

## Acerca del «giro jurídico» de la teoría crítica\*

JUAN CARLOS VELASCO

Universidad de Francfort

Desde que Kant formuló la idea de que tanto el Estado como el derecho sobre el que aquél se asienta han de legitimar su legalidad ante el tribunal de la razón práctica, se inauguró un nuevo escenario para ese variable juego de poder y justicia, de facticidad y validez, que ejecuta el derecho estatal. Jürgen Habermas llevaba ya bastante tiempo preparando concienzudamente su entrada en dicha arena, de tal modo que, al menos para aquellos que estaban acostumbrados a seguir su espesa prosa, la aparición en otoño de 1992 de su última gran obra, de la que ahora nos ocupamos, resultó ser una sorpresa anunciada. Y uno llega a estar tentado también a afirmar que su contenido era ya también de algún modo previsible.

En rigor, sin embargo, hasta la publicación de este libro no cabía hablar de una teoría habermasiana del derecho, pues ésta tan sólo se encontraba sugerida pero no elaborada en lugar alguno de su ya extenso *opus*. Era perceptible, no obstante, un profundo interés por las cuestiones jurídicas, que recientemente parecía agudizarse, dado que en los últimos años el derecho había venido ocupando un importante lugar en los programas de investigación y docencia de Habermas. El que hasta el momento, sin embargo, sus publicaciones sobre el tema fueran escasas y fragmentarias era reflejo tan-

to de la dificultad del tema en sí como de la que resulta de la amplitud del marco en que Habermas lo aborda. En cualquier caso, no es difícil rastrear a lo largo de las distintas etapas evolutivas de su pensamiento una atención creciente por el significado de los problemas de legitimación no sólo en clave político-moral, sino también jurídica, o por el fenómeno de la *juridificación* como manifestación paradigmática del más amplio proceso de colonización del mundo de la vida por el sistema. Sus tomas de posición sobre temas tales como el sentido de la desobediencia civil, el hobbesianismo alemán, la relación entre derecho y moral, la soberanía popular o el derecho de ciudadanía, se venían sucediendo últimamente a tal ritmo que permitían pensar que se había producido un «giro jurídico» en la teoría habermasiana de la sociedad, provocado por el descubrimiento del derecho como un momento esencial de la modernidad social.

El mencionado «giro jurídico» vendría además a poner remedio a uno de los déficits temáticos más agudos de la Teoría Crítica elaborada por los maestros de la primera generación de la Escuela de Francfort. El grupo de pensadores aglutinados en torno al Instituto de Investigación Social no elaboraron teoría alguna sobre el papel del derecho en la modernidad. Sólo la excepción de los trabajos jurídicos de Franz L. Neumann y Otto Kirchheimer, matiza la rotundidad de la afirmación anterior. En general, los francfortianos ha-

\* Notas sobre el libro de Jürgen Habermas *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992, 667 pp.

bían infravalorado las tradiciones del Estado democrático de derecho. Aunque se pudiera apuntar alguna razón de tipo sociohistórico, dicha laguna resultaba, como mínimo, bastante sorprendente. Lo cierto es que a la obra de Jürgen Habermas —inscrita en esa tradición, aunque de una forma bien peculiar— no se le puede imputar ya, en modo alguno, tal deficiencia: en su opinión el estudio del derecho ha de ocupar un lugar destacado en cualquier planteamiento serio de la filosofía práctica.

Toda la argumentación desplegada a lo largo del libro se dirige fundamentalmente a comprobar pormenorizadamente la naturaleza de los vínculos que mantienen entre sí el Estado de derecho y la democracia. Una relación estrecha y recíproca, cuya razón de ser apunta hacia los cimientos normativos de la modernidad:

En las democracias establecidas tampoco las instituciones existentes de la libertad son incontrovertibles, aunque aquí la población parece más bien demandar más que menos democracia. Pero sospecho que la inquietud tiene una razón más profunda: la idea de que en el marco de una política totalmente secularizada el Estado de derecho no puede darse, ni mantenerse, sin una democracia radical. Hacer comprensible esta idea es el objetivo de la presente investigación [p. 12].

Este hilo conductor puede perseguirse a lo largo de los nueve capítulos e incluso en los anexos (tres artículos publicados en el período de elaboración del libro, ya traducidos al castellano, y cuya lectura previa es recomendable) en los que se vertebra la obra. En el primer capítulo se presentan algunos aspectos de la relación entre facticidad y validez, que afectan a los fundamentos de la teoría de la acción comunicativa. El segundo capítulo es-

boza una concepción que incorpora elementos de la sociología del derecho y las teorías filosóficas de la justicia. Los dos siguientes capítulos —en mi opinión, espléndidos— reconstruyen racionalmente las génesis históricas de los ingredientes fundamentales de la autocomprensión normativa del ordenamiento jurídico de las sociedades democráticas, a saber: el sistema de los derechos humanos, a través de los cuales los sujetos se reconocen mutuamente, el concepto de soberanía popular y los principios del Estado de derecho. En los capítulos quinto y sexto, Habermas prueba la eficacia de la teoría discursiva para el tratamiento de los temas centrales de la teoría del derecho actual: con un gran despliegue informativo estudia el problema de la indeterminación del derecho y la cuestión de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional, esto es, dos disputas que han tenido lugar especialmente en Alemania y en los Estados Unidos de América, con las que el autor se encuentra más familiarizado, dejando aparte otras importantes tradiciones jurídicas (dicho sea sólo a título de ejemplo: más de un lector español echará en falta alguna alusión más amplia a la obra de Bobbio, que tan agudamente ha tratado algunos asuntos tematizados en este libro). Los capítulos séptimo y octavo se dedican a la exposición del concepto normativo de *política deliberativa* y examina desde una perspectiva sociológica las condiciones para una regulación jurídica del tráfico político en las sociedades complejas (los conceptos claves empleados son los de «sociedad civil» y «opinión pública»). Es preciso advertir al respecto que el tratamiento de la teoría de la democracia se establece desde los problemas de legitimación. El último capítulo recapitula las anteriores reflexiones sobre la teoría jurídica y social

en un paradigma jurídico de carácter procedimental, que sirva para superar las insuficiencias de los anteriores modelos de Estado de derecho, a saber, el liberal y el social.

Aunque algunos trabajos previos de Habermas sean decisivos en el proceso de gestación de *Faktizität und Geltung*, este libro es bastante más que una recopilación unitaria de los opúsculos sobre temas jurídicos aparecidos en los últimos tiempos. Además de agrupar las sugerencias y aproximaciones puntuales repartidas en anteriores escritos, la presente obra representa la sistematización de las largas discusiones mantenidas en un seminario académico sobre la teoría del derecho constituido en torno a la cátedra de Habermas en la Universidad de Francfort, un grupo que ha funcionado como una auténtica comunidad de trabajo. Habermas y, en estrecha colaboración, ese grupo de jóvenes investigadores adscritos a dicho círculo, han confeccionado monografías sobre diversos aspectos concretos en torno al mundo del derecho. Es preciso advertir, sin embargo, que este volumen no es el único resultado de ese círculo: véanse, *v.gr.*, los libros de Robert Alexy sobre la argumentación jurídica y la teoría de los derechos fundamentales o el de Klaus Günther sobre los discursos de aplicación de la teoría discursiva en el mundo jurídico. Trabajos desarrollados con orientaciones comunes o complementarias que permiten ir ya hablando de una cierta «escuela francfortiana del derecho». En la nómina de dicha escuela habría que incluir también a Ingeborg Maus, Bernhard Peters, Günther Frankenberg, Rainer Forst y Lutz Wingert. Estas referencias bibliográficas resultan imprescindibles para la identificación de las fuentes de la última obra de Habermas, ya que muchos son los asuntos propios de la teoría contemporánea

del derecho que se encuentran filtrados por la discusión entre estos autores.<sup>1</sup> Las principales lecturas que le sirven explícitamente de catalizador son las de John Rawls, H.L.A. Hart y su sucesor en la cátedra Ronald Dworkin, los representantes del movimiento norteamericano Critical Legal Studies, amén de las obras clásicas de Rousseau, Kant, Weber y Parsons. Y, alguien habrá echado ya en falta el nombre Niklas Luhmann: se dice que desde hace años, en realidad, Habermas sólo se ocupa de este gran teórico social, su gran competidor en la escena académica alemana.<sup>2</sup> Sin duda alguna, la esfinge de Bielefeld constituye el principal interlocutor del *doctor discursivus aut communicativus* y su larga sombra le motiva constantemente para aquilatar sus pensamientos. No en vano, Habermas ha asumido parte del vocabulario del funcionalismo sistémico.<sup>3</sup>

En esta última cristalización de su pensamiento, Habermas recapitula en grandes trazos los resultados alcanzados en su anterior *opus magnum* aparecido en 1981, *La teoría de la acción comunicativa*. Ahora su meta sería la de especificar más nítidamente las condiciones para la aplicación de esas conclusiones en las sociedades modernas: ahí es donde adquieren sentido los análisis de la institución jurídica y de la política democrática participativa. Además esta obra cubre una necesidad intrasistémica: la formulación de una *teoría discursiva del derecho* (así reza su subtítulo) cierra finalmente el círculo habermasiano de la racionalidad práctica: ética-derecho-política. El derecho vendría a desempeñar el papel de categoría mediadora entre la facticidad de la política y de la economía y la pretensión de validez normativa de la moral. De este modo Habermas superaría mediante este nuevo análisis aquella visión hasta cierto punto des-

calificadora del derecho moderno que se desprendía de su obra de 1981:<sup>4</sup> en su nuevo análisis, al derecho se le adjudica la «función de bisagra» que acopla un mundo de la vida integrado normativamente con una esfera sistémica gobernada por el poder y el dinero (pp. 77-78).

Más allá de la simple y usual distinción entre normas y hechos, que según Luhmann es lo que en realidad esconden los dos conceptos que sirven de título al libro de Habermas,<sup>5</sup> el derecho es portador de una doble naturaleza, que no deja de generar perplejidad: el derecho como un subsistema funcionalmente especificado y el derecho como un elemento en el que se reproduce la concepción de justicia de una sociedad. Esa ambivalencia del derecho moderno puede ser captada, según Habermas, mediante la diferenciación de dos dimensiones en su seno: el medio «derecho» (*Medium Recht*) y el «derecho como institución» (*Recht als Institution*). O dicho de otro modo, entre el *carácter instrumental del derecho*, por una parte, que permite al soberano utilizar el derecho como un medio para otorgar a sus mandatos un carácter obligatorio (el derecho es entonces puesto al servicio de un determinado orden político, esto es, como medio del ejercicio del poder burocrático) y, por otra parte, el *carácter no instrumental del derecho*, el momento de indisponibilidad de un derecho que no está en situación de ser utilizado libremente por el soberano, se sitúa por encima del príncipe y éste lo ha de respetar en su jurisprudencia ya que se presenta como un momento de justicia imparcial en la regulación de los conflictos, y constituye además el marco legitimador dentro del cual ejerce su dominio profano. La tensión entre los momentos de indisponibilidad e instrumentalidad que caracterizan al derecho es

una tensión que permanece latente y que sólo aflora cuando se ponen en duda los fundamentos sacros del derecho. Esta doble faz del derecho puede ponerse en relación con la ambivalencia de la racionalidad occidental: de un lado, el sistema jurídico es un orden de vida que obedece a formas de racionalidad práctico-moral, como una materialización de estructuras de conciencia postradicionales; por otro lado, es un medio de organización social que responde a la racionalidad con arreglo a fines, como materialización de la racionalidad cognitivo-instrumental.

Frente a la tentación dogmática de una respuesta única a la persistencia de distintos modelos de racionalidad, Habermas mantiene la tesis de la fragmentación del discurso, de su radical multiplicidad, pero optando simultáneamente por la integrabilidad de los discursos. Consciente del problema de la colisión entre los diferentes lenguajes normativos, considera que cada sistema parcial de racionalidad es el resultado de diferenciaciones sociales. La respuesta que se ofrece a dicho problema en *Faktizität und Geltung* es la siguiente: no hay jerarquía de los discursos, especialmente no existe ninguna prioridad de la moral frente al derecho, sino compatibilidad, más aún: complementariedad. La idea habermasiana del igual origen (*Gleichursprünglichkeit*) de los discursos impide que ningún discurso particular, ya sea el moral, el ético, el jurídico o el filosófico, pueda presentarse como candidato natural para una solución autoritaria para los problemas de colisión: éstos se resuelven en el foro interno de cada discurso. De este modo la unidad de la razón comunicativa resulta compatible con los discursos igualmente originales: podría uno referirse a la *unidad de la razón práctica en la multiplicidad de sus usos* como una manera adecua-

da para sintetizar la postura del filósofo francfortiano sobre la filosofía práctica.

En los escritos de Habermas se encuentra tematizado reiteradamente un fenómeno que en su opinión constituye una experiencia fundamental de la modernidad: la obsolescencia de las imágenes religiosas y metafísicas del mundo. En virtud de dicha experiencia, que conforma la condición humana moderna, la filosofía se ha replegado al terreno menos arriesgado formado por las condiciones procesales de creación de enunciados racionales. En el ámbito de la filosofía práctica esto implica, entre otras cosas, que el concepto de justicia y su correspondiente sistema jurídico han de ser construidos de modo postmetafísico, en el sentido de que han de permanecer neutrales respecto a las concurrentes formas de vida. Esta tesis de la neutralidad, según la cual la forma política en las sociedades modernas debe basarse en la prioridad de los derechos sobre los bienes, pertenece también al núcleo de la más famosa teoría «liberal» de la justicia, la teoría de John Rawls.

Con respecto a los puntales básicos del Estado de derecho, Habermas advierte que existe una causa de constante conflicto entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la soberanía popular: la primacía de uno u otro elemento genera concepciones antagónicas que van desde el liberalismo hasta el republicanismo. Habermas pretende mediar entre la concepción republicana y la liberal de los derechos humanos. La postura de Habermas establece un difícil equilibrio entre ambos extremos, pues su tesis sostiene que *los clásicos derechos humanos constituyen las condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía popular y ésta a su vez asegura el disfrute de aquéllos* (pp. 133 y ss., 161 y 610):

derechos humanos y soberanía popular se presuponen mutuamente. Una tesis que él considera representativa de una concepción demócrata-radical, como le gusta autodenominarse políticamente. Los derechos humanos no sirven para limitar la soberanía popular, pues el destinatario del derecho ha de ser también el autor del mismo (pp. 52, 153 y ss, 160). La idea de la autolegislación debe unir, como en Rousseau, derechos subjetivos con soberanía popular, legitimidad con legalidad.

El presente libro pretende ser también una cumplida respuesta a lo que Habermas considera una injusta acusación: que la teoría de la acción comunicativa se muestra ciega para la realidad de las instituciones y que además, tal como algunos juristas alemanes se expresan, porta consecuencias anarquistas. Ciertamente, si el discurso práctico sobre el derecho no quiere incurrir en un puro diletantismo tiene también que afrontar la cuestión clave de cuáles son las vías, las mediaciones y las instituciones indispensables para poner en práctica los ideales críticos-normativos. Habermas busca, y cree encontrar, en las instituciones de las sociedades democráticas las mediaciones precisas para transitar del nivel de su propia teoría a la realidad social. Habermas se ha hecho cargo de esta cuestión, y así, con ocasión del descubrimiento de una proximidad inesperada entre la teoría de la justicia política elaborada por Otfried Höffe<sup>6</sup> y sus propios puntos de vista, había subrayado la necesidad de desmarcarse simultáneamente tanto de las «teorías de las instituciones exentas de ética» como de las «teorías del discurso exentas de institución».<sup>7</sup> Para ello habría que «postular "foros y procedimientos" que puedan prestar a la asunción universalista de perspectivas ejecutada *in foro interno* la sólida forma de una práctica

intersubjetiva».<sup>8</sup> El ideal del Estado democrático de derecho parece encarnar esas aspiraciones, pues es difícil no entenderlo en alguna medida como sucedáneo del discurso moral.<sup>9</sup> La idea habermasiana de las instituciones jurídicas recoge en sí la suma excepcional de dos dimensiones diferentes: la intención normativa, que incorpora la idea de justificabilidad moral, y la forma jurídica, que inevitablemente supone una construcción coactiva.

Si bien la teoría discursiva se niega a dar por buena la *Aufhebung* hegeliana de la moralidad en la eticidad y su mera disolución histórica en el derecho y el Estado, no contempla el derecho como una institución meramente instrumental o funcional. De ahí que el propósito de cohesionar los aspectos institucionales del derecho con planteamientos normativistas sea algo totalmente asumido por Habermas, constituyendo el auténtico hilo conductor de su último libro.

A la reconstrucción habermasiana de las condiciones constitutivas del Estado de derecho no cabe plantearle seriamente la objeción de un excesivo grado de abstracción, rayana con la idealización, sino más bien la de encontrarse demasiado pegado a su propio contexto social: la situación jurídico-política de la República Federal de Alemania de los años ochenta, a la que en gran medida retrata.<sup>10</sup> Un Estado sin profundos problemas internos, ni conflictos externos, sin la necesidad de tomar decisiones dolorosas, un Estado homogéneo y de bienestar, un Estado en el que todo encaja armónicamente: libertad individual, seguridad jurídica y social, apertura política. Resulta bastante comprensible que este Estado pueda ser concebido desde una teoría del discurso. Se le pueden proponer algunas mejoras, tal como hace Habermas: más derechos para las mu-

jerres, un poco más de democracia en el Estado y en la administración, mayores exigencias para los partidos y los medios de comunicación, menos de intervención del Tribunal Constitucional en algunos asuntos y más en otros. Todo ello podría sostenerse muy bien en los dorados años ochenta, tan relajados. Pero desde entonces han sucedido cambios importantes que han conmocionado la vida social, política y económica de la misma Alemania: el súbito proceso de reunificación, la emergencia de un nuevo orden europeo y mundial que replantea el papel del Estado germano, el resurgimiento de criminales brotes de xenofobia, por citar los más conocidos. Aunque en los estudios complementarios añadidos al final del libro se toman en consideración algunos de estos hechos, en la arquitectura general se prescinde de ellos. No parece ya tan claro que todavía pueda aplicarse del mismo modo la concepción normativa de la democracia y del Estado social propuesta por Habermas. Y cabe además sospechar que, como en el caso de la teoría de la justicia de Rawls, se trate sólo de una explicitación de las ideas intuitivas básicas que están incardinadas en las instituciones políticas de una sociedad democrática.<sup>11</sup> En tal caso, no le faltaría razón a Richard Rorty cuando enfatiza que la democracia liberal puede recibir una articulación filosófica, pero su fundamentación filosófica, como tal, siempre resultará un fracaso.

Una publicación de Habermas suele tener dos virtudes: fijar el estado actual de una determinada cuestión y convertir sus propios puntos de vista en el objeto central de las disputas de los círculos de ciencias sociales y filosofía en Europa y Norteamérica. No parece que esta última obra vaya a defraudar dichas expectativas.<sup>12</sup> Y, a partir de la aparición de este libro, lo cier-

to es que aquellos filósofos del derecho que habían evitado ocuparse de la obra de Habermas tendrán serios problemas para hallar más excusas, viéndose ahora abocados a la misma tarea que los científicos sociales ya emprendieron a raíz de la aparición de *Problemas de legitimación en el capitalismo*

*tardío* en 1973. No es exagerado pensar que su potencial polémico es como mínimo comparable al suscitado por *Teoría de la justicia* de John Rawls en 1971 o por *Los derechos en serio* de Ronald Dworkin en 1977, por aludir a dos ejemplos bastante ilustrativos en el ámbito de la filosofía práctica.

## NOTAS

1. Cf. Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort, Suhrkamp, 1983 (ed. cast., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989); id., *Theorie der Grundrechte*, Francfort, Suhrkamp, 1986; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Francfort, Suhrkamp, 1988; Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechtsstheoretische und demokratische Überlegungen im Anschluß an Kant*, Francfort, Suhrkamp, 1992; Bernhard Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1991; id., *Die Integration moderner Gesellschaften*, Francfort, Suhrkamp, 1993; Rainer Forst, *Ethos der Moderne*, Francfort, Campus, 1993; Lutz Wingert, *Gemeinsinn und Moral. Elemente einer intersubjektivistischen Moralkonzeption*, Francfort, Suhrkamp, 1993.

2. Al año de la aparición del libro de Habermas, Luhmann ha reaccionado a su manera con la publicación de su visión sistémica del mundo jurídico: *Das System des Rechts*, Francfort, Suhrkamp, 1993.

3. Sobre la seducción ejercida por Luhmann sobre Habermas, cf. Thomas McCarthy, *Ideales e ilusiones*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 165-192.

4. Se ha señalado que la tesis habermasiana de la juridificación del mundo de la vida «reformula una desconfianza sociológica frente al derecho» (Werner Gephart, *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, Francfort, Suhrkamp, 1993, p. 15; esta idea se desarrolla detenidamente en las pp. 127-178).

5. Cf. Niklas Luhmann, «Quod omnes tangit... Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas», en *Rechtshistorisches Journal*, n.º 12 (1993), pp. 36-56.

6. Cf. Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, Francfort, Suhrkamp, 1987.

7. Cf. Jürgen Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 104-105.

8. *Ibid.*, p. 95.

9. Véase, p. ej., Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989<sup>2</sup>, pp. 402-403. Este mismo autor afirma en otro lugar: «[...] el discurso moral se institucionaliza y es reemplazado, por razones operativas, por su sucedáneo regimentado que es la democracia como regla de la mayoría [...]» (*El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 109).

10. Cf. Bernhard Schlink, «Abenddämmerung oder Morgendämmerung?», *Rechtshistorisches Journal*, n.º 12 (1993), pp. 57-69.

11. Rawls ha revisado últimamente su propia teoría, atemperando el marcado carácter universalista inicial. Ahora sostiene que los principios de la justicia son válidos, en principio, sólo a la luz de nuestra conciencia moral y política, esto es, de «las ideas intuitivas básicas que están arraigadas en las instituciones políticas de un régimen constitucional democrático y en las tradiciones públicas de su interpretación» (J. Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs*, n.º 14, 1985, p. 225).

12. Un par de meses antes de la aparición editorial del presente libro ya se celebró un simposio internacional sobre su contenido, con contribuciones de Ch. Larmore, O. O'Neill, U. Tietz, A. Somek y P. Dews, que se encuentran publicadas en la *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, n.º 41 (1993), 2, pp. 321-380.