

“El derecho en la sociología de Jürgen Habermas y Boaventura de Sousa Santos. Apuntes para la reflexión.”

Proceso de conocimiento que le dio origen: debate o discusión en teoría social.

GT N°: 31: Teoría social contemporánea.

Guillermo José Maqueda *

Resumen:

En esta ponencia analizaremos algunos de los planteamientos respecto al derecho y lo jurídico en los desarrollos teóricos de Jürgen Habermas y Boaventura de Sousa Santos. Buscaremos confrontar sus teorías desde el entendimiento que responden a dos lugares de enunciación y producción diferentes: el norte global hegemónico y otra desde el sur. En esta dirección veremos cómo el desarrollo habermasiano tematiza al derecho como derecho moderno, en tanto Santos abre la perspectiva de abordar el reconocimiento de un pluralismo jurídico. Será justamente en la clave de la interpretación en cómo analiza y concibe cada uno de estos sociólogos la modernidad y el proceso de modernización lo que nos permitirán analizar los diferentes enfoques que tienen sobre lo jurídico.

Palabras clave: Habermas – Boaventura de Sousa Santos – Derecho.

I.

Es intención de esta ponencia analizar algunos de los planteamientos respecto al derecho y lo jurídico en los desarrollos teóricos de Jürgen Habermas y Boaventura de Sousa Santos.¹

Buscaremos confrontar dos perspectivas teóricas desde el entendimiento que responden a dos lugares de enunciación y producción diferentes: uno como crítica dentro del norte global hegemónico y otra desde fuera del mismo: desde el sur.

Queda claro a partir de esto que no es nuestra intención plantear una crítica interna de las teorías. Por lo tanto no pretendemos dar cuenta de las inconsistencias y/o lagunas que pueden llegar a presentar las mismas a la luz de la propia teoría. Tampoco sostenemos que se trata de dos exponentes de una misma teoría de la sociedad. Lo que haremos será, de manera muy parcial, una crítica externa a los planteos de estos teóricos intentando visualizar qué problemas están dejando afuera de sus teorías. Reconocemos desde el inicio que el análisis no será desequilibrado y esto ya queda expresado en el enunciado efectuado en el párrafo anterior, el cual Habermas difícilmente suscribiría.

En su libro Habermas entiende derecho por “el derecho positivo moderno, que se presenta tanto con la pretensión de una fundamentación sistémica, como con la pretensión de interpretación vinculante e imposición coercitiva por los órganos competentes.”(1998:145) Santos concibe al derecho como “un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible -es decir, susceptible de ser impuesto por autoridad judicial- en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos por la amaneza de la fuerza.” (2009:56) Como se puede ver las dos definiciones aunque diferentes no resultan

* Docente. Departamento de Ciencias Políticas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional del Comahue. Argentina.

1 Para ello nos concentraremos, aunque no de manera exclusiva, en algunos capítulos de “Facticidad y Validez” (Habermas: 1998) y “Teoría de la Acción Comunicativa, Tomo 2” (Habermas: 1988) para el caso de teórico alemán y “Sociología Jurídica Crítica” (Santos: 2009.) en el caso del sociólogo portugués.

muy divergentes entre sí. Coinciden los dos con la exigibilidad y la imposición coercitiva, combinada con la posibilidad de seguir la norma por convicción². A la vez que los dos lo vinculan con la integración social. Santos lo está haciendo al ubicarlo como una forma de prevención y resolución de disputas. Habermas lo vincula con las tres recursos de integración que discrimina en su teoría: dinero y poder como mecanismo de coordinación de las formas de integración sistémica y la solidaridad como formas de integración social. (HABERMAS: 1998:102). Lo que es de destacar es la limitación habermasiana del derecho al “derecho positivo moderno” lo cual a nuestro entender se encuentra fuertemente vinculado al abordaje que cada uno acerca de lo que entienden por la modernidad y el proceso de modernización.

II.

Para el teórico alemán el proceso de modernización es simultáneamente proceso de racionalización instrumental y proceso de racionalización comunicativa. Ambos resultan en un proceso de “integración superior y evolutivamente ventajoso” (1988:480) con niveles mayores de diferenciación sistémica (1988:481) frente a las formas tradicionales de vida. Una adecuada distinción entre estos diferentes aspectos de la modernidad será lo que le permitirá reivindicar la misma al tiempo que desde sus propias premisas, ejercer la crítica (en tanto proyecto inconcluso) y plantear los riesgos (en términos de lo que denomina colonización del mundo de la vida). A nuestro entender este esquema evolutivo es prisionero de una concepción provinciana de la modernidad que sin embargo es presentada con pretensiones de universalidad. Entiende por lo tanto, el proceso de modernización como un proceso de racionalización de “los plexos de la acción comunicativa” (1988:430) y desarrollo de “subsistemas de acción económica y administrativa racionales con arreglo a fines” (1988:430) – racionalización instrumental-, procesos que Habermas sostiene hay que mantener analíticamente separados. Podemos decir que es la potencialidad que tiene el desarrollo de la razón comunicativa la que lleva a este autor a valor el proyecto de la modernidad. Lo que hace Habermas es presentar un esquema desarrollado a partir de la interpretación de la propia historia europea entendiéndola bajo un esquema evolutivo de aumento de la racionalidad -bajo sus dos aspectos instrumental y comunicativa- que no puede dar cuenta de la historia de las sociedades no europeas, incluso negadas en la fundamentalidad de su papel en el propio desarrollo europeo. ¿acaso la conquista y saqueo colonial de nuestras tierras representan un nivel más alto de diferenciación sistémica que permite nuevas posibilidades de control? (1988:480)³ Evidentemente puede ser así para las sociedades centrales, pero no para los pueblos de nuestras latitudes. En el mismo sentido el análisis que hace respecto al Estado Social carecen de todo tipo de consideración respecto a las formas que el sistema coordinado por el medio que es el dinero absorbe recursos de las economías no centrales que permiten su funcionamiento.

En tanto Santos concibe a la modernidad desde otro punto de vista. En primer lugar aclara que se ocupa exclusivamente de la modernidad occidental dejando de lado “otras modernidades no occidentales” (SANTOS:2009:29) Considera a la modernidad como un proceso sociocultural que precedió al capitalismo. Una vez que surgió el capitalismo convergen y se penetran mutuamente, pero que eventualmente desaparecerá antes que lo haga el capitalismo.

Una de las características centrales del paradigma de la modernidad para el sociólogo portugués es la

2 Habermas señala que “El derecho moderno permite sustituir convicciones por sanciones dejando a discreción de lo sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia” (1998:100) Santos como se ve en su definición combina la argumentación con la amenaza de la fuerza.

3 Al decir de Habermas, Marx “...pasa por alto el intrínseco valor evolutivo que poseen los subsistemas regidos por medios. No se da cuenta que la diferenciación del aparato estatal y de la economía representa un nivel más lato de diferenciación sistémica que abre nuevas posibilidades de control e impone a la vez una reorganización de las viejas relaciones feudales de clase.” (1988:480). De esta manera pretende señalar el mayor grado evolutivo de las sociedades modernas.

tensión dinámica existente entre el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación. En tanto el primero garantiza la estabilidad de las expectativas sociales acerca del futuro que el propio paradigma de la modernidad proyecta, el segundo confronta la regulación moderna proyectando expectativas sociales futura no coincidentes con las experiencias sociales vigentes. “Mientras que la regulación garantiza el orden en la sociedad tal como existe en un momento y lugar, la emancipación es la aspiración a un orden bueno en una sociedad buena en el futuro.” (Santos:2009:31) El asunto para Santos es que el paradigma de la modernidad ha llegado a un punto en que se ha producido un colapso del pilar de la emancipación en el pilar de la regulación como resultado de la “hipercientifización de la emancipación combinado con la hipermercantilización de la regulación”⁴ Este hundimiento es lo que lo lleva a sostener que el paradigma de la modernidad se encuentra agotado. Frente a la postura modernista, en la que él mismo ubica a Habermas, y la posmodernista, que considera a la modernidad superada, él sostendrá lo que denomina un posmodernismo de oposición. Al posmodernismo de oposición lo define a partir de señalar que subsisten problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas. Siendo este el punto en que levanta la idea de “recuperar los fragmentos de formas alternativas de la modernidad que se marginaron, se descalificaron y se suprimieron conforme se fue consolidando su versión dominante.” (Santos:2009:18)

Lo que nos resulta de interés de este desarrollo de Santos es el hecho que entienda a este paradigma de la modernidad como un paradigma sociocultural propio de occidente ante otras formas de entender la modernidad en términos universales. Junto con ello resultará de especial interés la intención rastrear aquello que la modernidad silenció en su desarrollo. Será en este contexto que hay que entender el planteo de la sociología jurídica de este autor.

III.

Habermas aborda el derecho y el Estado democrático de derecho desde su teoría del discurso. Para ello realiza una reconstrucción interna del derecho que le permite partir del principio del discurso: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.” (Habermas:1998:172) Dirá que el principio del discurso tiene un carácter neutral frente a la moral y el derecho y expresa “el sentido de las exigencias postconvencionales de fundamentación.” Será de este principio de discurso que se deriva el principio democrático en tanto especificación para aquellas normas de acción que se presenten en forma de derecho (1998:173), es decir su finalidad es “fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas” (1998: 175) a la vez que regula y controla el medio que es el derecho (1998:176). Esta génesis democrática del derecho se asienta de manera abstracta en categorías de derechos fundamentales que funda el status de persona jurídica de los integrantes de la comunidad productora y destinataria del derecho.⁵ Habermas sostiene que el principio del discurso “viene inscrito en las propias condiciones de <<sociación>> comunicativa”. (1998:194) Podemos decir entonces que de esta fundamentación cuasi-transcendental de la norma válida se desprende lo que para Habermas resulta la cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública.

4 Santos (2002:40)

5 Habermas enumera estos derechos fundamentales de la siguiente manera: 1) “derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción” (1998:188) 2) “derechos que regulen la pertenencia a una determinada asociación de sujetos jurídicos”(1998:90)=; 3) derecho a la “posibilidad de accionar judicialmente su cumplimiento” (1998:188); 4) “a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo.”(1998:189) 5) “a que se garanticen condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados de (1) a (4).” (1998:189)

Lo que es interesante abordar en este punto es cómo queda vinculado este esquema teórico con formas “eurocéntricas” de abordar el problema. El propio Habermas nos señalará que “(n)o hay <<el>> sistema de los derechos en trascendental pureza. Pero tras más de dos siglos de evolución del derecho constitucional europeo, tenemos suficientes modelos; y tales modelos nos ayudan a hacer una reconstrucción generalizadora.” (1998:195) Es decir que la reconstrucción que Habermas realiza para postular su esquema de derechos pareciera no ser más que la reconstrucción de la validez de las formas de autoorganización social de las sociedades occidentales modernas. ¿cuál sería el resultado de una reconstrucción en sociedades no occidentales o en aquellas que se han articulado en formas coloniales y postcoloniales a las sociedades occidentales centrales? Para decirlo de otro modo ¿qué pasa con los sistemas jurídicos que quedan afuera de esta reconstrucción? Por otra parte, también resulta válido postular que la propia pregunta en términos de una teoría reconstructiva pertenece al tipo de preguntas que se desarrollan bajo el paraguas de la modernidad.

En el contexto de los procesos generadores del derecho legítimo, Habermas desarrolla un concepto procedimental de democracia que permite visualizar el procedimiento adecuado para la deliberación y la toma de decisiones válidas. En este modelo se articula el espacio informal de la opinión pública y su institucionalización legislativa a través de deliberaciones formalizadas. De esta forma la soberanía popular se traduce a “los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a fin de hacerse valer como poder comunicativo.” (1998: 378) Con el concepto procedimental de democracia la idea de autoorganización de la sociedad adopta la forma de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma a través del derecho (1998: 405). Si bien Habermas reconoce el riesgo y la posibilidad de la existencia de una desigual distribución del poder social y los efectos de una comunicación distorsionada (1998: 385), lo cual producirían fenómenos de exclusión y represión, no queda claro cómo se (re)introducirían en la comunidad jurídica con pleno reconocimiento de sus derechos aquellos que sin participar de la formación del derecho sin embargo son destinatarios del mismo.

IV.

El problema enunciado al final del apartado anterior será uno de los Santos va a tematizar a la hora de desarrollar analíticamente su sociología del derecho. Él formulará su pregunta de la siguiente manera: “si la legitimidad del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico raciales y culturales?” (2009:14) La democracia y el derecho como respuesta resultan lo que este autor categoriza como respuesta débil en tanto no reducen la perplejidad que la misma pregunta ocasiona. Así es que dirá que hoy en día la democracia representativa es una respuesta débil porque los ciudadanos se sienten cada vez menos representados por sus representantes. De la misma manera el derecho lo es porque ha convivido con regímenes autoritarios. Sin embargo señala explícitamente como un objetivo de su trabajo transformar al derecho en una respuesta fuerte-débil.⁶ En este marco es recuperaremos algunos aspectos desarrollados en su teorización.

Una de las primeras cuestiones que señala es la coexistencia en las sociedades contemporáneas de varios órdenes jurídicos y judiciales, al tiempo que indica que el Estado-Nación es una de las escalas de existencia del derecho pero no la única. (Santos:52)⁷ Se registra de esta manera que a partir de las revoluciones burguesas, como imposición de la ideología del centralismo jurídico, se produce una equiparación entre derecho y derecho estatal consolidándose un derecho oficial y estadocéntrico, y subordinándose (u ocultándose) otras órdenes jurídicos existentes. Santos aclara que estos órdenes jurídicos existentes no son intrínsecamente buenos o emancipatorios, pero su reconocimiento habilita

6 Para Santos las respuestas fuerte-débil es aquella que transforma la perplejidad en energía y valor positivos (2009:15)

7 Santos reconocerá escalas supra nacionales (globales) e infra nacionales (locales) del derecho.

que “la pluralidad jurídica revele algunas caras ocultas de la opresión; pero del mismo modo, es posible que abra nuevos campos de práctica emancipatoria.” (Santos: 75)

Los procesos de exclusión social que se desarrollaron en las últimas décadas lleva a Santos a alertar sobre los riesgos que se plantean frente a lo que él denomina fascismo social. Éste es un regimen social y civilizacional que “en lugar de sacrificar la democracia ante las exigencias del capitalismo, trivializa la democracia hasta el punto que ya resulta innecesario, ni siquiera conveniente, sacrificar la democracia.” (Santos:560) Es un tipo de fascismo producido por la sociedad en lugar del Estado.

Este fascismo social tiene impacto en la configuración de la sociedad civil, la cual Santos la percibe como fragmentada en círculos concéntricos que van de la sociedad civil íntima que cuenta con altos niveles de inclusión y goce de derechos a la sociedad civil incivil habitada por aquellos que en la práctica no gozan efectivamente de derechos. A mitad de camino entre las dos se encuentran aquellas clases o grupos que habitan la sociedad civil extraña, cuyos integrantes gozan en alguna medida de derechos civiles y políticos, pero no de derechos sociales.⁸

Es para estas víctimas del orden social⁹ que resulta necesario que se desarrolle lo que Santos va a denominar legalidad cosmopolita insurgente. Van a formar parte de esta legalidad insurgente el conjunto de estrategias jurídicas que se desarrollan en el marco de las luchas confrontacionales que los oprimidos generan frente al orden social que los excluye. (Santos:566) Lo interpreta como parte de un proyecto político, cultural y social que sólo existe en forma embrionaria. (Santos: 573) Sin embargo su existencia da cuenta de un orden legal hegemónico de alcance global que al no integrar a las poblaciones en la sociedad civil no garantiza en términos habermasianos los derechos fundamentales.

Las estrategias jurídicas que se utilizan en el marco del cosmopolitismo subalterno ponen en juego el vasto repertorio de elementos legales, no legales e ilegales que son utilizados como recursos emancipatorios, en el marco de una estrategia más amplia que necesariamente debe apoyarse en la movilización política. Los elementos legales son utilizados en tanto entiende que las leyes del orden legal hegemónico son hegemónicas en tanto son utilizadas por este orden, pero que también pueden ser puestas en movimiento en un sentido contrahegemónico. Los elementos no legales porque también se mueve en esferas no reguladas por el derecho oficial a la vez que recuperan del ámbito de lo jurídico órdenes jurídicos no oficiales que pueden ser movilizados en términos transformadores. Finalmente los elementos ilegales, porque ampara formas de acción que caen en la tipificación de la ilegalidad en términos del derecho estatal. Con ello Santos nos están queriendo indicar que en estas formas emergentes, existe una nueva legalidad no desarrollada; legalidad que dado su carácter embrionario puede que nunca llegue a desarrollarse. Esta nueva legalidad, orientada a los habitantes de la sociedad incivil debe fundarse en una idea de justicia transformativa definida como “un proyecto de justicia social que vaya más allá del horizonte del capitalismo global.” (Santos: 2009: 579) La validez de esta legalidad de nuevo tipo y el criterio de justicia transformativa estaría fundamentada en el daño sistemático y sistémico que produce el modelo demo-liberal moderno.

La formulación teórica de Santos adquiere este carácter cosmopolita porque él parte de considerar que a la fecha es una forma de globalización la que produce las formas de exclusión social tanto en los país centrales capitalistas (el sur en el norte global) como en los países periféricos y semi periféricos (el sur en el sur global). Es en este sentido que el cosmopolitismo subalterno es una forma de globalización contrahegemónica. Ahora bien, ¿cómo articular formas culturales disímiles sin caer en universalismos que no constituyan formas disfrazadas de imposición cultural? Santos formula una propuesta de diálogo intercultural basado en lo que él denomina hermenéutica diatópica que en su caso los desarrolla para fundamentar una concepción intercultural de los derechos humanos. (Santos: 2009: 514) Rechazando el relativismo cultural como postura filosófica, entiende sin embargo que toda cultural es relativa. Serán las preocupaciones isomorfas que todas las culturas tienen las que permiten el diálogo

8 Ver Santos (2009:560-564)

9 Para la noción de víctimas tomo la idea planteada por Dussel por ejemplo en Dussel: 2007:301

intercultural. Estos diálogos podrán desarrollarse en términos de una legalidad subalterna en tanto se desarrollen “criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación.” (Santos: 2009: 516). Santos visualiza la incompletud¹⁰ que presenta cada cultura la cual hace de estos diálogos no sólo una posibilidad sino también una necesidad. ¿cómo es posible establecer un diálogo con culturas que a la luz de otras culturas aparecen como opresoras? Es aquí que nos recuerda que las diferentes culturas no son monolíticas y que por lo tanto conviven en ellas diferentes versiones de la dignidad humana.¹¹ En algún sentido si una cultura fuera traducible sin más a la otra implicaría que a la base de todas existe una universalidad sobre la cuales fundar principios universales. Podemos decir que por ello Santos sostiene que el diálogo intercultural debe basarse en una hermenéutica diatópica que ponga en contacto los topoi de cada cultura, es decir los “lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, y que, por lo tanto, no son objeto de debate” (Santos: 2009: 518) El resultado de estos diálogos no será el alcanzar la completud sino “elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible.” (Santos: 2009: 518) Nuevamente, serán los grupos oprimidos en cada cultura los interesados en la posibilidad de estos diálogos.

V.

Lo que se ha querido señalar a lo largo de esta ponencia es que en la teorías de Habermas y Santos se confrontan dos abordajes sobre el derecho que responden a preocupaciones y lugares de enunciación diferentes. Las preguntas de Habermas están directamente vinculadas a la problemática de los países centrales que han alcanzado un grado de estabilidad e inclusión social que no existe en el resto del mundo.¹² Por ello su teoría crítica resulta en términos de Santos subparadigmática.¹³ En cambio este último desarrolla preocupaciones más profundas y las enuncia desde la solidaridad con los oprimidos. Por ello es que él señala que su crítica resultará en una crítica paradigmática, la cual es de por sí “crítica con la propia tradición crítica” (Santos: 2009:18)

Estas dos formas de abordaje se vio expresado, y esa fue una de nuestras claves de interpretación, en cómo analizan y conciben la modernidad y el proceso de modernización. Santos da cuenta de un concepto amplio de modernidad que le permite señalar tanto la existencia de otras modernidades, como de comprender en cuanto a lo otro de lo moderno a aquellas sociedades que desde el paradigma de la modernidad caen bajo el rótulo de sociedad tradicional. En cambio Habermas es prisionero de una concepción eurocéntrica de la modernidad que le impide incorporar todo ello.

Este cierre que efectúa Habermas sobre las sociedades modernas occidentales y su sistema de derechos y político, es lo que lo conduce y le permite confeccionar una reconstrucción interna del derecho de las sociedades occidentales y sus condiciones de validez, al tiempo que elabora las premisas de un modelo de política deliberativa. En tanto seamos conscientes de circunscribir este desarrollo teórico en los términos de los posturas que estamos sosteniendo, entendemos que el esquema habermasiano puede resultar necesario. En otras palabras, la teoría crítica habermasiana del derecho y la democracia lo es respecto al derecho oficial de las sociedades centrales occidentales y sus sistema demoliberal, y en los mismos términos en los componentes occidentalizados del sistema jurídico y democrático de nuestras sociedades latinoamericanas.

El reconocimiento de otros ordenes jurídicos, un abordaje para incorporar a aquellos y aquellas que el

10 Santos (2009: 517)

11 Santos (2009: 517)

12 Será los resultados de la globalización neoliberal los que ha llevado a Habermas en trabajos más recientes a prestar atención a los problemas ocasionados por esta en la propia sociedad europea. Ver Habermas (2000)

13 Santos entiende a la teoría crítica subparadigmática como aquella que “intenta desarrollar el potencial de emancipación social dentro del propio paradigma dominante.” (Santos:2009:18)

propio orden demoliberal excluye, y la propuesta para abordar la interculturalidad, para mencionar las tratadas aquí, hacen del planteo teórico de Santos un enfoque teórico más fructífero a las preguntas que atraviesan nuestras sociedades. Claro está, preguntas que son formuladas en el lenguaje de la sociología y son respondidas en el mismo lenguaje. Sociología que es hija del paradigma de la modernidad occidental, por lo menos hasta que seamos capaces de construir otra sociología.

Bibliografía:

- DUSSEL, E. (2007) **Materiales para una política de la liberación**, Méjico, Plaza y Valdez.
- HABERMAS, J. (1988) **Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista**, Madrid, Taurus.
- HABERMAS, J. (1998) **Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**, Madrid, Trotta.
- HABERMAS, J. (2000) **La constelación posnacional**, Barcelona, Paidós.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009): **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**, Madrid, Trotta.