

[...] Hobbes debe especificar la coerción natural que, a partir de sí y con necesidad, da lugar a una coerción artificial: precisamente un ordenamiento jurídico asegurado por competencia penal [...] (1994 : 69).

Si para el *iusnaturalismo* clásico la justicia determinaba la validez o invalidez de la ley, en Hobbes ninguna ley puede ser injusta:

[...] Incumbe al soberano el cuidado de promulgar buenas leyes; pero ¿qué es buena ley? No entiendo por buena ley una ley justa, ya que ninguna ley puede ser injusta. La ley se hace por el poder soberano, y todo cuanto hace dicho poder está garantizado y es propio de cada uno de los habitantes del pueblo; y lo que cada uno quiere tener como tal, nadie puede decir que sea injusto [...] (Hobbes, 1994 : 285).

De esta forma, la justicia y la injusticia se circunscriben a que las acciones correspondan o no con los mandatos de la ley, pero las leyes mismas quedan exentas del examen de justicia: «[...] por tanto, justo e injusto no son predicados aplicables a la ley, justas e injustas pueden ser las acciones de los hombres, precisamente por su concordancia o discordancia con las leyes, pero no las leyes mismas [...]» (Rodilla, en: Hobbes, 1992 : 18). Es propiamente en esta línea en la cual John Austin, a través de la adopción de la concepción hobbesiana de soberanía, funda su teoría positivista del derecho.

## 2

### El problema

Es evidente que durante la controversia de Habermas contra los teóricos del positivismo lógico, su interés se orientó hacia una fundamentación metodológica de las Ciencias Sociales en una teoría del lenguaje (Habermas, 1981 : 9). En consecuencia, podríamos afirmar que Habermas intentó desarrollar una epistemología de amplio espectro (Barreto, 1994 : 18) que, a través de la diferenciación entre los ámbitos de la naturaleza objetiva y de la interacción social, permitiría comprender una metodología propia para cada categoría de ciencia, es decir, una metodología apropiada tanto para las ciencias empírico-analíticas como para las ciencias histórico-hermenéuticas. De esta forma, las ciencias empírico-analíticas seguirían la orientación del interés técnico en el marco de los objetos manipulables de la naturaleza objetiva, mientras el interés práctico determinaría el ámbito de la interacción social a través de la acción comunicativa en las ciencias histórico-hermenéuticas, como afirma Adela Cortina:

[...] Interacción simbólicamente mediada, que se orienta de acuerdo con normas intersubjetivamente vigentes. Estas normas definen expectativas recíprocas de comportamiento y tienen que ser entendidas y aceptadas, por lo menos, por dos sujetos agentes. La meta de la acción comunicativa es el acuerdo o entendimiento [...] (1985 : 200).

En los límites de este contexto, y refiriéndonos exclusivamente al ámbito del derecho, el modelo hobbesiano fue objeto de diversas críticas por parte de Habermas. Justamente en el desarrollo de las mismas, Habermas dejó entrever una concepción bidimensional del derecho. Esta se hizo manifiesta, por una parte, en la moralidad de contenido propia del derecho clásico y, por otra, en la concepción técnico-instrumental que del derecho asumió el paradigma hobbesiano. En este sentido, Habermas percibió la moralidad del derecho clásico como la expresión de un momento de no instrumentalidad: un momento en el que el derecho no es susceptible de uso por parte de los operadores del poder político, y cuyo carácter principal radica en ser fuente de legitimidad del derecho positivo. Por otro lado, Habermas observó, en la perspectiva hobbesiana del derecho, la existencia de una dimensión de mera instrumentalidad, es decir, una concepción del derecho como medio organizativo de la sociedad. Ahora bien, sin negar la perspectiva instrumental del derecho como un momento propio de sí, Habermas canalizó su crítica hacia la reducción que Hobbes hizo del derecho en su mera instrumentalidad.

La concepción instrumental del derecho propugnada por Hobbes fue una respuesta a los problemas de su tiempo. Como veremos en el transcurso de este capítulo, el problema que se deriva de la positivización del derecho es, según Habermas, la necesidad de legitimación del mismo. La postura de Hobbes, al igual que la de toda la escuela del derecho natural racional, constituyó una respuesta a esta problemática:

[...] Podemos entender el derecho natural racional, en las diversas versiones de que es objeto desde Hobbes [...] como un marco teórico para las tentativas de justificación de estructuras políticas y sociales organizadas jurídicamente. Este derecho natural racional liga, como constata Weber, la legitimidad del derecho positivo a condiciones formales [...] (Habermas, 1981 : 340).

La caída del derecho natural fundado en la religión, al igual que la separación entre derecho y moral, constituyeron las condiciones que hicieron evidente la necesidad de justificación práctica del derecho positivo. La respuesta de Hobbes a esta necesidad fue la asunción del derecho como mero medio de organización de la sociedad y, consecuentemente, la exclusión de la justicia como elemento inherente del mismo. En la misma línea de Hobbes, el positivismo jurídico constituyó una propuesta tendiente a la solución de esa necesidad de justificación práctica del derecho; sin embargo, ante los ojos de Habermas, la propuesta del positivismo jurídico ha adolecido del mismo reduccionismo instrumental del paradigma hobbesiano. De esta forma, Habermas ha visto en la tradición del positi-

vismo jurídico metodológico el rasgo característico de la concepción del derecho iniciada por Thomas Hobbes: la reducción del derecho a su instrumentalidad (1987 : 147). En esta medida, los esfuerzos de sus representantes resultaron incapaces de trascender los límites de la racionalidad instrumental y, consecuentemente, tanto el positivismo jurídico metodológico-analítico de Austin, Kelsen y Hart, como la postura sociológica de Weber y Luhmann, desembocaron en una unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad.

Por su parte, e igualmente en el marco del problema diagnosticado por Habermas, la propuesta kantiana tomó un rumbo marcadamente opuesto al positivismo. Si Habermas vio en el positivismo jurídico la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad, en Kant observaría una vinculación tal entre los ámbitos del derecho y la moral que lo jurídico se unidimensionaliza en su momento de incondicionalidad. La consecuencia de esta restricción fue, por supuesto, inversamente proporcional a la propuesta positivista: el derecho se agotaría en su momento de incondicionalidad y, en efecto, renunciaría a su función instrumental.

La posición de Kant en torno al derecho habrá de ser irremediabilmente problemática. Para muchos, la *Metafísica de las costumbres* ha sido una expresión del carácter positivista de la concepción kantiana del derecho; sin embargo, la perspectiva habermasiana de la obra de Kant desarrolla una interpretación contraria. Si nos restringimos al Kant de la *Metafísica de las costumbres*, y con mayor exactitud al de la «concepción del derecho estricto», nos

toparemos, ineludiblemente, con un representante del positivismo jurídico. Contrariamente, una perspectiva articulada de la *Metafísica de las costumbres*, es decir, considerándola como un eslabón del sistema kantiano y no sólo como una pieza aislada del mismo, conllevará aquello que Habermas ha denominado «una disolución del derecho en la moral». Habermas piensa, como se observará con posterioridad, que la deducción kantiana del derecho desde el imperativo categórico tiende a disolver el derecho en la moral. Desde este punto de vista, el efecto de esta deducción respecto del carácter bidimensional del derecho constituirá la exclusión de cualquier asomo de instrumentalidad en el mismo.

La propuesta positivista y la propuesta kantiana no han confluído simplemente en el hecho de ser meras respuestas al problema, sino también en el hecho de constituir una expresión reduccionista de la razón práctica. Desde la perspectiva habermasiana de la unidad de la razón práctica, tanto Kant como el positivismo jurídico se orientan por un uso unívoco de la misma. En esta medida, el positivismo jurídico realiza un uso técnico-instrumental de la razón práctica que excluye un uso ético y moral de la misma, mientras la doctrina kantiana realiza un uso moral que excluye el uso instrumental de la razón práctica. Esto significa que ambas corrientes optaron por una perspectiva unívoca en pro de la resolución del problema: Kant apostó por la reducción del derecho a su incondicionalidad y el positivismo jurídico por la reducción a su instrumentalidad.

Por consiguiente, este capítulo se limitará a dos objetivos fundamentales: en primer lugar, mostraré, desde la perspectiva de Habermas, el problema derivado de la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad, el cual, en otros términos, equivale a la exposición del problema derivado de la positivización del derecho. En segundo lugar, e igualmente desde la óptica de Habermas, repasaré las principales respuestas al problema diagnosticado. En este punto se harán explícitas la postura kantiana y las posturas propias del positivismo jurídico metodológico: el positivismo jurídico-analítico (Austin y Kelsen) y el positivismo jurídico sociológico (Max Weber y Niklas Luhmann).

En lo referente al problema, y a pesar de la viabilidad de proyectarlo a través de una única perspectiva, he optado por describirlo desde tres puntos de vista. La razón de esta pluralidad de perspectivas se funda, en primer lugar, en la obtención de una mayor amplitud panorámica de la óptica de Habermas y, consecuentemente, en no ser permisivos a la hora de dejar escapar elementos propios de cada perspectiva, los cuales, sin lugar a dudas, se verían oscurecidos si optáramos por una perspectiva unívoca. En consecuencia, el problema será visto, en inicio, desde la reconstrucción habermasiana del proceso de positivización del derecho. Aquí, la visión habermasiana del problema –acentuadamente histórica– se evidenciará con notoria claridad. En un segundo momento, el problema será abordado desde la teoría habermasiana de la evolución social, lo cual implicará la revisión de la teoría habermasiana de la evolución del derecho. En este punto, la teoría evolutiva

del derecho se inclinará más a mostrar la agudización del problema que el problema mismo. Ya en el marco de la última perspectiva, se conectará el problema diagnosticado y su agudización con la concepción habermasiana del proceso de racionalización.

### **La necesidad de justificación práctica del derecho**

Habermas identifica en las culturas superiores dos perspectivas del derecho: un derecho natural o divino y un derecho profano. (1987 : 133). En el primero, identifica una esfera que se escapa del dominio y uso por parte del soberano, es decir, una dimensión que determina cuándo el derecho burocrático, o el que es creado por el príncipe, es justo o injusto. Con el segundo, identifica un derecho burocrático, creado y administrado por los operadores del poder político, es decir, disponible a sus intereses. En el marco de estas dos dimensiones del derecho, Habermas reconoce dos momentos inherentes del mismo: un momento de incondicionalidad y otro momento de instrumentalidad (1987 : 134). La relación entre ambos momentos permanece en una constante tensión que, debido a la eficacia del derecho sacro y tradicional, se mantuvo oculta hasta el medioevo. Con el paulatino proceso de racionalización de las imágenes del mundo, tanto el derecho sacro como el tradicional perdieron su eficacia legitimadora sobre el derecho positivo creado y sancionado por el poder político. Por consiguiente, la tensión entre ambos momentos se hizo evidente: el derecho positivo o burocrático hecho por el soberano careció de justificación

y, por tanto, se unidimensionalizó en su instrumentalidad, es decir, se tornó en un derecho puesto (positivo) que sólo actúa como un instrumento para el logro de fines dados.

La unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad tiene hasta aquí una proyección netamente histórico-sociológica, es decir, Habermas ve en el desarrollo de nuestras civilizaciones una tendencia que de hecho culminó con la instrumentalización del derecho. Justamente en este sentido, y con una mayor complejidad, la concepción habermasiana del proceso de racionalización abordará de manera más acuciosa esta problemática. Los príncipes y los reyes, una vez liberados de sus vínculos con el derecho sacro o natural —y a través del desmoronamiento de la racionalidad que sustentaba esta forma de legitimar el derecho— se vieron ante un espacio vacío que sólo cabía llenar con su propia fuerza. Esto significa que la fuente de validez del derecho estribaría en la soberanía del príncipe y, consecuentemente, recaerían en él las funciones de legislador, ejecutor y juez. Desde esta perspectiva, el derecho se constituiría en un conjunto de reglas modificables a voluntad del soberano.

Entonces: «[...] ¿puede aún el derecho positivo obligar internamente, si ya no puede recibir su modo de validez de un derecho superior como sucedía en el antaño sistema jurídico tradicional? [...]» (1987 : 136). Habermas considera que sí; sin embargo, la imposibilidad de retornar a la búsqueda de legitimidad en los restos del derecho sacro o tradicional impregnado de contenidos morales, llevará directamente al problema:

[...] la separación que se realiza en el derecho moderno entre la legalidad y la moralidad acarrea, como consecuencia, el problema de que la esfera de la legalidad en conjunto necesita de una justificación práctica. La esfera del derecho, independientemente de la moral, que al mismo tiempo exige de las personas jurídicas que estén dispuestas a obedecer la ley, tiene que estar anclada, a su vez, en una moral de principios [...] (Habermas, 1976 : 239).

Pero, ¿por qué resulta imposible retornar a un derecho sacro tradicional y pleno en contenidos morales para legitimar el derecho? La respuesta a este interrogante está en lo que Habermas ha denominado el carácter estructuralmente postconvencional del derecho moderno, según lo dice él mismo:

[...] La distinción entre normas de acción y principios de acción, el concepto de una producción de normas regidas por principios, la idea de que las reglas normativamente vinculantes son resultado de un convenio racional, también la idea de un contrato social que otorga fuerza normativa a las relaciones contractuales concretas, la idea de que la justificabilidad de las normas está en conexión con su universalidad, la idea de que todos los individuos son por igual sujetos de derecho, el concepto de persona jurídica abstracta, la idea de que la subjetividad posee una fuerza creadora de derecho, etc. [...] Estos son conceptos básicos que caracterizan el nivel postradicional del derecho y la moral (Habermas, 1981: 338).

### La agudización del problema

Habermas considera que la necesidad de legitimación del derecho moderno se agudiza en razón de los requerimientos de su propia estructura; es decir, si su estructura es de carácter postconvencional, su necesidad de legitimación se verá incrementada (1981 : 338). Para fundamentar este incremento, lo que equivale a fundamentar su postconvencionalidad, Habermas recurre a su teoría de la evolución social. Con esta teoría Habermas se propone reconstruir el materialismo histórico, pero depurándolo de sus imperfecciones (Cortina, 1985 : 170). Durante el periodo de desarrollo de los trabajos contenidos en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Habermas considera la inexistencia y necesidad de una teoría que explique satisfactoriamente la evolución social (1976 : 117). Ante esta carencia, se propuso desarrollar una teoría de la evolución social fundada tanto en la acción comunicativa como en elementos propios de la psicología del desarrollo de Kohlberg y Piaget (Habermas, 1983 : 141).

Habermas parte de una idea fundamental: una sociedad no evoluciona por sí misma. Esto significa que sólo una teoría que comprenda la evolución social en el marco de una relación complementaria entre sistema social y sistema de personalidad, puede explicar a una sociedad susceptible de evolución:

[...] puesto que si la separamos de los sistemas de personalidad, la sociedad no evoluciona por sí sola. Son estos dos complementos (sistema social y siste-

ma de personalidad) tomados en conjunto los que constituyen un sistema susceptible de evolución [...] (Habermas, 1976 : 120).

Por sistema social, Habermas entiende:

[...] todos los sistemas que, por medio de acciones lingüísticas coordinadas (instrumentales y sociales) se apropian de la naturaleza exterior (por medio de procesos de producción) y de la naturaleza interior (por medio de procesos de socialización) [...] (120).

Por su parte, el sistema de personalidad hace referencia al proceso de formación del yo: «[...] el sistema de personalidad lleva a cabo el proceso de aprendizaje de la ontogénesis y; en cierto modo, únicamente los sujetos socializados son los que aprenden [...]» (120). Con fundamento en la psicología del desarrollo,<sup>10</sup> Habermas entiende el proceso de ontogénesis como un proceso evolutivo de desarrollo de competencias para la resolución de problemas: las capacidades cognitivas serán apropiadas para la resolución de problemas empírico-analíticos, las capacidades lingüísticas para solución de problemas de comunicación y, finalmente, las capacidades

<sup>10</sup> Respecto del trabajo en la psicología del desarrollo, Yolanda Arciniegas de Rojas afirma que: «[...] va encaminado a proporcionarnos una visión de cómo se va dando ese desarrollo y crecimiento del hombre. Nos dirá que sucede paso a paso en ese transcurso de la vida. Pero no le interesa solamente mostrar esos eventos, o esos cambios, o los comportamientos que el niño tenga, de una forma escueta o simple. Se interesa aún más, por conocer las causas por las que opera un cambio [...]» (1983 : 21).

interactivas resolverán problemas de acción (Habermas, 1976 : 14-63). De conformidad con estas competencias, Habermas conecta el proceso evolutivo del yo con el proceso evolutivo de la sociedad:

[...] resumo mi tesis en la afirmación de que el proceso de aprendizaje evolutivo del género humano se puede comprender en el marco de una teoría que explica las conquistas evolutivas de los sistemas sociales vinculados a dos cuestiones a) ¿qué problemas de dirección se han resuelto de modo innovador?, y b) ¿gracias a qué competencias de aprendizaje han sido posibles estas innovaciones? La base de la teoría es la suposición de que los procesos ontogenéticos de aprendizaje se adelantan a los avances sociales evolutivos, de forma que, en cuanto la capacidad de dirección estructuralmente limitada de los sistemas sociales, se ve superada por problemas inevitables, esta puede recurrir, en ciertas ocasiones, a capacidades de aprendizaje individuales excedentes (o a las colectivas que sean accesibles por medio de una imagen común del mundo), a fin de aprovecharse de ellas para conseguir la institucionalización de nuevos niveles de aprendizaje[...] (1976 : 123).

Mientras Piaget enfatizó el proceso de aprendizaje en las competencias cognitivas para la resolución de problemas empírico-analíticos, Kohlberg, por su parte, enfocó su teoría del aprendizaje hacia la solución de problemas práctico-morales (Habermas, 1983 : 47). En esta medida, introdujo tres estadios de desarrollo de la conciencia moral: un nivel preconvencional en el que el sujeto considera justa la acción que satisface

instrumentalmente la conciencia del yo y, en algunas ocasiones, la de otros sujetos. Un nivel convencional, en el que lo justo consiste en el cumplimiento del deber en el marco de un orden social dado y, en último lugar, un nivel postconvencional, en el que lo justo es una decisión de la conciencia del sujeto conforme a principios éticos escogidos.

Habermas retoma estos estadios evolutivos de la conciencia moral de Kohlberg y con fundamento en ellos establece que también las sociedades desarrollan procesos de aprendizaje técnico-instrumentales en el marco de la naturaleza objetiva. Con ello, Habermas hará alusión a la existencia de una inteligencia moral o práctica que, en el ámbito de la sociedad y a través de nuevos procesos de aprendizaje, se concreta en formas más sólidas de integración social (1976 : 12). Esta inteligencia se opondría directamente a la concepción objetivante desarrollada por Marx, es decir, a la concepción de la evolución social que imputa los impulsos evolutivos de la sociedad a la dimensión técnica de las fuerzas productivas. Resulta coherente, entonces, afirmar la existencia de estructuras de racionalidad práctica que trascienden su reducción a mera técnica, y que se trasladan hacia el ámbito de las instituciones de la sociedad determinando una modalidad distinta de aprendizaje :

[...] parto de la idea de que las sociedades aprenden de modo evolutivo en la medida en que incorporan institucionalmente estructuras racionales ya caracterizadas en las tradiciones culturales, esto es: en la medida en que aprovechan la reorganización de sistemas de acción[...] (Habermas : 233).

En el ámbito del aprendizaje práctico-moral de la sociedad, la conciencia moral —entendida como la capacidad de servirse de competencias interactivas para la elaboración consciente de conflictos relevantes en perspectiva moral— será una expresión de la racionalidad propia de cada periodo histórico. En esta medida, los mecanismos para la solución de conflictos propios de cada época expresan secuencialmente el desarrollo de una mayor madurez: bajo este punto de vista, Habermas consideró los conflictos suscitados en el marco de las sociedades pre-civilizadas (122) desde un realismo moral manifestado en la no diferenciación de los sistemas de acción y los sistemas de normas. De esta forma, los conflictos de interacción de la precivilización estaban definidos por la compensación del daño causado (la expiación).

Por su parte, las civilizaciones arcaicas hicieron expresa la diferencia entre los sistemas de acción y sistemas normativos. En el marco de estas civilizaciones surgen ideas tales como la intención del sujeto que causa el daño, la pena y la responsabilidad e imputabilidad individual. Las civilizaciones desarrolladas (122) traen consigo una diferenciación completa entre los planos de la acción y las normas. Aquí, según Habermas, el sistema tradicional de normas se funda en un sistema normativo tradicional. En último lugar, la modernidad (123) trae consigo la diferenciación entre sistemas de acción, normas y principios justificadores. Los conflictos se regulan desde un derecho formal, es decir, éticamente neutral y desde una moral privada fundada en principios.

Al concebir la conciencia moral como capacidad para la interacción social, Habermas entiende la interacción como el ámbito de ejercicio de la conciencia moral. Ahora bien, si agregamos a esto que Habermas concibe el derecho y la moral como

el núcleo fundamental de la interacción (13), ambos se constituirán en expresiones de la conciencia moral y, por ende, se hará evidente la identidad de sus estructuras:

[...]Aquí se patentiza, pues, la identidad de las estructuras de conciencia, que, por una parte, están encarnadas en las instituciones del derecho y la moral, y, por otra, encuentran su expresión en los juicios y acciones morales de los individuos[...] (13).

Desde esta base, y haciendo expresa una teoría evolutiva del derecho, Habermas dirá:

[...]la psicología evolutiva de signo cognitivista ha demostrado para el caso de la ontogénesis una diversidad de etapas de la conciencia moral, a las que se hace referencia más en particular bajo la denominación de pautas preconventional, convencional y postconvencional de la solución de problemas. Las mismas pautas vuelven a hacer acto de presencia en la evolución social de las representaciones del derecho y la moral [...] (13).

De esta manera, y como se observará en líneas posteriores, el proceso de racionalización del derecho refleja la misma secuencia evolutiva del proceso de ontogénesis desarrollado por Kohlberg. En consecuencia, la concepción del derecho natural clásico resulta ser una perfecta manifestación de la etapa convencional del derecho. Esta convencionalidad estribaría en una racionalidad de contenido, es decir, en una constante recurrencia a los contenidos tradicionales, sacros



o morales y determinantes de aquello que se considera bueno: sólo será justa aquella norma que se adecue a una determinada concepción de lo bueno.

Por el contrario, el derecho moderno representa una estructura postconvencional en el sentido de no ser una proyección de aquello que se considera bueno o virtuoso. Aquí, el derecho se despoja de contenidos y todos sus rasgos apuntan hacia la imposibilidad de retorno a una fundamentación moral de contenido:

[...] La convencionalización, la legalización y la formalización del derecho implican que este ya no puede alimentarse de la autoridad indiscutida de las tradiciones morales si no que precisa de una fundamentación autónoma [...] (Habermas, 1976 : 239).

En esta medida, la positividad del derecho moderno no se consolida en la acumulación de tradiciones sagradas o morales; por el contrario, sólo los códigos guardarán un eminente derecho legislado. El legalismo, por su parte, implica que los sujetos de derecho no requieren de motivos éticos para la obediencia al derecho. El formalismo implicará que el derecho moderno no es un derecho de contenidos, sino más bien de espacios de libertad disponibles para los sujetos de derecho. Por último, la generalidad del derecho implicará la inexistencia de privilegios respecto de los destinatarios de la ley.

Con fundamento en los rasgos determinantes de la postconvencionalidad del derecho moderno, Habermas expresa el problema con mayor claridad:

[...] al problema se le puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro lado, tampoco se les puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente ha menester. Pero entonces hay que mostrar cómo cabe estabilizar, en el interior del derecho positivo mismo, el punto de vista moral que representa la formación imparcial del juicio, la formación imparcial de la voluntad colectiva [...] (1987 : 153-154).

### La racionalización del derecho

En la *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas intenta mostrar que el proceso de racionalización que caracteriza la modernidad se desarrolla desde dos perspectivas: desde una primera, Habermas denomina el proceso de racionalización como la «lingüistización de lo sacro» y, desde una segunda, el proceso de racionalización ha sido concebido como el «desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida». Con los detroteros fijados por esta naturaleza dual del proceso de racionalización, nuestro interés en este apartado, titulado «La racionalización del derecho», consiste en conectar el primer enfoque —la lingüistización de lo sacro— con lo que hemos denominado la agudización del problema en el marco de una teoría evolutiva del derecho. Seguidamente, el esfuerzo tenderá al establecimiento de una conexión entre el segundo enfoque de la racionalización —el desacoplamiento entre sistema y mundo de vida— con la positivización y la instrumentalización del derecho.

1. El derecho en el marco de la lingüistización de lo sacro:

La tesis central de la primera perspectiva del proceso de racionalización es la siguiente:

[...] El desencantamiento y depontetización del ámbito de lo sagrado se efectúa por vía de una lingüistización del consenso normativo básico asegurado por el rito y con ello queda a la vez desatado el potencial de racionalidad contenido en la acción comunicativa [...] (1981 : 168).

Aquí se hacen evidentes dos proyecciones de la racionalización como lingüistización de lo sacro: en un primer momento, y en una línea weberiana, Habermas considera que la unidad de las sociedades fundadas en un consenso normativo, proveniente de las imágenes sagradas del mundo, pierde su eficacia a través de la creciente revisión crítica impulsada por los cambios sociales. Según indica Serrano Gómez:

[...] La racionalización del mundo de la vida, entendida como lingüistización de lo sacro, se presenta como un cuestionamiento de la autoridad de las imágenes del mundo. Esto quiere decir que el saber transmitido por las imágenes del mundo queda expuesto a una revisión crítica. Esta crítica tiene, en principio, el afán de adaptar estas a las nuevas formas sociales [...] (1994 : 186).

En un segundo momento, este desencantamiento de las imágenes sagradas del mundo libera gradualmente el potencial de la racionalidad comunicativa que, al contrario de las

imágenes sagradas del mundo, tiende hacia un consenso normativo que se funda en el discurso práctico de los afectados y sustituye las prácticas rituales como mecanismos de integración social (Habermas, 1981 : 111-112). Como veremos a continuación, la idea de mundo de la vida cobra un papel relevante en el marco de la concepción habermasiana del proceso de racionalización, ya que el objeto central de este proceso se constituye en la progresiva diferenciación de sus elementos estructurales. Habermas entiende por mundo de la vida:

[...] el lugar trascendental en que hablante y oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse la pretensión de que sus emisiones concuerden con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que puedan criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo [...] (1981 : 179).

Esta descripción del mundo de la vida pone de manifiesto la evidente correspondencia entre sus elementos estructurales y las relaciones existentes entre los actos de habla y la realidad. De esta forma, todo acto de habla entabla una relación con el mundo objetivo, social y subjetivo (Habermas, 1981 : 171); y, consecuentemente, con los elementos estructurales del mundo de la vida : la cultura, la sociedad y la personalidad.

Los componentes estructurales del mundo de la vida son definidos por Habermas de la siguiente forma:

[...] llamo cultura al acervo de saber, en que los participantes en la comunicación se abastecen de inter-

pretaciones para entenderse sobre algo en el mundo. Llamo sociedad a las ordenaciones legítimas a través de las cuales los participantes en la interacción regulan sus pertenencias a grupos sociales, asegurando con ello la solidaridad. Y por personalidad entiendo las competencias que convierten a un sujeto en capaz de lenguaje y de acción, esto es, que lo capacitan para tomar parte en procesos de entendimiento y para afirmar en ellos su propia identidad [...] (1981 : 196).

En esta medida, y en el marco de las sociedades tradicionales, sociedad, cultura y personalidad se hallan en una completa unidad. Aquí, las normas se protegen de la crítica gracias al carácter totalizador de lo sacro; esto, por supuesto, implica que su fundamentación se encuentra en un orden extraño a la voluntad humana (Serrano Gómez, 1994 : 200). El efecto de esta indemnidad de las normas será el estancamiento del potencial de la acción comunicativa:

[...] en una sociedad integrada sin fisura alguna el culto religioso es algo así como una institución total que hasta tal punto comprende e integra normativamente todas las acciones, así en el seno de la familia como en el ámbito del trabajo social [...] verdad es que esta institución básica sólo puede ramificarse en normas específicas para los distintos tipos de situación y para las distintas tareas merced a la mediación lingüística. Pero aun así, las acciones comunicativas siguen viéndose reducidas a un papel instrumental [...] (Habermas, 1981 : 126).

Sólo cuando el potencial de la acción comunicativa es liberado, la unidad de los componentes estructurales del mundo de vida cohesionados en un eje sacro comienza a agrietarse (Habermas, 1981 : 126). En este contexto propio de la modernidad, y con una acción comunicativa liberada de ataduras, la comunidad cuya integración social se fundaba en los contenidos sacros se tornará a una integración social sustentada en normas obtenidas a través de procesos comunicativos. A la diferenciación entre los componentes estructurales del mundo de la vida, se le despliega simultáneamente un proceso de diferenciación entre la forma y el contenido. Así, los contenidos determinantes en los sistemas normativos (morales y jurídicos) tradicionales se ven reducidos, en el contexto de la modernidad, a elementos formales expresados en la comunicación y los procedimientos argumentativos (Habermas, 1981 : 207). Este proceso se expresa fundamentalmente en la formalización del derecho y la moral. En consecuencia, la formalización del derecho será un efecto de la liberación del potencial comunicativo en el marco de la sociedad (Habermas : 126).

En esta medida, todos los rasgos característicos de la postconvencionalidad del derecho moderno son el resultado de un proceso de racionalización cuyo desarrollo refleja la liberación gradual de la acción comunicativa. Por consiguiente, todos los rasgos postconvencionales del derecho moderno se constituyen en determinaciones de la racionalidad comunicativa en el ámbito de la sociedad (Habermas : 247) y, por ende, en una agudización de la necesidad de justificación práctica del derecho.

## 2. El derecho entre sistema y mundo de vida:

La segunda perspectiva del proceso de racionalización, denominado desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida, se nos presenta en una serie de etapas: Habermas inicia mostrando cómo en el marco de las sociedades tradicionales el mundo de la vida y el sistema configuran una unidad indiferenciada. Por el contrario, las sociedades modernas, determinadas por el surgimiento y la consolidación de la forma de producción capitalista, se enfrentan con un desacople total entre sistema y el mundo de vida. La consecuencia de esta separación será la diferenciación entre dos formas de integración opuestas. En este sentido, la integración social se desarrollará en el ámbito del mundo de la vida y hará referencia a una modalidad fundada en el consenso obtenido a través de los medios provistos por la acción comunicativa (Habermas : 213). Por su parte, la integración sistémica se genera en el marco del sistema y estará determinada de forma impersonal a través de imperativos provistos por un sistema autorregulado (Habermas : 214).

Si desde la racionalización como la lingüistización de lo sacro, los efectos en torno a la legitimidad del derecho se constituían en la consolidación de la postconvencionalidad de su estructura; la racionalización como desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida consolidará, por el contrario, una legitimación procedimental y funcional del derecho que deviene en una concepción meramente instrumental del último (Mejía Quintana, 1998 : 210). Esto será el efecto correspondiente a que la culminación del proceso de desacoplamiento se consolida en un primado de la integración sistémica sobre la integra-

ción social (Habermas, 1981 : 264). El primado de la integración sistémica y la consecuente instrumentalización del derecho, se explican en el hecho de que en las sociedades modernas el patrón que guía el ámbito económico y político invade subrepticamente el ámbito socio-cultural. Con ello, la acción cognitivo-instrumental invade los ámbitos propios del mundo de la vida y, consecuentemente, se establece el primado de la racionalidad cognitivo-instrumental sobre la racionalidad comunicativa (Habermas : 431-432). Esta perspectiva de la racionalización genera, pues, aquello que Habermas denomina la «colonización del mundo de la vida».

En pro de una mayor comprensión de esta colonización, debemos observar la estructura habermasiana de la sociedad como un gran sistema que, a su vez, y como consecuencia de la ruptura de la unidad de las sociedades tradicionales, se divide en varios subsistemas: sistema económico, subsistema político-administrativo y subsistema sociocultural. En esta medida, una vez desacoplado el subsistema sociocultural del subsistema económico y político-administrativo, el primero será objeto de la invasión del modo de integración propio del subsistema económico y político-administrativo: una integración sistémica (Habermas : 435-436).

Ahora bien, en el marco de una sociedad moderna que, a diferencia de las sociedades tradicionales, ya no responde a una integración fundada en un derecho pleno en contenidos sacros o éticos, la función de integración social se descarga en un derecho eminentemente formal. Como se observará al final de este trabajo, Habermas verá en el

derecho el único medio para integrar el mundo de la vida con el sistema. En esta medida, *Facticidad* y *validez* se constituirá en el intento de Habermas por hallar, a través del derecho, la integración social en una sociedad desacralizada. De esta forma, el derecho emergerá como el medio propicio de integración de la sociedad. Ello implicará, entre otras cosas, que la perspectiva positivista del derecho se torna insuficiente en el marco brindado por la modernidad. El problema sería entonces:

[...] cómo estabilizar la validez de un orden social en el que desde el punto de vista de los actores mismos se establece una clara diferenciación entre la acción comunicativa, tras haberse vuelto autónoma, y las interacciones de tipo estratégico [...] (Habermas, 1998 : 87).

Las dificultades para el desarrollo de esta función del derecho estribarán, entonces, en la subordinación del derecho a la racionalidad instrumental propia del subsistema económico, es decir, en su sometimiento al modo de circulación económica capitalista. Justamente con ello se hace evidente por qué el derecho se torna en medio de maximización de la aplicación racional de los recursos naturales y la fuerza del trabajo (Habermas, 1976 : 235). Esto significa, entonces, algo más que atribuir al derecho el rol de coadyuvante de la consolidación de una racionalidad sistémica —o la racionalidad de los fines transferida a los sistemas autorregulados— en el seno de la sociedad: el derecho se constituirá en el medio a través del cual la racionalidad sistémica coloniza el mundo

de la vida en el marco de un nuevo horizonte constituido a partir de relaciones entre derecho, dinero (subsistema económico) y poder político (subsistema político administrativo). Según afirma Habermas:

[...] con la diferenciación de un proceso económico orientado por las decisiones descentralizadas de sujetos de acción formalmente privados, se generaliza en el interior de la sociedad un tipo de acción que hasta ahora sólo era permitido en las relaciones exteriores o en sectores aislados, de carácter corporativo o estamental: en el «extranjero interior» de la circulación económica capitalista, la acción estratégica se convierte en la forma legítima de búsqueda egoísta (esto es: éticamente neutralizada) de los intereses privados. El derecho privado burgués, a partir del cual se construye el derecho moderno, es el medio de organización de esta esfera de acción [...] (1976 : 236).

Es importante anotar que la referencia al derecho como medio de consolidación de la acción estratégica, entendida como una modalidad de la acción instrumental, equivale, de una u otra forma, a una racionalidad sistémica. Esto puede verse con claridad cuando Habermas explica la diferencia entre las varias modalidades de acción:

[...] el concepto de acción instrumental sugiere que la racionalidad de los sujetos agentes y cognoscentes se amplia sistémicamente constituyendo una racionalidad con arreglo a fines de orden superior. De este modo, la racionalidad de los sistemas autorregulados, que se impo-

ne con sus imperativos por encima de la conciencia de los miembros que la integran, aparece en forma de una racionalidad con arreglo a fines totalizada (1981 : 471).

El proceso de racionalización habermasiano retoma con una denominación diferente las dos dimensiones propias del derecho. En esta medida, el momento instrumental se denominará principio de positivización y el momento de incondicionalidad, el principio de fundamentación. Ambos momentos, una vez fracturada la unidad de las sociedades tradicionales, toman sendas opuestas que, en último término, corresponden al desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida. En este sentido, el principio de positivización halla su ámbito en el sistema y en la modalidad sistémica de integración. Por su parte, el principio de fundamentación se desarrolla en el mundo de la vida y en el marco de la integración social, es decir, en el ámbito de la interacción. Resulta cierto, entonces, afirmar que el desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida, así como el consecuente primado del primero sobre el último, generan la consolidación de la unidimensionalización del derecho en su instrumentalidad.

Desde la perspectiva de Habermas, la legitimación sistémica es parcialmente eficaz a la hora de justificar las normas jurídicas. Esta parcialidad se debe a la imposibilidad de los procedimientos positivistas —emanados del sistema— para brindar la justificación práctica a una categoría particular de normas jurídicas: las instituciones jurídicas —o normas jurídicas que no pueden quedar suficientemente legitimadas con sólo apelar en términos positivistas a su corrección procedimental—

(Habermas, 1981 : 516). Esta incapacidad de los procesos de legitimación sistémica en pro de proporcionar justificación práctica a las instituciones jurídicas, estriba fundamentalmente en la pertenencia de esta categoría de normas al mundo de la vida. En este sentido, las instituciones jurídicas no sólo harán evidente la conexión entre el derecho y el mundo de la vida, sino también la existencia del momento de incondicionalidad del derecho y, consecuentemente, la incapacidad de justificar todo el derecho en el marco de una racionalidad cognitivo-instrumental.

Por consiguiente, las normas tecnificadas y desprovistas de contenidos morales evalúan su legitimidad desde su adecuación a los imperativos sistémicos emanados del subsistema económico y político administrativo (Habermas, 519), mientras las normas caracterizadas como instituciones jurídicas implican una legitimidad fundada en el enjuiciamiento normativo. De esta forma, el carácter bidimensional del derecho (momento de incondicionalidad y de instrumentalidad) es realmente paradójico:

[...]Es decir, que desde un punto de vista de la teoría de la acción puede explicarse como sigue: en tanto que medio, también la legislación social está reconocida está recortada a la medida de los ámbitos de acción que sólo se constituyen en formas jurídicas de organización y que solo mantienen su cohesión por mecanismos de control sistémico. Y sin embargo, esa legislación social se refiere a la vez a situaciones de acción que están insertas en contextos informales del mundo de la vida [...] (Habermas, 1981 : 519).

Ahora bien, Habermas deriva, de estas dos vías de legitimación, dos procesos de juridización: una juridización de normas tecnificadas y desmoralizadas y, por otro lado, una juridización de instituciones jurídicas. En una plena correspondencia con la colonización de la racionalidad sistémica en el interior del mundo de la vida, la primera modalidad de juridización ha sido predominante en el ámbito de la modernidad. Con esto, Habermas corrobora no sólo la prevalencia de la racionalidad sistémico-instrumental sobre la racionalidad comunicativa, sino también que el derecho y los consecuentes procesos de juridización han sido los medios consolidadores de tal primado:

[...] la tendencia a la juridificación de las esferas del mundo de la vida informalmente reguladas se impone en un ancho frente, cuanto más reconocibles quedan sometidos el tiempo libre, la cultura, las vacaciones, el turismo, etc [...] a las leyes de la economía del mercado y a las definiciones del consumo de masas [...] (Habermas : 520).

A pesar de que en esta proyección del proceso de racionalización el derecho se ha unidimensionalizado en el marco de la racionalidad sistémica, será inevitable un contacto permanente con el mundo de la vida a través de las instituciones jurídicas. Esto es justamente lo que genera la problemática necesidad de justificación del derecho:

[...] Hemos caracterizado el derecho moderno por su combinación de principio de positivización y principio de fundamentación. Esta estructura posibilita la dilatación positivista de las vías de fundamentación y, a la par, la

agudización moralizante de una problemática legitimatoria o de fundamentación desplazada ahora a las bases del sistema jurídico [...] (Habermas : 517).

### Dos posturas diversas ante el problema: Kant y el positivismo jurídico

La lectura aislada de la concepción expuesta por Kant en la *Metafísica de las costumbres* acerca de las diferencias entre moral y derecho, incrementa el riesgo de desfigurar la perspectiva sistemática de la clásica distinción kantiana. En ella, efectivamente, Kant pretendió distinguir el derecho de la moral como dos formas distintas de legislación. Con este fin, fundamentó las diferencias desde dos puntos de vista: en primer lugar, distinguió la moral del derecho en lo referente a sus espacios de aplicabilidad, es decir, en la distinción de los ámbitos objetuales sobre los cuales recae la competencia de cada legislación y, en segundo lugar, las distinguió desde el aspecto subjetivo de la acción: el asunto de los móviles impulsores de la acción. En un sentido contrario, Kant admitió rasgos comunes entre ambas legislaciones. Estos rasgos no constituyen nada distinto de aquellos que son propios de toda estructura normativa:

[...] Toda legislación (prescriba acciones internas o externas, y estas, bien a priori mediante la mera razón, bien mediante el arbitrio ajeno) comprende dos elementos: primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la acción en deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de la acción [...] (Kant, 1993 : 23).

Centrarse unívocamente en las diferencias expuesta por Kant en la *Metafísica de las costumbres*, especialmente en lo referente al derecho estricto, no resulta plausible. Esto, en cierta medida, llevaría a la convicción de que Kant liquidó por completo los vínculos existentes entre ambas legislaciones. Sin embargo, en el marco del sistema kantiano, los vínculos entre moral y derecho van más allá de una norma y un móvil que impulse el cumplimiento de la misma. Habermas ha reconocido las dos perspectivas derivadas de la lectura de Kant. En un primer momento, Habermas hizo expresa la perspectiva de la separación analítica entre moral y derecho: «[...] En Kant, por el contrario, el comportamiento ético del individuo libre desde un punto de vista meramente interno está claramente diferenciado de la legalidad de sus acciones externas [...]» (1994 : 50).

Sin embargo, la perspectiva sistemática de la concepción kantiana acerca de las relaciones entre moral y derecho nos traslada directamente hacia el extremo opuesto. La siguiente consideración de Habermas hace expresa referencia a esta postura:

[...] en Kant el derecho natural o moral, deducido a priori de la razón práctica, cobra tal predominio, que el derecho corre el riesgo de disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral [...] (1987 : 147-148).

Desde este punto de vista, Habermas considera que la deducción kantiana del derecho desde el imperativo categórico conlleva la siguiente consecuencia:

[...] en ese derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el legislador político ha de servirse en las tareas que le competen de articulación de la vida colectiva [...] (1987 : 148).

Habermas sostendrá que Kant desconoce la instrumentalidad propia del derecho a través de una reducción a su incondicionalidad (moralidad). Por consiguiente, su tesis final, en lo que respecta a la construcción kantiana del derecho, y específicamente en torno a la respuesta dada a la problemática derivada de la necesidad de justificación práctica del derecho, se sintetiza de la siguiente manera:

[...] el principio general del derecho, que objetivamente subyace a toda legislación, proviene para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que se pueda poner en concordancia conforme a las leyes generales [...] (1987 : 147).

En esta medida, y en favor de una explicación de la tesis de Habermas, voy a desarrollar algunos elementos que permitirán observar con mayor claridad su conclusión final acerca de la propuesta kantiana.



### El derecho en el sistema kantiano

En el marco del sistema filosófico kantiano, podemos referirnos a la causalidad desde dos dimensiones: la sensible y la inteligible. La causalidad vista desde la óptica de lo sensible consiste en una relación infinita de causas y efectos no iniciada espontáneamente por una causa originaria; es decir, en el ámbito de la naturaleza no es posible hallar un motor generador del movimiento en la cadena de causas y efectos. El hombre, en el marco de este contexto, es visto por Kant como un *homo phaenomenon* o animal racional de mediocre importancia y equiparable a los demás animales que habitan en el sistema de la naturaleza. Desde esta perspectiva, el hombre sólo tiene un valor de utilidad, es decir, de uso.

Contrariamente a la causalidad del sistema de la naturaleza, el ámbito de lo inteligible guarda en sí la causalidad (causalidad por libertad) como una facultad humana de ser agente productor de causas y efectos. Aquí, el hombre se aleja de la causalidad fenoménica, lo que viene a estructurar el sentido negativo de la libertad: la no determinación del accionar humano por factores empíricos y sensibles. En este contexto, la libertad en su sentido positivo se evidencia como la capacidad de ser esa causa espontánea de efectos de que carece la naturaleza; por ello el hombre, en el marco del sistema inteligible, es considerado un *homo noumenon*, es decir, un sujeto racional poseedor de una razón moralmente práctica (un fin en sí mismo).

El accionar humano se desarrolla paralelamente en el marco de los dos sistemas:

[...]por eso, un ser racional tiene que considerarse a sí mismo como inteligencia (esto es, no por el lado de sus potencias inferiores), como perteneciente no al mundo de los sentidos, sino al del entendimiento, y por tanto tiene dos puntos de vista desde los cuales puede considerarse a sí mismo y reconocer leyes del uso de sus potencias, y por consiguiente de todas sus acciones: por una parte, en tanto que pertenece al mundo de los sentidos, bajo leyes naturales (heteronomía), y en segundo lugar, como perteneciente al mundo inteligible, bajo leyes que, independientemente de la naturaleza, no son empíricas, sino que están fundadas meramente en la razón [...] (Kant, 1996 : 235).

El ámbito de lo inteligible se halla indudablemente cimentado en la idea de la libertad trascendental. Aquí el hombre, como ser dotado de una racionalidad moral, es libre de los impulsos de la naturaleza –libertad negativa– y es capaz de producir actos cuyo principio último de acción se halla en su misma racionalidad –libertad positiva.<sup>11</sup> Sería contradictorio fundar esta libertad en estructuras empíricas, pues ella cons-

<sup>11</sup> Para una mayor comprensión de las ideas de libertad negativa y positiva ver el famoso escrito de Isaiah Berlin titulado «Dos conceptos de libertad», en él el autor afirma que: «[...] El primero de estos sentidos que tienen en política las palabras *freedom* o *liberty* –que emplearé con el mismo significado– y que, siguiendo muchos precedentes, llamaré su sentido negativo, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de que «cual es el ámbito en que el sujeto –una persona o un grupo de personas se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas. [...] el segundo sentido que llamare positivo, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de ‘qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra [...]» (2001: 136).

tituye el puente que habilita al hombre a conducirse por sí mismo, ajeno a la determinación por causalidad natural. Por ello, el concepto de libertad es eminentemente racional debido a que no se puede demostrar:

[...] hemos terminado remitiendo el concepto determinado de moralidad a la idea de libertad pero no podríamos demostrar esta como algo real ni siquiera en nosotros mismos y en la naturaleza humana; vemos solamente que tenemos que presuponerla si queremos pensar un ser como racional y dotado de conciencia de su causalidad en lo que respecta a sus acciones [...] (Kant, 1996 : 227).

La libertad es entendida por Kant en su sentido positivo como un tipo de causalidad de los seres vivos en tanto que son racionales. Esto, en efecto, constituye al hombre en causa eficiente, pero sólo en la medida de la libertad de su propia voluntad y la de la humanidad en general. De aquí se deriva que la libertad trascendental, en su sentido tanto negativo como positivo, sea un requisito de existencia para la voluntad. Así, la relación entre voluntad y libertad es indisoluble al grado que no existe la primera sin la segunda; de ahí que Kant defina la voluntad como la facultad de desear cuyo fundamento interno de determinación se encuentra en la razón del sujeto, es decir, la voluntad es la razón práctica misma, según lo dice el propio Kant:.

[...] Por consiguiente, la voluntad es la facultad de desear, considerada, no tanto con relación a la acción (como arbitrio), sino más bien en relación con el fundamento de determinación del arbitrio a la acción; y no tiene ella misma propiamente ningún fundamento de determinación ante sí, sino que, en cuanto ella puede determinar el arbitrio, es la razón práctica misma [...] (1993 : 16).

Lo anterior implica que la libertad tiene que ser presupuesta como la propiedad de la voluntad de todos los seres racionales y que esta constituye no sólo el fundamento de la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad, sino también el espacio propio del actuar humano. El universo de la acción humana, según Kant, se circunscribe únicamente al sistema inteligible (de la libertad), donde es determinada por las leyes de la libertad, las cuales se denominan leyes morales y se dividen en leyes éticas y jurídicas.

### **Las esferas del derecho y la moral en Kant**

Los elementos esenciales del derecho, a saber: exterioridad, voluntariedad y formalidad articulan la definición kantiana del mismo como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro, según la ley universal de la libertad (Kant, 1993 : 399). La formalidad del derecho se encamina fundamentalmente a estructurarlo como una normatividad que no se dirige al objeto del arbitrio, es decir, que no observa los fines particulares de la acción, sino la forma como los arbitrios se relacionan entre sí. Kant define la voluntad como la razón

práctica misma. La voluntad es la fuente de las leyes incondicionadas y universales de la moralidad y se halla directamente vinculada con el principio objetivo de la acción. Por su parte, el arbitrio se mueve en el plano de lo contingente, es decir, puede ser determinado por la voluntad, en cuyo caso se integraría a la misma (libre arbitrio), o por lo empírico (arbitrio animal). En conclusión, el arbitrio está ligado al principio subjetivo de la acción, mientras la voluntad lo está al principio objetivo de la misma. Por su parte, el carácter voluntario del derecho hace referencia a su esencia eminentemente racional. Esto debe comprenderse en el sentido de constituir una ley de la libertad ajena a determinaciones empíricas provenientes de la naturaleza. En último lugar, el carácter exterior indica la relacionalidad del derecho como una normatividad reguladora de relaciones materiales entre los arbitrios de los hombres.

La contraposición fundamental entre la legislación del derecho y de la moral, se estructura a partir del carácter externo del derecho (la exterioridad e interioridad de una y otra legislación). Para ello, Kant intenta delimitar analíticamente los ámbitos objetuales de competencia de cada legislación. En este sentido, la normatividad jurídica tiene únicamente la capacidad de afectar la libertad externa de los individuos: «[...] El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde[...]afecta, en primer lugar, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra[...]» (Kant : 38). Esto implica que las normas jurídicas sólo pueden establecer las condiciones para que los arbitrios de los individuos sean libres, es decir, la libertad de un individuo llega hasta el límite de la libertad del otro y la

coacción, como elemento implícito del derecho, sólo puede surgir cuando el uso de libertad afecte inmediata o mediatamente otra libertad.

Por su parte, la legislación moral es una legislación de mayor cobertura en cuanto a la afectación de la libertad; por ello, su capacidad de afectación sobre el hombre incluye tanto la libertad interna como externa:

[...] la libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio, pero aquella a que se refiere la última puede ser la libertad en el ejercicio externo como interno del arbitrio [...] (Kant : 17).

La exterioridad del derecho conduce a una de las problemáticas esenciales del mismo (Habermas, 1994 : 90), y, por supuesto, a la que Kant no fue ajeno: el problema de la coacción jurídica. Esta constituye un punto llamado a revisión dentro de la concepción kantiana del derecho por la contradicción que puede originar en el interior de su sistema. La exterioridad del derecho y su consecuente ámbito de aplicabilidad: la libertad exterior de los arbitrios de los hombres, conduce a Kant inequívocamente a diferenciar el modo de constricción que la normatividad moral implica respecto de la jurídica: la auto-coacción o coacción interna y la coacción exterior, respectivamente.

El grado de inherencia que establece Kant entre derecho y posibilidad de coacción es extremo: «[...] derecho y facultad de coaccionar significa, pues, una y la misma cosa [...]» (Kant, 1993 : 42). De esta forma, la consolidación de

la diferenciación entre moral y derecho queda plasmada en Kant de la siguiente forma :

[...] así como el derecho sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud [...] sin duda, este se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior [...] (Kant : 41).

La identificación del derecho con la posibilidad de coaccionar nos presenta la posible contradicción del sistema kantiano, específicamente con el carácter voluntario del derecho. Si el derecho, en el marco de la concepción kantiana, es voluntario, significa que es racional. Esto quiere decir que, al igual que las normas morales, tiene una calificación a priori, es decir, son normas puramente racionales porque provienen de una voluntad racional y universal; entonces: ¿qué papel juega un elemento empírico de la naturaleza –la coacción– en el marco de las leyes de la libertad, específicamente en el derecho?

La agudeza del asunto radica en identificar el derecho con la posibilidad de coaccionar. Si la posibilidad de coaccionar es igual a derecho, ello significaría que el concepto de derecho

es puramente empírico mas no racional. Con el origen empírico de la coacción, Kant reconoce el fundamento del derecho en un bastión puramente natural y, por tanto, negaría la procedencia a priori del mismo. Para observar la solución de Kant al asunto es menester revisar la noción de *ius aequívocum* tratada en la *Metafísica de las costumbres*. El *ius aequívocum* se manifiesta en la forma de *aequitas e ius necessitatis*; el primero, según Kant, se estructura en el siguiente apotegma:

[...] es, pues, sin duda : 'el derecho más estricto constituye la mayor injusticia' (*summum ius suma iniuria*); pero este daño no puede realizarse por su camino jurídico, aunque afecte a una eficiencia jurídica, porque esta sólo pertenece al tribunal de la conciencia (*forum poli*), mientras toda cuestión jurídica ha de llevarse ante el derecho civil [...] (Kant, 1993 : 45-46).

Por su parte el apotegma del derecho de necesidad dice: «[...] la necesidad carece de ley [...] y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto [...]» (*Ibid*). En estos apotegmas Kant establece las fronteras entre derecho estricto y moral; la equidad nos lleva a la existencia de un derecho sin coacción y el derecho de necesidad nos lleva a una mera coacción natural sin la presencia de derecho. La conclusión lógica de este planteamiento kantiano del *ius aequívocum* implica que el derecho halle su esencia en una coacción cualificada, es decir, jurídica; lo que significa igual, recíproca y generalizada. Podemos concluir entonces que el derecho es derecho estricto para Kant por aquello que lo diferencia de la mera naturaleza y de la moral: la coacción jurídica.

La forma de cualificar la coacción como jurídica se da a través del principio de contradicción; ello significa que la misma se pone al servicio de la ley universal de libertad: «[...] la ley de una coacción recíproca que concuerda necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de la libertad universal [...]» (Kant : 42). El argumento kantiano de justificación de la coacción, según el principio de contradicción, sería el siguiente: todo lo contrario al derecho es un obstáculo a la libertad y, por ende, la coacción es un obstáculo a la libertad; sin embargo, siempre que la coacción es puesta en contra de cualquier obstáculo que vulnere la libertad es conforme a la ley universal de libertad y, por tanto, es jurídica.

El choque entre la coacción como elemento natural y el derecho como normatividad a priori proveniente de una voluntad racional universal, sigue incomodando en el interior del sistema kantiano a pesar de poner la coacción al servicio de la ley universal de libertad. En este sentido, las diversas críticas a la concepción kantiana del derecho se han orientado a considerar que la misma se compone de dos partes tan diferentes que constituyen una invasión subrepticia de elementos teóricos en los elementos prácticos y de elementos metafísicos en los elementos fenoménicos (Pasini, 1957 : 34).

Al parecer, la separación kantiana entre derecho y moral se constituye, más que en una diferenciación absoluta de ambas normatividades, en un intento en pro de articular la asimétrica relación entre libertad y coacción. En criterio de algunos, el fallido intento kantiano ha agudizado la contradicción entre los elementos empíricos del derecho y su carácter a priori:

[...]Kant pensó que era posible remitiendo todo el problema (la conciliación de la coacción como elemento natural y el derecho como elemento racional) a la razón pura, pero al hacerlo así, la diferenciación que se había vislumbrado entre el derecho y la moral refluje en el campo de esta última y la exterioridad del derecho se presenta como algo arbitrario, como algo que no justifica su presencia, como pura materialidad [...] que riñe con los dictados de razón [...] (Córdoba, en: Kant, 1968 : 21).

#### Los móviles de la acción en el derecho y la moral

En lo que respecta a los móviles de la acción, la diferencia kantiana está fundada en que la legislación que hace de una acción un deber, y de ese deber un móvil, es ética. Pero la que no incluye al deber como único móvil hacia la ejecución de la acción y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es jurídica (Kant, 1993 : 23-24). El móvil que induce a que se agote la conformidad de las acciones con la norma jurídica (la legalidad) puede ser la misma idea del deber como también ajeno al mismo: la coacción. Lo anterior nos muestra, en inicio, que la obediencia a la norma jurídica puede resultar subjetivamente como un deber moral (cuando el móvil es el deber) o jurídico enraizado en la coacción, mientras la legislación moral únicamente puede ser obedecida por puro deber (autocoacción).

La diferencia entre los móviles de la legislación moral y jurídica se fundamenta en la exterioridad del derecho, es decir, el móvil de la legalidad nos dice que el arbitrio del hombre es determinado en referencia a la acción por una idea

distinta del deber: la coacción exterior. Esta determinación es meramente externa al arbitrio del sujeto, pero si el móvil es eminentemente moral y radica en la idea del deber, se constituye la moralidad a causa de un móvil determinado por la interioridad del sujeto racional. De esta diferenciación kantiana se evidencia que la voluntad (razón práctica) determina el arbitrio hacia la acción moral, mientras la coacción externa determina el arbitrio hacia la legalidad.

La obediencia del derecho como un problema derivado del carácter empírico de la coacción, encontraría con este argumento su plena justificación. El deber de obediencia al mismo provendría de una voluntad universal que no admite restricciones debido a su carácter absoluto. El problema de los móviles se constituye de esta forma en el problema de los deberes y la obediencia al derecho. Kant ha sido explícito al afirmar que la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud no se distinguen tanto por sus diferentes deberes como por la diferencia de legislación (1993 : 25). A pesar de que la distinción entre deberes jurídicos y deberes morales sea evidente en la concepción de Kant, los primeros siempre existirán en el marco de los últimos, es decir, sí existen deberes jurídicos y sí existen deberes morales, pero los jurídicos se incluyen en los morales. Para fundamentar este criterio basta revisar cómo Kant subordina todos los deberes jurídicos a deberes éticos: «[...] hay, pues, muchos deberes éticos directos, pero la legislación interior hace también de los demás deberes éticos indirectos [...]» (26).

En el mismo sentido, Kant atribuye a la obediencia del derecho un carácter eminentemente moral:

[...] todos los deberes encierran el concepto de una coacción por la ley; los éticos implican una coacción para la que sólo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coacción para la que también es posible una legislación externa; una coacción, por tanto, en ambos casos, sea auto coacción o coacción ajena; en tal caso la facultad moral de la primera puede llamarse virtud y la acción que surge de tal intención (del respeto al ley) puede llamarse acción virtuosa (ética), aunque la ley exprese un deber jurídico; porque es la doctrina de la virtud la que ordena considerar sagrado el derecho de los hombres[...] ( 248-249).

Los deberes éticos admiten sólo una legislación interna, mientras los jurídicos admiten una legislación interna y externa. De esta forma, el deber de obediencia al derecho es un deber moral porque la legislación ética se halla facultada para afectar la esfera absoluta de la libertad, es decir, la libertad interna (moral) y la libertad externa (jurídica). Queda claro entonces que la voluntad racional universal (razón práctica) determina lo jurídico por vía de lo moral.

En el mismo sentido, pero en el marco del contractualismo kantiano, el deber de obediencia al derecho es un deber moral en pro del sostenimiento del Estado como ámbito ajeno al estado de naturaleza, pero igualmente determinado por la razón práctica. Según Adela Cortina, en Kant «[...] existen dificultades para encontrar razones morales de desobediencia al derecho [...]» (en: Kant, 1993 : 40). Ello se hace evidente porque la legislación jurídica es determinada por la

zón práctica cerrando la brecha a reparos. Podría quizás observarse un destello de desobediencia cuando Kant dice: «[...] mi libertad externa deberá explicarse mas bien así: es la facultad de no obedecer a ningún ley externa si no he podido dar mi consentimiento para ella [...]» (1967 : 52), pero el argumento de una razón práctica determinante de la legislación jurídica continuaría predominando.

### La deducción del derecho desde la moral

El intento kantiano de una distinción analítica entre derecho y moral tiende, de esta forma, hacia una articulación de ambas legislaciones. Esto puede percibirse tras una revisión detenida de las ideas kantianas en el sistema de lo inteligible. En el interior de este ámbito, derecho y moral se hallan unidos por un núcleo rector: la libertad. Todo el sistema de lo inteligible gira a su alrededor, pues la realización de esta es su fin último.

La libertad interna, representada en lo moral, y la libertad externa, como lo jurídico, no son, en la percepción de Kant, objetos desligados de la razón práctica pura e igualmente objetos separados entre sí. Por el contrario, las esferas interna y externa de la libertad son vistas en una sólida vinculación. Los vínculos observados por Kant se evidencian en el grado de afectación que la legislación moral produce en la jurídica.

El pensamiento kantiano se orienta a determinar que la legislación moral, con un carácter exclusivamente interno, tiene una capacidad de afectación en las dos esferas de la libertad:

[...] todos los deberes encierran el concepto de una coerción por la ley; los éticos implican una coerción para la que sólo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coerción para la que también es posible una legislación externa [...] (Kant, 1993 : 248-299).

El imperativo categórico fundamenta los principios a priori de una libertad tendiente a la individualidad: «[...] obra según la máxima a través de la cual puedas querer al gún precisamente el mismo fundamento racional que vale también para mí [...]» (Kant : 187-189). Con la formulación de un imperativo intersubjetivo se establecen límites reales de respeto a manera de restricciones; la constricción, vista desde aquí, se constituye en una necesidad establecida por la razón práctica en forma de imperativo.

Sólo una constricción que permita intervenir en el ámbito de la libertad exterior, es decir del derecho, garantizaría una libertad materializada en el marco de la sociedad. De esta forma, y con fundamento en las formulaciones del imperativo categórico, la razón práctica adquiere en la constricción el medio de determinación de las acciones. Podríamos decir, entonces, que la razón práctica constriñe a través de la autoacción en el ámbito de la libertad interna, y de la coacción jurídica en el ámbito de la libertad externa. El fundamento del derecho y su inherente coacción externa son deducidos por Kant desde el imperativo categórico intersubjetivo, es decir, son deducidos de la moral porque del reconocimiento del otro como fin en sí mismo se desprende «[...] la suprema condición de restricción de los fines subjetivos [...]» (Kant : 193).

El deber de obediencia al derecho es un deber de virtud; así la razón práctica determina la obligación de cumplimiento del derecho como un imperativo universal. El origen del derecho se deriva de la formulación intersubjetiva del imperativo categórico como una necesidad de ampliación de la competencia de la razón práctica. De esta forma, la razón práctica proyecta la moral por vía del derecho, es decir, el derecho es el puente a través del cual la moralidad se realiza materialmente en las relaciones de los hombres. La realización sería, entonces, la conciliación de los arbitrios en una ley universal de libertad, más claramente, el reconocimiento generalizado de la libertad de los demás.

#### **El positivismo jurídico analítico (Austin, Kelsen y Hart)**

Desde una perspectiva histórica, los antecedentes remotos del positivismo jurídico pueden sintetizarse en la compilación de Justiniano y en el pensamiento de Thomas Hobbes. En un primer momento, la compilación de Justiniano se constituyó en el antecedente directo del movimiento pro codificación desarrollado a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. La muestra más evidente de esta consolidación se materializa en los años posteriores a la Revolución francesa en el Código napoleónico de 1804. Entre tanto, y en el marco de los lineamientos del absolutismo estatal, Thomas Hobbes desarrolló suficientes argumentos en favor de la omnipotencia del legislador como única autoridad investida con la potestad legislativa (Bobbio, 1998 : 51-52). La idea de que sólo merecen estatus

de ley justa aquellas normas sancionadas por el mismo poder soberano (legislador) no carecía ya de sentido.

La compilación justiniana y la obra de Hobbes se yerguen como «antecedente» y «precursor» del positivismo jurídico, respectivamente; en cuanto al carácter de antecedente, es evidente que la tendencia a concebir el derecho como el conjunto de normas contenidas en los códigos recibió su impulso inicial de la compilación Justiniana (Bobbio : 80). Por otra parte, y ya en lo referente a la precursividad de Hobbes respecto del surgimiento del positivismo jurídico, el carácter exclusivo de la potestad legislativa en cabeza del soberano (legislador) ha sido en gran medida una empresa imputada al filósofo inglés (Bobbio : 51). De esta forma, la compilación justiniana y el pensamiento de Hobbes dieron inicio a la consolidación de dos rasgos fundamentales del positivismo jurídico: la tendencia a considerar como válido sólo a aquel derecho que se contiene en los códigos y proviene de la omnipotencia del legislador. Un tercer rasgo, la interpretación exegética del derecho, se consolidaría años después con la Escuela de la exégesis. Con ella, la interpretación de la norma se limitaría a la intención fijada por el legislador.

Ahora bien, el establecimiento de los tres rasgos característicos del positivismo jurídico, a su vez, expresa tres momentos propios del derecho: creación, concepción y aplicación. Justamente en este punto, y en una evidente relación con estos tres momentos, la pregunta de Habermas por la validez del derecho positivo resulta más que pertinente: «¿puede aún el derecho positivo obligar interna-



mente, si ya no puede recibir su modo de validez de un derecho superior, como sucedía antaño con el derecho burocrático en el sistema jurídico tradicional?» (1987 : 136). Habermas ha considerado que las respuestas dadas por el positivismo jurídico a este interrogante no sólo han sido afirmativas, sino también diversamente matizadas, aunque la línea fundamental del positivismo ha sido mantenida en las distintas posturas.

En el caso de John Austin, el momento de incondicionalidad del derecho, según Habermas, ha desaparecido como un residuo metafísico. Austin, tal como se vió en lo concerniente a su asunción de ciertos elementos del paradigma hobbesiano, privó al derecho de su carácter eminentemente normativo y, por tanto, lo unidimensionalizó en su momento instrumental. La consecuencia de la restringida concepción austiniana de las normas jurídicas trae, según Habermas, la siguiente consecuencia:

[...] la reducción de normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se desintegra y se descompone el concepto mismo de lo político. Pues bajo tal premisa, la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente, pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político, tan pronto como la legitimación se entiende como una operación propia del sistema político, como algo que la propia política hubiere de suministrar, estamos abandonados a nuestros conceptos de derecho y política [...] (1987 : 143).

Por su parte, Hans Kelsen caracterizó el derecho como un sistema jurídico coactivo; en consecuencia, todas las prescripciones normativas implicarían actos eminentemente coercitivos:

[...] en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción [...] (Kelsen, 2000 : 55).

La coactividad de la norma jurídica sería, según Kelsen, su rasgo constitutivo. Toda la validez del sistema jurídico kelseniano estriba en la idea de una norma fundamental:

[...] la norma fundamental es así la hipótesis de todo estudio positivista del derecho: al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo, dicha norma no es puesta sino supuesta, es la hipótesis que permite considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas en el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas [...] (107).

Consecuentemente, la validez del derecho es determinada por su mera formalidad:

[...] otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido, el derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en objeto de norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada porque su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera [...] (105).

En esta medida, Habermas ha mostrado que el positivismo jurídico de Kelsen, si bien no liquida de pleno el momento de incondicionalidad del derecho, lo traslada a su propia forma, es decir, vincula la validez del derecho a la norma fundamental. Esto nos lleva indefectiblemente a una concepción formalista de la validez del derecho. La validez del derecho se presentará, entonces, a través de la correspondencia con una norma fundamental que funciona como garantizadora de la unidad formal del sistema jurídico:

[...] la otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se apliquen conserven un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño. Pero este momento sólo puede tener ya su fuente en la propia forma del derecho positivo, no en los contenidos que el derecho conserve del derecho natural (Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico,

separado de la política y de la moral, con la administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda en que el derecho puede mantener su forma por su propia fuerza y con ello su autonomía [...] (Habermas, 1987 : 137).

Respecto del efecto de la concepción kelseniana de la validez del derecho, Habermas le ha atribuido las mismas consecuencias que a la concepción imperativista desarrollada por Austin:

[...] la misma consecuencia se sigue de la otra concepción conforme a la que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las aportaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral tan pronto como la vigencia del derecho pierde toda relación moral (y, por tanto, toda decisión que vaya más allá del legislador) con los aspectos de justicia, se torna difícil la identidad del derecho mismo, pues entonces faltan los puntos de vista legitimadores bajo los que el sistema jurídico pudiera verse obligado a mantener y preservar una determinada estructura [...] (Habermas, 143).

Por su parte, el sistema jurídico de Hart trae consigo una perspectiva distinta. Hart desarrolló un sistema institucionalizado de normas jurídicas.<sup>12</sup> Aquí, el sistema jurídico,

<sup>12</sup> A este respecto se puede ver: Páramo, Juan Ramón, «Sistema jurídico», en: *Lecciones de teoría del derecho*, 1997, p.143.

dico es un conjunto de distintos tipos de reglas: a) reglas primarias cuyo contenido se constituye en deberes positivos o negativos que imponen el cumplimiento de acciones u omisiones; y b) reglas secundarias que se presentan, a su vez, como reglas de cambio, reglas de adjudicación y, por último, la regla de reconocimiento. Las reglas de cambio se caracterizan por facultar a los particulares y al legislador para la creación de reglas primarias. Por su parte, las reglas de adjudicación se encargan de regular la actividad jurisdiccional. En último lugar, y como eje nuclear del sistema jurídico, la regla de reconocimiento permitirá a Hart la fundamentación del derecho en una base ajena a las fundamentaciones de tipo moral. Por regla de reconocimiento Hart entiende:

[...] el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla última de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla[...] finalmente [...] alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas[...] (1961 : 133).

Hart hace expreso el carácter empírico de la regla de reconocimiento. A diferencia de Kelsen, cuya norma fundamental

es hipotética, la regla de reconocimiento se manifiesta como una cuestión de hecho:

[...] sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de un hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada puede ser válida y, en ese sentido, existir aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una regla práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho [...] (Hart, 137).

Respecto de la facticidad de la regla de reconocimiento hartiana, Habermas ha dicho:

[...] El orden jurídico es algo a lo que uno fácticamente se habitúa como parte de la forma histórica de vida en la que ha crecido, es decir, algo que se acepta por costumbre. Hart hace esto plausible recurriendo al concepto de juego del lenguaje de Wittgenstein. Al igual que la gramática de un juego del lenguaje, así también la regla de reconocimiento está enraizada en una praxis que desde afuera puede describirse como un hecho pero que los participantes aceptan y tienen por válida a fuer de obviedad cultural [...] (1998 : 272).

Desde la perspectiva de Habermas, tanto Kelsen como Hart miden la validez del derecho en los procedimientos establecidos para su creación. De esta forma, la legitimidad del derecho se traslada a una regla fundamental que determina la pertenencia formal de las reglas al sistema:

[...] Esta legitimación a través de la legalidad del procedimiento de producción normativa da primacía a la procedencia, es decir, a la corrección del proceso de positivización o de toma de acuerdos, por encima de la fundamentación racional del contenido de la norma. La legitimación del orden jurídico en conjunto se desplaza al origen o la fuente, es decir a una norma fundamental o regla de reconocimiento que todo lo legitima sin ser ella susceptible de legitimación racional [...] La vinculación de la validez del derecho a su génesis sólo permite una solución asimétrica del problema de la racionalidad. La razón y la moral quedan de alguna forma subordinadas a la historia. De ahí que la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de la seguridad jurídica deje en segundo plano la garantía de la racionalidad o rectitud normativa [...] (Habermas, 1998 : 271-272).

Ahora bien, la problemática derivada de la adopción del procedimiento legitimatorio positivista guarda relación directa con aquellas normas que Habermas ha denominado instituciones jurídicas, es decir, aquellas cuya íntima conexión con el mundo de la vida las hace no susceptibles de legitimación a través de meros procedimientos. Este tipo de normas

ejemplificadas por Habermas en los principios del derecho constitucional y penal (Habermas, 1981 : 516) requerirán, entonces, de otro tipo de justificación: una justificación práctico-moral. La incapacidad de los procedimientos positivistas se manifiesta, pues, en el hecho de transferir la necesidad de legitimación de las instituciones jurídicas al carácter legitimante de los órganos del Estado (Habermas, 1981 : 516). Resalta, entonces, la diferencia entre el formalismo de los procedimientos de legitimación positivistas y la concepción de la formalidad postconvencional habermasiana:

[...] legitimación mediante procedimiento no significa aquí que se recurra a las condiciones formales de justificación práctico-moral de las normas jurídicas, sino la observancia de las reglas procedimentales establecidas para la creación, interpretación y aplicación del derecho[...] (Habermas, 1981 : 343).

En conclusión, las propuestas del positivismo jurídico-analítico establecen como sustituto del derecho sacro (natural) la noción de una regla o norma que cierra el sistema jurídico. A diferencia del sistema iusnaturalista cuya unidad radicaba en los contenidos morales de las normas, la unidad del sistema jurídico positivista propone una unidad formal que se verifica en la forma como se establecen las mismas. Por su parte, la unidad desarrollada por el positivismo jurídico acudiría, en el caso de Austin, a argumentos decisionistas fundados en la mera autoridad y, en el caso de Kelsen y Hart, a la correspondencia formal de una norma de inferior rango con la regla básica del sistema.

### El positivismo jurídico sociológico de Luhmann

Niklas Luhmann, al igual que los teóricos que impulsan una comprensión sistémica de la sociedad,<sup>13</sup> desarrolla una concepción holística de la misma. En esta medida, el sistema social es percibido como un todo que prima sobre las partes que lo componen. Todos los sistemas se hallan circundados por un «entorno». El entorno se constituye en el espacio externo al sistema y la existencia del último estará supeditada a su capacidad para diferenciarse del entorno (Habermas, 1988 : 313). Ahora bien, a partir de la incidencia o no incidencia del entorno en el interior del sistema, se erige la ya clásica distinción entre sistemas abiertos y cerrados. El intercambio con el entorno caracteriza los sistemas abiertos y, por su parte, la ausencia de intercambio con el mismo caracteriza la existencia de los sistemas cerrados.

Todos los sistemas procesan insumos que reciben del entorno, es decir, se tornan en receptores de influencias provenientes del exterior. El sistema receptor del insumo externo, una vez ha procesado el insumo recibido, emite nuevamente al entorno el insumo que ha procesado en su interior. De esta forma, se produce un intercambio generalizado de insumos. La información que llega a un sistema se denomina *input*, y, aquella que se emite después de un procesamiento es denominada

<sup>13</sup> Un sistema se define como un conjunto de elementos organizados que interactúan entre sí y con su entorno. El biólogo Ludwig von Bertalanffy (1901-1972) entendió la teoría de los sistemas como un medio para integrar las ciencias sociales y naturales. En esta medida, una teoría sistémica de la sociedad entiende el funcionamiento de la sociedad de la misma forma que el funcionamiento de los sistemas.

*output*. Ahora bien, si los sistemas cerrados no reciben insumos externos: ¿de qué manera resuelven la necesidad de una fuente que le abastezca de aquellos? La respuesta se halla en el carácter *autopoietico* (o autorreferencial) que distingue este tipo de sistemas: la capacidad de retroalimentación del sistema a través de sus propios componentes y procesos. Con el carácter *autopoietico* (o autorreferencial) el sistema garantizará su estabilidad ante las presiones provenientes del entorno.

Ya en el interior de la teoría de Niklas Luhmann, el origen de los sistemas sociales se funda en el concepto de «complejidad». La complejidad debe entenderse como caos, es decir, como el campo o espacio ilimitado del todo –los mundos posibles– (García, Amado, 1987 : 104). La reducción de esta complejidad será determinante para el surgimiento del sistema social (sociedad). La formación de la sociedad constituye la primera reducción de la complejidad del espacio absoluto que constituyen los mundos posibles. A partir de aquí, Habermas ha visto que, en la interpretación de Luhmann, la complejidad del mundo se concibe como el problema básico y la formación de sistemas como la solución a este problema:

[...] como se recordará, Luhmann interpreta el mundo en conjunto convirtiendo la complejidad en problema básico y entendiendo la formación de sistemas como la solución a ese problema [...] (Habermas, 1988 : 373).

El artífice de esta reducción será el otro concepto fundamental del que echa mano Luhmann para ordenar el «caos» de los mundos posibles: la comunicación:

[...] ahora bien, sólo mediante comunicación puede establecerse comunicación; no es posible comunicar sin participar en el sistema comunicativo. Esto implica que la sociedad, en cuanto compuesta de comunicaciones, se articula como sistema cerrado. Quiere esto decir, por una parte, que es el sistema social mismo el que constituye sus propios elementos o sea, el que produce comunicación mediante comunicación. Por otra parte, gracias precisamente a ese operar cerrado sobre sí mismo se decanta el sistema social frente a otros sistemas, establece sus propios límites. Allí donde existe comunicación, existe sociedad; donde no se opera mediante comunicación no existe sistema social [...] (Habermas, 1988 : 111).

La reducción de la complejidad del medio continúa a través de la formación de otros subsistemas sociales. Cuanto más se reduce la complejidad externa más aumenta la complejidad en el interior del subsistema que la reduce. En principio, y en un rasgo común con Habermas, Luhmann imputa a la comunicación el rol principal en el sistema social. Sin embargo, ambas perspectivas tomarán sentidos opuestos: «[...] la consecuencia que Luhmann deriva de esto es el rechazo radical de toda explicación de la comunicación en clave de acción, como acción comunicativa [...]» (Habermas, 1988 : 113). Este rechazo de Luhmann es el efecto lógico del holismo que sustenta su concepción de la sociedad: la sociedad se constituye por meras comunicaciones; es decir, por comunicaciones que se desligan de los sujetos que la componen. Las relaciones sociales serán, entonces, relaciones entre el siste-

ma social y los subsistemas y no entre los sujetos del sistema social (Habermas, 1988 : 157).

Habermas ha visto en esta exclusión de la interacción subjetiva una reflexivización de una relación objetualizante de la cual no se pueden extraer criterios de rectitud distintos a un aseguramiento cognitivo-instrumental de la pervivencia:

[...] la teoría de los sistemas sustituye «sujeto» por «sistema» y «objeto» por «entorno» y reduce la capacidad del sujeto para conocer y manipular objetos a la idea de manipulaciones sistémicas que consisten en hacerse cargo de la complejidad del entorno y hacerla manejable [...] (Habermas, 1981 : 504).

Ahora bien, en torno a la validez del derecho, Luhmann opta por el carácter *autopoietico* del subsistema jurídico. Por una parte, esta *autopoiesis* garantizará el autoabastecimiento de los componentes del subsistema jurídico y, por otra, lo designa como un sistema eminentemente cerrado. De esta forma, el *input* o el *output* normativo<sup>14</sup> resultan imposibles en el subsistema jurídico de Luhmann. El derecho se funda en su más pura positividad, es decir, en su autopoiesis. Por consiguiente, esta perspectiva de la legitimidad del derecho desemboca tanto en un

<sup>14</sup> En este sentido, Habermas ha dicho: «[...] no hay ni un output que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un input, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende [...]» (1998, p. 115).

arraigado formalismo como en un decisionismo acrítico: «[...] decisión legítima, desde el punto de vista social, sería aquella que se admite sin crítica, aquella cuya autoridad es aceptada sin examen de la corrección de sus premisas [...]» (Habermas, 1998 : 165).

La concepción positivista de la legitimación del derecho propugnada por Luhmann encaja perfectamente en el decisionismo y el formalismo característicos del positivismo jurídico. Habermas parte de las propias explicaciones de Luhmann:

[...] El derecho de una sociedad está positivado cuando la legitimidad de la pura legalidad encuentra reconocimiento, es decir, cuando el derecho se observa porque ha sido estatuido conforme a determinadas reglas por decisión competente. Y así, en un asunto central de la convivencia humana, la discrecionalidad se torna institución [...] (Habermas, 1988 : 383).

La síntesis perfecta de los dos rasgos positivistas de Luhmann se manifiesta en la inobjetabilidad de los procedimientos legales. De esta manera, el derecho se legitima a sí mismo en los meros procedimientos que dan origen a las leyes.

Habermas subraya que la postura de Luhmann se funda en una errónea desconexión entre los procedimientos legales y la dominación política, es decir, olvida que los procedimientos de creación del derecho se enmarcan en un sistema de dominación política y, por tanto, que mientras el sistema de dominación política adolezca de ausencia de legitimidad, los procedi-

mientos de creación del derecho producirán, a lo menos, un derecho vigente mas no legítimo (Habermas, 1988 : 383). Aquí, Habermas muestra como Luhmann, de la misma forma que los representantes del positivismo jurídico analítico, desplaza el problema de la legitimidad del derecho a instancias del poder político. El derecho se descarga sólo en apariencia de su necesidad de justificación práctica. Con este traslado Luhmann olvida que también las instituciones políticas requieren de un reconocimiento de legitimidad (Habermas, 384).

### El positivismo jurídico sociológico de Weber

Desde la óptica de Habermas, la sociología del derecho de Max Weber se bate entre dos tendencias antagónicas. En una primera aproximación, Weber considera el derecho como una materialización de estructuras racionales práctico-morales de carácter postconvencional. Por el contrario, y desde una segunda perspectiva, el derecho aparece reducido a los límites de la racionalidad cognitivo-instrumental (Habermas, 1981 : 330). Ante tal disyuntiva, Habermas considera que Max Weber optó unívocamente por la segunda perspectiva. Su idea es que Weber consigue reducir el derecho a la acción instrumental, a través de una reducción empirista de la necesidad de justificación práctica del derecho: «[...] esto lo consigue a costa de una reinterpretación y reducción empirista de la problemática de la legitimación y de una desconexión categorial del sistema político respecto de las formas de racionalidad práctico-moral [...]» (330). Esto supone que la postura weberiana, que se asoma a la observación del derecho moderno como una materialización de estructuras de

conciencia en el nivel posconvencional, se vio relegada ante el predominio absoluto que, en el marco de su concepción del proceso de racionalización, ocupó la racionalidad cognitivo-instrumental.

Habermas piensa que ante Weber se configuró el horizonte necesario para identificar las estructuras postconvencionales del derecho moderno. La inclusión que Weber hizo del convenio o pacto de los interesados como una de las vías de legitimación de la legalidad se constituyó, justamente, en una evidencia importante de este horizonte. Desde esta perspectiva, la creencia en la legalidad hubiese obtenido un sustento en el acuerdo o pacto de los interesados y, por ende, hubiésemos estado ante una modalidad normativa de legitimidad –La modalidad empírica de legitimación adopta la perspectiva del observador, lo que, consecuentemente, genera una legitimidad vista por un observador neutral y ajeno al proceso discursivo. Contrariamente, la perspectiva del participante genera una legitimación emanada desde procesos discursivos que buscan alcanzar consensos fundados en normas (Serrano, Gómez, 1994 : 102)–. Sin embargo, Habermas considera que la insostenible interpretación weberiana de la tradición contractualista ignoró el carácter postconvencional del derecho moderno y, al mismo tiempo, extinguió la posibilidad de recurrir a una idea normativa de legitimidad. El error de Weber, según Habermas, se configuró al confundir las propiedades formales relativas al nivel postconvencional de fundamentación de las normas jurídicas con valores materiales particulares:

[...] Weber confunde nuevamente las propiedades formales del nivel postradicional de fundamentación, con valores particulares materiales. Tampoco distingue suficientemente dentro del derecho natural racional entre aspectos estructurales y aspectos de contenido, y por eso puede equiparar naturaleza y razón con contenidos de valor de que ha de desprenderse el derecho moderno [...] (Habermas, 1981 : 342).

Esta confusión condujo a Weber hacia la errada creencia que considera que todo intento legitimatorio, fundado en el acuerdo racional, recurre a valores materiales. Definitivamente, Habermas piensa que Weber desconoció todo el potencial que emanaba del contrato social (Habermas, 1998 : 543). A partir de una errada percepción de la formalidad propia de la postconvencionalidad del derecho moderno, la concepción weberiana vinculó la legitimidad del derecho a los procedimientos establecidos para su creación (Habermas, 1981 : 343). La legitimidad del derecho se redujo, entonces, a procedimientos inequívocamente formalistas. Este reduccionismo, según Habermas, es consecuencia de que en su concepción del proceso de racionalización del derecho los procedimientos se constituyen en los más evidentes resultados del mejoramiento de las cualidades formales del derecho. El efecto de este mejoramiento será, pues, la sustitución de problemas de fundamentación por problemas de procedimiento: «[...] la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos esta-



tuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto [...]» (Weber, 1977 : 30).

En esta medida, cobra relevancia el criterio de racionalidad que Habermas atribuye a Weber en torno a su concepción de las cualidades formales del derecho moderno (Habermas, 1998 : 540). Según Habermas, Weber consideró la racionalidad de las cualidades formales del derecho moderno desde tres puntos de vista que, en último término, consolidaron la neutralidad moral del derecho: a) la racionalidad de la regla; b) la racionalidad electiva y c) la racionalidad científica. En un primer momento, la racionalidad de la regla hace referencia a la forma en que la institucionalización de los procedimientos jurídicos, tanto para la creación del derecho como para su aplicación (leyes de procedimientos judiciales), permite el cálculo de las acciones de los sujetos de derecho a través de normas con sanciones jurídicas en el ámbito del tráfico social capitalista. Por su parte, la racionalidad del carácter electivo del derecho moderno se manifiesta en el hecho de que su carácter general, formal y abstracto posibilita las acciones estratégicas de los sujetos autónomos de derecho. Por último, la racionalidad científica se manifiesta en el saber metódico de los juristas que a través de la dogmática jurídica consolidaron la sistematización del derecho.

Esta concepción de la racionalidad de las cualidades formales del derecho moderno es evidente en la concepción weberiana del proceso de racionalización del derecho. Weber entiende la racionalización del derecho en dos vías: a) la racionalización de los procedimientos judiciales y b) la racionalización de las normas –o normas del derecho sus-

tancial. En cuanto a los procedimientos judiciales, Weber designa tres etapas históricas: en un primer momento, los procedimientos judiciales para la aplicación de las normas jurídicas se desarrollaron en el marco del formalismo mágico (Weber, 1977 : 519). Aquí, la corrección del juicio se define por la adecuación a procedimientos mágicos específicos en el marco de una determinada sociedad. Una segunda etapa en el desarrollo de los procedimientos judiciales se halla configurada en la determinación material de los procedimientos (Weber, 520). Durante esta etapa, la corrección del procedimiento se hallaba determinada por criterios extrajurídicos como las tradiciones o los privilegios y, por último, la racionalización de los procedimientos se consolida en una etapa en que las normas sustanciales –o derecho objetivo– se distinguen de las normas de procedimiento –o formales– (Carnelutti, 1997 : 21-28), es decir, las normas que rigen el proceso judicial se desligan de las normas que constituyen el objeto de la litis –conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión resistida (21).

En cuanto a la racionalización de las normas, tal como se ha visto a lo largo de esta parte del capítulo, el proceso weberiano de racionalización culmina con la separación entre normas morales y normas jurídicas. Es en este proceso, justamente, en el que Habermas percibe la reducción de la formalidad postconvencional del derecho moderno a meros procedimientos jurídicos para la creación de la ley y, por tanto, de la legitimidad a un mero procedimiento.