

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

EL CONCEPTO DE DERECHO EN JÜRGEN HABERMAS

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos la importancia del pensamiento jurídico de Jürgen Habermas. Trataremos de reflexionar sobre el pensamiento del autor en cuestión, estudiando su idea de derecho y Estado, así como el papel de la facticidad y la validez. Dicho autor es un sociólogo y filósofo alemán que ha incursionado en el mundo de la jusfilosofía, siendo así uno de los grandes teóricos de nuestro tiempo. Reflexiona sobre la posibilidad de la administración democrática en una formación social. Para él, el derecho es el procedimiento adecuado que interactúa con su propuesta llamada *acción comunicativa*. Indagaremos un poco sobre su propuesta teórica y metodológica, con el propósito de tener más clara su idea de derecho. La obra de Habermas ha sido sumamente rica en contenido y propuestas vertebrales, observable en uno de sus primeros textos *Historia y crítica de la opinión pública*,⁴⁷⁴ pasando por su actuación en el marxismo académico,⁴⁷⁵ hasta su conversación con el papa Joseph Ratzinger,⁴⁷⁶ hasta su último texto *En la espiral de la tecnocracia*,⁴⁷⁷ publicado en alemán en 2013 y en castellano en 2016. Dado lo restringido de nuestra temática, nos centraremos sólo en los textos fundamentales donde se aborda la cuestión del derecho y buena parte de su marco conceptual, con el fin de rescatar una idea más puntual de su pensamiento, como lo constituye el tomo I de su *Teoría de la acción comunicativa*, y su clásico libro *Facticidad y validez*.

⁴⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981, pp. 124-161.

⁴⁷⁵ Habermas, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1992, pp. 131-180.

⁴⁷⁶ Habermas, Jürgen, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, Madrid, FCE, 2006, pp. 50 y ss.

⁴⁷⁷ Habermas, Jürgen, *En la espiral de la tecnocracia*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 57-94.

II. DESARROLLO

Para entender el concepto de derecho en el filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas, necesitamos ahondar un poco en el marco categorial en el cual se sostiene. Es obvio que el germano no es jurista, pero ha escrito una de las obras fundamentales sobre el derecho en el siglo XX. Su libro llamado *Facticidad y validez* es una muestra objetiva de tal cuestión. En él se habla del vínculo entre el ser, que es la facticidad, y el deber ser, que implica la validez. La facticidad se refiere a un procedimiento que identifique la complejidad de la interacción social, al estado de cosas, a lo concreto, a la *praxis*, es decir, a los tribunales, al dispositivo legislativo y al sistema económico y social. En cambio, la validez tiene que ver con el entendimiento de los participantes en la problemática abordada. Constantemente está enlazada con la eficacia.

Para Hans Kelsen, la eficacia de un orden jurídico a nivel global es implicación necesaria de la validez de tal ordenamiento, de tal forma que el derecho positivo, ubicado a nivel total, no es eficaz, o sea, es juridicidad que no es válida, ya que no está enlazado con un sistema jurídico.⁴⁷⁸ Este registro ampliado de la validez queda ubicado en el andamiaje fenoménico del mundo de la vida, planteado por el sociólogo austriaco Alfred Schütz,⁴⁷⁹ entendido como la vida cotidiana, una disposición propia del hombre cuyo término será, desde la perspectiva de Husserl, la *lebenswelt*, es decir, para establecer las maneras del vínculo de un individuo con el mundo. Este andamiaje hace necesariamente una generalización de la concepción peirceana de la comunidad indeterminada de comunicación, en tanto exploración de la reciprocidad de la verdad que ocupa lugar entre investigadores. El choque de fuerzas entre facticidad y validez que Charles Sanders Peirce reconoció en los supuestos de la argumentación en la práctica científica, podemos perseguirlo a través de los mecanismos comunicacionales de los múltiples modelos argumentativos, hasta dentro de los presupuestos pragmáticos de los actos de habla particulares y de los contextos y formas de interacción trabados por esos actos de habla.⁴⁸⁰ El mundo de vida es condición de la necesidad jurídica como normativa y conductual. Es importante precisar que la mayor parte de nuestro conocimiento tiene su origen en la experiencia propia, mientras que otro tanto del mismo reside en las experiencias de nuestros amigos, conocidos, familiares y allegados. Habermas le da una im-

⁴⁷⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 69 y ss.

⁴⁷⁹ Schütz, Alfred, "Formación de conceptos y teorías en las ciencias sociales", *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1954, p. 80.

⁴⁸⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005, p. 78.

portancia significativa al vienés Alfred Schütz, discípulo directo de Edmund Husserl. La idea de mundo de la vida cotidiana supone que el ser humano participa de formas ineludibles de su quehacer. Continuamente el sujeto se expresa en función de su anecdotario recurrente. La comprensión observacional que practicamos en nuestros nexos con los otros es central para esa cotidianidad. Es muy relevante la intersubjetividad que implica una característica del mundo de la vida. Todo esto lo plantea Schütz con el método fenomenológico aplicado no a la filosofía, sino a las ciencias sociales. La tarea de Habermas consiste en incorporarlo al mundo de la juridicidad. Por otro lado, el pragmatista estadounidense Charles Sanders Peirce elabora la noción de comunidad, que es muy importante para su teoría discursiva del derecho. Señala: “Si los hombres tienen realmente algo en común de manera que la comunidad deba considerarse como un fin en sí mismo, y, si es así, cuál sea el valor relativo de los dos factores, es la cuestión práctica más fundamental en relación con toda institución pública, en cuya constitución tengamos la capacidad de influir”.⁴⁸¹

Así, en los *Collected Papers* encontramos la visión de comunidad más concreta y avanzada, que nos permitirá contextualizar su idea de lo comunal. “Esta comunidad no debe ser limitada sino que debe extenderse a todas las especies de seres con los que podamos llegar a tener una relación intelectual inmediata o mediata”.⁴⁸² Es por eso que una colectividad dialogal tiene que ampliarse de manera lingüística hasta integrar una comunidad universal con fines específicos. También así lo plantea Habermas. Esta idea es parecida a la noción de auditorio universal propuesta por Chaïm Perelman, para quien el auditorio es aquel “conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación”.⁴⁸³ Y el acuerdo, “de un auditorio universal no es una cuestión de hecho sino de derecho. Porque se afirma lo que es conforme a un hecho objetivo, lo que constituye una aserción verdadera e incluso necesaria, ya que se cuenta con la adhesión de quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón”.⁴⁸⁴ Así, este auditorio universal “no se trata de un hecho probado por la experiencia, sino de una universalidad y de una unanimidad que se imagina el orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal”.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Peirce, Charles, *El hombre, un signo*, Barcelona, Crítica, 1988, p. 87.

⁴⁸² Peirce, Charles, *Collected Papers 1931-1958*, Cambridge, Harvard University Press, 8 vols., p. 654.

⁴⁸³ Perelman, Chaïm y Olbrechts Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, p. 55.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁸⁵ *Idem*.

Como vemos, existe en Perelman una teoría de la argumentación basada en una verdad por consenso, lo que implica dejar de lado la propuesta positivista de la coacción y de la imputabilidad planteadas por las teorías jurídicas normativistas desde el siglo XIX. Habermas toma en cuenta, de manera significativa, la noción peirceana de comunidad, tal y como lo plantea el semiólogo en sus *Collected Papers*: “Por otro lado no puede haber razón en contra de ello; y, por fortuna, como el único requisito es que tengamos ciertos sentimientos, no hay nada en los hechos que nos impida tener una *esperanza*, o sosegado y alegre deseo, de que la comunidad vaya a durar más allá de cualquier fecha concreta”.⁴⁸⁶

El planteamiento de la comunidad peirceana no refleja de manera directa una comunidad real o física sino como una idealización por venir, como una significación dada, donde cabe la acción y la transformación. A nuestro juicio, la comunidad se expresa a nivel normativo en tanto se enlaza lo teórico con lo práctico. Es una comunidad *docens* y *utens*. De la misma manera que existe una hermenéutica *docens* a nivel de doctrina o interpretación y la hermenéutica *utens*, es la hermenéutica misma ofreciendo los instrumentos hallados teóricamente con objeto de aplicarlos a la práctica. Es por eso que la comunidad de investigadores estará compuesta por seres racionales que tendrán como culminación lo trascendental.

La propuesta de Habermas es, de una manera u otra, estimativa y argumentativa, y se conduce hacia los portadores de una cultura jurídica concreta y específica que se propone ir más allá del ideal normativista de edificar una teoría general y descriptiva de validez universal. Recordemos que la validez es normativa. Para Habermas, el conflicto entre facticidad y validez se traslada a los presupuestos comunicacionales orientados a la comprensión discursiva. La sociedad contemporánea es complicada y diversa, y se encuentra integrada por sujetos libres e iguales a nivel formal, ocultando una desigualdad económica y política desde una perspectiva real, y su camino de articulación es para Habermas la teoría de la acción comunicativa. El derecho determinado históricamente, en tanto poder fáctico, requiere una fundamentación en términos de racionalidad, puesto que no es suficiente con la estructura reglamentaria y legicéntrica, pues deben constituirse en un amplio consenso. Pero “la sociedad moderna se ha vuelto, mientras tanto, tan compleja, que estas dos figuras de pensamiento, a saber, la sociedad centrada en el estado y la de una sociedad compuesta de individuos, ya no se les puede aplicar sin problemas”.⁴⁸⁷ Para este desbordamiento es neces-

⁴⁸⁶ Peirce, Charles, *op. cit.*

⁴⁸⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 63.

rio el dispositivo estructurador y organizador del derecho. Ahora bien, este derecho irá más allá del positivismo y del derecho natural.

Ya la teoría marxista de la sociedad, había sacado de ello la consecuencia de renunciar a la teoría normativa del estado. Pero aún en este caso, la razón práctica, ahora en términos de la filosofía de la historia, deja sus huellas en el concepto de sociedad que habría de administrarse democráticamente a sí misma y en la que junto con la economía capitalista, habría de quedar absorbido, disuelto y extinguido el poder burocrático del estado.⁴⁸⁸

Lo que sucede es que Habermas ubica al derecho como aquel aparato orientado a administrar democráticamente a la sociedad; para ello construye un paradigma de derecho, en tanto eje de la organización de la sociedad. Eso implica una apuesta por el capitalismo y un desdén, como vemos en la cita anterior, hacia una postura crítica; sin duda alguna ha sido partidario de la socialdemocracia y del liberalismo. Piensa que en su marco conceptual del derecho se ubica la integración, constituyendo un esquema de interpretación y justificación de lo jurídico, donde el Estado democrático de derecho es la línea a seguir. ¿A qué Estados se refiere? Por supuesto, recurre a Alemania, a los países escandinavos, a Estados Unidos y a Japón. “Me limito a discusiones que se están desarrollando en la actualidad en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos porque solo estoy familiarizado en cierta medida con estas dos tradiciones jurídicas”.⁴⁸⁹ Se refiere de manera concreta a dos países que han acentuado su forma económica en el capitalismo tardío. No obstante considerarse un lego en derecho, se asombra sobre las discusiones que han permitido logros constructivos del derecho.

Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la “comprensión paradigmática de fondo” del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige sobre todo contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas, y sobre todo contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes.⁴⁹⁰

En su óptica, es muy importante la existencia de la autocomprensión práctico-moral de la humanidad.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 59.

Esta autocomprensión se expresa por igual tanto en los testimonios de la conciencia moral universalista como en las instituciones del Estado democrático de derecho, en que se articula la idea de libertad. La teoría del discurso es una tentativa de reconstruir esta autocomprensión, de modo que pueda afirmar su propia especificidad normativa, tanto frente a las reducciones científicas, como frente a las asimilaciones estéticas.⁴⁹¹

Dicha autocomprensión tiene relevancia, ya que en el siglo XX y lo que va del XXI ha llevado a la humanidad al terror de la sinrazón existente, destruyendo las últimas huellas de una confianza esencialista en la razón. Habermas se muestra como un relativista en pleno. También se observa cierto equivocismo al ver su teoría comunicacional dotada de “un núcleo anarquista ha de tenerlo, ciertamente ese potencial de libertades comunicativas desencadenadas, del que han de nutrirse las instituciones del Estado democrático de derecho, a fin de garantizar de forma efectiva iguales libertades subjetivas”.⁴⁹² Por otro lado, hay un enorme rechazo al socialismo, sobre todo a la experiencia soviética, prefiriendo “las sociedades de occidente articuladas en términos democráticos y de Estado de derecho”,⁴⁹³ aunque es necesario reconocer su idea de democracia sustancial. “El Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical. Convertir este presentimiento en una idea es la meta de la presente investigación”.⁴⁹⁴

Utiliza el lenguaje en función de acuerdos de todo tipo, como base de la interacción social a partir de una situación, comunicacionalmente hablando, adecuada. No está de acuerdo en construir una teoría general de carácter descriptivo y universal, como lo ha pretendido el positivismo, ni tampoco cierto tipo de marxismo. Pashukanis está a favor de una teoría general del derecho ubicada en términos clasistas. Su idea de derecho es opuesta a Habermas. Veamos:

Contra la teoría general del derecho como la entendemos nosotros no se puede objetar que tal disciplina tenga por materia únicamente definiciones formales y convencionales y construcciones artificiales. Nadie pone en duda que la economía política estudia una realidad efectiva aunque Marx haya hecho la advertencia de que el valor, el capital, el beneficio, la renta, etc., “no pueden observarse con el auxilio del microscopio y del análisis

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁹² *Idem*.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁹⁴ *Idem*.

químico”. Ahora bien, la teoría jurídica opera con abstracciones no menos “artificiales”; “el sujeto jurídico” o la “relación jurídica” tampoco pueden ser estudiados con los métodos de las ciencias naturales, pero detrás de tales abstracciones se ocultan tal vez fuerzas sociales absolutamente reales.⁴⁹⁵

Habermas plantea la continuidad de la forma jurídica en el capitalismo bajo la modalidad de Estados constitucionales de derecho. Pasó del marxismo o de la teoría crítica, en los años cincuenta, sesenta y setenta, a un liberal igualitarismo en épocas más recientes. No acepta el papel del método de la crítica de la economía política para el estudio del derecho, mucho menos ubica el derecho en tanto forma fetichizada de dominación y que constituya una ilusión ideológica. Presento la cita de Pashukanis para observar sus diferencias. Para este último es fundamental el papel no sólo del valor, del capital, del mercado y de la plusvalía, sino esencialmente la forma jurídica y la forma político-estatal. El marxismo se opone a visualizar una teoría general del derecho en términos de conceptos abstractos y subjetivistas, como el de razón comunicativa, consenso, mundo de vida o Estado de derecho. Pashukanis, en consonancia con la tradición marxista, piensa que el derecho no es eterno, y señala su desaparición en el comunismo. Veamos cómo lo entiende cuando dice que “Marx, pues, concebía el pasaje al comunismo desarrollado, no como pasajes a nuevas formas de derecho, sino como extinción de la forma jurídica en general, como liberación de esta herencia de la época burguesa, destinada a sobrevivir a la burguesía misma”.⁴⁹⁶ El jurista soviético entiende muy bien que su propósito ha sido “formular una orientación marxista para la teoría general del Derecho”.⁴⁹⁷ Es obvio que Habermas se opone a una teoría así construida, para lo cual recurre a un normativismo cuasi positivista. Como buen kantiano, Habermas considera las categorías jurídicas vertebrales como algo ubicado por encima de la experiencia y la *praxis*. Parece que Habermas, como liberal igualitario, piensa en la eternidad del Estado y el derecho. Tal cuestión nos lleva a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto la conceptografía habermasiana puede ser una teoría del derecho sin reducirse a la sociología burguesa, sin subsumirse en la psicología? Alejarse de la capacidad de tomar la idea de derecho en su movimiento real, descubriendo la esencia de sus nexos internos, es algo sumamente frecuente en las teorías generales del derecho; sea ésta la kelseniana o la pospositivista. Estas corrientes se distancian del derecho en su mane-

⁴⁹⁵ Pashukanis, Evgeni, *Teoría general del derecho y el marxismo*, La Paz, Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social, 2016. p. 90.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 63.

ra más completa y cabal. En vez de explicar la relevancia de tales nociones para un periodo histórico determinado, prefieren entregar una conceptualización abstracta de la acción, de la comunicación o de la discursividad.

Aquí observamos una concepción diferente de derecho y de Estado. Pashukanis plantea que la forma jurídica y la forma estatal deben desaparecer sin tener ningún fetichismo con el capitalismo. La dominación que ejerce el derecho subjetivo (*jus agendi*) es vital, ya que el fetichismo de la mercancía se enlaza con el fetichismo jurídico. Por eso, para Pashukanis es necesaria una teoría marxista del derecho que lo cuestione radicalmente. Para ello, no le sirve ninguna teoría capitalista del Estado y del derecho, sino una teoría general capaz de criticar radicalmente a los mismos. En esa ruta, se comprende el derecho y el Estado no ya como un atributo de una sociedad humana abstracta, sino como una categoría histórica que corresponde a una estructura social determinada, edificada sobre la oposición de intereses privados.⁴⁹⁸ Así, “el Estado de derecho se transformó en una sombra inmaterial hasta que al fin la grabación extraordinaria de la lucha de clases forzó a la burguesía a quitar la máscara del estado de derecho y a develar la esencia del poder como violencia de una clase sobre la otra”.⁴⁹⁹ Esto significa que la forma jurídica tiene sus raíces en la economía; es por eso que hay una relación entre la forma jurídica y la forma mercancía. En ese sendero, una crítica del derecho capitalista desde la perspectiva del socialismo científico debe tener como punto de partida la crítica de la economía política tal como ha sido planteada por Carlos Marx.

Volvamos con Habermas. Para él, la validez jurídico-formal de una norma es una validez en potencia o una validez abstracta. Él dice: “válidas son aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellos pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.⁵⁰⁰ Por consiguiente, la construcción convenida de las normas jurídicas asume el conflicto constante entre facticidad y validez. Es decir, hay una tensión permanente entre el ser y el deber ser, entre lo óntico y lo deóntico. Es importante apuntalar que nuestro autor defiende con mucha energía a la teoría de la democracia liberal, de la cual se considera deudor, conceptualmente y en los hechos. Por eso dice Habermas:

Esa comprensión paradigmática, al igual que el Estado de derecho mismo, conforme a la cual los hombres sólo pueden actuar como sujetos libres en la

⁴⁹⁸ Pashukanis, Evgeni, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 201.

⁵⁰⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 172.

medida en que sólo obedezcan leyes que ellos mismos se hayan llegado. Pero esta idea sólo es “dogmática” en un sentido inofensivo. Pues en esta idea no hace sino expresarse una tensión entre facticidad y validez, que viene dada con el *factum* de la estructuración lingüística de las formas de vida socioculturales, “dada”, es decir, que *para nosotros*, que hemos desarrollado nuestra identidad en tal forma de vida, resulta irrebutable.⁵⁰¹

Y, lógicamente, su idea de la existencia de sujetos autónomos, que obedecen a normas que ellos mismos se han autorizado a través de la intersubjetividad, es una ilusión totalmente utópica del derecho y del Estado capitalista. Es claro que aquí hay una tensión entre la facticidad, como mundo de los hechos, y la validez, en tanto normas establecidas para ser cumplidas. Al final del noveno capítulo, la cita anterior obtenida es una síntesis del marco conceptual de nuestro autor. Antes, nos ha ofrecido su caracterización de democracia. “Una democracia deliberativa, entendida como democracia comunicativa, es una democracia radical”.⁵⁰² Esto significa que hay un conflicto entre el idealismo del derecho constitucional y el materialismo de un orden jurídico, manifestado entre la facticidad societal y la comprensión del derecho actual. Ya que esta tensión es observable en el campo de la sociología jurídica y en la discursividad de los filósofos acerca de la moral.

La configuración del Estado de derecho puede entenderse como la secuencia básicamente abiertamente de dispositivos, precauciones y cautelas aconsejados por la experiencia contra el avasallamiento del sistema jurídico por el poder ilegítimo de los estados de cosas, es decir, de las circunstancias y relaciones sociales y políticas, que contradiga la autocomprensión normativa del derecho. Se trata aquí de una relación externa (percibida desde el punto de vista del sistema jurídico) entre facticidad y validez, una tensión entre norma y realidad, que representa ella misma un desafío a que se la elabore normativamente.⁵⁰³

Para Habermas, el derecho es una propuesta procesal cuyo contenido se plasma en la configuración normativa; eso lo acerca, de una manera u otra, al reglamentarismo positivista, lo cual no es nada criticable, ya que él es uno de los pocos filósofos alemanes que desde el tiempo de Hegel escribe un texto relevante y bien estructurado sobre el derecho. A partir de esta consideración se propone superar la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la propia sociología jurídica. Para él, es fundamental que los indi-

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 532.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 102.

⁵⁰³ *Ibidem*, pp. 101 y 102.

viduos se integren socialmente a través de valores, normas y la comprensión para plantear sistémicamente, mediante los mercados y la administración. Entiende el sistema jurídico como un conjunto de enunciados normativos y de interpretaciones de normas orientado a regular la conducta real. Para él, el derecho es un sistema de conocimiento y de conducta, atravesados por la razón práctica y la razón comunicativa. Su propuesta no implica el establecimiento de una teoría del derecho y la moral, sino construir un discurso social enlazado a lo jurídico para explorar la racionalidad de un modo determinado de vida. Se trata, pues, de establecer la defensa racional y objetiva del derecho, en tanto proceso particular que pasa de lo óntico a lo deóntico; es decir, del ser hacia el deber ser, manifestado en la facticidad y en la validez de una sociedad determinada.

El dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas que coordinan la acción 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 gasto de energías comunicativas sino objetivamente, por así decir, a espaldas de esos participantes. De este modo el derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social.⁵⁰⁴

Es obvio que para la integración social se necesitan dispositivos, precauciones y cautelas; es decir, un cuerpo articulado de recursos que generan y producen actividades prácticas que tienen que ser estimadas a reserva de los posibles efectos y daños al individuo o a la sociedad. Estas formas son una práctica de la autodeterminación que plantea la libertad comunicativa, ya que “el derecho nutre en última instancia su capacidad de integración social de las fuentes de la seguridad social”.⁵⁰⁵ Esta fascinación por la libertad comunicacional, la democracia comunicacional y el derecho comunicacional, es totalmente opuesta en la comprensión del derecho como producto de propietarios de mercancías entre sí y como derivación de las relaciones sociales de producción.

La facticidad es la coerción jurídica, asegura a la regla una aceptación de tipo medio, mientras que la validez sustancial (autolegislación) es la única capaz de desempeñar o resolver la pretensión de legitimidad de las reglas, o sea, de tomarlas racionalmente aceptables.⁵⁰⁶ La palabra “fáctico” tiene su génesis en el vocablo latino *factum*, que significa “hecho”, junto al sufijo *ico*,

⁵⁰⁴ *Idem*.

⁵⁰⁵ *Idem*.

⁵⁰⁶ *Idem*.

que implica un vínculo. Debido a esa cuestión, es aquello que se encuentra ligado a los hechos. Es claro que no es un teórico del derecho. Dice de su teoría que se distingue de las doctrinas sociologicistas que no incorporan elementos de validez, y de las teorías de la justicia que no incorporan el elemento fáctico.

El problema de la validez jurídica entendida en términos habermasianos se concreta en la pérdida de la fuerza de integración social respecto del derecho, cuyos destinatarios no puedan entenderse a sí mismos como autores racionales de dichas normas. Como complemento de la moral, la importancia del derecho radica en su coercibilidad, ya que ésta asegura los ámbitos de acción estratégica que la moral entendida en términos de ética discursiva no admite. Pero un derecho puramente fáctico no cumple con la función que le es propia en un sentido democrático. No es un derecho “racionalmente aceptable”, y por tanto es un derecho que no genera una adecuada disponibilidad a la obediencia, lo cual lo convierte en una eventual fuente legitimatoria de desobediencia civil. Volvamos a su noción de derecho. Lo visualiza como mecanismo que participa en la coordinación funcional de las acciones. Aquí se acerca al pensamiento sistémico de Niklas Luhmann.

La teoría del derecho aparece en Habermas como un caso especial de la teoría sociológica de la acción comunicativa. Recurre a Hegel para plantear que la verdad está en el todo, y no en las partes. Su sociología es un modelo juridificado, un modelo binario de correcto y falso, un proceso de verificación, un examen de corrección, en beneficio de una posibilidad comunicativa de pretensiones de validez; como sistema de conocimiento y de conducta. En ese sentido, es importante el papel de las normas jurídicas donde el éxito está enlazado por su validez legítima, que supone una estructura para el conocer así como la presencia de la facticidad compuesta por la concreción de conductas adecuadas y la presencia de sanciones. Así las cosas, las normas tendrían la autoridad vinculada a la validez y con la presencia de lo fáctico. De esta manera, se observa al derecho positivo, lo formal, la legislación y la toma de decisiones de los jueces están subordinadas a la facticidad.

Veamos cómo lo dice: “toda la esfera del derecho, es concebida según el modelo de un orden de la vida que, como la economía y el Estado, es susceptible de racionalización formal, supuesto un punto de vista valorativo particular, es decir, susceptible de racionalización en la perspectiva de las relaciones medio-fin”.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999, t. I, p. 328.

Como vemos, el ordenamiento jurídico constituye un orden de vidas vinculadas a maneras racionales. Por eso señala que las reglas del derecho tienen un contenido lógico, y, por otro lado, un elemento convencional. Toma del sociólogo alemán Max Weber el concepto de racionalidad en general, y en particular la racionalidad con arreglo a fines. Aunque Habermas respeta enormemente a Weber, piensa que su idea de racionalidad no la aplica al plano de las instituciones: “Para la racionalidad de los sistemas de acción sólo parece tener importancia el complejo de racionalidad cognitivo-instrumental”.⁵⁰⁸ Es decir, critica estas formas de racionalidad y toma partido por una racionalidad comunicacional. Es por eso que el concepto racional de Weber tiene que ver con el punto de vista económico al grado del cálculo, siéndole técnicamente posible en el caso de la racionalidad formal. No olvidemos que para Weber la racionalidad con arreglo a valores es premoderna y tiene un carácter axiológico, mientras que la racionalidad con arreglo a fines es moderna, por su carácter teleológico.⁵⁰⁹ Es por eso que Habermas entiende por racionalidad comunicativa la que

...posee connotaciones que en última instancia se remontan a la experiencia central de la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativo en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objeto y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.⁵¹⁰

Así, la racionalidad es para Habermas aquella forma que se vincula a la emancipación, ya que no es suficiente una racionalidad de los medios o de carácter instrumental orientada a la resolución de problemas técnicos; es por eso que plantea la racionalidad comunicativa para que los individuos enlacen su acción en el marco de la comunicación mediante un consenso libre y racional.

En síntesis, el pensamiento jurídico habermasiano se ubica a nivel intermedio entre las teorías normativistas, sobre todo la de la teoría pura del derecho, así como el jusnaturalismo, sobre todo Grocio y Pufendorf, las concepciones fenoménicas en la vía de Alfred Schutz, y las sociológicas de Max Weber y Niklas Luhmann. Su marco conceptual se reduce a la idea weberiana de sociedad, a la idea peirceana de comunidad. Piensa que el

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 329.

⁵⁰⁹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1975, t. I, pp. 19 y ss.

⁵¹⁰ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, *cit.*, p. 27.

modelo utilizado para la concreción de su teoría ha sido el sistema jurídico de los Estados Unidos y el de Alemania. Su paradigma de discurso jurídico tiene por propósito el entendimiento del Estado democrático de derecho, pues explica la legitimidad del mismo mediante procedimientos y presupuestos comunicacionales. Su concepción jurídica se encuentra cercana a un tipo concreto de ordenamiento jurídico, típico de una sociedad democrática en la vía europea que implica un Estado de derecho sumamente avanzado. Es por eso que la legitimidad del derecho está ubicada en su racionalidad, que es tarea del consenso entre ciudadanos autónomos. Aquí es importante el lenguaje y la comunicación; por tal razón, el derecho es concebido como lenguaje y comunicación; es decir, como acto de habla. Rechaza todo fundamento ontológico o metafísico; su derecho sería, en consecuencia, postontológico y postmetafísico.

La concepción del derecho en Habermas es reduccionista, ya que lo vincula a la existencia de normas; en tanto derecho objetivo, no toma en cuenta los principios, ya que éstos son concebidos como los de la seguridad y la certeza jurídicas. Pero no es enteramente positivista, ya que plantea que el sistema de normas se vincula con la moral y otros intereses pragmáticos. Por otro lado, señala que el derecho complementa a la moral y critica la postura positivista de su disociación.⁵¹¹

Así, indica que el derecho es legítimo si emerge de la razón comunicacional. Es por eso que el derecho depende del procedimiento y no de la violencia, la coacción y la fuerza. Es partidario del paradigma procedimental en tanto conjunto de postulados centrales, principios fundamentales y propósitos y realidades del derecho. Señala que su paradigma procedimental supera el paradigma liberal típico del formalismo positivista. El segundo paradigma es el social, que concibe el derecho a nivel material. Por eso dice que su paradigma está por encima de otras propuestas jurídicas y sociales.⁵¹²

Por tal motivo, la acción comunicativa es un principio democrático; ante esto, sugiere la concordia y la conformidad entre la propuesta liberal, la igualitaria y la democrática, pues permitirá superar el conflicto entre lo normativo y lo sociológico. Su propósito es lograr la integración social con base en la cautela, el dispositivo y la precaución, a fin de evitar situaciones, eventos y movimientos bruscos que perturben el Estado de derecho. También es partidario de la mediación social y contempla un sistema regulador de contradicciones resueltas, no sólo en la proporcionalidad, sino mediante la autolegislación y el respeto a los derechos humanos. Propone la

⁵¹¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., pp. 535 y ss.

⁵¹² *Ibidem*, pp. 497 y ss.

obediencia a la norma para que los sujetos libres obedezcan las reglas que ellos mismos han creado. Ignora la legislación en tanto producto político y económico de los representantes de las clases dominantes. Señala que no puede haber autonomía del hombre si no existe la democracia.⁵¹³ Su idea de derecho trata de responder a la crisis de la metafísica, del derecho positivo y de la legitimación del Estado moderno, tardomoderno y actual. Debido a esos motivos, defiende la democracia deliberativa, también llamada sustantiva y discursiva, entendida ésta como la posibilidad de triunfar en un diálogo o conversación con argumentos y diálogos comunicacionales. Para ello, propone una ética orientada a fundamentar la validez de los enunciados y juicios morales. En contraposición a Carlos Marx,⁵¹⁴ Evgeni Pashukanis⁵¹⁵ y Alysson Leandro Mascaro,⁵¹⁶ es un continuador de la ética deontológica kantiana, pues le parece pertinente en tanto ética universalista de la justicia, así como una ética del razonamiento normativo basado en la vía de Dworkin,⁵¹⁷ donde los principios se coloquen por encima de las reglas.

A nivel de cierre podemos decir que es un ideólogo del derecho y la democracia, y un experto de la racionalidad, el consenso, la ética discursiva, la facticidad y la validez, en un periodo histórico caracterizado como postmetafísico, postpolítico y postcapitalista. Se opone a la revolución y a todo tipo de revuelta social; propone una nueva forma de cultura basada en la razón, la paciencia, la racionalidad, la argumentación, y una ética del discurso que va en el mismo camino. Propone, como leyes y estructuras normativas, el marco de la interacción. Plantea la existencia de una pragmática universal de su llamada acción comunicacional, tomando como base a los clásicos de la sociología decimonónica, como Carlos Marx, Emilio Durkheim y Max Weber, para excluir a Augusto Comte y a Herbert Spencer. También se apoya en los sociólogos más destacados del siglo XX, como Robert Merton, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu y Anthony Giddens.

En fin, Jürgen Habermas es un clásico para el estudio del derecho porque ha establecido su pensamiento de manera original e innovadora. Constituye sin duda un jurista, pese a que muchos no aceptan tal calificativo; a su vez, es un filósofo y sociólogo de gran envergadura. Su propuesta liberal e igualitaria es compartida pese a sus diferencias con Amartya Sen, Ronald

⁵¹³ *Ibidem*, p. 107.

⁵¹⁴ Marx, Carlos, *Miseria de la filosofía*, México, Siglo XXI, 1987, pp. 3-62.

⁵¹⁵ Pashukanis, Evgeni, *op. cit.*, pp. 202-219.

⁵¹⁶ Mascaro, Alysson Leandro, *Estado y forma política*, Buenos Aires, Prometeo, 2015, pp. 17-55.

⁵¹⁷ Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, México, UNAM, 1977, pp. 5-8.

Dworkin y John Rawls, en el marco estadounidense; Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, en Italia; Carlos Nino y Roberto Gargarella, en Argentina; Manuel Atienza y Elías Díaz, en España, y una enorme constelación de abogados y filósofos en México. A continuación nos planteamos: ¿cómo se fundamenta la sociología de nuestro autor? En primer lugar, es uno de los sociólogos de mayor reconocimiento de la comunidad intelectual a nivel mundial. Tal vez el científico social vivo de mayor renombre en el momento actual. En segundo lugar, como sociólogo a nivel académico, ha tenido una formación teórica de frontera, que lo ha capacitado para comprender la sociología en general y la sociología en particular. En la primera, para tener acceso a lo universal, a una interpretación paradigmática de la sociedad, la igualdad, el liberalismo y la economía; en la segunda, para poder penetrar en lo específico, como es el caso del derecho, y abordar de manera magistral el nexo entre derecho y sociedad. Es por eso que plantea el lazo entre facticidad y validez, entendida como la articulación entre el ser y el deber ser. En tercer lugar, busca jurídicamente la integración social, aplicando un derecho procedimental basado en la razón comunicacional, basado en la conciliación, la cautela y el diálogo. En cuarto sitio, le asigna una importancia especial al nexo entre moral y derecho y distanciarse del positivismo. Para plantear un derecho racional se apoya en Max Weber y en la ética deontológica kantiana y neokantiana. Finalmente, su conocimiento de la teoría jurídica y política lo traslada a proponer un Estado democrático de derecho, donde la democracia deliberativa tenga un lugar central. Es por esa razón que es un autor insustituible en el campo de la sociología jurídica.

III. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, Habermas ha logrado configurarse como uno de los sociólogos y filósofos de mayor envergadura de nuestro tiempo. Está sumamente interesado en diseñar un nuevo concepto de derecho basado en la autocomprensión normativa, el consenso de las reglas, la integración a la manera positivista de los ciudadanos y la defensa de un concepto sistémico del Estado. Su univocidad radica en la lejanía de la dialéctica, el desdén de la analogía y la ausencia de un compromiso específicamente hermenéutico vinculado con la interpretación. Su parte equívoca se encuentra en su relativismo weberiano observable en su idea de sociedad, de actor y de interacción. Para él, lo importante es una pluralidad de ciudadanos interactuando entre una situación y otra, a nivel de razón comunicacional, donde es importante el consenso y la legitimidad. De esta manera, entendemos su

gran importancia no sólo en el pensamiento sociológico y filosófico, sino en el marco del derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, México, UNAM, 1977.
- HABERMAS, Jürgen, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, Madrid, FCE, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *En el espiral de la tecnocracia*, Madrid, Trotta, 2016.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981.
- HABERMAS, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1992.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999, t. I.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.
- MASCARO, Alysson Leandro, *Estado y forma política*, Buenos Aires, Prometeo, 2015.
- MARX, Carlos, *Miseria de la filosofía*, México, Siglo XXI, 1987.
- PASHUKANIS, Evgeni, *Teoría general del derecho y el marxismo*, La Paz, Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social, 2016.
- PEIRCE, Charles, *Collected Papers 1931-1958*, Cambridge, Harvard University Press, 8 vols.
- PEIRCE, Charles, *El hombre, un signo*, Barcelona, Crítica, 1988.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.
- SCHÜTZ, Alfred, “Formación de conceptos y teorías en las ciencias sociales”, *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Editorial Amorrortu, 1954.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, t. I.