

UN NUEVO ESPACIO PARA EL DERECHO

Lorenzo Espinosa Gómez

Habermas en la primera parte de su libro,¹ inicia presentando de forma esquemática algunos aspectos de la relación entre facticidad y validez, que afecta los fundamentos de la teoría de la acción comunicativa (y que por supuesto da título a la obra). A decir de Habermas, el proceso social no es lo que es sin coordinación lingüística de la acción, ni, por tanto, autointerpretación en el medio que representa esa coordinación. No es posible la coordinación lingüística de la acción sin que los actores, al hablar, pretendan validez para lo que dicen ni, por ende, sin que pongan a la vez en perspectiva la posibilidad de una resolución argumentativa de esas pretensiones de validez que, por supuesto, se refieren también a la corrección normativa de las expectativas generalizadas de comportamiento (llámense normas) en

las que dicha coordinación se articula. Pero precisamente por eso, resulta que, por un lado, no es posible el orden social sino mediante coordinación lingüística de la acción; mas por otro lado, el no poder hablar pretendiendo una validez que puede aceptarse o rechazarse representa una segura ruina de cualquier asomo de orden. El mecanismo de coordinación de la acción que representa el lenguaje introduce en la propia empiria social una tensión que, desde un punto de vista funcional, por ser ella misma una fuente sistemática de desorden, ha de quedar elaborada y estabilizada mediante mecanismos diversos. El derecho positivo moderno es uno de esos mecanismos sorprendentes: limita estrictamente la necesidad de acuerdo en la interacción corriente sustituyéndola por la posibilidad de apelar en todo momento a normas coercitivas a las que el destinatario queda sujeto sin posibilidad de cambiar-

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

las, a la vez que en el plano de la producción del derecho deslimita por entero la posibilidad de desacuerdo (y por tanto, de introducir cambios en las normas de primer orden) sometiénola a la vez a una estricta regulación reflexiva que prevé incluso el desacuerdo, no ya sólo sobre las normas de primer orden, sino sobre esa misma regulación reflexiva; también la Constitución puede cambiarse conforme a derecho; ello suscita la cuestión acerca de la naturaleza de las normas o del sistema de normas con el que todo ello es posible. Esta primera parte abre la perspectiva en la que es posible una coordinación entre filosofía política, sociología del derecho y teoría del derecho, situando la teoría del derecho de Habermas en el contexto de su *Teoría de la acción comunicativa*. Ello explica la importancia que Habermas da a la reformulación del concepto “razón práctica” en conceptos de “razón comunicativa”, es decir, en conceptos relativos a la dimensión de la validez que se nos abre por el mismo hecho de hablar y que, por tanto, no queda por encima de los contextos empíricos de interacción, sino que ya viene introducida en ellos (*el giro lingüístico*). Por ello, Habermas dice pretender “explicar el planteamiento de la teoría de la sociedad que está a la base de mi interés por la teoría del derecho. La teoría de la acción comunicativa empieza asumiendo en sus propios concep-

tos básicos la tensión entre facticidad y validez” (p. 70). A decir de Habermas, las teorías discursivas del derecho y del Estado de derecho se alejan de los convencionalismos de la filosofía del derecho y del Estado, pero sin dejar de asumir los planteamientos de éstas. En tales circunstancias explica Habermas por qué la teoría de la acción comunicativa concede a la categoría “derecho” una posición central y cómo es que encaja de manera apropiada en una teoría discursiva del derecho; en pocas palabras, lo que pretende de entrada es un planteamiento reconstructivo bajo la doble perspectiva de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia.

Posteriormente, Habermas realiza una reconstrucción (o lo que se puede llamar una génesis lógica) de partes del derecho natural racional clásico en el marco de una teoría discursiva del derecho, esto es, de manera más explícita, los sistemas de los derechos contenidos en las “constituciones históricas” son el conjunto articulado de derechos que habrían de reconocerse mutuamente los sujetos jurídicos que quieren regular legítimamente su convivencia por medio del derecho positivo. Aclara que su formulación muestra que el sistema de derechos en su conjunto está transido por la tensión interna entre facticidad y validez, la cual caracteriza el ambivalente modo de vali-

dez propio de la validez jurídica. Habermas considera que para la comprensión moderna del derecho, el concepto subjetivo de derecho desempeña un papel central. Dicho concepto se corresponde con el de “libertad subjetiva de acción: los derechos subjetivos fijan los límites dentro de los cuales un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, entendidos como portadores de derechos o personas jurídicas” (p. 147). Habermas aclara cómo es que en el derecho moderno opera un desplazamiento en el cual lo que antes se exigía normativamente de los individuos, los cuales de este modo quedan moralmente exonerados, se transforma en exigencias que ahora se hacen leyes, las cuales han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción. Éstas reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo que se apoya a su vez en el principio de soberanía popular. Con ayuda de los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política, ha de poder explicarse el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad: que tales derechos concernientes al ejercicio de la autonomía política en tanto que derechos subjetivos, tienen, por un lado, la misma estructura que todos los derechos que otorgan al individuo esferas de libertad de arbitrio. Con indepen-

dencia de las diferencias en las modalidades del uso de estos derechos, también los derechos políticos han de interpretarse como libertades subjetivas de acción que sólo obligan a un comportamiento legal; dejan a discreción del sujeto los motivos que le llavan a comportarse de conformidad con la regla. Por otro lado, el procedimiento democrático de producción de normas tiene que confrontar a los que participan en él con las expectativas normativas que implica la orientación por el bien común, pues el único sitio de donde ese proceso puede obtener su fuerza legitimadora es el proceso de un entendimiento de los ciudadanos acerca de las reglas que han de regir su convivencia. En este sentido, también en las sociedades modernas el derecho sólo puede cumplir la función de estabilizar expectativas si mantiene una conexión interna con la fuerza sociointegradora que tiene la acción comunicativa. De esta manera encuentra Habermas que en la deducción del “sistema de los derechos” el concepto de legitimidad jurídica cobra autonomía sustantiva respecto del de moralidad, si bien la legislación jurídica y la “legislación moral” se nutren de un mismo principio de discurso, aplicado a normas con forma jurídica en un caso y a normas con forma moral en otro. De ahí pasa Habermas a la reformulación del principio de división de poderes en términos de “teoría

del discurso” e introduce el concepto de “poder comunicativo”, en el que se funden como en una única fuente poder y derecho, punto en el que Habermas lleva hasta sus últimas consecuencias la idea democrática de autonomía política y, por tanto, de la posibilidad de disolver el poder en razón, haciendo derivar de la esfera pública el poder político-administrativo encargado de imponer el derecho e introduciendo con ello una fundamental diferenciación en el concepto de poder político y, por tanto, en el concepto de lo político. Habermas, tras haber analizado la idea del Estado de derecho, en su necesidad de legitimación y canalización del poder estatal de sanción, y luego de analizar las condiciones que han de cumplirse para la generación del poder comunicativo, en términos de soberanía popular, muestra finalmente las condiciones para un empleo del poder administrativo ligado al poder comunicativo.

Nuestro autor pretende fundamentar, desde el punto de vista de la teoría del discurso, los principios a los que debe sujetarse una organización del poder público, bajo la premisa de los términos del Estado de derecho. De tal manera que la recíproca constitución de derecho y poder político establece entre ambos momentos una conexión que abre y perpetúa la posibilidad latente de una instrumentalización (como un uso tecnificado) del derecho al servicio de un empleo estraté-

gico (discursivo) del poder. Sin embargo, la idea de un Estado de derecho, en oposición a lo anterior, exige una organización del poder público que fuerce a su vez a la dominación política, conformada en su derecho a legitimarse al recurrir al derecho legítimamente establecido. Pues ciertamente “el código que es el derecho y el código que es el poder han de hacerse continuamente aportaciones el uno al otro para poder cumplir cada uno sus funciones. Pero estas formas de intercambio se nutren de una producción legítima de derecho, que como hemos visto, está hermanada con la formación del poder comunicativo” (p. 237). Dicha formación del poder comunicativo, como producción legítima de derecho, conlleva una diferenciación del poder político. De tal suerte que en el sistema de la administración pública se ha concentrado un poder que se regenera constantemente a partir del poder comunicativo. El derecho no puede ser ya sólo elemento constitutivo del código “poder” que dirige los procesos administrativos. Es a la vez el medio constitutivo para la transformación del poder comunicativo en administrativo. Por tanto, la idea del Estado de derecho puede desplegarse recurriendo a los principios conforme a los cuales se obtiene derecho legítimo a partir del poder comunicativo y éste a su vez, a través del derecho legítimamente establecido se transforma en poder administra-

tivo. En estas condiciones Habermas desarrollará los principios del Estado de derecho desde la perspectiva de la institucionalización jurídica de esa red de discursos y negociaciones. En virtud de tal desarrollo, será necesario tener presente el principio de *soberanía popular*, según el cual, la voluntad común formada democráticamente por el pueblo es dadora de todo el poder del Estado, además de integrar la posibilidad que el derecho objetivo efectúa de una praxis institucionalizada de la autodeterminación ciudadana. Así, el principio de soberanía popular constituye el punto de contacto que flexibiliza las interacciones entre sistema de derechos y la estructura del Estado democrático del derecho. Posteriormente Habermas trata el problema de la administración de justicia a partir de las distintas teorías de interpretación de la ley, intentando solucionar el conflicto inherente a la práctica de las decisiones judiciales, tratando de satisfacer el principio de seguridad jurídica y la pretensión de tomar decisiones correctas. Siguiendo el hilo del problema de la administración de justicia y la necesidad de que satisfaga criterios de aceptabilidad racional, Habermas analizará la problemática relación entre la administración de justicia y el proceso legislativo de producción de normas. Este problema es el de la disputa en torno al principio de la división de poderes desde el punto de vis-

ta de una teoría discursiva del derecho cerrada (Habermas circunscribe su planteamiento a dos Estados específicos: EUA y Alemania). De tal suerte, Habermas deduce que el sistema jurídico no deja reducirse a un sistema de normas, sino que incorpora o supone principios que habrán de estar directamente relacionados con la problemática moderna de la racionalidad. Así, en el discurso jurídico, dice Habermas, “aparte de razones inmanentes al derecho, se hacen oír también razones morales y éticas, tanto como razones empíricas y pragmáticas” (p. 358). Posteriormente Habermas pasa a someter su concepción discursiva del procedimiento democrático de la formación de la voluntad política al desafío de hacerla compatible sociológicamente con una concepción de las sociedades complejas; para tal efecto, Habermas precisa de su propia concepción discursiva de la democracia al tiempo que deslinda su postura de las concepciones liberal y republicana, teniendo como trasfondo la descripción general de las sociedades funcionalmente diferenciadas. Así, tiende a destacar la política deliberativa encaminada a establecer el acuerdo racionalmente motivado dentro de una comunidad jurídica concreta. Pasa después a presentar la idea de que el Estado de derecho es una fuerza contrarreguladora de las tendencias disgregadoras de la solidaridad social provocadas por

la economía y la administración estatal. De ahí Habermas pasa a revisar el papel que tiene la sociedad civil y la opinión pública política en el Estado democrático de derecho, en donde el poder administrativo, que tendencialmente propende a autonomizarse, forma bloque con el poder social, eficaz tanto por el lado de entrada (*input*) como por el lado de salida (*output*) de la circulación democrática del poder, dando lugar a una contracirculación que se cruza, estorbándola, con la circulación de los procesos democráticos de decisión regulados y controlados por el poder comunicativo. Así es como presenta un modelo sociológico en el que el peso empírico de la circulación del poder depende de si la sociedad civil, a través de espacios públicos autónomos y capaces de resonancia suficiente, desarrolla la vitalidad e impulsos necesarios como para que los conflictos que se producen en la periferia se logren transferir al sistema político, pues “la política, en tanto que sistemas de acción regulados en términos de Estado de derecho, está en conexión con el espacio de la opinión pública y depende de las fuentes que el poder comunicativo tiene en el mundo de la vida” (p. 467). Finalmente, Habermas

se dedica a examinar si la comprensión procedimental del derecho puede presentarse como una opción a la encrucijada abierta en el derecho alemán entre la articulación del derecho asociado a un proyecto constitucional a la medida de las sociedades complejas y el abandono de una comprensión normativa del derecho. Pues si el derecho quiere permanecer fiel al viejo carácter formal que como garantía de racionalidad práctica tuvo en sus orígenes, sólo podrá hacerlo por un camino distinto y en un sentido distinto, que según Habermas será por una vía de “procedimentalización” radical y masiva al riesgo de arbitrariedad introducido por la irreversible materialización, es decir, que contra la autonomización del poder ilegítimo sólo cabe recurrir a un “espacio público informado, despierto, móvil [...] que influya sobre el complejo parlamentario e insista en hacer que se cumplan las condiciones de nacimiento de derecho legítimo” (p. 528). Cambiando así la vieja seguridad jurídica “condicional” por racionalidad “procedimental” de los resultados. Así que sólo por la vía de la democracia radical cabría rehacer la vieja idea liberal de Estado de derecho e imperio de la ley.