al derecho estricto, no resulta plausible. Esto, en cierta medida, llevaría a la convicción de que Kant liquidó por completo los vínculos existentes entre ambas legislaciones. Sin embargo, en el marco del sistema kantiano, los vínculos entre moral y derecho van más allá de una norma y un móvil que impulse el cumplimiento de la misma. Habermas ha reconocido las dos perspectivas derivadas de la lectura de Kant. En un primer momento, Habermas hizo expresa la perspectiva de la separación analítica entre moral y derecho: «[...] En Kant, por el contrario, el comportamiento ético del individuo libre desde un punto de vista meramente interno está claramente diferenciado de la legalidad de sus acciones externas [...]» (1994 : 50).

Sin embargo, la perspectiva sistemática de la concepción kantiana acerca de las relaciones entre moral y derecho nos traslada directamente hacia el extremo opuesto. La siguiente consideración de Habermas hace expresa referencia a esta postura:

[...] en Kant el derecho natural o moral, deducido a priori de la razón práctica, cobra tal predominio, que el derecho corre el riesgo de disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral [...] (1987 : 147-148).

Desde este punto de vista, Habermas considera que la deducción kantiana del derecho desde el imperativo categórico conlleva la siguiente consecuencia:

[...] en ese derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el legislador político ha de servirse en las tareas que le competen de articulación de la vida colectiva [...] (1987 : 148).

Habermas sostendrá que Kant desconoce la instrumentalidad propia del derecho a través de una reducción a su incondicionalidad (moralidad). Por consiguiente, su tesis final, en lo que respecta a la construcción kantiana del derecho, y específicamente en torno a la respuesta dada a la problemática derivada de la necesidad de justificación práctica del derecho, se sintetiza de la siguiente manera:

[...] el principio general del derecho, que objetivamente subyace a toda legislación, proviene para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que se pueda poner en concordancia conforme a las leyes generales [...] (1987 : 147).

En esta medida, y en favor de una explicación de la tesis de Habermas, voy a desarrollar algunos elementos que permitirán observar con mayor claridad su conclusión final acerca de la propuesta kantiana.

El derecho en el sistema kantiano

En el marco del sistema filosófico kantiano, podemos referirnos a la causalidad desde dos dimensiones: la sensible y la inteligible. La causalidad vista desde la óptica de lo sensible consiste en una relación infinita de causas y efectos no iniciada espontáneamente por una causa originaria; es decir, en el ámbito de la naturaleza no es posible hallar un motor generador del movimiento en la cadena de causas y efectos. El hombre, en el marco de este contexto, es visto por Kant como un *homo phaenomenon* o animal racional de mediocre importancia y equiparable a los demás animales que habitan en el sistema de la naturaleza. Desde esta perspectiva, el hombre sólo tiene un valor de utilidad, es decir, de uso.

Contrariamente a la causalidad del sistema de la naturaleza, el ámbito de lo inteligible guarda en sí la causalidad (causalidad por libertad) como una facultad humana de ser agente productor de causas y efectos. Aquí, el hombre se aleja de la causalidad fenoménica, lo que viene a estructurar el sentido negativo de la libertad: la no determinación del accionar humano por factores empíricos y sensibles. En este contexto, la libertad en su sentido positivo se evidencia como la capacidad de ser esa causa espontánea de efectos de que carece la naturaleza; por ello el hombre, en el marco del sistema inteligible, es considerado un *homo noumenon*, es decir, un sujeto racional poseedor de una razón moralmente práctica (un fin en sí mismo).

El accionar humano se desarrolla paralelamente en el marco de los dos sistemas:

[...]por eso, un ser racional tiene que considerarse a sí mismo como inteligencia (esto es, no por el lado de sus potencias inferiores), como perteneciente no al mundo de los sentidos, sino al del entendimiento, y por tanto tiene dos puntos de vista desde los cuales puede considerarse a sí mismo y reconocer leyes del uso de sus potencias, y por consiguiente de todas sus acciones: por una parte, en tanto que pertenece al mundo de los sentidos, bajo leyes naturales (heteronomía), y en segundo lugar, como perteneciente al mundo inteligible, bajo leyes que, independientemente de la naturaleza, no son empíricas, sino que están fundadas meramente en la razón [...] (Kant, 1996 : 235).

El ámbito de lo inteligible se halla indudablemente cimentado en la idea de la libertad trascendental. Aquí el hombre, como ser dotado de una racionalidad moral, es libre de los impulsos de la naturaleza –libertad negativa– y es capaz de producir actos cuyo principio último de acción se halla en su misma racionalidad –libertad positiva.¹¹ Sería contradictorio fundar esta libertad en estructuras empíricas, pues ella cons-

¹¹ Para una mayor comprensión de las ideas de libertad negativa y positiva ver el famoso escrito de Isaiah Berlin titulado «Dos conceptos de libertad», en él el autor afirma que: «[...] El primero de estos sentidos que tienen en política las palabras *freedom* o *liberty* –que emplearé con el mismo significado– y que, siguiendo muchos precedentes, llamaré su sentido negativo, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de que «cual es el ámbito en que el sujeto –una persona o un grupo de personas se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas. [...] el segundo sentido que llamare positivo, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de ‘qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra [...]» (2001: 136).

tituye el puente que habilita al hombre a conducirse por sí mismo, ajeno a la determinación por causalidad natural. Por ello, el concepto de libertad es eminentemente racional debido a que no se puede demostrar:

[...] hemos terminado remitiendo el concepto determinado de moralidad a la idea de libertad pero no podríamos demostrar esta como algo real ni siquiera en nosotros mismos y en la naturaleza humana; vemos solamente que tenemos que presuponerla si queremos pensar un ser como racional y dotado de conciencia de su causalidad en lo que respecta a sus acciones [...] (Kant, 1996 : 227).

La libertad es entendida por Kant en su sentido positivo como un tipo de causalidad de los seres vivos en tanto que son racionales. Esto, en efecto, constituye al hombre en causa eficiente, pero sólo en la medida de la libertad de su propia voluntad y la de la humanidad en general. De aquí se deriva que la libertad trascendental, en su sentido tanto negativo como positivo, sea un requisito de existencia para la voluntad. Así, la relación entre voluntad y libertad es indisoluble al grado que no existe la primera sin la segunda; de ahí que Kant defina la voluntad como la facultad de desear cuyo fundamento interno de determinación se encuentra en la razón del sujeto, es decir, la voluntad es la razón práctica misma, según lo dice el propio Kant:

[...] Por consiguiente, la voluntad es la facultad de desear, considerada, no tanto con relación a la acción (como arbitrio), sino más bien en relación con el fundamento de determinación del arbitrio a la acción; y no tiene ella misma propiamente ningún fundamento de determinación ante sí, sino que, en cuanto ella puede determinar el arbitrio, es la razón práctica misma [...] (1993 : 16).

Lo anterior implica que la libertad tiene que ser presupuesta como la propiedad de la voluntad de todos los seres racionales y que esta constituye no sólo el fundamento de la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad, sino también el espacio propio del actuar humano. El universo de la acción humana, según Kant, se circunscribe únicamente al sistema inteligible (de la libertad), donde es determinada por las leyes de la libertad, las cuales se denominan leyes morales y se dividen en leyes éticas y jurídicas.

Las esferas del derecho y la moral en Kant

Los elementos esenciales del derecho, a saber: exterioridad, voluntariedad y formalidad articulan la definición kantiana del mismo como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según la ley universal de la libertad (Kant, 1993 : 399). La formalidad del derecho se encamina fundamentalmente a estructurarlo como una normatividad que no se dirige al objeto del arbitrio, es decir, que no observa los fines particulares de la acción, sino la forma como los arbitrios se relacionan entre sí. Kant define la voluntad como la razón

práctica misma. La voluntad es la fuente de las leyes incondicionadas y universales de la moralidad y se halla directamente vinculada con el principio objetivo de la acción. Por su parte, el arbitrio se mueve en el plano de lo contingente, es decir, puede ser determinado por la voluntad, en cuyo caso se integraría a la misma (libre arbitrio), o por lo empírico (arbitrio animal). En conclusión, el arbitrio está ligado al principio subjetivo de la acción, mientras la voluntad lo está al principio objetivo de la misma. Por su parte, el carácter voluntario del derecho hace referencia a su esencia eminentemente racional. Esto debe comprenderse en el sentido de constituir una ley de la libertad ajena a determinaciones empíricas provenientes de la naturaleza. En último lugar, el carácter exterior indica la relacionalidad del derecho como una normatividad reguladora de relaciones materiales entre los arbitrios de los hombres.

La contraposición fundamental entre la legislación del derecho y de la moral, se estructura a partir del carácter externo del derecho (la exterioridad e interioridad de una y otra legislación). Para ello, Kant intenta delimitar analíticamente los ámbitos objetuales de competencia de cada legislación. En este sentido, la normatividad jurídica tiene únicamente la capacidad de afectar la libertad externa de los individuos: «[...] El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde[...]afecta, en primer lugar, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra[...]» (Kant : 38). Esto implica que las normas jurídicas sólo pueden establecer las condiciones para que los arbitrios de los individuos sean libres, es decir, la libertad de un individuo llega hasta el límite de la libertad del otro y la

coacción, como elemento implícito del derecho, sólo puede surgir cuando el uso de libertad afecte inmediata o mediatamente otra libertad.

Por su parte, la legislación moral es una legislación de mayor cobertura en cuanto a la afectación de la libertad; por ello, su capacidad de afectación sobre el hombre incluye tanto la libertad interna como externa:

[...] la libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio, pero aquella a que se refiere la última puede ser la libertad en el ejercicio externo como interno del arbitrio [...] (Kant : 17).

La exterioridad del derecho conduce a una de las problemáticas esenciales del mismo (Habermas, 1994 : 90), y, por supuesto, a la que Kant no fue ajeno: el problema de la coacción jurídica. Esta constituye un punto llamado a revisión dentro de la concepción kantiana del derecho por la contradicción que puede originar en el interior de su sistema. La exterioridad del derecho y su consecuente ámbito de aplicabilidad: la libertad exterior de los arbitrios de los hombres, conduce a Kant inequívocamente a diferenciar el modo de constricción que la normatividad moral implica respecto de la jurídica: la autocoacción o coacción interna y la coacción exterior, respectivamente.

El grado de inherencia que establece Kant entre derecho y posibilidad de coacción es extremo: «[...] derecho y facultad de coaccionar significa, pues, una y la misma cosa [...]» (Kant, 1993 : 42). De esta forma, la consolidación de

la diferenciación entre moral y derecho queda plasmada en Kant de la siguiente forma :

[...] así como el derecho sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud [...] sin duda, este se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior[...] (Kant : 41).

La identificación del derecho con la posibilidad de coaccionar nos presenta la posible contradicción del sistema kantiano, específicamente con el carácter voluntario del derecho. Si el derecho, en el marco de la concepción kantiana, es voluntario, significa que es racional. Esto quiere decir que, al igual que las normas morales, tiene una calificación a priori, es decir, son normas puramente racionales porque provienen de una voluntad racional y universal; entonces: ¿qué papel juega un elemento empírico de la naturaleza —la coacción— en el marco de las leyes de la libertad, específicamente en el derecho?

La agudeza del asunto radica en identificar el derecho con la posibilidad de coaccionar. Si la posibilidad de coaccionar es igual a derecho, ello significaría que el concepto de derecho

es puramente empírico mas no racional. Con el origen empírico de la coacción, Kant reconoce el fundamento del derecho en un bastión puramente natural y, por tanto, negaría la procedencia a priori del mismo. Para observar la solución de Kant al asunto es menester revisar la noción de *ius aequivocum* tratada en la *Metafísica de las costumbres*. El *ius aequivocum* se manifiesta en la forma de *aequitas e ius necessitatis*; el primero, según Kant, se estructura en el siguiente apotegma:

[...] es, pues, sin duda : 'el derecho más estricto constituye la mayor injusticia' (summum ius suma iniuria); pero este daño no puede realizarse por su camino jurídico, aunque afecte a una eficiencia jurídica, porque esta sólo pertenece al tribunal de la conciencia (forum poli), mientras toda cuestión jurídica ha de llevarse ante el derecho civil[...] (Kant, 1993 : 45-46).

Por su parte el apotegma del derecho de necesidad dice: «[...] la necesidad carece de ley [...] y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto [...]» (*Ibid*). En estos apotegmas Kant establece las fronteras entre derecho estricto y moral; la equidad nos lleva a la existencia de un derecho sin coacción y el derecho de necesidad nos lleva a una mera coacción natural sin la presencia de derecho. La conclusión lógica de este planteamiento kantiano del *ius aequivocum* implica que el derecho halle su esencia en una coacción cualificada, es decir, jurídica; lo que significa igual, recíproca y generalizada. Podemos concluir entonces que el derecho es derecho estricto para Kant por aquello que lo diferencia de la mera naturaleza y de la moral: la coacción jurídica.

La forma de cualificar la coacción como jurídica se da a través del principio de contradicción; ello significa que la misma se pone al servicio de la ley universal de libertad: «[...] la ley de una coacción recíproca que concuerda necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de la libertad universal [...]» (Kant : 42). El argumento kantiano de justificación de la coacción, según el principio de contradicción, sería el siguiente: todo lo contrario al derecho es un obstáculo a la libertad y, por ende, la coacción es un obstáculo a la libertad; sin embargo, siempre que la coacción es puesta en contra de cualquier obstáculo que vulnere la libertad es conforme a la ley universal de libertad y, por tanto, es jurídica.

El choque entre la coacción como elemento natural y el derecho como normatividad a priori proveniente de una voluntad racional universal, sigue incomodando en el interior del sistema kantiano a pesar de poner la coacción al servicio de la ley universal de libertad. En este sentido, las diversas críticas a la concepción kantiana del derecho se han orientado a considerar que la misma se compone de dos partes tan diferentes que constituyen una invasión subrepticia de elementos teóricos en los elementos prácticos y de elementos metafísicos en los elementos fenoménicos (Pasini, 1957 : 34).

Al parecer, la separación kantiana entre derecho y moral se constituye, más que en una diferenciación absoluta de ambas normatividades, en un intento en pro de articular la asimétrica relación entre libertad y coacción. En criterio de algunos, el fallido intento kantiano ha agudizado la contradicción entre los elementos empíricos del derecho y su carácter a priori:

[...]Kant pensó que era posible remitiendo todo el problema (la conciliación de la coacción como elemento natural y el derecho como elemento racional) a la razón pura, pero al hacerlo así, la diferenciación que se había vislumbrado entre el derecho y la moral refluye en el campo de esta última y la exterioridad del derecho se presenta como algo arbitrario, como algo que no justifica su presencia, como pura materialidad [...] que riñe con los dictados de razón [...] (Córdoba, en: Kant, 1968 : 21).

Los móviles de la acción en el derecho y la moral

En lo que respecta a los móviles de la acción, la diferencia kantiana está fundada en que la legislación que hace de una acción un deber, y de ese deber un móvil, es ética. Pero la que no incluye al deber como único móvil hacia la ejecución de la acción y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es jurídica (Kant, 1993 : 23-24). El móvil que induce a que se agote la conformidad de las acciones con la norma jurídica (la legalidad) puede ser la misma idea del deber como también ajeno al mismo: la coacción. Lo anterior nos muestra, en inicio, que la obediencia a la norma jurídica puede resultar subjetivamente como un deber moral (cuando el móvil es el deber) o jurídico enraizado en la coacción, mientras la legislación moral únicamente puede ser obedida por puro deber (autocoacción).

La diferencia entre los móviles de la legislación moral y jurídica se fundamenta en la exterioridad del derecho, es decir, el móvil de la legalidad nos dice que el arbitrio del hombre es determinado en referencia a la acción por una idea

distinta del deber: la coacción exterior. Esta determinación es meramente externa al arbitrio del sujeto, pero si el móvil es eminentemente moral y radica en la idea del deber, se constituye la moralidad a causa de un móvil determinado por la interioridad del sujeto racional. De esta diferenciación kantiana se evidencia que la voluntad (razón práctica) determina el arbitrio hacia la acción moral, mientras la coacción externa determina el arbitrio hacia la legalidad.

La obediencia del derecho como un problema derivado del carácter empírico de la coacción, encontraría con este argumento su plena justificación. El deber de obediencia al mismo provendría de una voluntad universal que no admite restricciones debido a su carácter absoluto. El problema de los móviles se constituye de esta forma en el problema de los deberes y la obediencia al derecho. Kant ha sido explícito al afirmar que la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud no se distinguen tanto por sus diferentes deberes como por la diferencia de legislación (1993 : 25). A pesar de que la distinción entre deberes jurídicos y deberes morales sea evidente en la concepción de Kant, los primeros siempre existirán en el marco de los últimos, es decir, sí existen deberes jurídicos y sí existen deberes morales, pero los jurídicos se incluyen en los morales. Para fundamentar este criterio basta revisar cómo Kant subordina todos los deberes jurídicos a deberes éticos: «[...] hay, pues, muchos deberes éticos directos, pero la legislación interior hace también de los demás deberes éticos indirectos [...]» (26).

En el mismo sentido, Kant atribuye a la obediencia del derecho un carácter eminentemente moral:

[...] todos los deberes encierran el concepto de una coacción por la ley; los éticos implican una coacción para la que sólo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coacción para la que también es posible una legislación externa; una coacción, por tanto, en ambos casos, sea auto coacción o coacción ajena; en tal caso la facultad moral de la primera puede llamarse virtud y la acción que surge de tal intención (del respeto al ley) puede llamarse acción virtuosa (ética), aunque la ley exprese un deber jurídico; porque es la doctrina de la virtud la que ordena considerar sagrado el derecho de los hombres[...] (248-249).

Los deberes éticos admiten sólo una legislación interna, mientras los jurídicos admiten una legislación interna y externa. De esta forma, el deber de obediencia al derecho es un deber moral porque la legislación ética se halla facultada para afectar la esfera absoluta de la libertad, es decir, la libertad interna (moral) y la libertad externa (jurídica). Queda claro entonces que la voluntad racional universal (razón práctica) determina lo jurídico por vía de lo moral.

En el mismo sentido, pero en el marco del contractualismo kantiano, el deber de obediencia al derecho es un deber moral en pro del sostenimiento del Estado como ámbito ajeno al estado de naturaleza, pero igualmente determinado por la razón práctica. Según Adela Cortina, en Kant «[...] existen dificultades para encontrar razones morales de desobediencia al derecho [...]» (en: Kant, 1993 : 40). Ello se hace evidente porque la legislación jurídica es determinada por la ra-

zón práctica cerrando la brecha a reparos. Podría quizás observarse un destello de desobediencia cuando Kant dice: «[...] mi libertad externa deberá explicarse mas bien así: es la facultad de no obedecer a ningún ley externa si no he podido dar mi consentimiento para ella [...]» (1967 : 52), pero el argumento de una razón práctica determinante de la legislación jurídica continuaría predominando.

La deducción del derecho desde la moral

El intento kantiano de una distinción analítica entre derecho y moral tiende, de esta forma, hacia una articulación de ambas legislaciones. Esto puede percibirse tras una revisión detenida de las ideas kantianas en el sistema de lo inteligible. En el interior de este ámbito, derecho y moral se hallan unidos por un núcleo rector: la libertad. Todo el sistema de lo inteligible gira a su alrededor, pues la realización de esta es su fin último.

La libertad interna, representada en lo moral, y la libertad externa, como lo jurídico, no son, en la percepción de Kant, objetos desligados de la razón práctica pura e igualmente objetos separados entre sí. Por el contrario, las esferas interna y externa de la libertad son vistas en una sólida vinculación. Los vínculos observados por Kant se evidencian en el grado de afectación que la legislación moral produce en la jurídica.

El pensamiento kantiano se orienta a determinar que la legislación moral, con un carácter exclusivamente interno, tiene una capacidad de afectación en las dos esferas de la libertad:

[...] todos los deberes encierran el concepto de una coerción por la ley; los éticos implican una coerción para la que sólo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coerción para la que también es posible una legislación externa [...] (Kant, 1993 : 248-299).

El imperativo categórico fundamenta los principios a priori de una libertad tendiente a la individualidad: «[...] obra según la máxima a través de la cual puedas querer al gún precisamente el mismo fundamento racional que vale también para mí [...]» (Kant : 187-189). Con la formulación de un imperativo intersubjetivo se establecen límites reales de respeto a manera de restricciones; la constrictión, vista desde aquí, se constituye en una necesidad establecida por la razón práctica en forma de imperativo.

Sólo una constrictión que permita intervenir en el ámbito de la libertad exterior, es decir del derecho, garantizaría una libertad materializada en el marco de la sociedad. De esta forma, y con fundamento en las formulaciones del imperativo categórico, la razón práctica adquiere en la constrictión el medio de determinación de las acciones. Podríamos decir, entonces, que la razón práctica constriñe a través de la autoacción en el ámbito de la libertad interna, y de la coacción jurídica en el ámbito de la libertad externa. El fundamento del derecho y su inherente coacción externa son deducidos por Kant desde el imperativo categórico intersubjetivo, es decir, son deducidos de la moral porque del reconocimiento del otro como fin en sí mismo se desprende «[...] la suprema condición de restricción de los fines subjetivos [...]» (Kant : 193).

El deber de obediencia al derecho es un deber de virtud; así la razón práctica determina la obligación de cumplimiento del derecho como un imperativo universal. El origen del derecho se deriva de la formulación intersubjetiva del imperativo categórico como una necesidad de ampliación de la competencia de la razón práctica. De esta forma, la razón práctica proyecta la moral por vía del derecho, es decir, el derecho es el puente a través del cual la moralidad se realiza materialmente en las relaciones de los hombres. La realización sería, entonces, la conciliación de los arbitrios en una ley universal de libertad, más claramente, el reconocimiento generalizado de la libertad de los demás.

El positivismo jurídico analítico (Austin, Kelsen y Hart)

Desde una perspectiva histórica, los antecedentes remotos del positivismo jurídico pueden sintetizarse en la compilación de Justiniano y en el pensamiento de Thomas Hobbes. En un primer momento, la compilación de Justiniano se constituyó en el antecedente directo del movimiento pro codificación desarrollado a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. La muestra más evidente de esta consolidación se materializa en los años posteriores a la Revolución francesa en el Código napoleónico de 1804. Entre tanto, y en el marco de los lineamientos del absolutismo estatal, Thomas Hobbes desarrolló suficientes argumentos en favor de la omnipotencia del legislador como única autoridad investida con la potestad legislativa (Bobbio, 1998 : 51-52). La idea de que sólo merecen estatus

de ley justa aquellas normas sancionadas por el mismo poder soberano (legislador) no carecía ya de sentido.

La compilación justiniana y la obra de Hobbes se yerguen como «antecedente» y «precursor» del positivismo jurídico, respectivamente; en cuanto al carácter de antecedente, es evidente que la tendencia a concebir el derecho como el conjunto de normas contenidas en los códigos recibió su impulso inicial de la compilación Justiniana (Bobbio : 80). Por otra parte, y ya en lo referente a la precursividad de Hobbes respecto del surgimiento del positivismo jurídico, el carácter exclusivo de la potestad legislativa en cabeza del soberano (legislador) ha sido en gran medida una empresa imputada al filósofo inglés (Bobbio : 51). De esta forma, la compilación justiniana y el pensamiento de Hobbes dieron inicio a la consolidación de dos rasgos fundamentales del positivismo jurídico: la tendencia a considerar como válido sólo a aquel derecho que se contiene en los códigos y proviene de la omnipotencia del legislador. Un tercer rasgo, la interpretación exegética del derecho, se consolidaría años después con la Escuela de la exégesis. Con ella, la interpretación de la norma se limitaría a la intención fijada por el legislador.

Ahora bien, el establecimiento de los tres rasgos característicos del positivismo jurídico, a su vez, expresa tres momentos propios del derecho: creación, concepción y aplicación. Justamente en este punto, y en una evidente relación con estos tres momentos, la pregunta de Habermas por la validez del derecho positivo resulta más que pertinente: «¿puede aún el derecho positivo obligar interna-

mente, si ya no puede recibir su modo de validez de un derecho superior, como sucedía antaño con el derecho burocrático en el sistema jurídico tradicional?» (1987 : 136). Habermas ha considerado que las respuestas dadas por el positivismo jurídico a este interrogante no sólo han sido afirmativas, sino también diversamente matizadas, aunque la línea fundamental del positivismo ha sido mantenida en las distintas posturas.

En el caso de John Austin, el momento de incondicionalidad del derecho, según Habermas, ha desaparecido como un residuo metafísico. Austin, tal como se vió en lo concerniente a su asunción de ciertos elementos del paradigma hobbesiano, privó al derecho de su carácter eminentemente normativo y, por tanto, lo unidimensionalizó en su momento instrumental. La consecuencia de la restringida concepción austiniana de las normas jurídicas trae, según Habermas, la siguiente consecuencia:

[...] la reducción de normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se desintegra y se descompone el concepto mismo de lo político. Pues bajo tal premisa, la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente, pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político, tan pronto como la legitimación se entiende como una operación propia del sistema político, como algo que la propia política hubiere de suministrar, estamos abandonados a nuestros conceptos de derecho y política [...] (1987 : 143).

Por su parte, Hans Kelsen caracterizó el derecho como un sistema jurídico coactivo; en consecuencia, todas las prescripciones normativas implicarían actos eminentemente coercitivos:

[...] en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción [...] (Kelsen, 2000 : 55).

La coactividad de la norma jurídica sería, según Kelsen, su rasgo constitutivo. Toda la validez del sistema jurídico kelseniano estriba en la idea de una norma fundamental:

[...] la norma fundamental es así la hipótesis de todo estudio positivista del derecho: al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo, dicha norma no es puesta sino supuesta, es la hipótesis que permite considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas en el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas [...] (107).

Consecuentemente, la validez del derecho es determinada por su mera formalidad:

[...] otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido, el derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en objeto de norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada porque su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera [...] (105).

En esta medida, Habermas ha mostrado que el positivismo jurídico de Kelsen, si bien no liquida de pleno el momento de incondicionalidad del derecho, lo traslada a su propia forma, es decir, vincula la validez del derecho a la norma fundamental. Esto nos lleva indefectiblemente a una concepción formalista de la validez del derecho. La validez del derecho se presentará, entonces, a través de la correspondencia con una norma fundamental que funciona como garantizadora de la unidad formal del sistema jurídico:

[...] la otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se apliquen conserven un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño. Pero este momento sólo puede tener ya su fuente en la propia forma del derecho positivo, no en los contenidos que el derecho conserve del derecho natural (Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico,

separado de la política y de la moral, con la administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda en que el derecho puede mantener su forma por su propia fuerza y con ello su autonomía [...] (Habermas, 1987 : 137).

Respecto del efecto de la concepción kelseniana de la validez del derecho, Habermas le ha atribuido las mismas consecuencias que a la concepción imperativista desarrollada por Austin:

[...] la misma consecuencia se sigue de la otra concepción conforme a la que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las aportaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral tan pronto como la vigencia del derecho pierde toda relación moral (y, por tanto, toda decisión que vaya más allá del legislador) con los aspectos de justicia, se torna difícil la identidad del derecho mismo, pues entonces faltan los puntos de vista legitimadores bajo los que el sistema jurídico pudiera verse obligado a mantener y preservar una determinada estructura [...] (Habermas, 143).

Por su parte, el sistema jurídico de Hart trae consigo una perspectiva distinta. Hart desarrolló un sistema institucionalizado de normas jurídicas.¹² Aquí, el sistema jurí-

¹² A este respecto se puede ver: Páramo, Juan Ramón, «Sistema jurídico», en: *Lecciones de teoría del derecho*, 1997, p.143.

dico es un conjunto de distintos tipos de reglas: a) reglas primarias cuyo contenido se constituye en deberes positivos o negativos que imponen el cumplimiento de acciones u omisiones; y b) reglas secundarias que se presentan, a su vez, como reglas de cambio, reglas de adjudicación y, por último, la regla de reconocimiento. Las reglas de cambio se caracterizan por facultar a los particulares y al legislador para la creación de reglas primarias. Por su parte, las reglas de adjudicación se encargan de regular la actividad jurisdiccional. En último lugar, y como eje nuclear del sistema jurídico, la regla de reconocimiento permitirá a Hart la fundamentación del derecho en una base ajena a las fundamentaciones de tipo moral. Por regla de reconocimiento Hart entiende:

[...] el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla última de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla[...] finalmente [...] alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas[...] (1961 : 133).

Hart hace expreso el carácter empírico de la regla de reconocimiento. A diferencia de Kelsen, cuya norma fundamental

es hipotética, la regla de reconocimiento se manifiesta como una cuestión de hecho:

[...] sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de un hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada puede ser válida y, en ese sentido, existir aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una regla práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho [...] (Hart, 137).

Respecto de la facticidad de la regla de reconocimiento hartiana, Habermas ha dicho:

[...] El orden jurídico es algo a lo que uno fácticamente se habitúa como parte de la forma histórica de vida en la que ha crecido, es decir, algo que se acepta por costumbre. Hart hace esto plausible recurriendo al concepto de juego del lenguaje de Wittgenstein. Al igual que la gramática de un juego del lenguaje, así también la regla de reconocimiento está enraizada en una praxis que desde afuera puede describirse como un hecho pero que los participantes aceptan y tienen por válida a fuer de obviedad cultural [...] (1998 : 272).

Desde la perspectiva de Habermas, tanto Kelsen como Hart miden la validez del derecho en los procedimientos establecidos para su creación. De esta forma, la legitimidad del derecho se traslada a una regla fundamental que determina la pertenencia formal de las reglas al sistema:

[...] Esta legitimación a través de la legalidad del procedimiento de producción normativa da primacía a la procedencia, es decir, a la corrección del proceso de positivización o de toma de acuerdos, por encima de la fundamentación racional del contenido de la norma. La legitimación del orden jurídico en conjunto se desplaza al origen o la fuente, es decir a una norma fundamental o regla de reconocimiento que todo lo legitima sin ser ella susceptible de legitimación racional [...] La vinculación de la validez del derecho a su génesis sólo permite una solución asimétrica del problema de la racionalidad. La razón y la moral quedan de alguna forma subordinadas a la historia. De ahí que la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de la seguridad jurídica deje en segundo plano la garantía de la racionalidad o rectitud normativa [...] (Habermas, 1998 : 271-272).

Ahora bien, la problemática derivada de la adopción del procedimiento legitimatorio positivista guarda relación directa con aquellas normas que Habermas ha denominado instituciones jurídicas, es decir, aquellas cuya íntima conexión con el mundo de la vida las hace no susceptibles de legitimación a través de meros procedimientos. Este tipo de normas

ejemplificadas por Habermas en los principios del derecho constitucional y penal (Habermas, 1981 : 516) requerirán, entonces, de otro tipo de justificación: una justificación práctico-moral. La incapacidad de los procedimientos positivistas se manifiesta, pues, en el hecho de transferir la necesidad de legitimación de las instituciones jurídicas al carácter legitimante de los órganos del Estado (Habermas, 1981 : 516). Resalta, entonces, la diferencia entre el formalismo de los procedimientos de legitimación positivistas y la concepción de la formalidad postconvencional habermasiana:

[...] legitimación mediante procedimiento no significa aquí que se recurra a las condiciones formales de justificación práctico-moral de las normas jurídicas, sino la observancia de las reglas procedimentales establecidas para la creación, interpretación y aplicación del derecho[...] (Habermas, 1981 : 343).

En conclusión, las propuestas del positivismo jurídico-analítico establecen como sustituto del derecho sacro (natural) la noción de una regla o norma que cierra el sistema jurídico. A diferencia del sistema iusnaturalista cuya unidad radicaba en los contenidos morales de las normas, la unidad del sistema jurídico positivista propone una unidad formal que se verifica en la forma como se establecen las mismas. Por su parte, la unidad desarrollada por el positivismo jurídico acudiría, en el caso de Austin, a argumentos decisionistas fundados en la mera autoridad y, en el caso de Kelsen y Hart, a la correspondencia formal de una norma de inferior rango con la regla básica del sistema.

El positivismo jurídico sociológico de Luhmann

Niklas Luhmann, al igual que los teóricos que impulsan una comprensión sistémica de la sociedad,¹³ desarrolla una concepción holística de la misma. En esta medida, el sistema social es percibido como un todo que prima sobre las partes que lo componen. Todos los sistemas se hallan circundados por un «entorno». El entorno se constituye en el espacio externo al sistema y la existencia del último estará supeditada a su capacidad para diferenciarse del entorno (Habermas, 1988 : 313). Ahora bien, a partir de la incidencia o no incidencia del entorno en el interior del sistema, se erige la ya clásica distinción entre sistemas abiertos y cerrados. El intercambio con el entorno caracteriza los sistemas abiertos y, por su parte, la ausencia de intercambio con el mismo caracteriza la existencia de los sistemas cerrados.

Todos los sistemas procesan insumos que reciben del entorno, es decir, se tornan en receptores de influencias provenientes del exterior. El sistema receptor del insumo externo, una vez ha procesado el insumo recibido, emite nuevamente al entorno el insumo que ha procesado en su interior. De esta forma, se produce un intercambio generalizado de insumos. La información que llega a un sistema se denomina *input*, y, aquella que se emite después de un procesamiento es denominada

¹³ Un sistema se define como un conjunto de elementos organizados que interactúan entre sí y con su entorno. El biólogo Ludwig von Bertalanffy (1901-1972) entendió la teoría de los sistemas como un medio para integrar las ciencias sociales y naturales. En esta medida, una teoría sistémica de la sociedad entiende el funcionamiento de la sociedad de la misma forma que el funcionamiento de los sistemas.

output. Ahora bien, si los sistemas cerrados no reciben insumos externos: ¿de qué manera resuelven la necesidad de una fuente que le abastezca de aquellos? La respuesta se halla en el carácter *autopoietico* (o autorreferencial) que distingue este tipo de sistemas: la capacidad de retroalimentación del sistema a través de sus propios componentes y procesos. Con el carácter *autopoietico* (o autorreferencial) el sistema garantizará su estabilidad ante las presiones provenientes del entorno.

Ya en el interior de la teoría de Niklas Luhmann, el origen de los sistemas sociales se funda en el concepto de «complejidad». La complejidad debe entenderse como caos, es decir, como el campo o espacio ilimitado del todo –los mundos posibles– (García, Amado, 1987 : 104). La reducción de esta complejidad será determinante para el surgimiento del sistema social (sociedad). La formación de la sociedad constituye la primera reducción de la complejidad del espacio absoluto que constituyen los mundos posibles. A partir de aquí, Habermas ha visto que, en la interpretación de Luhmann, la complejidad del mundo se concibe como el problema básico y la formación de sistemas como la solución a este problema:

[...] como se recordará, Luhmann interpreta el mundo en conjunto convirtiendo la complejidad en problema básico y entendiendo la formación de sistemas como la solución a ese problema [...] (Habermas, 1988 : 373).

El artífice de esta reducción será el otro concepto fundamental del que echa mano Luhmann para ordenar el «caos» de los mundos posibles: la comunicación:

[...] ahora bien, sólo mediante comunicación puede establecerse comunicación; no es posible comunicar sin participar en el sistema comunicativo. Esto implica que la sociedad, en cuanto compuesta de comunicaciones, se articula como sistema cerrado. Quiere esto decir, por una parte, que es el sistema social mismo el que constituye sus propios elementos o sea, el que produce comunicación mediante comunicación. Por otra parte, gracias precisamente a ese operar cerrado sobre sí mismo se decanta el sistema social frente a otros sistemas, establece sus propios límites. Allí donde existe comunicación, existe sociedad; donde no se opera mediante comunicación no existe sistema social [...] (Habermas, 1988 : 111).

La reducción de la complejidad del medio continúa a través de la formación de otros subsistemas sociales. Cuanto más se reduce la complejidad externa más aumenta la complejidad en el interior del subsistema que la reduce. En principio, y en un rasgo común con Habermas, Luhmann imputa a la comunicación el rol principal en el sistema social. Sin embargo, ambas perspectivas tomarán sentidos opuestos: «[...] la consecuencia que Luhmann deriva de esto es el rechazo radical de toda explicación de la comunicación en clave de acción, como acción comunicativa [...]» (Habermas, 1988 : 113). Este rechazo de Luhmann es el efecto lógico del holismo que sustenta su concepción de la sociedad: la sociedad se constituye por meras comunicaciones; es decir, por comunicaciones que se desligan de los sujetos que la componen. Las relaciones sociales serán, entonces, relaciones entre el siste-

ma social y los subsistemas y no entre los sujetos del sistema social (Habermas, 1988 : 157).

Habermas ha visto en esta exclusión de la interacción subjetiva una reflexivización de una relación objetualizante de la cual no se pueden extraer criterios de rectitud distintos a un aseguramiento cognitivo-instrumental de la pervivencia:

[...] la teoría de los sistemas sustituye « sujeto » por « sistema » y « objeto » por « entorno » y reduce la capacidad del sujeto para conocer y manipular objetos a la idea de manipulaciones sistémicas que consisten en hacerse cargo de la complejidad del entorno y hacerla manejable [...] (Habermas, 1981 : 504).

Ahora bien, en torno a la validez del derecho, Luhmann opta por el carácter *autopoietico* del subsistema jurídico. Por una parte, esta *autopoiesis* garantizará el autoabastecimiento de los componentes del subsistema jurídico y, por otra, lo designa como un sistema eminentemente cerrado. De esta forma, el *input* o el *output* normativo¹⁴ resultan imposibles en el subsistema jurídico de Luhmann. El derecho se funda en su más pura positividad, es decir, en su autopoiesis. Por consiguiente, esta perspectiva de la legitimidad del derecho desemboca tanto en un

¹⁴ En este sentido, Habermas ha dicho: «[...] no hay ni un output que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un input, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende [...]» (1998, p. 115).

arraigado formalismo como en un decisionismo acrítico: «[...] decisión legítima, desde el punto de vista social, sería aquella que se admite sin crítica, aquella cuya autoridad es aceptada sin examen de la corrección de sus premisas [...]» (Habermas, 1998 : 165).

La concepción positivista de la legitimación del derecho propugnada por Luhmann encaja perfectamente en el decisionismo y el formalismo característicos del positivismo jurídico. Habermas parte de las propias explicaciones de Luhmann:

[...] El derecho de una sociedad está positivado cuando la legitimidad de la pura legalidad encuentra reconocimiento, es decir, cuando el derecho se observa porque ha sido estatuido conforme a determinadas reglas por decisión competente. Y así, en un asunto central de la convivencia humana, la discrecionalidad se torna institución [...] (Habermas, 1988 : 383).

La síntesis perfecta de los dos rasgos positivistas de Luhmann se manifiesta en la inobjetabilidad de los procedimientos legales. De esta manera, el derecho se legitima a sí mismo en los meros procedimientos que dan origen a las leyes.

Habermas subraya que la postura de Luhmann se funda en una errónea desconexión entre los procedimientos legales y la dominación política, es decir, olvida que los procedimientos de creación del derecho se enmarcan en un sistema de dominación política y, por tanto, que mientras el sistema de dominación política adolezca de ausencia de legitimidad, los procedi-

mientos de creación del derecho producirán, a lo menos, un derecho vigente mas no legítimo (Habermas, 1988 : 383). Aquí, Habermas muestra como Luhmann, de la misma forma que los representantes del positivismo jurídico analítico, desplaza el problema de la legitimidad del derecho a instancias del poder político. El derecho se descarga sólo en apariencia de su necesidad de justificación práctica. Con este traslado Luhmann olvida que también las instituciones políticas requieren de un reconocimiento de legitimidad (Habermas, 384).

El positivismo jurídico sociológico de Weber

Desde la óptica de Habermas, la sociología del derecho de Max Weber se bate entre dos tendencias antagónicas. En una primera aproximación, Weber considera el derecho como una materialización de estructuras racionales práctico-morales de carácter postconvencional. Por el contrario, y desde una segunda perspectiva, el derecho aparece reducido a los límites de la racionalidad cognitivo-instrumental (Habermas, 1981 : 330). Ante tal disyuntiva, Habermas considera que Max Weber optó unívocamente por la segunda perspectiva. Su idea es que Weber consigue reducir el derecho a la acción instrumental, a través de una reducción empirista de la necesidad de justificación práctica del derecho: «[...] esto lo consigue a costa de una reinterpretación y reducción empirista de la problemática de la legitimación y de una desconexión categorial del sistema político respecto de las formas de racionalidad práctico-moral [...]» (330). Esto supone que la postura weberiana, que se asoma a la observación del derecho moderno como una materialización de estructuras de

conciencia en el nivel posconvencional, se vio relegada ante el predominio absoluto que, en el marco de su concepción del proceso de racionalización, ocupó la racionalidad cognitivo-instrumental.

Habermas piensa que ante Weber se configuró el horizonte necesario para identificar las estructuras postconvencionales del derecho moderno. La inclusión que Weber hizo del convenio o pacto de los interesados como una de las vías de legitimación de la legalidad se constituyó, justamente, en una evidencia importante de este horizonte. Desde esta perspectiva, la creencia en la legalidad hubiese obtenido un sustento en el acuerdo o pacto de los interesados y, por ende, hubiésemos estado ante una modalidad normativa de legitimidad –La modalidad empírica de legitimación adopta la perspectiva del observador, lo que, consecuentemente, genera una legitimidad vista por un observador neutral y ajeno al proceso discursivo. Contrariamente, la perspectiva del participante genera una legitimación emanada desde procesos discursivos que buscan alcanzar consensos fundados en normas (Serrano, Gómez, 1994 : 102)–. Sin embargo, Habermas considera que la insostenible interpretación weberiana de la tradición contractualista ignoró el carácter postconvencional del derecho moderno y, al mismo tiempo, extinguió la posibilidad de recurrir a una idea normativa de legitimidad. El error de Weber, según Habermas, se configuró al confundir las propiedades formales relativas al nivel postconvencional de fundamentación de las normas jurídicas con valores materiales particulares:

[...] Weber confunde nuevamente las propiedades formales del nivel postradicional de fundamentación, con valores particulares materiales. Tampoco distingue suficientemente dentro del derecho natural racional entre aspectos estructurales y aspectos de contenido, y por eso puede equiparar naturaleza y razón con contenidos de valor de que ha de desprenderse el derecho moderno [...] (Habermas, 1981 : 342).

Esta confusión condujo a Weber hacia la errada creencia que considera que todo intento legitimatorio, fundado en el acuerdo racional, recurre a valores materiales. Definitivamente, Habermas piensa que Weber desconoció todo el potencial que emanaba del contrato social (Habermas, 1998 : 543). A partir de una errada percepción de la formalidad propia de la postconvencionalidad del derecho moderno, la concepción weberiana vinculó la legitimidad del derecho a los procedimientos establecidos para su creación (Habermas, 1981 : 343). La legitimidad del derecho se redujo, entonces, a procedimientos inequívocamente formalistas. Este reduccionismo, según Habermas, es consecuencia de que en su concepción del proceso de racionalización del derecho los procedimientos se constituyen en los más evidentes resultados del mejoramiento de las cualidades formales del derecho. El efecto de este mejoramiento será, pues, la sustitución de problemas de fundamentación por problemas de procedimiento: «[...] la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos esta-

tuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto [...]» (Weber, 1977 : 30).

En esta medida, cobra relevancia el criterio de racionalidad que Habermas atribuye a Weber en torno a su concepción de las cualidades formales del derecho moderno (Habermas, 1998 : 540). Según Habermas, Weber consideró la racionalidad de las cualidades formales del derecho moderno desde tres puntos de vista que, en último término, consolidaron la neutralidad moral del derecho: a) la racionalidad de la regla; b) la racionalidad electiva y c) la racionalidad científica. En un primer momento, la racionalidad de la regla hace referencia a la forma en que la institucionalización de los procedimientos jurídicos, tanto para la creación del derecho como para su aplicación (leyes de procedimientos judiciales), permite el cálculo de las acciones de los sujetos de derecho a través de normas con sanciones jurídicas en el ámbito del tráfico social capitalista. Por su parte, la racionalidad del carácter electivo del derecho moderno se manifiesta en el hecho de que su carácter general, formal y abstracto posibilita las acciones estratégicas de los sujetos autónomos de derecho. Por último, la racionalidad científica se manifiesta en el saber metódico de los juristas que a través de la dogmática jurídica consolidaron la sistematización del derecho.

Esta concepción de la racionalidad de las cualidades formales del derecho moderno es evidente en la concepción weberiana del proceso de racionalización del derecho. Weber entiende la racionalización del derecho en dos vías: a) la racionalización de los procedimientos judiciales y b) la racionalización de las normas –o normas del derecho sus-

tancial. En cuanto a los procedimientos judiciales, Weber designa tres etapas históricas: en un primer momento, los procedimientos judiciales para la aplicación de las normas jurídicas se desarrollaron en el marco del formalismo mágico (Weber, 1977 : 519). Aquí, la corrección del juicio se define por la adecuación a procedimientos mágicos específicos en el marco de una determinada sociedad. Una segunda etapa en el desarrollo de los procedimientos judiciales se halla configurada en la determinación material de los procedimientos (Weber, 520). Durante esta etapa, la corrección del procedimiento se hallaba determinada por criterios extrajurídicos como las tradiciones o los privilegios y, por último, la racionalización de los procedimientos se consolida en una etapa en que las normas sustanciales –o derecho objetivo– se distinguen de las normas de procedimiento –o formales– (Carnelutti, 1997 : 21-28), es decir, las normas que rigen el proceso judicial se desligan de las normas que constituyen el objeto de la litis –conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión resistida (21).

En cuanto a la racionalización de las normas, tal como se ha visto a lo largo de esta parte del capítulo, el proceso weberiano de racionalización culmina con la separación entre normas morales y normas jurídicas. Es en este proceso, justamente, en el que Habermas percibe la reducción de la formalidad postconvencional del derecho moderno a meros procedimientos jurídicos para la creación de la ley y, por tanto, de la legitimidad a un mero procedimiento.

La propuesta de Habermas

Durante la década de los sesentas, 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 con una moral de principios. Pues bien, 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 tomado, por decirlo de alguna manera, limitados al momento de evaluar las diversas dimensiones de la justificación del derecho (Mejía, Quintana, 2004 y Falcon y Tella, 1994).

Las causas reales de este desbordamiento estriban no sólo en la interdisciplinariedad que caracteriza la formación académica de Habermas, sino también en el carácter universal que él mismo ha acuñado a su concepción de la racionalidad. 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.

La concepción habermasiana de la racionalidad, entonces, y debido a la universalidad que le imprime su carácter procedimental, 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.

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 uso pragmático,

el ético y el moral (Boladeras, 1996 : 102). 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 práctica a través del uso comunicativo del lenguaje.

Desde la publicación de los trabajos contenidos en *Teoría y praxis*, Habermas ya había preconcebido en la antinomia entre saber técnico/saber práctico, la irresoluta incompatibilidad de los usos de la razón práctica. Por tanto, la sobredimensionalización de la racionalidad técnica en el interior del positivismo jurídico, así como la sobredimensionalización de la racionalidad moral en el interior 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 culminó con el predominio excluyente de la racionalidad sistémica a través de la «colonización del mundo de la vida». Esto puso en evidencia el choque de racionalidades incompatibles: la tensión entre las racionalidades sistémica —o teleológica, generalizada y transferida a los sistemas autoregulados—, ética y moral. En el marco de esta tensión, la dimensión jurídica, a partir del papel que Habermas le atribuye como núcleo de la interacción social, se ha constituido en el escenario en el que pugnan entre sí las racionalidades sistémica, ética y mo-

ral. Las diversas y sesgadas tendencias entre las variadas corrientes que han intentado legitimar el derecho han constituido, por consiguiente, una clara expresión de este proceso de desintegración.

El mensaje de Habermas ha sido claro: mientras se continué 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, y 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, conse-

cientemente, 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 estos interrogantes Habermas respondería que el carácter prioritario de la legitimación del derecho se origina en la potencialidad del último 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, su ascenso a «categoría de mediación social» constituirá la función determinante del derecho. 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.

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 equilibradamente. Esta integración sólo resulta posible a través de la fundamentación del derecho en la racionalidad

semántico-sintácticas del lenguaje, sino también las propiedades pragmáticas del mismo —o propiedades del lenguaje que tienden al entendimiento—. Ante este vacío, Habermas apuntó sus esfuerzos hacia el desarrollo de una ciencia reconstructiva cuyo propósito constituiría 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 se configuraba en la reducción de los significados a meras características comportamentales. 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 él mismo una teoría que, si bien no suplió plenamente las limitaciones relativas al tratamiento de las propiedades pragmáticas del lenguaje, sí propugnó un uso formal del mismo: la teoría de los actos de habla (Habermas, 1996 : 306).

Habermas considera 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 insuficiente observación 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 —capacidad de construir inteligiblemente oraciones gramaticales—, mientras de la teoría de los actos de habla infirió una competencia comunicativa —capacidad de emitir actos de habla que satisfagan la pretensión de verdad, veracidad y rectitud—. Ambos modalidades de competencia llevaron a Habermas al planteamiento de los siguientes interrogantes: ¿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 realidad, 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 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. Es justamente debido a este último ámbito de la realidad que resulta imposible utilizar el término «oración gramatical» en el marco de la pragmática universal: los actos de habla se hallan siempre en el ámbito del discurso, es decir, en el ámbito de prácticas sociales determinadas.

Así, Habermas arribó a las cuatro pretensiones de validez constitutivas de la base de validez del habla (las condiciones del entendimiento posible): 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 (Habermas, 1996 : 300).

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 (Habermas, 1999 : 109). 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.

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.

Con base en estos dos niveles de comunicación, Habermas clasificó los modos de uso del lenguaje en: a) uso cognitivo, b) uso regulativo, y c) uso representativo (Habermas, 1996 : 358-359). 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 entenderse –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).

Estos niveles o ámbitos objetuales en los que cobran mayor o menor preponderancia ciertas pretensiones de validez de los actos de habla y un 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 histórica-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 universal 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 (McCarty, 2002 : 369). Desde esta perspectiva, podríamos decir que la distinción analítica entre el interés técnico y el interés práctico, que Habermas desarrolló en la décadas 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: 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 (Habermas, 1981 : 143). 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 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 (MacCarty, 2002 : 350). 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 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 no solo presupone participantes que interactúan discursivamente a partir de reglas morales, sino también implica 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 representativos: que expresen actitudes, sentimientos y deseos; y, por último, sólo se permite la participación de agentes que tengan igual oportunidad de realizar actos de habla regulativos: oponerse, permitir, prohibir, dar razones y exigirlos.

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 (Habermas, 1996 : 154). Esta función 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 (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 intencionalista) [...] (Habermas, 1999 : 107).

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 im-

plicado 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 (Habermas, 1998 : 67).

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 sociedad fragmentada entre el sistema (racionalidad sistémica) y el mundo de la vida (racionalidad comunicativa) (Habermas, 1998 : 100). 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.

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: pragmático, ético y moral (Habermas, 1989). 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 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 pragmático¹⁵ de la razón práctica, propio de las éticas

¹⁵ 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.

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 está 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 mejor, 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.

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, los sujetos del negocio se representan todos los efectos y consecuencias 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.¹⁶ Por consiguiente, a los ojos de Kelsen, la tradición contractualista mezcla, indebidamente, los planos del ser y el deber ser.¹⁷

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

¹⁶ Para una clara explicación de la noción kelseniana de voluntad puede verse: Recasens Fiches, Luis, *Panorama jurídico del siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963.

¹⁷ En este sentido puede verse el trabajo de María José Falcon y Tella, 1994, p. 110.

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 postconvencionalidad 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:

[...] Considerado en cuanto a 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, falta examinar en qué medida alcanza su fin [...] (Kelsen, 2000 : 57).

En este mismo sentido, L. Rava sostuvo, con fundamento en la distinción kantiana entre imperativos éticos e hipotéticos, la eminente naturaleza técnica del derecho (Soriano, 1993 : 42). El derecho se circunscribió a un medio para la consecución de fines específicos. Kant ya había clasificado los imperativos en: a) imperativos hipotéticos y b) imperativos categóricos. 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 (Kant, 1996 : 59). 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 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 monológico –en el que la validez de los juicios morales se desarrollan en el marco de consciencia del sujeto excluyendo su formación a través de procesos discursivos– 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» (Habermas, 1998 : 223), 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 voluntario del derecho –tal como se observó en el capítulo anterior, 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–.

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, 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 tanto la filosofía moral y como la del derecho han tomado sendas irreconciliables que, desde una razón práctica escindida, se tornan aun más distanciadas (Habermas, 1998 : 68). 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.

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: ¿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.

El balance que Habermas realiza acerca de las distintas vías a través de las cuales se ha intentado articular ambas categorías no es alentador. Desde la perspectiva que brin-

da 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 (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 de original de Von Savigny. 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 Ihering 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. Justamen-

te 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 (Kelsen, 2000 : 98). 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 esta puede prescindir.

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. No sólo Kelsen ha negado la existencia de los derechos subjetivos. También Duguit (1859-1928) negó la existencia de los mismos. Según este último, la noción de derecho subjetivo poseía un carácter eminentemente metafísico y, por tanto, carecía de aptitud para ser objeto de la ciencia del derecho. 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 son un reflejo de un problema principal: la necesidad de la 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 claramen-

te: ¿el modelo hobbessiano 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 hobbessianos 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 desacertadamente «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.

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 antagónica 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 hobbessiana del poder (Hobbes, 1994 : 69-70), 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 corres-

ponde, desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa, a una sociedad enmarcada y regida por una 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 (Bodenhaimer, 1997 : 73). 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 en el interior 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 en el interior del paradigma.

Por su parte, y nuevamente en el interior 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, 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 (Kelsen, 2000 : 58). 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 (Bobbio, 1985 : 129). De una u otra 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

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 [...] (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 [...]» (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 implican 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:

[...] 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 [...] (180).

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. 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 por 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 y a través del derecho:

[...] las sociedades modernas no sólo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y proce-

sos 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 [...] (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 [...] (102).

Justamente por esta razón, el derecho, 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 de 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, 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 el 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, 1989).

Una teoría reconstructiva de la legitimación

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 superarla a través de una teoría reconstructiva de la legitimación.

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 (270). Ahora bien, Habermas ha considerado que no resulta sufi-

ciente preferir 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» (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 (1994 : 1).

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» (1976 : 271). 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 (272).

(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 (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, 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 Validez*. Es decir, si a los ojos del Habermas de *Facticidad y Validez* 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 (1994 : 81), 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 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* (Habermas, 1998 : 173).

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 componen-

tes, 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 [...] (72).

El principio *D* posibilita –a pesar de que las cuestiones morales y las cuestiones jurídicas traten genéricamente de los mismos problemas, es decir, de ordenar legítimamente las relaciones interpersonales, coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas y de solucionar conflictos de acción sobre el transfondo de principios normativos– (171) que los asuntos jurídicos y morales 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 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 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 esta 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 de la teoría de Habermas, y en pro del cumplimiento de sus propias funciones, la superación de la asimetría entre autonomía moral y la autonomía política.

Habermas acude a la neutralidad del principio *D* para configurar una noción abstracta de autonomía que permi-

La solución a la tensión interna

Hemos enunciado que todas las dificultades que han embargado los paradigmas legitimadores del derecho pueden limitarse, desde la perspectiva de Habermas, 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 cooriginal 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 [...]» (172).

Sin embargo, antes de la obtención del principio *D* –desarrollado en *Facticidad y Validez*– 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

ta suponer una constitución cooriginal 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, 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 efectuales 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, mas 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 [...] (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 (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 (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 (181).

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 diverso 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. Estos derechos fundamentales son:

- 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 autónomas 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 fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados (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 cooriginalidad 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 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 anclado en los ámbitos básicos privados del mundo de la vida [...] (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 que 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 el interior de 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 (García, Amado, 1997 : 89-90).

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, 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 con-

tenidos que una emigración de los mismos en el interior del derecho. Con esto, Habermas asegura la diferenciación entre ambos sistemas normativos y, a su vez, pretende 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 del derecho a través de la emigración de contenidos morales (García, Amado, 1997 : 89-90).

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 bajo 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 tensión 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 el primer capítulo, se tornaba en el instrumento adecuado para la organización correcta de la sociedad. Esto suponía una especie de superioridad del poder político sobre el derecho: este era

Conclusiones

La forma como Habermas legitima el 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.

Sin embargo, y a pesar de la inclusión de razones éticas y pragmáticas en el interior del procedimiento democrático creador de derecho, la carga de la legitimación del último recae con exclusividad en la racionalidad moral. Las

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 cooriginal 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, 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. 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 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.

Este poder comunicativo especificado 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 social —entendido según la concepción weberiana— y ejerce el poder coactivo del Estado bajo los cauces determinados por el derecho.

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 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 al 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. 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 en-

tre 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, ésta, 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.

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 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 cooriginal 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 cooriginal 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 indisponibilidad del derecho. Pero, en última instancia, surgen las preguntas: ¿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 posconvencional (principio *D*); ambos, desde su origen, se diferencian por una naturaleza propia. Esto le permite respetar la naturaleza instrumental y coactiva del derecho que resultaría imposible derivando el 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 concebidos como el resultado de una presuposición recíproca. En un segundo momento, Habermas establece una constitución cooriginal entre el derecho y el poder político. El derecho presupone en su interior un poder político que se encargue de la faceta instrumental y coactiva del derecho 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

Principal

- Habermas, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ediciones Taurus, Madrid, 1976.
- _____, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Editorial Taurus, Madrid, 1981.
- _____, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.
- _____, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Ediciones Paidós Ibérica, Buenos Aires, 1987.
- _____, *La lógica de las ciencias sociales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- _____, *Acerca del uso ético, pragmático y moral de la razón práctica* (conferencia publicada por la Universidad de los Andes, 1989).
- _____, *Teoría y praxis*, Ediciones Altaya, S.A., Madrid, 1994.
- _____, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Red Editorial Latinoamericana, México, 1996.
- _____, *Facticidad y validez*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- _____, *Verdad y justificación*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- _____, *Ciencia y técnica como ideología*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

Complementaria

- Arciniegas de Rojas, Yolanda, *La psicología del desarrollo*, Universidad de San Buenaventura, Facultad de Educación, Cali, 1983.
- Asís Roíg, Rafael de, «Estudio preliminar», en: Bobbio, *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, España, 1998.
- Aristóteles, *Ética nicomaquea*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Bacon, Francis, *Del cielo*, Ediciones Altaya, Barcelona, 1995.
- Barreto, Luz Marina, *El Lenguaje de la modernidad*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1994.
- Bernhardt, Jean, «Hobbes», en *Historia de la filosofía*, II, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1983.
- Betegon, Jerónimo, «El positivismo jurídico», en: *Leciones de teoría del derecho*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.
- Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, Alianza Editorial, S.A, Madrid, 2001.
- Bloch, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1980.
- Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1985.
- _____, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- _____, *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, España, 1998.
- Bobbio y Bovero, *Sociedad y estado en la filosofía moderna, el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1997.

Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

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

Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Librería «El Foro», Buenos Aires, 1997.

Córdoba, Arnaldo, «Moral y Derecho», prólogo en los *Principios Metafísicos del Derecho* de I. Kant, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968.

Cortina, Adela, *Crítica y Utopía*, en: *La Escuela de Frankfurt*, Editorial Cincel, 1985.

Dreier, Ralf, *Derecho y justicia*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogota, 1994.

Fernández, Lelio, «La Política en Aristóteles», en: *Obras clásicas del pensamiento político*, Universidad del Valle. Cali, 2002.

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

García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.

Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, 1961.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Kant, *La metafísica de las costumbres*, Ediciones Altaya, S.A., Barcelona 1993.

_____, *La Paz perpetua*, Editorial Aguilar, Madrid, 1967

_____, *Principios Metafísicos del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968.

_____, *Fundamentacion de la metafísica de las costumbres*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996.

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

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

Mejía Quintana, Oscar, *Derecho, dignidad, y democracia deliberativa*, Editorial Temis, 1998.

_____, *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, Congreso iberoamericano de filosofía del derecho, Lima, 2004.

Moncada, Cabral de, «Derecho positivo y ciencia del derecho», en: *El hecho del derecho*, Editorial Losada, S.A.; Buenos Aires, 1956.

Reale, Miguel, *La teoría tridimensional del derecho*, Editorial Edeval, Valparaíso, 1978.

Recasens Fiches, Luis, *Panorama jurídico del siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963.

Rodilla, Miguel Ángel, «Estudio preliminar», en: *Diálogo entre un filósofo y un jurista y Escritos autobiográficos*, Thomas Hobbes, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

Páramo, Juan Ramón, «Sistema jurídico» en: *Lecciones de teoría del derecho*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.

Pasini, Dino, *Derecho y sociedad en Kant*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1957.

Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y racionalización*, Editorial Anthropos, 1994.

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

Weber, Max, *Economía y sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1977.

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

IMPRESO EN AGOSTO DE 2007
IMPRESIÓN DIGITAL
LITOCENCOA LTDA.
E-mail litoclientes@litocenco.com
Cali - Colombia

OTROS TÍTULOS

La trama poética de la persona
Enrique Jaramillo Buenaventura

Ingamanda Parlu. Estrategias de resistencia bilingüe
Carlos Enrique Pérez Orozco

El uso pacífico de la energía nuclear en Argentina - Brasil y Euratom. Cooperación e integración regional
Juan Pablo Milanese

Fronteras y colonización en el norte del gran Cauca, siglos XIX y XX
Jaime Eduardo Londoño Motta

Valle del Cauca, siglos XIX y XX balances y perspectivas historiográficas
Jaime Eduardo Londoño Motta y Rafael Silva Vega, compiladores

El republicanismo de Maquiavelo
Rafael Silva Vega

{ E X }

El problema de la legitimación del derecho ha sido una constante en el ámbito de la reflexión filosófica. La tendencia positivista ha pretendido justificarlo desde la misma racionalidad jurídica, mientras otras corrientes (entre ellas la iusnaturalista) lo han justificado a través de su vinculación a elementos morales. En *La legitimación del derecho en Habermas* se muestra que en los trabajos del filósofo alemán existen suficientes elementos a favor de una teoría de la legitimación del derecho en la que los ámbitos morales y jurídicos se articulan equilibradamente.



ISBN 958927994-5

