

Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, 667 páginas.

La obra tiene dos partes: una primera parte, integrada por nueve capítulos, y una parte final. La parte final está constituida por tres trabajos preparatorios de la obra, ya publicados con anterioridad. En todo caso trabajos y capítulos son el resultado de investigaciones desarrolladas por el autor entre 1986 y julio de 1992, fecha del prólogo.

Son trabajos elaborados a partir de una investigación interdisciplinar, financiada por la Deutsche Forschungsgemeinschaft, que tenía por fin constituir un grupo de trabajo sobre Teoría del Derecho. El grupo quedó integrado inicialmente por los juristas, sociólogos y filósofos siguientes: Jürgen Habermas, Ingeborg Maus, Rainer Forst, Günther Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters y Lutz Wingert. Este grupo ha generado otras publicaciones de carácter jurídico, filosófico y político, recientemente aparecidas o en elaboración en la actualidad. En todo caso la investigación ha constituido el «contexto» gracias al cual Habermas ha podido elaborar las tesis recogidas en la obra estudiada, donde se ocupa especialmente, frente a sus críticos, de mostrar las virtualidades institucionales de su teoría de la acción comunicativa, al considerar desde esta perspectiva el papel que cumple el Derecho en la sociedad democrática actual (p. 10). Habermas entiende por estudio comunicativo aquel que se fija en la interacción cultural que se produce en las distintas actividades jurídicas.

Efectivamente, la tesis central de la obra queda resumida en la consideración del Derecho a partir del amplio ámbito que permite la expansión del mismo entre «facticidad» y validez, frente a un estudio exclusivamente normativo del mismo. Esta aproximación la realiza en coherencia con su posición filosófica, centrada en proponer como procedimiento de estudio de la realidad a la razón comunicativa en lugar de a la razón práctica, una vez que si bien el concepto moderno de razón práctica tuvo la ventaja de permitir elaborar una filosofía del sujeto, también tuvo la desventaja de que al referirse a la autonomía del individuo, a la libertad del hombre como sujeto particular; miembro de la sociedad capitalista, de la clase burguesa y del mundo burgués, «perdió su materialización en formas de vida culturales y órdenes de vida políticos» (p. 15).

Su anclaje moral incapacita a la razón práctica para el estudio de la complejidad de las sociedades modernas. Según Habermas, para superar estas limitaciones sirve la razón comunicativa en cuanto que satisface a la reconstrucción de las estructuras de competencia y de conciencia en su estado anterior al de modernidad, a la vez que es un buen anclaje para estudios funcionales y explicaciones empíricas. Ello lo logra la teoría de la acción comunicativa porque, al contrario que la razón práctica, no se ocupa del sujeto, sea éste una persona física o moral o el mismo Estado, sino del habla o de la comprensión, en cuanto que ésta conecta las interacciones entre los sujetos, y estructura las formas de vida (p. 18). Gracias a estas cualidades la teoría puede exponer los diferentes discursos en los que se fundamenta el poder democrático actuado en forma jurídica, o, dicho de otra manera, expresar las formas jurídicas de comunicación de la construcción de la voluntad política, la elaboración de las leyes y la práctica judicial, pudiendo contrastarse así, críticamente, su constitucionalidad (p. 20).

A partir de estos principios, Habermas se ocupa en los dos primeros capítulos de la obra de exponer por qué la teoría de la acción comunicativa concede a las categorías jurídicas un papel central, al mismo tiempo que explica por qué razones la teoría se constituye como contexto adecuado para una teoría discursiva del Derecho.

En concreto. El capítulo primero está dedicado al estudio del Derecho como categoría de mediación social entre «facticidad» y validez. También se precisa la fundamentación filosófica que, gracias a la teoría de la acción comunicativa, permite considerar al Derecho como tal instancia mediadora. Para ello se exponen las variaciones sufridas por la reflexión filosófica de la modernidad; en concreto se estudia

el cambio del énfasis de la misma, puesto en el sujeto por autores como Kant, o, incluso, en el lenguaje como medio universal de materialización de la razón por autores analíticos, mientras que, tras el giro dado al estudio lingüístico por Frege y Peirce, se sitúa en la intersubjetividad por posiciones pragmáticas, que consideran que el uso comprensivo del lenguaje a través de acciones comunicativas tiene la única función de coordinar actividades, o lo que es lo mismo fundamentan la siguiente afirmación: «la dimensión de la validez en el lenguaje se constituye solamente por medio de la expansión entre facticidad y validez» (p. 53). En este sentido la actuación del lenguaje jurídico es un preclaro ejemplo de la expansión: «las instituciones del Derecho Privado y las del Derecho Público [por ejemplo] posibilitan...el establecimiento de mercados y la organización del poder estatal, puesto que las operaciones de los sistemas económico y administrativo elaboradas a partir de los componentes sociales del mundo de vida se desarrollan en las formas jurídicas» (p. 59). Ha de caerse en la cuenta que las normas jurídicas siempre hacen referencia a la materia sustantiva regulada por las diferentes disciplinas jurídicas, todas las cuales han de ser actuadas por medio de la política y la técnica jurídica en el caso de que acontezca la circunstancia para la cual están previstas.

El capítulo segundo está dedicado al estudio de conceptos sociológicos de justicia de carácter jurídico y filosófico, explicitando el campo de juego que permite el uso de las denominadas teorías de justicia de carácter sociológico y las de carácter filosófico. En concreto considera Habermas las ventajas y, en especial, las limitaciones que tiene una consideración meramente sistémica como la de Luhmann, que explicita de forma objetiva el «encanto» jurídico: «el lenguaje común, sistémico, constituye un horizonte universal para la comprensión; puede traducir todo a partir de todos los lenguajes... pero no puede hacer operativos tales códigos en comportamientos reales actuables por todos los interesados» (p. 78), para ello hace falta el lenguaje jurídico con su riqueza social.

En el capítulo también estudia las propuestas que sobre la teoría de la justicia hace Rawls, poniendo de manifiesto las limitaciones de un discurso como el suyo, de carácter meramente normativo, en cuanto que, preocupado por establecer los principios abstractos de la justicia o la legitimación del Derecho, no pone énfasis en el estudio del proceso de decisión institucionalizado ni en las tendencias de desarrollo social y político presentes en las sociedades, que son el espejo en el que en verdad se configuran los principios del Estado de Derecho y las instituciones sociales (p. 89).

Finalmente propone, siguiendo a Max Weber y Talcott Parsons, utilizar una doble perspectiva sobre la justicia: la que permite atender tanto al contenido normativo del sistema jurídico cuanto a la realidad social. En este sentido Habermas manifiesta que, teniendo siempre presente que «sin la consideración del Derecho como sistema de actividades empíricas, los conceptos filosóficos quedan vacíos», ha de atenderse a las propuestas neokantianas cuyo horizonte está constituido por sus afirmaciones relativas a que «los órdenes sociales están infiltrados por las ideas e intereses (M. Weber) o los valores culturales y motivos (Parsons)» (p. 90). Coherentemente con ello entiende bajo Derecho al «moderno Derecho positivo, que se apoya tanto en su fundamentación sistemática cuanto que en la interpretación y aplicación vinculantes. El Derecho no se presenta únicamente como una forma de saber cultural sino que también al mismo tiempo constituye un componente importante del sistema institucional social. El Derecho es al mismo tiempo sistema de saber y sistema de acciones. Es comprendido tanto como texto de frases normativas e interpretaciones cuanto que institución: complejo de regulaciones de la acción. Una vez que están condicionados entre sí los motivos y las orientaciones valorativas en el Derecho en cuanto sistema de acciones, las frases jurídicas tienen inmediatamente una realidad de acción que falta a los juicios morales. Por otro lado las instituciones jurídicas se diferencian de las ordenaciones institucionales naturales por su elevada racionalidad, una vez que en ellas se incorpora un sistema de saber moldeado dogmáticamente, esto es: articulado, con nivel científico y guiado por principios morales» (pp. 106s).

Los dos capítulos siguientes (tercero y cuarto) quieren «reconstruir» el contenido normativo del Derecho, considerando el sistema de derechos y los principios del

Estado de Derecho desde perspectivas discursivas. En concreto se trata de reelaborar una parte —al menos— del Derecho racional clásico, por medio de una teoría del discurso jurídico, aceptando los principios de la ética del discurso. Con palabras de Habermas: quiere «reconstruir racionalmente la *autocomprensión* de los modernos ordenamientos jurídicos» (p. 109), formulando los Derechos que los ciudadanos se atribuyen unos a otros si quieren regular de forma legítima su vida en común por medio del Derecho positivo. De esta forma quiere fundamentar de nueva manera el viejo compromiso de una autoorganización jurídica de ciudadanos libres e iguales bajo las condiciones propias de sociedades complejas. Congruentemente con ello se revisa el sistema de Derechos y el concepto de Estado democrático de Derecho, construyéndolos a partir de la tensión entre facticidad y validez característica ambivalente de la validez jurídica.

En congruencia con lo anterior establece la siguiente clasificación de Derechos fundamentales: «1) Derechos fundamentales que se originan a partir de la extensión política autónoma del *Derecho a las mismas libertades de acción subjetiva en la mayor medida posible...* 2) Derechos fundamentales que se originan a partir de la extensión política autónoma del *status* de miembro de una libre asociación de correligionarios jurídicos; 3) Derechos fundamentales que se originan inmediatamente a partir de las *posibles reclamaciones judiciales* de Derechos y de la extensión política autónoma de la *defensa jurídica* individual... 4) Derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en la participación en procesos de formación del pensamiento y de la voluntad, en los cuales los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y establezcan un Derecho legítimo... 5) Derechos fundamentales al disfrute de condiciones de vida, aseguradas social, técnica y ecológicamente, en cuanto que ello sea necesario para tener una igualdad de oportunidades en la utilización de los Derechos anteriores (1 a 4) en determinadas circunstancias.» (pp. 155 y ss.) (La cursiva es del original).

Además de la legitimación del sistema de Derechos por medio de la reconstrucción expuesta, Habermas también se ocupa de un problema diferente: el de la legitimación comunicativa de la práctica del poder político o, dicho de otra forma, el problema de canalizar jurídicamente los poderes estatales de sancionar, organizar y ejecutar: la labor propia del Estado de Derecho. En este sentido se explica en la obra (capítulo cuarto) que en la medida en que los poderes del Estado, a través de la Administración, la Justicia o la elaboración de las leyes, tienen que actuar por medio de la implementación de programas de planificación o finalistas que tienen implícito un carácter de aplicación de textos jurídicos, ya no es suficiente el mecanismo tradicional de la división de poderes: «se hace necesario realizar su lógica por medio de estructuras cambiantes, algo así como la introducción de formas de participación y comunicación o procesos judiciales y parlamentarios que las permitan, o procedimientos de elaboración del compromiso...» (pp. 236 y ss.).

El capítulo quinto trata sobre «la indeterminación del Derecho y la racionalidad de la jurisprudencia»; el sexto trata sobre «justicia y legislación: acerca del papel y la legitimidad de la jurisprudencia constitucional». Ambos capítulos son ejemplos concretos, tomando como referencia el estado de la discusión en Alemania y Estados Unidos, de las posibilidades que ofrece la exposición de problemas jurídicos fundamentales a través de un tratamiento teórico de carácter comunicativo. En el capítulo quinto se revisan críticamente, atendiendo a la aplicación de dicho paradigma a la práctica judicial, explicaciones como las de Dworkin, de la que se dice que tiene fuertes limitaciones porque no es intersubjetiva sino más bien «monológica» (p. 272), y las de Alexy, que las realiza desde la perspectiva de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral, con lo cual se hace insuficiente para explicar las complejas relaciones de justicia y legislación (pp. 282 y ss.). En el capítulo sexto se entra a considerar críticamente la práctica de la toma de decisiones por parte del Tribunal Constitucional en Alemania y Estados Unidos, en cuanto que se somete a una visión liberal del esquema clásico de división de poderes; Habermas propone, frente a ello, una práctica ajustada a la transformación del Estado de Derecho liberal en Estado interventor y de bienestar, y por lo mismo una interpretación comunicativa del proceso político diferente a la propuesta por el republicanismo americano.

El capítulo séptimo trata sobre «política deliberativa: un concepto procedimental de democracia»; el octavo trata sobre «el papel de la sociedad civil y la opinión pública política». Mientras que en los seis primeros capítulos Habermas se dedica a estudiar desde una perspectiva teórico-jurídica la tensión facticidad-validez tal y como se produce en el Derecho mismo, en estos capítulos estudia la relación externa entre facticidad y validez, en concreto la tensión entre la autocomprensión normativa del Estado de Derecho explicada discursivamente y la facticidad social del proceso político, expresado, más o menos, en las formas jurídico estatales. Habermas explica el concepto normativo de política deliberativa e investiga desde una perspectiva sociológica cuáles son las condiciones para una regulación jurídica del reparto del poder en las sociedades complejas, estudiando las teorías de la democracia desde la perspectiva de la legitimación. En este sentido manifiesta que «los Derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho explican solamente el sentido performativo de la autoconstitución de una comunidad de miembros jurídicos libres e iguales. Se constata esta práctica en las formas de organización del Estado de Derecho democrático» (p. 464). La Constitución es el documento en el que se recogen las formas de organización de una sociedad tanto como testimonio de la fundación, cuanto que como proyecto de acciones para el futuro. Importa por ello el proceso democrático de elaboración del Derecho en cuanto que es el mecanismo que profundiza a la Constitución como organización social.

Habermas da cuenta (pp. 465 y ss.) de cómo puede ser implementado en sociedades complejas como las actuales este proceso: *a)* a través del sistema político y la política, en cuanto que el sistema político constitucional del Estado de Derecho está especializado en la creación de decisiones colectivas vinculantes, siendo, ello no obstante, uno de los muchos sistemas parciales que intervienen en el proceso; la política, dado que en virtud de su interna relación con el derecho, es competente para aquellos problemas relativos a la sociedad en su totalidad, y continúa a nivel reflexivo la integración social que otros sistemas de acción no pueden alcanzar; *b)* a través de las limitaciones que establecen al sistema político y la política otros sistemas de acción, en concreto las que pueden articular el poder administrativo (formas de organización jurídica y medios fiscales) y el poder comunicativo que originan las distintas fuentes de los mundos de vida; *c)* por la atención del sistema político a lo expresado en *a)* y *b)*, una vez que su infracción puede menoscabar la efectividad de sus resultados o la legitimidad de sus decisiones; *d)* por la atención de sus actores (ciudadanos, parlamentarios, jueces, funcionarios, etc.) en cada momento al ajuste histórico de la Constitución manteniendo la misma práctica: la práctica de la autodeterminación de miembros jurídicos libres e iguales.

El capítulo noveno estudia distintos paradigmas del Derecho: «Materialización del Derecho Privado»; «Sobre la dialéctica “igualdad jurídica y fáctica”, tomando como ejemplo las políticas de equiparación de sexos»; y, finalmente, «Sobre la crisis del Estado de Derecho y la comprensión jurídica procedimental». Con estos ejemplos, ligados a la aplicación de la teoría del discurso jurídico realizada en capítulos anteriores, que «entiende al Derecho como sistema de acciones» (p. 468) quedan resumidas sus consideraciones teórico-jurídicas acerca del paradigma jurídico procedimental o comunicativo, que, en opinión de Habermas, puede ilustrar sobre la contraposición existente entre el modelo social de Derecho formal burgués y el del Estado social.

Los trabajos preparatorios son: 1) varias lecciones impartidas en 1986 en la Universidad de Harvard, en las que Habermas discurrió acerca de la relación entre Derecho y moral dando respuesta a la pregunta «¿Cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad?» y «Sobre la idea de Estado de Derecho»; 2) un trabajo de 1988 titulado «Soberanía popular como procedimiento», y 3) una monografía de 1990 dedicada al estudio de «La ciudadanía estatal y la identidad nacional».

Desde una perspectiva filosófico jurídica la obra de Habermas es una señal inequívoca de cómo el estudio del Derecho en la actualidad no puede realizarse desde un único lenguaje o una única perspectiva filosófica, sea ésta kantiana, analítica o hegeliana, por ejemplo, sino que se hace imprescindible realizar un estudio del Derecho desde una perspectiva filosófica que no se crea en posesión de la verdad absoluta, sino desde aquella que se entienda a sí misma como un medio capaz de

contar con diferentes universos de discurso, como lo hace la teoría de la acción comunicativa. Dice Habermas que es precisa esta aproximación porque «los expertos interpretan las normas jurídicas no sólo desde el contexto del cuerpo jurídico en su totalidad, sino desde el horizonte de una precomprensión directiva de la sociedad contemporánea. La interpretación del Derecho es una respuesta a las exigencias de una situación social configurada en determinada forma» (p. 468). Ello posibilita realizar un estudio multidisciplinar, científico, del fenómeno jurídico; en concreto, un estudio hecho desde: la Teoría del Derecho, la Sociología e Historia del Derecho, la Teoría de la Moral y la Teoría de la Sociedad.

Desde una perspectiva política el mensaje de Habermas se centra en expresar que en estos tiempos de cambio la intranquilidad tiene su origen en que una política secularizada del Estado de Derecho tan sólo se puede mantener con una radical democracia en la cual los sujetos privados puedan ejercitar por sí mismos su autonomía política (pp. 13 y 536s.)

De todas formas, aun cuando la teoría esté articulada, el problema sigue siendo el de su puesta en práctica. Para ella se hace preciso contar con las instituciones jurídicas, y éstas, con contadas excepciones, en escasa medida están abiertas a estudiosos que tengan por horizonte de su conocimiento la puesta en práctica de la democracia radical.

Fernando GALINDO