

FACTICIDAD Y VALIDEZ, SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO*

Víctor Manuel Rojas Amandi¹

Cuatro son los aspectos importantes para la Filosofía del Derecho que cabe destacar en la obra que se comenta y que apareció por primera vez para el público de lengua alemana en el año de 1992. En primer término, que Habermas es el único filósofo clásico alemán que desde Hegel dedica una obra especial al Derecho. En segundo lugar, que nuestro autor trata de superar la visión unilateral de las tres perspectivas epistemológicas que se utilizan para estudiar el fenómeno jurídico y a las que desde hace ya tiempo se les considera como irreconciliables entre sí: la de la Filosofía del Derecho, la de la Teoría del Derecho y; la de la Sociología Jurídica. En tercer término, que la obra de Habermas se inscribe dentro de la problemática de la moderna Filosofía del Derecho que se caracteriza por adoptar una perspectiva a la que Hart califica como “evaluativa”, “justificativa” y “dirigida a una cultura jurídica particular”, que busca superar la pretensión positivista de construir una teoría “*general*” y “*descriptiva*”. Finalmente, que constituye una aportación innovadora analizar al Derecho desde la tensión que existe entre su “ser” y su “deber ser”, o como el mismo Habermas lo dijera, entre “facticidad” y “validez”.

Bien advirtió Luis Recassens en su *Tratado General de Filosofía del Derecho* que, la largísima tradición del cultivo de una disciplina filosófica especial dedicada a la reflexión de temas jurídicos, que estuvo cerca de desaparecer a mediados del siglo XIX, fue rescatada por juristas, tanto teóricos, como prácticos. Desde esos tiempos, los filósofos puros abandonaron la Filosofía del Derecho. Por esto resulta digno de mención el hecho de que quien quizá sea el filósofo más destacado de la actualidad en todo el mundo, le haya dedicado una de sus obras fundamentales al estudio del Derecho.

También resulta realmente innovadora la pretensión de Habermas de superar las perspectivas parciales a las que desde hace tiempo se han resignado los estudiosos del

* HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Manuel Jiménez Redondo, trad. 3ª edición. Madrid. Editorial Trotta, 2001. 689 pp.

¹ Académico de tiempo en el Departamento de Derecho de la UIA.

Derecho: Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Sociología del Derecho. De esta forma, Habermas establece en la página 68 de la obra que se comenta que: “La tensión entre planteamientos normativista, que siempre corre el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como una advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a la pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.). Las investigaciones que siguen se mueven en este campo”. De esta forma, bien se puede decir que, la Teoría de Habermas pretende servir de intermediaria entre las Teorías del Derecho normativas –Kelsen y Hart–, del Derecho Natural –Santo Tomás, Grocio, Pufendorf–, realistas –Ross y Olivercrona– y sociológicas –Weber y Luhmann–.

Al igual que la de Ronald Dworkin y la de Robert Alexy, la teoría de Habermas representa una concepción que se encuentra ligada a un tipo especial de sistemas jurídicos espacial e históricamente determinados. Concretamente trabajan con el modelo de los sistemas jurídicos de una sociedad democrática occidental que cuenta con un Estado de Derecho altamente desarrollado. Por lo mismo, al igual que en la obra de Dworkin, un aspecto que se trata de manera especial, es la tensión que surge entre la aplicación estricta de la ley y la realización de ciertos valores de moral y de justicia que se consideran esenciales en las modernas democracias occidentales.

La consideración del Derecho con base en la tensión que existe entre “facticidad” y “validez” es una consecuencia necesaria de la Filosofía de Habermas. Para él, la tensión entre “facticidad” y “validez” se traslada a los presupuestos de comunicación, que “pone en juego al entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de acciones” y que, posibilitan conductas contrafácticas de los miembros del grupo social al exigir que éstos orienten su acción “por pretensiones de validez”... “Esto significa que, la tensión entre facticidad y validez, inserta en el lenguaje y en el empleo del lenguaje, retorna en el modo y manera de integración de los individuos socializado en el medio de la comunicación, y ha de ser elaborada por los participantes mismos”. Sin embargo, Habermas reconoce que la reproducción de vida social sobre un terreno tan frágil como el de la validez trascendental del lenguaje es algo que requiere una aclaración de mayor detalle. Como candidato para ofrecer una explicación encuentra al Derecho positivo de una sociedad moderna, que permite la organización de sociedades complejas y altamente artificiales integradas por sujetos libres e iguales, “cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado” (69-70).

Por cuanto hace al método, su autor utiliza su *Teoría de la Acción Comunicativa*. La acción comunicativa se diferencia de la razón práctica de Kant debido a que, la misma ya no se inscribe ni al actor particular ni al sujeto social o estatal. Es más bien, el

medio lingüístico el que ata interacciones y estructura formas de vida, el que posibilita la razón comunicativa. La razón práctica de la acción comunicativa no tiene como propósito establecer una teoría del Derecho y de la Moral. En cambio, en la reconstrucción del discurso social se indagan los procesos de una racionalización del mundo de vida. La teoría del discurso del Derecho fija su punto de atención, en la comprensión del Estado de Derecho democrático, en la institucionalización de los presupuestos de los procesos de comunicación para la formación discursiva de la voluntad popular. “la teoría discursiva del derecho explica la legitimidad del derecho con ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos –institucionalizados a la vez jurídicamente– que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales” (497). Las normas jurídicas como normas de conducta son válidas cuando todos los posibles interesados pueden aprobarlas mediante un discurso racional. Y esto no solamente vale en el procedimiento legislativo, sino también en el judicial. Habermas opina que, el juez debe concebir su interpretación como una empresa que avale la comunicación pública de los ciudadanos.

La Teoría del Derecho aparece en Habermas también como un caso especial de la Teoría Sociología de la Acción Comunicativa. Así, la Teoría del Derecho de Habermas es un intento por tratar de entender como parte de un todo la aplicación y la realidad del Derecho. Con esto, Habermas pretende dar satisfacción a la máxima hegeliana según la cuál la verdad está en el todo y no en las partes. La Sociología de Habermas es un modelo juridificado, un modelo binario de correcto y falso, un proceso de verificación, un examen de corrección, el que se desvincula de los valores prediscursivos en beneficio de una posibilidad comunicativa de pretensiones de validez. Cuando dichas pretensiones de validez constituyen el fundamento de la racionalidad de la conducta, no se trata con ello de una existencia positiva de hechos, sino más bien de criterios de validez del deber ser de normas que requieren ser fundamentadas. La fundamentación como el elemento central de la teoría comunicativa de la conducta es también un factor esencial de lo jurídico.

Una de las conclusiones más importantes que se puede derivar de la *Teoría de la Acción Comunicativa* para la tan popular *Teoría de la Argumentación Jurídica* radica en el hecho que, el Derecho formal refleja preponderantemente la circunstancia, que la legislación, la ejecución de la ley y las facultades de control del Derecho se encuentran sometidas a condiciones de carácter fáctico. De esta forma, los tribunales deciden no sólo respetando los ámbitos de competencia que les otorga la ley, sino también con base en la logística de la praxis de las decisiones. Tiempo y espacio, la disponibilidad de los interlocutores en los procesos comunicativos del juicio seguido ante los tribunales, el conocimiento de las reglas del proceso y las estrategias procesales, se encuentran entre los presupuestos fundamentales del resultado de la decisión.

Por cuanto hace al concepto del Derecho de Habermas se puede decir que, su Filosofía del Derecho se mueve en el horizonte de un tipo de orden jurídico concreto. Para él, el Derecho es parte del mundo real, en el mismo se fundamenta. Bajo el concepto de Derecho entiende Habermas el moderno Derecho impuesto por autoridades, que requiere de una fundamentación en términos de una racionalidad propia, que supone una interpre-

tación obligatoria y que, necesita contar con procedimientos de imposición eficaces. Por otra parte, el Derecho bajo la perspectiva de la Acción Comunicativa de Habermas muestra una doble cara, como sistema de conocimiento y como sistema de conducta. Las normas jurídicas efectúan su posibilidad de éxito, por una parte, por medio de su validez legítima que supone un sistema de conocimiento, y por la otra, de una fuerza fáctica que implica tanto la realización de conductas como la imposición de sanciones institucionalizadas. De esta forma, las normas están dotadas de una autoridad que cuenta, a la vez, con la validez y con la fuerza de lo fáctico. Así, el sistema jurídico se puede entender tanto como un conjunto de enunciados normativos y de interpretaciones de normas, como en forma de institución, esto es, como un complejo de regulaciones de las conductas reales.

La positividad del Derecho significa que, surge con un conjunto de normas conscientemente impuestas una realidad social producida artificialmente, que sólo existe debido a que puede ser cambiada en cada una en sus partes o ser puesta fuera de vigor. En la posibilidad de cambiar el Derecho aparece el mismo como expresión de una voluntad

El Derecho guarda relaciones estrechas con el sistema de ciencia y del lenguaje que constituyen lo cotidiano. El Lenguaje del Derecho puede fungir como transformador en la circulación de la comunicación social entre sistema y mundo de vida. De esta forma, la economía y la administración toman contacto a través del Derecho con el mundo de vida comunicativo e interpretable. El sistema jurídico garantiza que el sistema y el mundo de vida permanezcan en contacto o comunicación. Esto es necesario debido a que a la administración y a la jurisprudencia les corresponde, cada vez en una mayor medida, el poder de crear Derecho —mediante conceptos indeterminados, a través de ciertos principios, mediante facultades de integración del Derecho, etc.— De esta forma, el sistema jurídico permanece abierto. Esto se debe en gran medida a que uno de los modelos que utilizó Habermas para el desarrollo de su teoría fue el del sistema jurídico de los Estados Unidos.

El Derecho en el sentido de la Teoría de Habermas tiene su esencia en la racionalidad procesal. El discurso es un desarrollo de una forma de comunicación racional y no un mero diálogo —una forma de comunicación mediante argumentos cuyo tema es la pretensión de validez y que investiga su justificación—. El Derecho es una teoría procesal cuyo contenido es la puesta en vigor de normas ya generales, ya individuales. En el Derecho son importantes la institucionalización de presupuestos de comunicación y del procedimiento discursivo —busca argumentativa según lo jurídicamente plausible y con ello de consecuencias jurídicas para todos los involucrados—. La institucionalización de tales procedimientos es tarea del Estado —garantía de un proceso de formación de voluntades inclusivo, dentro del cual se puedan entender los ciudadanos libres e iguales, sobre cuáles son los objetivos y normas que se requieren de acuerdo con el interés de la generalidad.

Para Habermas es muy importante la intermediación entre las esferas pública y privada. En las sociedades complejas lo público es una estructura intermedia que interrelaciona, por una parte, al sistema político y, por la otra, al sector privado de la vida y el

sistema de conductas específicas. Los aspectos públicos no pueden dejar intocada a la gente privada. El Derecho moderno ofrece los tres recursos de la integración social que permiten la organización y reproducción ordenada de ambas esferas de vida. En primer término, hace posible una praxis de autodeterminación necesaria a efecto de que los ciudadanos puedan ejercer sus libertades comunicativas. En segundo lugar, las instituciones del derecho Público y Privado hacen posible la constitución de mercados y la organización del poder público. Finalmente, las operaciones de los sistemas económico y administrativo diferenciados del mundo de vida de los componentes sociales se realizan mediante el Derecho. Sin embargo, Habermas piensa que el Derecho no es el único factor de integración social, más bien, el Derecho moderno viene a cumplir una función de cubrir las lagunas de los otros sistemas de ordenación social –moral, reglas de trato social, religión–, que se encuentran sobreexigidos en sus actividades de integración social.

Por cuanto hace a su contenido, cabe destacar que la obra que se comenta bien puede considerarse como una obra clásica de la Filosofía del Derecho, debido a que se confronta con los temas, autores y corrientes más importantes de esta disciplina. Por una parte, se lleva a cabo un análisis y crítica de las ideas jurídicas de Kant, Savigny, Weber, Parsons, Hobbes, Kelsen, Hart, Carl Schmitt, Rawls, Dworkin, Luhmann y Alexy. Por la otra, se tratan los temas centrales de la Filosofía del Derecho: las concepciones más importantes del Derecho en la historia de las ideas contemporáneas; la naturaleza de los derechos subjetivos; el Estado democrático de Derecho; el Estado social de Derecho; el contenido moral del Derecho; los Derechos Humanos; las relaciones entre el Poder y el Derecho; las decisiones judiciales y la seguridad jurídica; la naturaleza de los principios jurídicos; la efectividad del Derecho en el mundo contemporáneo, etc. Esto sin pasar por alto que, se analizan también las corrientes más importantes del pensamiento jurídico contemporáneo: la Teoría de la Argumentación Jurídica; la Sociología de los Sistemas; la Hermenéutica Jurídica; el Realismo Jurídico, etc.

La obra que, se complementa con tres ensayos previos que escribió Habermas sobre temas jurídicos –*Derecho y moral*, de 1986; “*La soberanía popular como procedimiento*, de 1988 y; *Ciudadanía e identidad nacional*, de 1991– resulta una lectura obligada para los especialistas en Filosofía jurídica que se interesen en los autores contemporáneos de vanguardia.