

CAPÍTULO 15 DERECHO COMO DISCURSO

Anne BARRON*

SUMARIO: I. *Teoría cultural-jurídica: el discurso como dominio.*
II. *Jürgen Habermas: El discurso como búsqueda del consenso racional.* III. *Bibliografía*

Los años noventa vieron la consolidación de una tendencia dentro de los estudios jurídicos críticos en el Reino Unido y los Estados Unidos hacia un tratamiento directo de los temas de la teoría cultural, en la medida en que esta reflejaba huellas del pensamiento europeo contemporáneo, inspiradas a su vez por figuras como Friedrich Nietzsche y Martin Heidegger. La teoría “cultural-jurídica” que surgió del tratamiento (ejemplificado específicamente por los escritos de Peter Goodrich y Costas Douzinas en el Reino Unido y Pierre Schlag y Drucilla Cornell en los Estados Unidos) dio un giro abiertamente posmoderno y anti-Ilustración: adoptó la interrogante de la teoría cultural al modernismo en general y respaldó los cuestionamientos de la teoría cultural a las ideas filosóficas paradigmáticamente modernas de verdad, totalidad, progreso, libertad y justicia. La más grande pérdida de esta arremetida fue lo que el filósofo alemán contemporáneo y teórico social, Jürgen Habermas, ha denominado la “filosofía de la conciencia” y la forma de razonamiento “centrada en el sujeto” asociada con ella. Habermas mismo ha respondido al desafío planteado por la negación radical de la razón del sujeto hecha por el posmodernismo al encontrar un potencial racional en las interacciones comunicativas *entre* sujetos. Así mismo, Habermas ha resuelto las implicaciones de esta concepción “comunicativa” de racionalidad que tiene la teoría del derecho. Este capítulo considera de manera sucinta los temas centrales de la teoría cultural-jurídica antes de ofrecer un tratamiento más extenso de la alternativa de Habermas. Como veremos, la noción de “discurso” es central en ambos casos, pero para cada uno tiene un significado totalmente distinto.

* Reader in Law, London School of Economics, Inglaterra. (Traducción de Anabel Gómez. Revisión por Jorge Luis Fabra Zamora)

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 563-598.

I. TEORÍA CULTURAL-JURÍDICA: EL DISCURSO COMO DOMINIO

Se conoce como “Teoría Cultural” a un vasto campo de investigación interdisciplinaria caracterizado por sus fronteras delimitadas sin mucha rigidez, la vasta y heterogénea diversidad de fenómenos que considera susceptibles de atención teórica seria y la variedad de conceptos y métodos que utiliza para darle sentido a estos fenómenos. Sin embargo, comparte en gran medida los siguientes tres puntos de partida: Primero, la preocupación fundamental que ha mostrado la teoría cultural hacia las “prácticas significantes” y cómo éstas se organizan o regulan en forma de “discursos”. Aunque la forma ilustrativa de la práctica significativa es el uso de signos lingüísticos en el habla y la escritura, los teóricos culturales han tendido a hacer una analogía entre la cultura y el lenguaje y es así como han discernido sistemas de signos en acción en todos lados: por ejemplo, en el diseño del espacio construido y el entorno visual en general; en los códigos de vestimenta, conducta y expresión que estructuran las rutinas de la vida cotidiana y en la codificación de las relaciones sociales a través de categorías de derecho. Segundo, el mensaje central de la teoría cultural ha sido que los discursos, cuyo origen se dice que es social más que individual, producen significados en lugar de simplemente expresarlos y por lo tanto construyen activamente lo que tendemos a pensar como “realidad”; que todo lo que conforma esta “realidad” es por ende producto de, en lugar de anterior a, la cultura (es decir, que la “realidad” es un *efecto* de la miríada de discursos que forman el orden simbólico de la cultura); que diversos discursos pueden producir distintos significados de lo que parece ser el mismo aspecto de la “realidad”; que esas diferencias no pueden resolverse invocando una realidad verdadera que está por encima del discurso; que sin embargo la cultura le da forma a la “realidad” al darle prioridad a algunos significados y no a otros (esto es, tratando algunos significados como evidentemente verdaderos, al tiempo que margina otros como falsos o tendenciosos); pero que estos significados dominantes son inherentemente inestables y pueden ser afectados por significados alternativos, suprimidos. Tercero, en la exploración de estos procesos de producción y descomposición de significado, la teoría cultural ha tomado sus métodos y sus argumentos de una amplia variedad de fuentes, que incluyen la semiótica (entendida en sentido amplio como el estudio de los signos, que incluye signos lingüísticos pero no se limita a ellos), la teoría literaria y el psicoanálisis, y autores, que incluyen

varias figuras como Theodor Adorno (1903-1969), Roland Barthes (1915-1980), Walter Benjamin (1892-1940), Judith Butler (1956-), Gilles Deleuze (1925-1995), Michel Foucault (1926-1984), Jacques Derrida (1930-2004), Julia Kristeva (1941-), Jacques Lacan (1901-1981) y Slavoj Žižek (1949-).

La filosofía crítica de Kant es un ejemplo de lo que la teoría cultural adoptó como objetivo en los años ochenta y noventa. Los teóricos culturales, en contra de la insistencia de Kant en la prioridad del sujeto en relación con el mundo fenoménico en el que se encuentra, han hecho énfasis en la prioridad de ese mundo (a saber, su formas de vida lingüísticamente estructuradas) en relación con el sujeto y algunas veces también en la prioridad del “más allá” de este mundo (no el ámbito fundacional de las “cosas como son en sí mismas” sino un más allá *imposible*) en relación tanto con el sujeto y su “realidad” vivida. A la imagen que hace Kant de un sujeto soberano, racional, con certeza de sí mismo y unificado, los teóricos culturales contraponen una imagen de subjetividad que es motivada por un deseo inconsciente, encarnado e incrustado en acuerdos sociales y materiales que se mantienen unidos por el poder, condicionada por estos acuerdos de formas que la dejan irremediabilmente fracturada y/o deshecha por una inefable fuerza que excedió la competencia recuperativa de la razón. Sea cual fuere el acercamiento utilizado por estos teóricos –y por el psicoanálisis lacaniano, la genealogía foucaultiana y la deconstrucción derrideana utilizadas todas– el tema común fue que el sujeto no era un origen sino un *efecto*: un efecto, además (no menos que la realidad que percibía), del lenguaje o el discurso, que en este contexto teórico hace referencia al orden estable de las representaciones culturales. Este orden fue considerado tanto productivo como prohibitivo, con la relación entre las dimensiones productivas y prohibitivas del discurso que de cierta manera constituyen lo que se experimenta como realidad y subjetividad y al mismo tiempo son la clave de su inestabilidad (y para la deconstrucción y el psicoanálisis, su insuficiencia).

En general, la teoría cultural-jurídica asumió que el derecho podía ser visto como *objeto del* discurso en el sentido mencionado anteriormente y como el discurso *mismo* y esto a su vez desvió la atención hacia las formas en las que se construyen los significados para el derecho y a través de éste y cómo estos significados están respaldados por, y respaldan, aquellos que sustentan a la cultura más amplia. A manera de ejemplo sencillo, cuando el derecho o los trabajos del sistema jurídico son cubiertos por los medios informativos, o se representan en películas, el derecho se convierte en el objeto del discurso: en este ejemplo, de los discursos del periodismo o del cine. Por supuesto que estos son distintos del discurso jurisprudencial sobre el derecho, pero el teórico cultural-jurídico tendió a considerarlos como

igualmente merecedores de seria consideración. Considerar el derecho en sí mismo como discurso, por otra parte, puede parecer contraintuitivo, debido a que a los académicos del derecho generalmente se les enseña a ver el derecho como un sistema *normativo*, cuyos constituyentes esenciales son reglas, no signos. Sin embargo, la respuesta del teórico cultural-jurídico fue que las reglas eran invariablemente formuladas en relación con alguna representación de las relaciones sociales (entre personas, cosas, acciones, ámbitos) cuya función es la de regular y el proceso de aplicación de una regla es siempre el proceso de decidir si una matriz fáctica específica concuerda con esa imagen del mundo. La teoría cultural-jurídica recomendó que se prestara especial atención a estas representaciones y a las estrategias interpretativas mediante las cuales su dominio es asegurado en el proceso de aplicación de las reglas.

Desde luego que la jurisprudencia convencional también se ocupa de la INTERPRETACIÓN JURÍDICA, ya que intenta explicar cómo se producen las “respuestas correctas” –las interpretaciones correctas de los textos jurídicos oficiales: las disposiciones legislativas y las elocuciones judiciales– y qué justifica su legitimidad. Sin embargo, recurriendo a la teoría deconstructiva y psicoanalítica, la teoría cultural-jurídica se propuso revelar cómo estas respuestas racionales correctas, y las narrativas que las sustentan, dependen del poder seductor de la retórica y la fantasía y de la supresión de otras narrativas, pretensiones y posibles resultados. Pero además, la teoría cultural-jurídica ha privado a los textos oficiales jurídicos de los privilegios que la jurisprudencia convencional les otorga. Desde la perspectiva de la teoría cultural-jurídica, otros “textos” jurídicos no escritos –tales como los rituales, los procedimientos, la arquitectura y el simbolismo de las instituciones jurídicas– son en principio igual de significativos que los estatutos y los casos, porque son igualmente susceptibles de generar representaciones: en este ejemplo, de la majestad única del derecho y su legitimidad incuestionable. Y dado que la autoridad de las leyes escritas depende precisamente de su circulación y del continuo refuerzo de los signos de su autoridad, se considera adecuado prestarle la misma atención a estos signos que a los códigos escritos. De hecho, el teórico cultural-jurídico ha tendido a argumentar que si la jurisprudencia convencional sólo *podiera* teorizar el derecho en términos de reglas que se formulan, aplican y obedecen racionalmente, ello daría cuenta de su propia represión de la dependencia del derecho en factores no racionales, tales como el inconsciente, o las experiencias registradas por los sentidos, para su eficacia. Los teóricos cultural-jurídicos algunas veces han descrito estos aspectos no racionales del control

del derecho sobre el ciudadano como pertenecientes de alguna forma al ámbito de la experiencia estética, definida de manera muy amplia para incluir la emoción y la imaginación, así como la experiencia corporal/sensorial (en especial la vista) y el deseo.

En general, entonces, la teoría cultural-jurídica analiza preguntas que sencillamente no podrían formularse en el dialecto de la jurisprudencia tradicional. ¿Cómo es que el derecho entiende el mundo a medida que ordena y regula la “realidad”? ¿Cómo es que el derecho establece la verdad de esta imagen del mundo o fortalece las pretensiones de verdad de los otros conocimientos que admite en su interior? ¿Qué “fantasías” apuntalan estas narrativas? ¿Qué otras representaciones de la realidad, y otros órdenes normativos, se excluyen o niegan en este proceso? ¿Cómo es que estos significados y valores excluidos “regresan” para desestabilizar el texto jurídico u otros “textos” sociales (es decir, formaciones discursivas) que el derecho ayuda a “escribir”? Al formularse estas preguntas, el teórico cultural-jurídico se negó a ocuparse de otras preguntas más familiares para la jurisprudencia tradicional: preguntas como “¿qué distingue a las reglas jurídicas de otras reglas sociales?” o “¿por qué las reglas jurídicas generan obligaciones?” o “¿qué hace que una interpretación de una regla jurídica sea mejor que otra?” La intención de ir más allá de estas preocupantes fue poner en entredicho los supuestos que las respaldan: que el derecho es fundamentalmente distinto de otros fenómenos sociales porque está compuesto de normas que emanan de una fuente institucional específica; que sus normas son legítimas *ipso facto* y que la interpretación jurídica puede en principio terminar en un resultado justo. Sin embargo, al ignorar por completo las preocupaciones de la jurisprudencia, la teoría cultural-jurídica adoptó una serie de presupuestos opuestos, pero igualmente problemáticos: que el derecho es esencialmente similar a otros fenómenos sociales (a saber, sólo un sistema de representación entre otros, que genera formas culturalmente dominantes de ser y actuar); que el orden que ayuda a imponer —sólo porque *es* un orden— es necesariamente represivo y que la interpretación legal inevitablemente termina en injusticia. Este último supuesto merece una breve explicación.

En un texto ilustrativo de este género de teoría cultural-jurídica —*Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*—¹ Douzinas y su coautor explicaron las bases de la injusticia, desde su perspectiva, de la justicia del derecho en términos reconociblemente anti-modernistas:

¹ Douzinas, Costas y Ronnie Warrington, *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1994.

En la comunidad universal de la razón, que actúa como horizonte para la realización del derecho, el otro... se convierte en lo mismo, se reduce la distancia crítica entre el yo y el otro y la experiencia valorativa o la conciencia moral se funda únicamente en la representación del otro por el ego que conoce y quiere. La alternativa es la exclusión, la prohibición o el olvido del otro. Pero el otro que se me acerca es único y singular; no puede reducirse a una instancia del concepto universal del ego o ser subsumido como un caso o ejemplo bajo una regla o norma general. El derecho de la modernidad basado en el derecho subjetivo y en el imperio del sujeto es curiosamente inmoral pues trata de asimilar y excluir al otro.²

Aquí el argumento es que la justicia es en realidad negada por la aplicación de normas abstractas y formales que presuponen una concepción universalista de la subjetividad jurídica: el derecho positivo pretende lograr la justicia al juzgar a personas y situaciones de una manera inevitablemente reductiva (de personas específicas a sujetos de derecho jurídicos y abstractos), y hay algo “extrañamente inmoral” en ello. Sin embargo, es difícil imaginar cómo este tipo de “inmoralidad” se podría evitar, ya que pareciera surgir de la naturaleza misma del derecho como orden normativo y de apelar a la universalidad que está engastada en cada concepción de la justicia conforme al derecho. El derecho desempeña su función orientadora de acciones al proporcionar un marco de reglas indiscutibles y predecibles y su legitimidad yace en que estas reglas sean acordes a una concepción de justicia que es necesariamente —dado que el derecho aplica a todos— universalista. En consecuencia, para inscribirse en el derecho, una pretensión debe ser suficientemente concluyente para ser considerada un derecho que pueda hacerse valer y cumplirse, y además justificable en relación con una norma universal. Entonces, a fin de institucionalizar una pretensión como un derecho jurídico es inevitable subsumirla a una categoría jurídica (dejando con ello un “exceso” inasible fuera de la categoría) y necesariamente asimilar a su emisor dentro del ámbito de sujetos de derecho jurídicos (negando con ello su “otredad”) —todo en nombre de la justicia. En resumen, la asimilación de la otredad parecería ser una parte ineludible del proceso jurídico.

La teoría cultural-jurídica nunca ha logrado proporcionar una explicación satisfactoria de una “justicia de alteridad” alternativa que debería reemplazar este proceso. Además, su diagnóstico del problema, que este modelo alternativo resolvería, reflejó una ceguera a su propia “otredad” —la jurisprudencia convencional— puesto que tendió a mezclar dos aspectos de la sentencia jurídica que los juristas han llegado a considerar distintos e

² *Ibid.*, pp. 149-150.

independientes: la práctica de deliberación y el pronunciamiento de un veredicto. En la explicación de Douzinas y Warrington, el momento interpretativo (deliberativo o reflexivo) de la sentencia jurídica se reduce al momento (determinativo) de la decisión o veredicto, donde este último no es más que un acto de violencia; es decir, un acto que niega la particularidad y otredad de la pretensión y de su emisor. Necesariamente,

abstrae los detalles, generaliza el suceso, calcula y evalúa a los individuos y los distribuye entre caminos normativos y normal(izados) conforme a una regla que somete lo diferente a lo igual y al otro al yo... Personas concretas se convierten en sujetos jurídicos, características únicas y cambiantes se subsumen en tipos y funciones (¿ideales?), sucesos únicos y contingentes se metamorfosean en “hechos” modelo y las escenas en narrativas empobrecidas construidas conforme a la imaginación limitada de las pruebas y el procedimiento.³

Para Douzinas y Warrington, “[n]ada de lo que ocurrió antes — sea una interpretación del derecho o un apego al principio”⁴ podría mitigar la irreversibilidad reductiva de la decisión; de hecho, entre más cuidadosa la deliberación, más apta sería para disfrazar la brutalidad de la acción que se lleve a cabo en consecuencia. Todos aquellos aspectos del proceso deliberativo — la contingencia, la apertura al suceso, el encuentro con el otro específico, la indeterminación — que son los verdaderos garantes de una justicia de la alteridad son necesariamente eliminados en el momento de la decisión jurídica y esto parecería ser fatal para cualquier esperanza de lograr esta “justicia” a través del derecho. Por ende, Douzinas y Warrington concluyeron que “el compromiso ineludible del derecho con la regla significa que la injusticia es la condición ineludible del derecho”.⁵

II. JÜRGEN HABERMAS: EL DISCURSO COMO LA BÚSQUEDA DEL CONSENSO RACIONAL

En esencia, lo que la frase anterior demuestra es la actitud de profunda sospecha hacia la herencia de los ideales que produjo la Ilustración — la razón, la universalidad, el sujeto soberano unificado, una concepción de justicia organizada en torno a los derechos abstractos de este sujeto y una concepción de la historia humana como tendiente hacia la única meta de

³ *Ibidem*, pp. 230-231.

⁴ *Ibidem*, p. 239, énfasis añadido.

⁵ *Ibidem*, p. 183. *Cfr.* Derrida, Jacques, “Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority,’” *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990, pp. 919-1047.

emancipar la razón de este sujeto— que la teoría cultural-jurídica absorbió del pensamiento europeo post-nietzscheano. Las genealogías del poder disciplinario de Foucault, por ejemplo, (analizadas a detalle en FOUCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA) señalan el lado oscuro de los ideales de razón y libertad de la Ilustración: la historia práctica de objetificación y dominio que ha acompañado su elaboración. En uno de sus primeros trabajos, *Las palabras y las cosas*,⁶ Foucault vincula explícitamente la revolución copernicana en filosofía de Kant con el despotismo de lo que para él está unido a la Ilustración. Kant encuentra la condición de la posibilidad del conocimiento en los propios límites finitos del hombre —los límites de las facultades humanas— pero a lo que esto equivale a su vez, como observa Foucault, es a que el hombre alega tener total conocimiento en virtud de sus limitaciones o conocimiento infinito en virtud de su finitud: afirma su finitud sólo para negarla. Esto “produce la peculiar dinámica de esta voluntad de verdad que se estimula de nuevo ante cada frustración con una incrementada y a su vez fracasada producción de conocimiento”.⁷ La tarea de adquirir total conocimiento del mundo de los objetos, entre los cuales está incluido el hombre mismo, demanda poder infinito, y el terreno en el que este poder se ejerce es “ocupado... por las ‘ciencias del hombre’, que Foucault percibe como un poder disciplinario que opera insidiosamente”.⁸ Para Foucault, la Ilustración por tanto sanciona que se dé rienda suelta a esa forma de razón (racionalidad científico-técnica) que es una mera herramienta de cálculo y la generación de “otros” que no cumplen con sus criterios de progreso y la subjetivación responsable: la transformación (en más de una forma) de la revolución en terror. El sujeto trascendental de Kant hace posible esta voluntad insaciable y sus implicaciones patológicas —una de las cuales es la objetificación de ese mismo sujeto en su guisa de ser humano viviente y empírico. Y para Derrida, Lacan y otros (incluyendo a Foucault en sus primeras obras), la única salida para esta “analítica de la finitud” se encuentra en aquello que niega las estructuras objetificantes del significado: sean cuáles sean —*différance*, deseo, alteridad, locura, corporalidad— que resiste o está más allá de la razón y sus representaciones.

⁶ Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humana*, traducción de Traducción de Elsa Cecilia Frost, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 1968 [1966].

⁷ Habermas, Jürgen, “Apuntar al corazón del presente” en D. Couzens, *Foucault*, traducción de Sigrid Brauner y Robert Brown, con la colaboración de David Levin, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988, p. 122.

⁸ *Idem*.

Fue en contra del trasfondo de este repudio radical a la razón en el pensamiento postestructuralista francés que Jürgen Habermas se instauró en los ochentas y noventas como el principal defensor contemporáneo de la Ilustración y lo que llama el “proyecto” de modernidad. En un sorpresivamente vehemente ataque, Habermas desestimó a los detractores de la Ilustración por decadentes, anarquistas, antihistóricos, irresponsables y conservadores, su pensamiento cegado por una “actitud” enteramente negativa que “de manera maniquea contrapone[n] a la razón instrumental un principio sólo accesible a través de la evocación”.⁹ Por dura que pueda ser, esta caracterización da cuenta de una sentida preocupación de Habermas por las posturas y consecuencias políticas con las que las perspectivas antirracionalistas, si bien involuntariamente, parecen compatibles. También señala lo que para Habermas es una distinción crucial entre dos tipos de gestos filosóficos —“crítica” y “negación”— sólo el primero de los cuales, en su opinión, es adecuado para el *proyecto* de modernidad. En este contexto, crítica significa algo más exacto que una evaluación de los méritos de una práctica o institución: su significado proviene más bien del método filosófico que Kant utilizó para investigar las capacidades humanas de conocimiento, acción volitiva y juicio en sus tres *Critiques*. “Crítica”, en el sentido kantiano, no significa evaluar los méritos de algo o condenarlo en el acto, sino más bien *explorar sus condiciones de posibilidad y los límites de su uso legítimo*. Una crítica de la razón, entonces, es el sometimiento de la razón a un tipo de autoexamen que revela su propia jurisdicción: su área de competencia y sus fronteras. Por lo tanto, las críticas de Kant a la razón teórica y práctica abarcan un aspecto negativo y positivo: negativamente, señalan las fronteras tras las cuales la razón no debe desviarse si ha de evitar caer en el error o en la ilusión; positivamente, estas fronteras atrincheran a la razón dentro del campo de competencia definido por ellas. En su aspecto negativo, los límites revelados por el proyecto crítico de Kant constituyeron una refutación de la metafísica dogmática de la tradición racionalista, que sostiene que la razón podría generar verdades sobre una realidad trascendente: la razón, insiste Kant, no puede deducir las propiedades fundamentales del universo ni puede probar que Dios existe, que la voluntad es verdaderamente libre o que la belleza es inherente a los objetos. En su aspecto recuperativo, sin embargo, los límites de Kant describieron las condiciones en las cuales las proposiciones cognitivas, las determinaciones morales-prácticas y los juicios estéticos *podrían* ser posibles *a priori* y de este modo

⁹ Habermas, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto”, traducción de Jordi Fíbla, en H. Foster (ed.) *La Posmodernidad*, Barcelona, Kairós, 1980, p. 34.

también invalidaron la posición empirista de que *no* podía haber sustento para pretensiones de verdad, moralidad o belleza anteriores a la experiencia. Estas condiciones se albergan en las facultades universales del sujeto para conocer, querer y juzgar más que en la estructura objetiva del mundo, pero lo mismo son fundacionales en sus respectivos campos ya que son irreductibles entre sí.

Habermas reconoce que una consecuencia del avance de la razón moderna, como Kant lo teorizó, ha sido la implacable difusión de la conciencia instrumental-tecnocrática: una conciencia orientada hacia la acción intencionada en el entorno natural y social, y en la manipulación de este, a través del cálculo de medios eficientes para lograr fines determinados. Habermas también reconoce que la libertad celebrada por la Ilustración de Kant ha sido ensombrecida por nuevas formas de dominio. Esto es porque los mismos sistemas políticos y económicos (la economía capitalista y el estado centralizado) que han garantizado algunas libertades, también han supervisado la invasión de lo que Habermas llama “mundo de la vida” (la esfera de las normas, entendimiento e identidades compartidas) por estos sistemas, medios de dinero y poder burocrático-administrativo, con consecuencias que incluyen la alienación y la atomización (efectos especialmente asociados con el mercado) y la dependencia y la normalización (efectos especialmente asociados con el estado benefactor). Sin embargo, Habermas observa que la racionalización ocurre a dos frentes en la modernidad: tanto en el nivel sistémico, donde la racionalidad intencionada (instrumental y estratégica) se ha vuelto aún más sofisticada y efectiva, pero también a nivel del mundo de la vida, que es hogar de una racionalidad diferente, “comunicativa”. Aquí, argumenta Habermas, la comprensión de la tradición y la jerarquía incuestionables se ha relajado progresivamente en la era moderna, con la consecuencia de que la integración social depende cada vez más del entendimiento mutuo no coercitivo y recíproco. Esta evolución en la racionalidad comunicativa es, argumenta Habermas, una faceta del avance de la razón moderna que no sólo ha de ser recuperada de las mandíbulas de su contraparte tecnocrática (que amenaza con devorarla), sino maximizada y expandida para poder seguir dando cuenta de su potencial emancipatorio. Y esto a su vez requiere una forma de crítica kantiana: el objetivo de Habermas no es negar la racionalidad de la Ilustración, sino revisar el método crítico de Kant para definir los límites y posibilidades de la razón y elaborar una postura desde la cual confrontar las implicaciones patológicas, sociales y políticas de su desarrollo desequilibrado —el progreso unilateral de la razón intencionada a expensas de las estructuras comunicativas del

mundo de la vida. En oposición a los rechazos totalizantes de la racionalidad a secas, Habermas ofrece una crítica “menos dramática” que considera los cálculos estratégicos de un esencialmente monádico sujeto individual “como abreviación y distorsión sistemáticas de un potencial operante ya siempre en la práctica comunicativa cotidiana pero del que sólo se hace un uso selectivo”.¹⁰ Para Habermas, reconocer y potenciar la racionalidad incrustada en la práctica comunicativa moderna sería “completar” el proyecto (crítico) de modernidad inaugurado por Kant.

1. *Racionalidad comunicativa y racionalidad estratégica*

Habermas hace una distinción puntual entre acción comunicativa y acción estratégica. Cada una, argumenta, es una respuesta al problema de cómo coordinar las acciones de una pluralidad de personas para que se puedan lograr metas, pero la acción estratégica está enteramente orientada al éxito y por lo tanto es unidimensional:

La actitud orientada al éxito aísla al autor de los otros actores presentes en su entorno; porque las acciones del *alter*, al igual que otros objetos y restricciones situacionales, no son sino medios y limitaciones para la realización de su propio plan de acción; en este caso, los objetos sociales no se diferencian de los objetos físicos.¹¹

En cambio, los participantes de una acción comunicativa reconocen que el medio para el éxito no está a disposición del ego, sino que depende de la cooperación del *alter*:

Los participantes en la acción comunicativa tratan de evitar dos riesgos: el riesgo de que el entendimiento fracase, es decir, el riesgo de disentimiento o de malentendido, y el riesgo de que el plan de acción se malogre, es decir, la falta de éxito. La evitación del primer riesgo es condición necesaria para hacer frente al segundo.¹²

Habermas argumenta además que la acción comunicativa es el mecanismo *primario* de coordinación social y que la acción estratégica es secundaria y parasitaria de esta, lo que quiere decir que la comunicación es el medio indispensable mediante el cual se reproducen las culturas y a través del cual

¹⁰ Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1989 [1985], p. 369

¹¹ Habermas, Jürgen, “Remarks on the Concept of Communicative Action”, in Gottfried Seebass and Raimo Tuomela (eds.) *Social Action* (Kluwer), 1985, p. 154.

¹² Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981], p. 180.

se efectúan la integración social y la socialización,¹³ y que “los órdenes sociales coordinados enteramente por la acción estratégica no podrían ser estables”.¹⁴ Sin embargo, para el presente análisis, la pretensión más importante de Habermas es que además de esclarecer las bases de un orden social estable la acción comunicativa contiene un “potencial para la razón.” El argumento central aquí es que cuando los agentes usan la comunicación (lenguaje o expresiones no verbales equivalentes) para coordinar sus acciones, *necesariamente* (ya sea intencionalmente o no, y conscientemente o no) hacen ciertos acuerdos para justificar sus elocuciones con base en razones que serían aceptables para sus interlocutores. Para Habermas, entonces, la racionalidad comunicativa está ligada a la preparación para convencer a otros mediante el argumento de que los fundamentos de las pretensiones de alguien son aceptables debido a su capacidad para tolerar la crítica y sostiene que esta es una forma de razón distintivamente *moderna*. Como Maeve Cooke ha explicado, es moderna porque se basa en la premisa de la negación de que cualquier “pretensión de validez” está exenta de escrutinio crítico, y por tanto implica “una relación con el mundo caracterizada por la conciencia de que los juicios propios... necesitan la validación de otros si han de tener fundamentos.”¹⁵ Por lo que: “[e]l concepto de acción comunicativa, sólo tiene un *potencial* crítico;... la idea de la racionalidad comunicativa expresa su potencial”.¹⁶

El concepto de Habermas de razón comunicativa proviene de su explicación de esfera pública, ideada en principio en uno de sus primeros escritos titulado (en su traducción al inglés) *Structural Transformation of the Public Sphere* [“La transformación estructural de la esfera pública”].¹⁷ Aquí, Habermas presenta a la esfera pública como una categoría históricamente específica de pensamiento y práctica de la burguesía. Como tal, se trataba por un lado de un conjunto de prácticas e instituciones que tomaron forma en la naciente Europa moderna en torno a procesos de discusión concernientes, primero, a temas literarios y, posteriormente, a temas políticos; inicialmente ocurría cara a cara (por ejemplo, en las cafeterías londinenses de princi-

¹³ Véase, Cooke, Maeve, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, Cambridge, MIT, 1994. pp. 22-27.

¹⁴ Habermas, “Remarks on the Concept of Communicative Action”, *op. cit.*, p. 156.

¹⁵ Cooke, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, *op. cit.*

¹⁶ *Idem*, p. 14.

¹⁷ Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge, MA, MIT Press, 1989. Hay traducción al español, por Anthony Domenech, *Historia y Crítica de la opinión pública: La transformación estructural de la vida pública*, Editorial Gustavo Gili, 1981.

pios del siglo XVIII) y posteriormente a través de periódicos y libros. Por otra parte, la esfera pública era un *ideal* presupuesto por estas prácticas e instituciones: el de una asociación universalmente accesible y voluntaria de individuos, que se reunían para conformar un público de iguales para participar en un debate racional-crítico sin restricciones sobre temas de interés público, y que generaba opiniones sobre estos temas que eran genuinamente “públicas” *porque* emanaron de un proceso de deliberación racional accesible. En la realidad, por supuesto, la participación real en las cafeterías, galerías y periódicos literarios de la Europa del siglo XVIII siempre estuvo restringida a un pequeño grupo de hombres solventes y educados y la concepción de “opinión pública” a la que llegaban reflejaba inevitablemente sus limitados intereses. Por consiguiente, el ideal de esfera pública continuó siendo meramente utópico, una visión incluyente e igualitaria de un público que deliberaba racionalmente que nunca se concretó totalmente, ni en los primeros días de su surgimiento.

El planteamiento de Habermas en *Structural Transformation of the Public Sphere* adoptó la forma de una crítica que buscaba exponer las contradicciones entre el ideal y la realidad de la esfera pública burguesa del siglo XVIII. Si bien su estocada crítica consistió en demostrar que el ideal de la esfera pública burguesa era más que una mera ilusión, porque *en principio* era abierta e igualitaria y sus deliberaciones eran *en principio* racionales. Por lo tanto el ideal de un uso público de la razón entre iguales podía servir como una suerte de ideal regulativo para procesos reales de debate público. Esta convicción —primero defendida por Kant en diversos ensayos publicados en los ochentas y noventas del siglo XVIII, incluyendo el más sobresaliente “Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?”¹⁸ nunca ha desaparecido del trabajo de Habermas, aunque su agenda de investigación cambió a partir de 1962, cuando se publicó por primera vez en Alemania *Structural Transformation*. Específicamente, su atención se alejó de los orígenes históricos y subsecuente trayectoria de la esfera pública y su marco teórico ha mostrado su orientación marxista temprana. En esencia y muy brevemente, el interés de Habermas en el ideal de la esfera pública se ha transformado en sus últimos trabajos (*La Teoría de la acción comunicativa*¹⁹ y poste-

¹⁸ Kant, Immanuel, *Filosofía de la Historia. ¿Qué es la Ilustración?*, traducción de Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Buenos Aires, Caronte, 2004 [1784]. Véase, O’Neill, Onora, “The Public Use of Reason”, *Political Theory*, vol. 14, núm. 4, 1986, pp. 523-551.

¹⁹ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981] y, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].

riores) en un interés más profundo en las “presuposiciones idealizantes” que están, argumenta, necesariamente implícitas en *todas* las prácticas de comunicación intersubjetiva. Por ende, su atención ha ido de los ideales provistos por prácticas e instituciones que surgen en una formación histórica particular a ideales universales cuasi-trascendentales presupuestos por la comunicación humana como tal.²⁰ Así que lo que Habermas ahora considera potencial para la racionalidad comunicativa que es inherente a toda práctica comunicativa describe nuevamente el ideal de la esfera pública en términos distintos. En la modernidad, el mundo de la vida es el lugar principal para la materialización de este potencial, aunque por supuesto abarca ámbitos privados (como el de la familia) y públicos (como los espacios educativos y los medios).

2. *La teoría social de Habermas: El mundo de la vida y el sistema*

Sin embargo, en el corazón de la teoría social de Habermas está la idea de que la comunicación orientada al entendimiento mutuo no es el único mecanismo mediante el cual las sociedades modernas se reproducen. Por consiguiente, una explicación adecuada de la sociedad moderna requiere un “concepto de sociedad articulado en dos niveles”²¹ que abarca el mundo de la vida y el “sistema”, con el sistema en turno que tiene dos componentes *funcionalmente* integrados —la economía de mercado y el estado burocrático centralizado.

Comúnmente, el mundo de la vida como Habermas lo entiende es la red de significados intersubjetivamente producidos en los que necesariamente se sitúa la experiencia cotidiana. En el proceso de intercambiar razones que serán recíprocamente convincentes, los individuos no pueden sino recurrir a un acervo compartido de entendimientos, valores e identidades que constituyen su mundo de la vida (un acervo que se nutre con cada nuevo consenso). Más específicamente, ellos necesariamente asumen una “cultura” compartida (el depósito del conocimiento, los entendimientos y esquemas interpretativos comunes), una “sociedad” compartida (los valores, las convenciones y las instituciones mediante las cuales se orienta la acción individual en el mundo social), y un repertorio común de competen-

²⁰ El texto central que señala este cambio de dirección es Habermas, Jürgen, “What is Universal Pragmatics?”, traducción de T. McCarthy, en *Communication and the Evolution of Society*, New York, Beacon Press, 1979, capítulo 1.

²¹ Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, op. cit., p. 10.

cias e identidades de acción subjetiva a través del cual los individuos se forman como personas. La cultura, la sociedad y la personalidad se sostienen por procesos de transmisión cultural, integración social y socialización. Estos procesos a su vez ocurren en una variedad de escenarios e instituciones: espacios culturales y educativos, asociaciones voluntarias, la familia, redes de amistad y así sucesivamente. Sin embargo, para Habermas, lo que los vincula es que cada proceso que sostiene el mundo de la vida sucede a través del medio de comunicación intersubjetiva. Por consiguiente, el potencial racional que habita en la acción comunicativa ha servido como base para la racionalización progresiva del mundo de la vida. Este proceso ha resultado en la liberación de sujetos de los roles y valores tradicionales y en su mayor confianza en la argumentación para producir el consenso necesario para coordinar acciones y crear orden social: los significados, normas y estados heredados que en la modernidad se observan cada vez más abiertos al cambio. En esta medida, se puede decir que el mundo de la vida moderno ejemplifica una manera de actuar cooperativamente con otros con base en un auténtico consenso—auténtico porque rehúye la compulsión, la manipulación y la fuerza de la tradición incuestionable y porque surge más bien de la discusión racional entre participantes libres e iguales.

Lo que separa al sistema del mundo de la vida es que la acción que ocurre en el contexto del sistema se coordina mediante “medios de control” distintos del medio de comunicación: el poder administrativo (en el caso del estado centralizado moderno) y el dinero (en el caso de la economía de mercado). El poder y el dinero son los medios mediante los cuales los agentes pueden lograr sus fines exitosamente—o, más exactamente, los fines que les son otorgados por su participación en los subsistemas político y económico—sin tener que recurrir a buenos argumentos ni a razones intersubjetivamente válidas. En otras palabras, estos medios de control liberan a los agentes de la carga de justificación implícitamente llevada a cabo por la comunicación encaminada hacia el consenso. Por consiguiente, los subsistemas político y económico son arenas para la acción estratégica basada en los cálculos utilitarios que hacen los agentes para lograr lo que consideran ser de su conveniencia. No obstante, lo que los agentes no pueden percibir ni tampoco entender son las estructuras sistémicas más grandes que ambos programan y que a su vez son reproducidas por sus propias acciones estratégicas en estas arenas. Mientras que

[c]n el mundo de la vida, la coordinación... depende de las orientaciones de acción de los individuos en la sociedad... [l]a coordinación del sistema... opera por medio de la

integración funcional de las consecuencias de la acción y evita las orientaciones de acción de agentes individuales.²²

Más importante, aunque Habermas considera que el mundo de la vida tiene prioridad sobre el sistema en el sentido de que las operaciones de este último están integradas al mundo de la vida y dependen de éste (la gobernanza y la producción material no podrían lograrse sin los conocimientos, valores e identidades generadas por un mundo social heredado), no considera a la división entre mundo de la vida y sistema problemática en sí misma. Aunque insiste en que tanto el estado centralizado como la economía capitalista emergieron del mundo de la vida como resultado procesos de diferenciación funcional y en cierto sentido se derivan del mundo de la vida, Habermas ve esta separación como un logro histórico importante. La administración política y la producción económica son mejor coordinadas por los medios de control, porque en sociedades complejas caracterizadas por altos niveles de incertidumbre, la comunicación orientada al consenso sobre estos temas no podría alcanzar un nivel equivalente de sincronización. De hecho, la eliminación de estas funciones de los subsistemas ha permitido positivamente el desarrollo de la racionalidad comunicativa en el mundo de la vida, al liberar a este último de la carga de dichas funciones y con ello liberar tiempo para la deliberación de preguntas relacionadas con la transmisión cultural, la integración social y la socialización. No obstante, Habermas también observa que la integración del sistema está acompañada de peligros. Los sistemas conducen a los agentes a fines que no son el centro de la reflexión crítica, mucho menos del consenso; parece que “funcionan por sí mismos” y de maneras que escapan el control humano. Además, los sistemas tienen la capacidad de allanar, o “colonizar”, el mundo de la vida, con el resultado de que “ámbitos de acción comunicativamente estructurados quedan sometidos a los imperativos de sistemas de

²² Cooke, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, op. cit., p. 5. Habermas dice: “La integración de un sistema de acción es producida en el primer caso por medio de un consenso asegurado normativamente o alcanzado comunicativamente, y, en el segundo, mediante una regulación no-normativa de decisiones particulares que se sitúa allende la conciencia de los actores. La distinción entre una integración social, que se apoya en las propias orientaciones de acción, y una integración sistémica de la sociedad, es decir, una integración que se cumple asiendo a través de, o atravesando, esas orientaciones de acción nos obliga a introducir la correspondiente diferenciación en el concepto mismo de sociedad.” (Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, op. cit., p. 167)

acción organizados formalmente que se han vuelto autónomos”.²³ Los patológicos efectos colaterales de estas invasiones incluyen por un lado la cosificación, la atomización y la normalización; y por otro lado la formalización, la profesionalización y la despolitización, pero al nivel más general, la amenaza que plantean los sistemas dirigidos funcionalmente es que socavan la agencia humana. En *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas describe los nuevos movimientos sociales como máquinas de resistencia a la colonización de mundo de la vida por el sistema y laboratorios más eficientes para el desarrollo de nuevas instituciones que podrían contener a esta amenaza.

3. *El derecho como medio y como institución*

En una breve sección del segundo tomo de *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas analizó la función del derecho en la constitución de la división entre sistema y mundo de la vida. La integración sistemática de la acción, observó, presupone la organización formal de ese ámbito de acción, que a su vez sólo puede alcanzarse a través del derecho. Por lo tanto, la diferenciación inicial entre economía y estado como subsistemas distintos del mundo de la vida dependió de la elaboración al inicio de la modernidad de, respectivamente, regímenes del derecho público y el derecho privado:

Por un lado, el comercio y trato entre los poseedores individuales de mercancías es normado en el sentido de un orden de derecho privado cortado a la medida de personas jurídicas que se comportan estratégicamente y que entablan entre sí relaciones contractuales... Por otro lado, el derecho público sanciona como fuente única de dominación legal un poder estatal soberano que se reserva el monopolio de la violencia.²⁴

En esta etapa, el mundo de la vida aparece, desde la perspectiva del sistema, como una mera vida informe, “el depósito ya no susceptible de ulterior determinación, del que los subsistemas Economía y Estado extraen aquello que necesitan para su reproducción: trabajo y disponibilidad a la obediencia.”²⁵ Además, los efectos de estas institucionalizaciones jurídicas del dinero y el poder son ambivalentes en el mundo de la vida: a las nuevas libertades para celebrar contratos y adquirir y vender bienes (libertades que

²³ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, op. cit., p. 10.

²⁴ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, op. cit., pp. 505-506

²⁵ *Idem*, p. 506.

posteriormente fomentarían el surgimiento de un mundo de la vida moderno cimentado en ideas de libertad y privacidad individual) se unieron nuevas formas de dominio organizado principalmente en torno a una división emergente de clases entre la burguesía y el proletariado. Las subsecuentes “hornadas de juridización” representadas por dichas iniciativas en forma de garantías individuales y la extensión de la franquicia “[son elementos mediante los que] el moderno mundo de la vida... es objeto de reconocimiento y protección”²⁶ en forma de garantías constitucionales contra el estado moralmente justificadas —primero a la vida, a la libertad y a la propiedad; posteriormente, a la participación en el proceso mismo de creación de las leyes. Y más tarde aún, el surgimiento de los derechos sociales “pone freno al subsistema económico de forma similar a como las dos anteriores hornadas de juridización se lo pusieron al administrativo”.²⁷ Aunque en cuanto a que esas dos “hornadas” anteriores tuvieron una inequívoca naturaleza garantizadora de libertades, el estado social, argumentó Habermas, es ambivalente en sus efectos sobre el mundo de la vida. En aquellas áreas ya constituidas por el derecho —como el lugar de trabajo— los derechos sociales califican el anteriormente ilimitado poder del capital privado de maneras que mitigan el dominio de clase. En cambio, en campos informalmente organizados como la familia y la escuela, los derechos sociales —por su propia forma jurídica y modo burocrático de implementación— reestructuran los mundos de la vida de los sujetos de derecho de maneras patológicas. Por lo tanto, a diferencia de los efectos negativos de la primera hornada de juridización (que produjo formas de dominio social como efectos colaterales), estas consecuencias patológicas “son resultado de la estructura misma de la juridización”.²⁸

En este punto de su argumento, Habermas introdujo una distinción entre derecho como “medio” (de la “colonización” del mundo de la vida) y derecho como “institución” (un mecanismo para la defensa y fortalecimiento del mundo de la vida). Como lo primero, argumentó, el derecho constituye los subsistemas de administración y economía y (en combinación con los medios poder y dinero) dirige su desarrollo; como una “institución”, el derecho refleja y da fuerza vinculante a las normas desarrolladas de manera informal en el mundo de la vida. Las instituciones jurídicas (como los principios de derecho constitucional y derecho penal), continuó, son susceptibles de, y requieren, justificación *sustantiva* porque están enraizadas en

²⁶ *Idem*, p. 509.

²⁷ *Idem*, p. 510.

²⁸ *Idem*, p. 511.

las normas que constituyen el componente social del mundo de la vida: “guardan una relación de continuidad con las normas éticas, vienen a sancionar jurídicamente ámbitos de acción comunicativamente estructurados”²⁹ y de este modo le dan a las normas generadas comunicativamente una forma vinculante respaldada por la sanción estatal. El derecho como medio, por otra parte, es: un “instrumento de organización para los subsistemas regidos por los medios, autonomizados ya frente a los contextos normativos de la acción orientada al entendimiento”³⁰ –podría ser legitimado por simple referencia a su génesis de corrección *procedimental* en una legislación, una sentencia judicial o una decisión administrativa: el derecho en este carácter “queda descargado de la problemática de fundamentación [sustantiva]”.³¹ Habermas citó el derecho comercial y administrativo como ejemplos de regímenes jurídicos que en combinación con los medios dinero y poder se convierten en medios de control, que convierten a la economía y al estado en ámbitos de acción formalmente organizados.

La pretensión general de Habermas fue, entonces, que la evolución jurídica ha continuado por dos vías en la modernidad. Por una parte, cada hornada de juridización ha traído consigo nuevas *instituciones* jurídicas que han sido vinculadas con la racionalización del mundo de la vida; por la otra, las dinámicas internas de una economía y un estado cada vez más complejos se han puesto al descubierto dentro del *medio* jurídico como relaciones jurídicas dentro de estos ámbitos y se han vuelto incluso más “densas.” Habermas describió la cuarta hornada de juridización como normativamente ambivalente, argumentando que ha contribuido por igual al aumento de la racionalización del mundo de la vida al garantizar su libertad y la ha obstaculizado al privarla de libertad. Su argumento es que en tanto que la institución jurídica –aquí, el principio de inclusión e igualdad social– se efectúa a través de la regulación jurídica de un ámbito del mundo de la vida *informalmente* organizado, el modo de integración de esta esfera se convierte de uno basado en la comunicación a uno basado en el medio jurídico, esto es, a un modo de integración que le conviene al sistema.³² En

²⁹ *Ibidem*, p. 517.

³⁰ *Ibidem*, p. 516.

³¹ *Idem*.

³² Habermas hizo énfasis en que si la esfera hacia la que apunta el derecho social ya tiene, para empezar, una forma jurídica, la creciente densidad de las normas jurídicas puede llevar a la redistribución de dinero y poder sin alterar las bases de las relaciones sociales. Por otra parte, si la intervención jurídica procede mediante el uso de instituciones jurídicas para suplementar un contexto comunicativo de acción, puede complementar el modo de integración social existente. Para asegurar lo anterior, Habermas sugirió que la juridización de las áreas de acción estructuradas comunicativamente no debían sobrepasar el cumplimiento de

este proceso de juridización, argumenta Habermas: “[e]s el propio medio ‘derecho’ el que violenta las estructuras comunicativas del ámbito de acción juridizado”.³³

Queda claro entonces que en *Teoría de la acción comunicativa* el derecho moderno se describe, en el mejor de los casos, como el que tiene una relación ambivalente con la emancipación social. Sin embargo, en *Facticidad y validez*, su obra más importante sobre teoría jurídica y política (que se publicó en alemán en 1992 y en español en 1998),³⁴ Habermas ofrece una visión más optimista de las capacidades y el potencial del derecho. En un momento en el que las creencias compartidas, supuestos culturales, valores sustantivos e identidades colectivas ya no pueden —en condiciones modernas de secularismo, pluralismo y fragmentación social— proveer un telón de fondo completo para las interacciones sociales, las instituciones jurídicas discursivamente racionales, argumenta, han emergido como la única fuente disponible de integración normativa. Y dado que el derecho habla el lenguaje del sistema, puede servir como puente entre el mundo de la vida y el sistema, y como vehículo para la defensa y revigorización del primero. En específico, el derecho puede fungir como el “transformador” que convierte el “poder comunicativo” generado por los procesos discursivos en el mundo de la vida en el “poder administrativo” del estado. Por consiguiente, el Habermas de *Facticidad y validez* rechaza la distinción institución/medio,³⁵ y desestima por “apresuradas”³⁶ las conclusiones a las que había llegado previamente sobre el impacto colonizador del medio jurídico sobre las estructuras comunicativas de esferas sociales organizadas de manera informal. También abandona el argumento de que la legitimidad jurídica depende *ya sea* de la fundamentación sustantiva por referencia a normas y valores generados comunicativamente *o* de la fundamentación procedimental por referencia a la génesis formal del derecho. En lugar de ello, Habermas se dispone a sustituir ambas alternativas, y como parte de ese proceso, a de-

principios constitucionales ni el estado de derecho: en el contexto del derecho familiar, por ejemplo: “el uso del derecho como medio debe sustituirse por procedimientos de regulación de los conflictos, que se ajusten a las estructuras de la acción orientada al entendimiento —por procesos de formación discursivos de la voluntad [...] y por procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso”. *Ibidem*, p. 524.

³³ *Ibidem*, p. 524.

³⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998 [1992].

³⁵ *Ibidem*, p. 500, nota 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 500.

mostrar que el “derecho en su función de medio [de control]” es *en sí mismo* susceptible de fundamentación en términos comunicativamente racionales. Por otra parte, *Facticidad y validez* deja claro que las iniciativas jurídicas legítimas no se limitan a aquellas que “institucionalizan” normas *morales* reconocidas intersubjetivamente. Siempre dando por hecho que se observan los principios morales básicos,³⁷ el derecho legítimo puede también emerger del discurso racional comunicativo sobre preguntas *ético-políticas* y *pragmáticas* (relacionadas, respectivamente, con las metas que mejor den cuenta de la identidad y valores de una comunidad política determinada y los medios más eficientes para lograr fines específicos de esa comunidad) así como de *fair compromises* entre intereses conflictivos.³⁸ Por otra parte, la mera positividad del derecho —el hecho de que ha sido propuesto por una fuente autorizada— es suficiente para garantizar su validez normativa. En todos los casos, la legitimidad del derecho depende de un procedimiento de legislación que inscribe la razón comunicativa en sí misma.

4. *Pensamiento “posmetafísico” y reconstrucción racional*

Antes de poder explorar más detenidamente la teoría de derecho madura de Habermas, se hace necesaria una breve explicación de su método filosófico en el desarrollo de la teoría. Como ya se habrá visto claramente, Habermas rehúye cualquier forma de investigación filosófica que se ocupe de abstracciones atemporales y universales y niega que las percepciones generadas por formas metafísicas de especulación apelen en especial a un estado trascendente, y por ende fundamental, en relación con la experiencia humana ordinaria.³⁹ Sin embargo, conserva la preocupación del filósofo en las condiciones en las que las pretensiones podrían trascender el contexto en el que se hicieron y rechaza las posturas anti-metafísicas que niegan la posibilidad de analizar regularidades observables del mundo empírico desde una distancia crítica.⁴⁰ Para Habermas, la filosofía debe bajarse de su elevado pedestal para interactuar en términos iguales con las ciencias empíricas a las que hasta ahora ha pretendido juzgar.⁴¹ En particular, debe par-

³⁷ *Ibidem*, p. 171.

³⁸ *Ibidem*, pp. 225-236.

³⁹ Habermas, Jürgen, *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, traducción de William Mark Hohengarten, Cambridge, MA, MIT Press, 1992 [1988].

⁴⁰ Pensky, M., “Habermas’s Intellectual Contexts,” en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.

⁴¹ Habermas, Jürgen, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1985 [1983], pp. 9-31.

participar en un diálogo con aquellas ciencias sociales que identifican competencias humanas básicas, tales como la competencia comunicativa, con miras a unificar y sistematizar sus percepciones y hacerlas inteligibles al público en general.⁴² Al mismo tiempo, la filosofía debe adoptar como su tarea la rehabilitación de una forma de razón que es autoritaria en tanto universal y transhistórica (incluso si depende de condiciones históricas para su materialización). Esto a su vez significa que la función de la filosofía actualmente es interpretar las percepciones reveladas por las ciencias sociales empíricas para dar a conocer el potencial para la razón *en* las formas de interacción humana que las últimas analizan.

[L]a metodología “postmetafísica” de Habermas tiene como objetivo integrar recursos empíricos a la filosofía sin perder de vista lo que es único de la filosofía: a saber, su capacidad de apartarse de los datos empíricos a fin de reconstruir de manera sistemática verdades universales subyacentes sobre nosotros, nuestras sociedades y nuestro lugar en el mundo.⁴³

En este tenor, Habermas afirma haber reconstruido una detallada explicación de la racionalidad a partir de los supuestos engastados en todos los actos comunicativos de la vida diaria. Habermas aduce que cada vez que los agentes participan en la comunicación, sus elocuciones están acompañadas necesariamente de “pretensiones de validez”: pretensiones de que sus alocuciones están sustentadas por razones que sus interlocutores podrían aceptar, incluso si no se piden razones para ello. Habermas define como “discurso” el proceso mediante el cual se piden, proveen y contestan los fundamentos de las elocuciones. El discurso en este sentido es, entonces, la tentativa de lograr un consenso motivado por la racionalidad cuando las pretensiones de validez están en entredicho. Un consenso racionalmente motivado es el consenso que los participantes alcanzarían, en condiciones ideales, si sus argumentos se basan en lo que Habermas denomina las “reglas” del discurso.

Las reglas del discurso... no son *constitutivas* para dicho discurso en el mismo sentido en que lo son las reglas de ajedrez para este juego. En tanto que las reglas de ajedrez *determinan* una praxis de juego verdadera, las reglas del discurso son únicamente una

⁴² *Ibidem*, pp. 26-27

⁴³ Yates, M., “Postmetaphysical Thinking” en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001, p. 35.

forma de la representación de *presupuestos* pragmáticos de una praxis de discurso concreta que se aceptan tácitamente y se conocen de modo intuitivo.⁴⁴

Habermas identifica tres niveles en estas reglas.⁴⁵ En el primer nivel se encuentran las reglas lógico-semánticas, que requieren que los hablantes se comuniquen de manera mutuamente inteligible. En el segundo nivel están las reglas orientadas a garantizar un consenso auténtico; por ejemplo, las reglas de que cada hablante sólo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree, que la motivación de todos los participantes sólo debe ser la de que haya mejores argumentos, que cada participante debe asumir la responsabilidad de sus dichos y que ningún argumento pertinente deberá ser suprimido o excluido por los participantes. Sobre todo, que los participantes en el discurso deben presuponer inevitablemente que el acuerdo es posible en principio en relación con la validez de los temas a discusión; de lo contrario, no tendría ningún caso iniciarla. En el tercer nivel se encuentran las reglas orientadas a garantizar que ningún participante potencial de un discurso sea excluido, que todos los participantes dispongan de igualdad de oportunidades para contribuir al discurso y que el proceso del discurso sea inmune a la coerción y la represión.

Para Habermas, estas “reglas” del discurso son universales y necesarias en el sentido de que los que participan en un debate deben inevitablemente hacer estas presuposiciones si quieren explicarse sin contradecirse, *mientras* participan en la discusión. Conforme a estas reglas, la argumentación *deberá en principio* no excluir a nadie, no incluir afirmaciones inmunes a la crítica y prohibir el uso de todo tipo de coerción, que no sea la fuerza del mejor argumento. Por supuesto, las situaciones reales de diálogo están sujetas a limitantes de tiempo y espacio, son susceptibles de distorsión por asimetrías de poder y dependen de las capacidades finitas de razonamiento y uso de lenguaje de los participantes. No obstante, dichos participantes “deben, aunque sea sólo de manera implícita, asumir que tienen como objetivo lograr el tipo de entendimiento que se alcanzaría en condiciones ideales”.⁴⁶ En este sentido es que los participantes en la acción comunicativa están sujetos a condiciones “cuasi-trascendentales” de la posibilidad de entendimiento. Los presupuestos trascienden, incluso aunque estén implícitos en, lo que en verdad ocurre en la praxis; permiten que los procesos reales de argumentación sean susceptibles de crítica con base en la tensión entre lo

⁴⁴ Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁵ *Idem*, pp. 110-112

⁴⁶ Finlayson, Gordon, “Habermas’s Discourse Ethics and Hegel’s Critique of Kant’s Moral Theory” en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999, p. 32.

que los participantes asumen necesariamente —la situación de habla ideal, para citar la primera descripción de Habermas que posteriormente rechazara— y lo que acontece en un debate determinado.

En esta medida, el método de reconstrucción racional desarrollado por Habermas guarda cierta similitud con el método crítico de Kant.⁴⁷ Ambos buscan construir las bases para evaluar prácticas al reflexionar en los presupuestos engastados en dichas prácticas. Además, en la insistencia de Habermas de que cada acto del habla supone tres distintas pretensiones de validez —una pretensión de verdad, una pretensión de rectitud y una pretensión de veracidad o autenticidad— se encuentra una distinción categórica entre las elocuciones cognitivas, normativas y expresivas que hace eco de la división entre conocimiento, moralidad y sentimientos subyacente en el proyecto crítico de Kant. Dicho esto, la relación entre la teoría de racionalidad comunicativa de Habermas y la concepción de la razón y sus límites de Kant está marcada por divergencias así como similitudes. El punto de divergencia más fundamental entre Habermas y Kant consiste en que Habermas sustituye la razón estrictamente centrada en el sujeto con una concepción de racionalidad intersubjetiva: la versión de Habermas del análisis “presuposicional” se concentra en la práctica comunicativa moderna y no en las operaciones de las facultades mentales del sujeto universal. Segundo, la concepción postmetafísica de razón habermasiana no está unida al entendimiento metafísico kantiano del “Yo pienso” —una “unidad de apercepción trascendental” — que resulta de nuestras experiencias del mundo objetivo, o de un ser “noumenal” que permite la acción moral.⁴⁸ Tercero, de ahí resulta que las condiciones de posibilidad descubiertas por Habermas dependen de la experiencia de forma que los criterios *a priori* de Kant no lo hacen: estos son inherentemente falibles, son vulnerables a la refutación a cargo de nuevas percepciones empíricas sobre las bases del entendimiento mutuo en la práctica cotidiana. Cuarto, la naturaleza distin-

⁴⁷ Power, Michael, “Habermas and the Counterfactual Imagination”, *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.

⁴⁸ Los participantes en los discursos “no son los personajes inteligibles de Kant sino verdaderos seres humanos...” (“participants are not Kant’s intelligible characters but real human beings”) Véase, Jürgen Habermas, *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation*, Cambridge, MA, MIT, 1990, p. 92. (N. de T. La traducción al español es diferente: Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, op. cit., p. 116. “los participantes en la argumentación no son caracteres inteligibles y están movidos por otros motivos que el permisible de la búsqueda cooperativa de la verdad”. Nótese que las referencias kantianas y el énfasis a los “verdaderos seres humanos” desaparece en esta versión).

tiva de las pretensiones de validez hacia la verdad, la corrección normativa y la sinceridad atestan, al menos en lo que a Habermas respecta, no la necesariamente complementaria forma de las facultades mentales del sujeto, sino la separación, en la modernidad, de los tres “mundos” discursivos en lo que concierne respectivamente a los hechos, las normas y el ámbito de la experiencia interior. Estos se han podido diferenciar en respuesta a los problemas específicos y tipos de pretensiones de validez que surgen en las distintas “esferas de valor” de la sociedad moderna: la ciencia y la tecnología; el derecho, la vida ética y la moralidad; y el arte.

5. *Teoría jurídica madura de Habermas: Facticidad y validez*

Las reflexiones de Habermas sobre el segundo de estos mundos —el mundo del discurso “práctico”— son las que principalmente dieron lugar a la teoría del derecho que se expone en *Facticidad y validez*, así como la teoría moral que se desarrolla en *Conciencia moral y acción comunicativa*⁴⁹ y *Aclaraciones a la ética del discurso*.⁵⁰ El discurso práctico es el intento de lograr un consenso racionalmente motivado sobre pretensiones de validez de rectitud normativa en disputa. Una manera adecuada de iniciar con la explicación de las reflexiones de Habermas sobre el discurso práctico es lo que llama “principio de discurso” pero tal vez se entienda mejor como el principio de discurso *práctico*: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.⁵¹ Este principio contiene la idea básica de la filosofía práctica de Habermas.⁵² Esta premisa es la idea normativa (pero no moral en sí misma) ligada a los presupuestos idealizantes de la acción comunicativa anteriormente señalados: la idea de una orientación hacia el consenso. Dicho de manera sencilla, el principio de discurso (práctico) captura la intuición de que las normas válidas deben atraer un consenso racionalmente motivado: deberán estar sustentadas por razones que todas las partes afectadas encontrarían convincentes en un discurso dirigido de conformidad con “reglas” discursivas. Sin embargo, el principio de discurso no establece qué *tipos* de razones contarían como buenas razones y estas variarán dependiendo de la naturaleza de la norma en cuestión y particularmente dependiendo de si es una norma moral o

⁴⁹ Habermas, *Conciencia Moral Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*

⁵⁰ Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

⁵¹ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 152.

⁵² Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, pp. 85-6, 116.

jurídica. Por consiguiente, la determinación real de la validez de las normas requiere que se les ponga a prueba en relación con otro principio para el cual el principio de discurso sirve a su vez como premisa.

Habermas especifica otros dos principios. El primero de los cuales (que llama el “principio moral”, y que puede compararse y contrastarse con el imperativo categórico de Kant)⁵³ establece que

[toda] norma cada norma válida habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se siguen de su acatamiento general para la satisfacción de los intereses de cada persona (presumiblemente) puedan resultar aceptados por todos los afectados (así como preferidos a los efectos de las posibilidades sustitutivas de regulación).⁵⁴

Esta redacción refleja la incondicionalidad y la universalidad de las normas morales –que vinculan a todas las personas, no sólo a los miembros de grupos culturales específicos y constriñen la búsqueda del bien a individuos y grupos –pero, a diferencia del principio de universalización de Kant, el principio (U) de Habermas “construye una intuición consecuencialista en su teoría moral deontológica”.⁵⁵ El segundo principio (que llama el “princi-

⁵³ Es similar al imperativo categórico en que establece un procedimiento que se debe seguir para poner a prueba normas potenciales en lugar de ordenar un código moral sustantivo; es distinto en que el procedimiento que ordena no se debe seguir en un proceso de deliberación moral privado sino en un proceso dialéctico que involucre a todo aquellos cuyas necesidades e intereses se vean afectados por el cumplimiento de la norma. La prueba de universalización de Kant esencialmente requiere un proceso monológico de autocuestionamiento, cuyo objetivo es analizar si las “máximas” de acción propuestas son lógicamente coherentes entre sí. Para Habermas, por otro lado, “la prueba de universalización exitosa ya no está en la pregunta: ¿un mundo regulado por mi máxima es lógicamente coherente? Desde una perspectiva discursiva, la pregunta que nos hacemos es: ¿Todos estarían de acuerdo en ser regulados por una máxima?” (Chambers, S., “Discourse and democratic practices” en S.K. White (ed.) *The Cambridge companion to Habermas*, ed. S. K. White, Cambridge, Cambridge University Press, p. 233). Conforme a esta prueba, un sujeto debe considerar si la norma mediante la cual se propone actuar tiene validez universal y para ello debe establecer un *diálogo* con todos los posiblemente afectados por la acción propuesta. Además, esta conversación debe ser un proceso real de debate, en el que todas las partes tengan oportunidad de articular sus distintas perspectivas e intereses.

⁵⁴ Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, pp. 85-6. *N. de. T.* En la versión en inglés, *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation*, p. 65), esta norma se conoce como “principio ‘U’”. Tal denominación desaparece en la traducción al español.

⁵⁵ Finlayson, James Gordon, *Habermas: A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, 2005, p. 82.

pio democrático” y que se puede comparar y contrastar con el principio universal de rectitud de Kant⁵⁶ establece que

sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica (es decir, todos los ciudadanos).⁵⁷

Cada uno de estos principios depende de otra premisa que no se deriva de los presupuestos universales y necesarios de argumentación sino de hechos sobre las sociedades modernas en particular. La otra premisa del principio moral de Habermas establece que los agentes pueden juzgar preguntas morales imparcialmente, a saber, yendo más allá de la perspectiva contingente del agente:⁵⁸ en el caso de Habermas, esta actitud “madura” es un logro específicamente moderno, que surge de la conciencia moral como la culminación de un proceso de desarrollo que es inherente a las formas de vida que se basan en la comunicación. La otra premisa del principio democrático de Habermas es que el derecho es un medio indispensable para “organizar la vida en común” en las sociedades modernas – no porque sea un requisito moral sino porque es funcionalmente necesario en las complejas y diversas sociedades modernas como el único medio confiable de establecer expectativas de comportamiento y evitar con ello conflictos o resolverlos cuando ocurran.⁵⁹ Como veremos, este apego al derecho, necesario en las sociedades modernas, afecta cómo se evalúa la racionalidad de las normas que organizan la vida en las sociedades modernas.

Habermas considera que el derecho moderno está marcado por una tensión “entre hechos y normas,” o más bien, entre su “facticidad” (*Faktizität*) y su “validez” (*Geltung*) –entre su existencia fáctica como un conjunto de normas artificialmente presupuestas que en efecto se hacen cumplir, y el presupuesto de rectitud normativa que generan. La tensión es familiar a la jurisprudencia –la división entre el POSITIVISMO y la teoría de DERECHO NATURAL se construye en torno a una versión de ésta. Sin embargo, Habermas ofrece una opción para pensar cómo administrar la tensión cuyo objetivo es sustituir a ambas: una teoría que se propone determinar dónde

⁵⁶ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, capítulo 3.

⁵⁷ *Idem*, p. 175.

⁵⁸ Habermas, J., “¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 103-4. (Barron cita la versión publicada en inglés en *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation*, *op. cit.*, p. 110)

⁵⁹ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 658-9.

radica la *legitimación* del derecho y también explicar su *positividad*, como un sistema de reglas aplicables. Habermas rechaza cualquier versión de positivismo jurídico que consideraría que la legitimidad del derecho reside únicamente en los procedimientos formales de su factura y argumenta que la legitimidad del derecho gira en torno a sí el proceso deliberativo que *conduce a* su factura satisface el principio democrático. Esto, a su vez, presupone que los derechos básicos de los ciudadanos están garantizados, pero Habermas también rechaza las teorías de derecho natural de la legitimidad del derecho y argumenta que los derechos no se deben entender como moralmente decretados ni como resultado de un estado de naturaleza anterior a los acuerdos jurídicos positivos que les darían validez; ni se ha de considerar que sólo están orientados a garantizar la libertad negativa de individuos atomizados y alienados. Los derechos sólo surgen como consecuencia de la organización de la vida común de una comunidad mediante la forma jurídica y expresan relaciones de reconocimiento mutuo entre ciudadanos. La facticidad del derecho es lo que le permite dar una fuerza vinculante a estas relaciones y a las normas que emanan de ellas y con ello promover la solidaridad y la integración social en un momento en que se debilita la capacidad que tienen las instituciones informales del mundo de la vida de hacerlo.

La clave de la teoría jurídica de Habermas, la previsibilidad, yace en su concepción de la razón comunicativa. Como se observó anteriormente, una proposición es comunicativamente racional si se cuenta con fundamentos de que podría sobrevivir cualquier cuestionamiento y por ende ser aceptada por otros. De manera similar, una proposición jurídica es comunicativamente racional si procede de mecanismos comunicativos que podrían resultar en un consenso racional entre ciudadanos:

La legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate se encuentra, o podría encontrar, el asentamiento de todos los posibles afectados.⁶⁰

Habermas insiste en que esto requiere que el derecho ya haya institucionalizado un “sistema de los derechos” que *posibilite* las formas de comunicación necesarias para la génesis del consenso racional entre ciudadanos. Aunque, crucialmente, los derechos en su explicación no son ni prerrogativas morales precedentes ni condicionan lo que suceda en esa arena; están

⁶⁰ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 169.

implicados por una forma de discurso históricamente contingente y funcionalmente necesaria —el discurso jurídico— que adopta la forma que el principio de discurso requiere, una regla no moral para redimir discursivamente cualquier tipo de pretensión normativa.⁶¹ Esta más bien opaca proposición puede aclararse un poco al reflexionar primero en la *forma* del derecho moderno y posteriormente en la consideración de cómo el principio de discurso y la forma jurídica se “interpenetran”.⁶²

El derecho es un medio de reglas generales que, como tales, necesariamente circunscribe zonas —por mínimas que sean— de libertad personal. Con reglas generales, las leyes “se dirigen a [un número indeterminado de] destinatarios..., es decir, no consienten excepciones y excluyen en su aplicación privilegios o discriminaciones”.⁶³ Por lo tanto deben dirigirse a sujetos como personas abstractas, no como individuos específicos. De esta característica del orden jurídico resulta que los individuos estén en libertad de actuar como deseen salvo que la ley lo prohíba. El imperio de las leyes no da origen a libertades subjetivas de acción *iguales*, pero la existencia de un código jurídico, conforme al cual todo aquello que no está prohibido se permite, implica que *todos* sus sujetos tienen *algún* espacio para seguir sus propias preferencias —alguna “libertad externa”, usando la terminología de Kant. Lo anterior no es garantía de que la zona de agencia del sujeto será de un tamaño en particular —porque nada en la idea de legalidad impone límites en lo que podría estar prohibido o los motivos por los que lo estaría— pero, una parte de dicha área es inevitable una vez que tiene lugar el ordenamiento social mediante el derecho. Por consiguiente, los seres humanos en lo individual son interpretados por la forma jurídica como sujetos de derecho abstracto. En otras palabras, como parte de la esencia del derecho se atribuyen derechos a las personas consideradas sujetos abs-

⁶¹ Al anclar la legitimidad del derecho en un principio de discurso que conceptualmente antecede a la distinción entre DERECHO Y MORAL, las esperanzas de Habermas para evitar una interpretación moralista del derecho. Véase, Rehg, William, “Against Subordination: Morality, Discourse and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas.” *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6; Mahoney, Jon, “Rights without dignity? Some critical reflections on Habermas’s procedural model of law and democracy,” *Philosophy and Social Criticism*, vol. 27, núm. 3, 2001, pp. 21-40 (quien critica que Habermas no haya dado un fundamento moral a los derechos y que argumentara que en realidad defendía una versión nueva de un positivismo jurídico); y Olson, Kevin, “Do rights have a formal basis? Habermas’s legal theory and the normative foundations of the law,” *Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 3, 2003, pp. 273-294.

⁶² Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, y en este tema en particular consúltese a Cohen, Joshua, “Reflections on Habermas on Democracy,” *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4, 1999, pp. 385-416.

⁶³ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 221.

tractos.⁶⁴ (Un tema similar anima la concepción de “moral interna” del derecho de Lon Fuller.)

De lo anterior resulta que “las normas que adoptan una forma jurídica son normas artificialmente creadas que son obligatorias y también garantizadoras de libertades”.⁶⁵ Sin embargo, siguen siendo normas orientadas a organizar la vida común de las personas que interactúan *comunicativamente* y dichas personas deben por tanto adoptar el principio de discurso como su punto de partida si han de considerar legítimas las normas jurídicas que los gobiernan. El argumento aquí parecería abarcar dos aspectos. Primero, organizar la vida común de una sociedad es una empresa comunicativa de la que emanan los tipos de presupuestos idealizantes ya considerados y a los que aplica el principio de discurso. Segundo, debido a que esta empresa tiene lugar en la modernidad a través del medio de *derecho*, es necesariamente institucionalizada a través de derechos; y ello conlleva otros presupuestos sobre los derechos que los agentes deben adoptar mutuamente para llegar a acuerdos si la regulación de su vida común ha de ser aceptada por todos como legítima. Estos deben incluir derechos de autonomía pública: derechos de participación en los procesos políticos mediante los cuales dicha regulación se lleve a cabo; deben incluir también derechos a la autonomía privada: derechos que garanticen libertades subjetivas *iguales* para todos.⁶⁶ La autonomía pública y la autonomía privada son mutuamente facultativas y por lo tanto ninguna tiene prioridad: los derechos que garantizan la autonomía privada se aseguran de que los agentes se confronten entre sí como sujetos de derecho libres e iguales; los derechos que garantizan la autonomía pública permiten que los ciudadanos sean los que den forma y definan aún más los derechos de que disfrutan como privadamente autónomos y por lo tanto pueden convertirse en los autores de las leyes a las que están sujetos como destinatarios. Esta interpretación de derechos y democracia como “cooriginal”⁶⁷ a su vez le permite a Habermas evitar tomar partido en el debate entre republicanismo cívico y liberalismo, por-

⁶⁴ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 184-5.

⁶⁵ Habermas, Jürgen, “Remarks on Legitimation through Human Rights”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 24, núm. 2-3, pp. 164.

⁶⁶ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 186, 188. “Estos... derechos resultan de la propia aplicación del principio de discurso al medio que representa el derecho como tal, es decir, a las condiciones de juridiformidad de la ‘sociación’ horizontal [de personas libres e iguales]” (Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 188)

⁶⁷ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 184-88.

que para él hay una relación *interna* entre los valores que cada parte en el debate erróneamente ve como opuestas o en tensión:

La relación interna entre democracia y el estado de derecho consiste en lo siguiente: por un lado, los ciudadanos pueden hacer uso adecuado de su autonomía pública sólo si, con base en su autonomía privada igualmente protegida, son suficientemente independientes; por el otro, pueden obtener igualdad en el disfrute de su autonomía privada sólo si hacen uso adecuado de su autonomía política como ciudadanos. En consecuencia, los derechos básicos relativos a la libertad y política son inseparables. La imagen de la cáscara y el grano es errónea —como si hubiera un área central de derechos a la libertad elementales que tuviera prioridad sobre los derechos a la comunicación y la participación.⁶⁸

Para resumir, la reconstrucción racional que hace Habermas de la bases en las que se organiza la política moderna revela que el principio de discurso (que es normativo pero amoral y está “inscrito en las propias condiciones de la ‘sociación’ comunicativa”⁶⁹ está entrelazado con la forma jurídica (que no puede justificarse normativamente). El resultado es una legitimidad del principio de derecho distinto que establece un procedimiento de legislación legítimo: sólo son legítimas aquellas leyes que todos los ciudadanos puedan asentir en un proceso discursivo de legislación que a su vez ha sido constituido a través de un sistema de derechos que garantiza la participación igualitaria de cada persona y garantiza las presuposiciones comunicativas del proceso de legislación. Habermas no describe los elementos detallados de este sistema de derechos alegando que cada régimen democrático tiene que especificarlos en garantías individuales constitucionales específicas, disposiciones legislativas y decisiones judiciales. Sólo se limita a identificar cinco amplias categorías de derecho que, sin especificar, son “lugartenientes no saturados”⁷⁰ de derechos específicos que no han sido formulados para contextos concretos y dan respuesta a circunstancias cambiantes.⁷¹ Habermas identifica tres categorías —libertades negativas, derechos que definen la membresía de las personas a un estado y los derechos de debido

⁶⁸ Habermas, “Remarks on Legitimation through Human Rights”, *op. cit.*, p. 161. En palabras de Cohen: “la autonomía pública requiere autonomía privada porque la autonomía pública requiere un orden jurídico, dicho orden es legítimo sólo si garantiza libertades iguales; y la privada requiere a la pública, porque la regulación jurídica de la autonomía privada sólo es legítima si emana de un proceso discursivo que garantice los derechos políticos” (Cohen, “Reflections on Habermas on Democracy,” *op. cit.*, p. 393)

⁶⁹ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 194

⁷⁰ *Idem*, p. 192

⁷¹ “De ahí que los capítulos de derechos fundamentales de las condiciones históricas puedan entenderse como distintas lecturas, dependientes del contexto, *de un mismo* sistema de derechos” (Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 194).

proceso— que juntos garantizan la autonomía privada. Una cuarta categoría —los derechos de asociación, comunicación y participación en el proceso político formal— garantiza la autonomía pública. Por último, Habermas reconoce que es necesaria una quinta categoría de derechos sociales en tanto que el ejercicio efectivo de derechos civiles y políticos depende de ciertas condiciones sociales y materiales, por ejemplo, que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades materiales básicas. (La primera de las cuatro categorías, señala Habermas, está “absolutamente fundada”; la quinta “sólo relativamente fundada”).⁷² En esencia, entonces, los DERECHOS JURÍDICOS deberán institucionalizar las condiciones comunicativas para la formación de voluntades políticas racionales.

A pesar de la complejidad de la formulación que Habermas hace de la teoría del discurso, podría parecer que está ofreciendo un poco más que un modelo liberal bastante ortodoxo de democracia y derechos humanos como su manifestación institucional. Lo que pareciera darle a su teoría un tono más radical es el argumento de que los sistemas políticos y jurídicos del estado constitucional y social y democrático deben estar vinculados con procesos de comunicación en la sociedad más amplia para que sea posible una política deliberativa plena.⁷³ La materialización plena del principio de discurso en la arena política depende entonces de “la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente”;⁷⁴ a saber, con opiniones que surjan de la esfera pública informalmente organizada —que va de la cantina a la prensa— más allá de las arenas formales de acción política. La función del poder judicial es adaptar las normas jurídicas a casos particulares de una forma “dialéctica” que tenga en cuenta las perspectivas de todas las partes afectadas. Habermas admite que esta apertura estará en tensión con la facticidad del derecho, que demanda la certidumbre de un resultado determinado. Pero a diferencia de los “teóricos jurídicos posmodernistas” antes mencionados, para quienes la tendencia del derecho a cerrarse a través de “la violencia de la

⁷² Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 189.

⁷³ Para una crítica de este modelo dual de democracia como una receta para el dominio de los imperativos del sistema, excepto en situaciones de crisis ocasionales, véase, p. ej. Cohen, “Reflections on Habermas on Democracy,” *op. cit.*,. Para una crítica en términos similares, que también argumenta que la teoría “madura” de Habermas no cuestiona las desigualdades sociales que sistemáticamente privilegian a algunos sobre otros en el proceso político, en especial donde hay “compromisos”, véase Scheuerman, William E., “Between Radicalism and Resignation: Democratic Theory in Habermas’s Between Facts and Norms” en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader* Oxford, Blackwell, 1999, pp. 153-177.

⁷⁴ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 374.

sentencia” hace que la justicia sea imposible, Habermas adopta la opinión de que el derecho se posiciona como una “bisagra” entre el sistema y el mundo de la vida y esto le permite tener un lugar preponderante en el aseguramiento de que el resultado esté por lo menos sustentado en fundamentos que podrían satisfacer el requisito de justificación pública y por ende son “obligatorios y vinculantes”.⁷⁵ Para resumir la postura de Habermas:

...la fuerza sociointegradora que representa la solidaridad, que ya no puede extraerse sólo de la fuente que representa la acción comunicativa, ha de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad institucionalizados en términos de Estado de derecho; y a través del medio que representa el derecho ha de poder afirmarse también contra los otros dos mecanismos de integración de la sociedad, a saber, el dinero y el poder administrativo.⁷⁶

Los teóricos posmodernistas a su vez sin duda se concentrarían en las operaciones exclusivistas que están vinculadas a fundamentos de articulación y que establecen su validez intersubjetiva, pero para Habermas, esto no puede socavar la necesidad de defender pretensiones morales o jurídicas haciendo referencia a criterios susceptibles de generalización. En particular, mientras que para Habermas el silenciamiento de las perspectivas del “otro” en la resolución de controversias normativas supone un problema de legitimidad, sigue siendo necesario demostrar, mediante un argumento (discursivamente) racional, que este silenciamiento es injustificado en *sí mismo*. Así mismo, considerar a la acción comunicativa seriamente como el paradigma de la razón es reconocer el surgimiento, en el uso cotidiano del lenguaje, de esferas especializadas del discurso orientadas a redimir distintos tipos de pretensiones de validez. Los teóricos posmodernistas, por otra parte, tienden a obliterar las distinciones entre discursos a través de su negación totalizante de la razón en todas sus formas. Usando términos habermasianos, ellos consideran que las pretensiones de validez que acompañan los pronunciamientos conceptuales y normativos son igualmente (e inerradicablemente) reductivas y terroristas; y se basan en una versión indigna de la experiencia estética (a la que se hacen referencia mediante nociones tales como *différance* y deseo) para articular ese “exceso” que no se tiene en cuenta en el proceso de “cálculo” normativo y conceptual. De esta manera, contraponen una razón esencialmente patológica a una fuerza amorfa de resistencia y dan por sentado que esta última ofrece la única

⁷⁵ Outhwaite, William, *Habermas: A Critical Introduction* 2nd ed., Cambridge, Polity, 2009, p. 137.

⁷⁶ Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 375-6.

salida para la jaula de hierro de la razón. Sin embargo, en opinión de Habermas de esta estrategia “no se sigue un efecto emancipatorio”⁷⁷ El proyecto de Habermas es defender el proceso diferenciado de racionalización cultural que ha producido las esferas divididas de la modernidad, al tiempo que busca reintegrar estas esferas (sin fusionarlas) y sanar la ruptura entre sus culturas expertas (incluyendo aquellas asociadas con el derecho y la estructura política formal) y los discursos informales del mundo de la vida. Al elaborar este proyecto, se puede decir que ha otorgado la crítica más poderosa hasta ahora de las fuerzas intelectuales que han conformado la teoría cultural-jurídica.

III. BIBLIOGRAFÍA

- COHEN, Joshua, “Reflections on Habermas on Democracy,” *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4 1999.
- CHAMBERS, S., “Discourse and democratic practices” en S.K. White (ed.) *The Cambridge companion to Habermas*, ed. S. K. White, Cambridge, Cambridge University Press.
- COOKE, Maeve, *Language and Reason: A Study of Habermas’s Pragmatics*, Cambridge, MIT, 1994.
- DERRIDA, Jacques, “Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority,’” *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990.
- DOUZINAS, Costas y RONNIE Warrington, *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1994.
- DOUZINAS, Costas, “El fin(al) de los derechos humanos,” *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, vol. 22, 2008.
- FINLAYSON, Gordon, “Habermas’s Discourse Ethics and Hegel’s Critique of Kant’s Moral Theory” en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999.
- FINLAYSON, James Gordon, *Habermas: A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, 2005.
- FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humanas*, traducción de Traducción de Elsa Cecilia Frost, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 1968 [1966].
- HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge, MA, MIT Press, 1989.

⁷⁷ Habermas, “La modernidad, un proyecto incompleto”, *op. cit.*, p. 30.

- _____, “What is Universal Pragmatics?”, traducción de T. McCarthy, en *Communication and the Evolution of Society*, New York, Beacon Press, 1979.
- _____, “La modernidad, un proyecto incompleto”, traducción de Jordi Fibla, en H. Foster (ed.) *La Posmodernidad*, Barcelona, Kairós, 1980.
- _____, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].
- _____, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].
- _____, “Remarks on the Concept of Communicative Action”, in Gottfried Seebass and Raimo Tuomela (eds.) *Social Action* (Kluwer), 1985.
- _____, *El discurso filosófico de la modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1989 [1985].
- _____, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1985 [1983].
- _____, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- _____, *Justification and Application*, Cambridge, MA, MIT Press, 1993.
- _____, “Apuntar al corazón del presente” en D. Couzens, *Foucault*, traducción de Sigrid Brauner y Robert Brown, con la colaboración de David Levin, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.
- _____, *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, traducción de William Mark Hohengarten, Cambridge, MA, MIT Press, 1992 [1988].
- _____, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998 [1992].
- _____, “Remarks on Legitimation through Human Rights, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 24, núm. 2-3.
- _____, “¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991.
- KANT, Immanuel, *Filosofía de la Historia. ¿Qué es la Ilustración?*, traducción de Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Buenos Aires, Caronte, 2004 [1784].
- MAHONEY, Jon, “Rights without dignity? Some critical reflections on Habermas's procedural model of law and democracy,” *Philosophy and Social Criticism*, vol. 27, núm. 3, 2001.

- OLSON, Kevin, "Do rights have a formal basis? Habermas's legal theory and the normative foundations of the law," *Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 3, 2003.
- O'NEILL, Onora, "The Public Use of Reason", *Political Theory*, vol. 14, núm. 4, 1986.
- OUTHWAITE, William, *Habermas: A Critical Introduction* 2nd ed., Cambridge, Polity, 2009.
- PENSKY, M., "Habermas's Intellectual Contexts," en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.
- POWER, Michael, "Habermas and the Counterfactual Imagination", *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.
- REHG, William, "Against Subordination: Morality, Discourse and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas." *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.
- SALTER, M. "Habermas' new contribution to Legal Scholarship", *Journal of Law and Society*, ol. 24, 1997. (Proporciona una útil revisión de los últimos trabajos a la fecha de Habermas sobre derecho y democracia).
- SCHEUERMAN, William E., "Between Radicalism and Resignation: Democratic Theory in Habermas's Between Facts and Norms" en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader* Oxford, Blackwell, 1999.
- YATES, M., "Postmetaphysical Thinking" en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.