

UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAT DE FILOSOFIA
DEPARTAMENT DE FILOSOFIA TEORÈTICA I PRÀCTICA

Teoria iusfilosòfica de Jürgen Habermas.
Complementació amb l'obra de Bruce
Ackerman

TESIS DOCTORAL
per a optar al títol de Doctor en Filosofia
presentada per

Antoni Abad i Ninet

Director: Dr. Josep Monserrat Molas

Programa de Doctorat Bienni 2003-2005
Les Transformacions de L'Estat des de la Perspectiva de la Filosofia del Dret,
el Dret Constitucional i el Dret penal (UAB)

Any 2007

ÍNDIX

INTRODUCCIÓ

1. Descobriment de l'àmbit d'estudi 9 - 12
2. Estructura de la tesi doctoral 13 - 32

PRIMERA PART

ORÍGENS I INFLUÈNCIES AL PRIMER CONCEPTE DE DRET A HABERMAS

CAPÍTOL I. ANTECEDENTS DEL CONCEPTE DE DRET A HABERMAS

- 1.1. Introducció 35 - 37
- 1.2. Definició de la Teoria de la Racionalització Weberiana a la Teoria de l'Acció comunicativa Habermasiana 38 - 50
- 1.3. Racionalitat del Dret de Max Weber a la Teoria de l'Acció Comunicativa 51 -54
- 1.4. El concepte de Dret de Max Weber a l'obra de Habermas 55 -57
- 1.5. Concepte de Dret Natural de Weber a l'obra habermasiana 58 - 62
- 1.6. Concepte de Dret Modern de Max Weber a l'obra habermasiana 63 - 73
- 1.7 Conclusió 74

CAPÍTOL II. INFLUÈNCIES AL PRIMER CONCEPTE DE DRET DE HABERMAS DE LES TEORIES DE CONTROL SOCIAL I DE L'ANTIPOSITIVISME DE L'ESCOLA DE FRANKFURT

- 2.1 Introducció 75 -78
- 2.2 L'origen de l'Escola de Frankfurt 79 -85
- 2.3 Efectes de la Teoria de la Negativitat de Horkheimer i Adorno al primer concepte de Dret a Habermas 86 -96
- 2.4 Efectes al primer concepte de Dret Habermasià de la Pèrdua de Llibertat Total a Marcuse 97 -105
- 2.5 Concepte de Llibertat a Erich Fromm a l'obra de Habermas 106 - 108
- 2.6 Influències de Lukács al concepte de Dret de Habermas 109 - 128
 - 1)“Verrechtlichung“ com a conseqüència de la “Verdinglichung”
 - 2) Definició del terme Juridificació
- 2.7. Conclusió del Capítol 129 – 130

SEGONA PART

ESTUDI DE LA TEORIA IUS-FILOSÒFICA HABERMASIANA

CAPÍTOL III. DEFINICIÓ DEL PRIMER CONCEPTE DE DRET A JÜRGEN HABERMAS.

- 3.1. Explicació de l'ordre sistemàtic del capítol 133 - 136
- 3.2. Primera definició de Dret a l'obra habermasiana, Dret Legítim a la Teoria de l'Acció Comunicativa 137 - 140
- 3.3. Teoria i Praxis 141 - 144
- 3.4. Die nachholende Revolution 145 - 149
- 3.5. Conclusió 150 - 152

CAPÍTOL IV. EL CONCEPTE DE DRET LEGÍTIM A JÜRGEN HABERMAS, ESPECIALMENT LES FORMES DE LEGITIMACIÓ DE LES NORMES JURÍDIQUES A LA SEUA OBRA *FAKTIZITÄT UND GELTUNG*.

4.1 Introducció 153 - 162

4.2 Principi de Discurs 163 - 172

4.3 Principi Democràtic Normatiu 173 - 179

4.4 Elements crítics del Principi Democràtic Normatiu – Racionalitat / Unanimitat Intemporalitat 180 - 198

4.5 Drets Fonamentals derivats de la combinació de la forma jurídica i el Principi de Discurs 199 - 201

4.6 Conclusió 202 - 203

CAPÍTOL V. EL CONCEPTE DE DRET LEGÍTIM I FORMES DE LEGITIMACIÓ DEL DRET A *FAKTIZITÄT UND GELTUNG II*

5.1 Introducció 205 -209

5.2 El Principi fonamental d'universalitat - “*Universalisierungsgrundstaz*” 210 - 221

5.3 El Principi fonamental d'igualtat 222 - 228

5.4 Concepte d' esfera pública (*Öffenlichkeit*) aplicat al dret del “*Faktizität und Geltung*” 229 - 237

5.5 Relacions entre Moral i Dret al “*Faktizität und Geltung*” 238 - 244

5.6 Conclusions 245

TERCERA PART
ESTUDI DE LA TEORIA IUS-FILOSÒFICA DE BRUCE
ACKERMAN

CAPÍTOL VI. COMPLEMENTACIÓ ENTRE LA TEORIA JURÍDICA DE HABERMAS A FAKTIZITÄT UND GELTUNG I L'OBRA DE BRUCE ACKERMAN.

- 6.1 Introducció 249 – 258
- 6.2 Concepte de diàleg neutre 259 - 272
- 6.3 Moments constitucionals i moments normals 273 - 281
- 6.4 Democràcia Dualista 282 – 294
- 6.5 Concepte de discurs jurídic i llenguatge jurídic a Ackerman (Realisme Jurídic) 295 - 301
- 6.6 Dikasteria 302 - 309
- 6.7 Condicionants necessaris per a ser considerat un ciutadà. (El concepte de ciutadania activa) 310 - 317
- 6.8 Respecte a les minories i a les segones generacions 318 – 320
- 6.9 Tensió entre Facticitat i Validesa a l'obra d'Ackerman 321 - 325
- 6.10 Conclusió 326 - 328

CAPÍTOL VII – CONCLUSIÓ 329 - 340

BIBLIOGRAFIA. 341 - 360

Al meu pare

INTRODUCCIÓ

REVISIÓ SINÒPTICA DE L'OBRA

1. DESCOBRIMENT DE L'ÀMBIT D'ESTUDI

Abans de començar amb un explicació sinòptica de l'estructura de l'obra, voldríem explicar part dels motius personals que han fet que triéssim el concepte de Dret Legítim a l'obra de Habermas, i la racionalització com a fil conductor d'aquest concepte.

Els motius de tipus personal es remunten a quan, adolescent, vaig començar a llegir autors com Gorki, Nietzsche, Marx i als anomenats “socialistes utòpics”, que tractaven el tema de l'alienació dels individus a la societat moderna. D'aquests autors el que més em va atraure va ser la seua preocupació per la llibertat dels individus i la seua lluita davant un monstre, la societat de capital, el consumisme, o la religió segons els casos, que progressivament anava limitant la llibertat tant en un nivell personal com social.

Posteriorment, i coincidint amb els meus estudis universitaris, vaig estudiar autors com Max Weber i Emile Durkheim, i les seues teories de la racionalització i de l'anòmia respectivament. Aquestes teories ens van fer meditar bastant sobre què era el dret, quina era la seua funció, i el paper dels individus a la societat i, perquè no dir-ho, el meu propi paper en la societat. Aquests autors començaren a fer-me plantejar a més de què és el dret, perquè considerem unes normes legítimes i altres no, i sobretot perquè jo havia de complir un mandat del qual no tenia consciència d'haver atorgat a ningú.

Quan vaig acabar la carrera i abans de decidir què havia de fer amb la meua vida professional i acadèmica, un gran amic em va recomanar l'obra d'Erich Fromm *Haben oder Sein*, això va suposar el principi de la meua relació amb l'obra de Fromm i, posteriorment amb Habermas i amb la resta de l'escola de Frankfurt. L'obra de Fromm va reactivar el meu interès per la llibertat dels homes i, l'obra de Habermas em va

corroborar el fet de que el dret per a ser considerat legítim havia de menester d'una justificació moral i universal.

Aquest retrobament coincidia amb la meua primera entrevista de treball seriosa. L'entrevista la vaig fer sabent que em donarien el lloc de feina perquè m'havia vestit tal i com l'entrevistador esperava que ho fes i havia dit el que volien sentir, en definitiva, em vaig vendre com a producte al macro - despatx d'advocats de Düsseldorf on m'oferiren un lloc de treball sense gaire remuneració econòmica. Fromm em va obrir els ulls i em va fer sentir com una cosa, com la *Ding* de la que tant parla a *Escape from Freedom*. Com a mínim vaig tenir consciència en tot moment del que estava fent i això, segons Marcuse, em feia lliure, tot i que no m'hi vaig sentir gaire.

Després d'endinsar-me a l'obra de Fromm, vaig vore el primer Habermas com aquell autor que definia el procés de racionalització i connectava aquest procés amb la cosificació a la seua Teoria de L'Acció Comunicativa i, em tornava a refrescar el gran Weber.

Un cop reactivada la necessitat d'estudiar la llibertat dels homes a la societat i el doble paper del dret com a element propiciador i limitador de llibertat, vaig tenir clar que havia de realitzar un treball d'investigació sobre aquest tema.

L'obra de Habermas *Faktizität und Geltung* s'endinsava des d'un punt de vista de la filosofia jurídica i política en els temes que m'havia estat plantejat des de la meua joventut. *Faktizität und Geltung*, tot i ser una obra transcendent, comparable fins i tot, a la Teoria de la Justícia de Rawls, suposava un canvi radical en el que havia llegit en relació a l'autor, i considerava que des d'un punt de vista filosòfic contenia carències i importants per tal de poder ser considerada com a un model teòric a seguir en el camp del dret. Aquestes carències havien de ser superades ja que l'empresa de Habermas era valuosa i compromesa.

Per tal de complementar el treball iniciat per Habermas vaig començar a estudiar diferents autors que tractessen els drets fonamentals, la seua legitimació, i estiguessen centrats en la democràcia deliberativa. Vaig interessar-me per l'obra d'Ackerman des de l'única referència directa a la seua obra que apareix al *Faktizität und Geltung*. Un cop estudiada la font que esmentava Habermas vaig començar a aprofundir en l'obra d'Ackerman a l'hora que veia les possibilitats de complementació d'ambdós autors en una mena de *teoria de legitimació democràtica del dret*.

L'obra d'Ackerman, amb qui em vaig reunir a Yale i va aprovar el meu projecte com a quelcom novedós i interessant, ha servit com a base per a aquesta complementació. En aquest sentit, mitjançant l'obra d'Ackerman pretenem omplir alguns dels que la Dra. Boladeras anomena espais buits que deixa Habermas entre el discurs sobre principis universals de justificació racional i els sentits de la vida històrica concreta, el pas a pas dels problemes d'interpretació, enjudiciament i aplicació normativa.

L'obra d'Ackerman pot suposar una excel·lent contribució al procés de democràcia deliberativa i a l'acció comunicativa engegada per Habermas i a les teories contractualistes des d'una perspectiva liberal. L'aplicació d'aquestes contribucions dotaran de més virtualitat i practicitat a la legitimació de les normes jurídiques que realitza Habermas.

Habermas localitza els quatre problemes polític–morals del nostre temps en la gana i la misèria del mal anomenat Tercer Món, la tortura física i la violació de la dignitat humana, l'atur i la desigualtat de la distribució de la riquesa social en les nacions industrialitzades, el risc d'autodestrucció que suposa la carrera armamentística. A aquest llistat possiblement s'haurien d'afegir avui en dia altres problemes, com ara el canvi climàtic, entre d'altres. Per a la resolució d'aquestes tares, Habermas considera que s'han de prendre les decisions adequades de caràcter econòmic – polític i jurídic. Amb la intenció d'incentivar un discurs jurídic filosòficament fonamentat que ajudi a minvar aquestes tares, i continuant la tasca iniciada per Habermas, s'enquadra la present tesi doctoral.

El grau de dificultat d'un treball com el que pretenem realitzar s'agreuja degut a que hem hagut de treballar amb obres en versió original dels autors que hi tractem i en molts casos no hem pogut trobar aquestes obres a les biblioteques o llibreries del nostre país. Aquest problema ho hem pogut solucionar realitzant diferents estades a Frankfurt am Main i a Düsseldorf (Alemanya), estades que van ser subvencionades parcialment per una beca concedida per l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona en col·laboració amb el de Frankfurt, o l'estada a la Universitat de Yale als Estats Units també sufragada per una beca concedida pel Club FNEC. Un altre factor que ha complicat notablement el desenvolupament de l'objecte d'aquest treball, és la complexitat tècnica del llenguatge que fan servir molts dels autors que esmentem. Aquest ús del llenguatge exigeix un grau més elevat de concentració, tant per entendre el contingut de les obres estudiades, com per intentar plasmar les nostres aportacions i interpretacions sense caure en el possible parany d'emascarar una manca de coneixement en base a una mancança de claredat.

En aquestes línies vull expressar el meu especial agraïment al Dr. Josep Monserrat, com a director de la tesi doctoral, de qui a més va sorgir la idea d'aprofundir en la comparació entre Habermas i Ackerman, i de qui he rebut suport i recolzament al llarg de tot el projecte d'investigació. Sense l'ajuda del Dr. Monserrat i les col·laboracions en els projectes de recerca dels quals som part mai no hauria pogut realitzar aquesta tesi doctoral. També haig d'expressar el meu agraïment al meu col·lega i amic Xavier Pareja, qui sense la seua complicitat, altruisme i paciència aquesta tesi hagués estat impossible, a Joan Vives, que m'ha animat en tot moment al llarg del procés d'investigació i a Juanjo Martí per les seues aportacions lingüístiques.

Per últim als meus pares i germanes per la seua estima incondicional i a la meua dona Marisol, qui m'ha retornat l'alegria i la felicitat. També vull fer una especial menció a la memòria dels meus avis, al primer Antonio Abad de la nostra nissaga i a Santiago Ninet, etern exemple a seguir per a qualsevol dels nostres.

2. ESTRUCTURA DE LA TESI DOCTORAL

La present tesi doctoral no pretén ser una comparació entre la teoria de Habermas i la teoria d'Ackerman per tal de triar quina d'ambdues propostes ens sembla més adient, sinó que partint de l'anàlisi filosòfica de la teoria habermasiana en el seu conjunt, hi apliquem aspectes que considerem compatibles de la teoria d'Ackerman als elements que considerem necessaris millorar. Entenem que els aspectes que destacarem de la teoria d'Ackerman suposen una millora en el conjunt del projecte filosòfic normatiu de Habermas.

El primer capítol del treball està dedicat als antecedents del concepte de dret a Jürgen Habermas. En aquest primer capítol pretenem treballar amb la influència de Max Weber sobre Habermas i, en especial, sobre la seua concepció del dret i sobre les formes de legitimació de les normes jurídiques.

Partim de la definició del procés de racionalització weberiana, tal i com ho recull Habermas a la seua obra, perquè la racionalització és un procés que està íntimament lligat tant al concepte de dret legítim a Habermas, com a la manera d'obtenir la legitimitat de les normes jurídiques. L'anàlisi del procés racionalitzador i la seua afectació a les normes i principis jurídics, ens ha permès posar les bases de la definició del concepte de llei moderna tant a Weber com a Habermas. A l'hora de definir aquest punt també introduïm les diferències existents entre els dos autors en matèria de filosofia normativa.

Al primer apartat del capítol hem definit el concepte de racionalització a Max Weber tal i com ho interpreta Habermas. Per tal de desenvolupar aquest punt, hem fet servir obres de tots dos autors, subratllant les diferències i innovacions que Habermas afegeix al concepte de racionalització. Tal i com comprovarem al llarg del treball, el procés de racionalització és un dels elements essencials de l'acció comunicativa habermasiana i un dels elements que afecten a la legitimació del dret.

Un cop definida la racionalització i com aquest procés afecta al dret i a la llibertat, analitzem el concepte de dret a l'obra de Max Weber i com Habermas l'analitza a la seua obra la *Teoria de L'Acció Comunicativa*. Aprofitant les similituds entre ambdós autors, també introduïm una primera definició del concepte de dret legítim a l'obra de Habermas *Teoria de L'Acció Comunicativa*.

Després de definir el concepte de dret en general, analitzem els conceptes de dret modern, de dret natural i dret positiu a l'obra de Weber i com ho recull Habermas a la seua obra. Les definicions que apareixen en aquest apartat són conceptes fonamentals en l'objecte d'estudi del nostre treball. Pel desenvolupament d'aquest capítol hem hagut d'estudiar amb deteniment l'obra de Max Weber, en especial obres com *Economia i Societat* i *L'Ètica Protestant i l'Esperit del Capitalisme*. A més d'aquestes fonts, ens hem hagut d'endinsar en obres dedicades als conceptes tractats i desenvolupats per Weber i les diferents interpretacions que s'han donat dels mateixos, entre aquestes obres destaquem autors com Dörkert i Bendix.

En quant a la interpretació habermasiana dels conceptes esmentats, a més de la mateixa obra de Habermas, hem hagut de treballar amb l'obra de Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, amb *The Cambridge Companion to Habermas* i amb *The Habermas's Reader* entre d'altres. Obres que en molt de casos, ens han ajudat a entendre millor el que el mateix Habermas havia interpretat o volia dir.

Un altre punt del primer capítol l'hem dedicat a esmentar l'enorme transcendència que ha tingut la teoria de la racionalització weberiana en altres autors, i les similituds amb teories com la normalització a Foucault, la cosificació a Lukács, la juridificació a Kohlberg o la decomodificació de Polanyi. A aquest mateix capítol introduïm l'eterna discussió entre els autors relativistes i els universalistes, entre el positivisme i el iusnaturalisme.

El segon capítol de la tesi doctoral l'hem dedicat a les influències sobre el primer concepte de dret de Habermas de les diferents teories de control social dels autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt, de György Lukács i de Kohlberg.

En aquest apartat de la tesi doctoral, hem volgut desenvolupar les influències més importants que les teories dels autors de l'escola de Frankfurt varen produir al projecte de filosofia normativa de Habermas, destacant fonamentalment quatre aspectes :

- Les repercussions sobre el nou concepte de racionalització o negativitat total al que arribarà Habermas. Partint del concepte de racionalització weberiana, els autors de l'escola de Frankfurt radicalitzen els efectes d'aquesta alienació sobre els individus i sobre la societat, i Habermas es veu influenciat per aquest nihilisme.
- La crítica al positivisme en general i al positivisme jurídic en particular, que rubriquen Marcuse, Horkheimer, Adorno, Franz Neumann i Otto Kirchheimer respectivament, i que després Habermas tractarà al seu concepte de dret. Aquesta crítica aporta més arguments a la crítica frontal que Habermas realitza al positivisme en general i al positivisme jurídic en particular.
- Com a conseqüència directa del punt anterior, analitzem la defensa del dret natural, les formes de legitimació de les normes jurídiques i les relacions entre dret i moral, que Habermas adaptarà a la seua teoria normativa.
- Finalment, en aquest capítol definim la teoria de la cosificació i com les tesis luckasianes afectaren de manera directa al conjunt d'autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt, fent una consideració especial a les relacions existents entre la cosificació i la juridificació.

El segon capítol de la tesi doctoral comença amb una introducció sobre la història i el significat de l'escola de Frankfurt en conjunt. Analitzem el naixement del projecte i la seua evolució històrica fent servir bàsicament l'obra de Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, l'obra de Rolf Wiggerhaus *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung* i l'obra de Margarita Boladeras *L'escola de Frankfurt*.

Una vegada hem introduït el que va suposar l'escola de Frankfurt en conjunt, analitzem els autors de la seua primera generació de manera més detallada, fent un repàs a les seues obres més significatives en relació amb l'objecte del nostre treball.

Els primers autors que tractem són Horkheimer i Adorno, de qui comencem destacant la seua obra conjunta *La Dialèctica de la Il·lustració*, obra que analitzem detingudament pel seu contingut nihilista. Ja que des d'aleshores ja no és Marx qui marca el camí sinó Nietzsche. *De la Dialèctica de la Il·lustració*, destaquem el fet que Horkheimer i Adorno entenen la pèrdua de llibertat dels individus d'una manera semblant a Weber, tot i que en termes més psicoanalítics i més radicals. L'estudi d'aquesta obra en la present tesi doctoral troba el seu fonament en el fet de que Habermas, a la *Teoria de l'Acció Comunicativa* analitza el procés de la juridificació i el vincula amb la cosificació i la racionalització total. En aquest punt també analitzem obres de Horkheimer on ja es preveia aquest nihilisme, i com aquesta racionalització total afecta al dret. En especial destaquem l'obra *Eclipse of Reason* on l'autor tracta aquest aspecte amb més profunditat.

Aquest primer apartat del segon capítol l'acabem esmentant l'obra de Franz Neumann, qui atorga una perspectiva més jurídica, tant a nivell metafísic com empíric d'aquesta negativitat.

El següent autor de l'Escola de Frankfurt que tractem és Herbert Marcuse, de qui també fem una bibliografia introductòria a la seua obra. De Marcuse destaquem els seus estudis sobre els efectes que produeix la racionalització tecnològica sobre la llibertat dels individus. També la seua crítica total al positivisme. Les principals obres de Marcuse amb les que hem treballat són *Reason and Revolution*, *One - Dimensional Man* i *Eros and Civilization* on analitzem les repercussions d'aquestes obres sobre l'objecte d'estudi del nostre treball.

El darrer autor de la primera generació de l'Escola de Frankfurt que analitzem és Erich Fromm i en especial, la seua concepció de la llibertat i la racionalitat. D'Erich Fromm destaquem el fet de que introdueix la psicoanàlisi (amb Horkheimer) com a element d'estudi a l'Escola de Frankfurt. Fromm considerava que mitjançant la psicoanàlisi social es podíem preveure els efectes de la negativitat total a la societat.

Aquest capítol de la tesi doctoral l'acabem analitzant les influències de l'obra de György Lukács sobre Habermas. En especial sobre el seu concepte de cosificació que Habermas analitza a la seua obra *Teoria de l'Acció Comunicativa*. Analitzem aquestes influències en aquest apartat tot i que Lukács no va ser membre de l'Escola de Frankfurt, encara que va sonar com a possible candidat. Després d'introduir la biografia de Lukács, analitzem el seu concepte de cosificació i com el mateix és adaptat per Habermas. A més, introduïm les relacions existents entre la juridificació, el positivisme i la cosificació que apareixen a la Teoria de l'Acció Comunicativa.

El concepte de juridificació l'analitzem amb profunditat per la seua transcendència a l'obra de Habermas, i per la seua vinculació amb l'objecte del treball. Així a més de la seua definició, tractem les seues conseqüències des d'una perspectiva sociològica i des d'una perspectiva jurídica.

El tercer capítol d'aquesta tesi tracta del primer concepte de dret legítim a la primera obra de Habermas. Afirmem que és el primer concepte de dret perquè entenem que Habermas canvia la seua teoria ètica i la forma de legitimar el dret amb l'aparició de l'obra *Faktizität und Geltung*. El present treball analitza el concepte de dret i la seua forma de legitimació fins a l'any de publicació d'aquesta obra 1992. Aquest capítol es basa fonamentalment en tres obres de Habermas, exposades de manera cronològica.

Comencem amb la *Teoria de l'Acció Comunicativa*, obra de la que fem remissions als capítols anteriors del present treball quan ens referim a la concepció habermasiana de la racionalització del dret, la definició de dret modern, dret natural, dret positiu i la definició de la juridificació, que han estat desenvolupades als dos capítols anteriors.

L'anàlisi d'aquest apartat el completem amb les obres de Deffem *Habermas, Modernity and Law* i l'article de Habermas, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich", article que analitzem amb molt més deteniment en els següents capítols de la tesi doctoral, ja que serveix de frontera entre ambdues concepcions normatives.

La segona obra analitzada és *Teoria i Praxis*, on Habermas dedica un capítol sencer al dret natural. En aquesta obra Habermas situa el dret natural en la posició més alta dels estrats de la seua teoria normativa, tant per la seua universalitat, com del fet de que no fa dependre la seua validesa d'un procés de positivització. A aquesta obra Habermas fa especial èmfasi al procés de positivització del dret natural i defineix aquest dret com el conjunt de normes d'actuar conforme a la moral i al dret. Habermas continua definint les característiques del dret natural a la seua obra, aspecte que també tractem al nostre treball.

La darrera obra tractada alhora de desenvolupar el primer concepte de dret a Habermas, és *Die nachholdende Revolution*, on l'autor continua la seua crítica al positivisme, fent al mateix temps una defensa del dret legitimat moralment.

El darrer apartat del tercer capítol l'acabem analitzant una sèrie d'articles i entrevistes on Habermas continua defensant les tesis exposades anteriorment.

Els dos següents capítols de la tesi doctoral els dediquem al concepte de dret legítim i les formes de legitimació del dret que apareix a l'obra *Faktizität und Geltung*. Hem hagut de dividir en dos capítols l'exposició d'aquest apartat ja que la seua anàlisi comporta l'estudi de diferents principis i conceptes que estan vinculats.

El conjunt d'ambdós capítols pretenen exposar de manera completa el concepte de dret legítim, els elements, principis i característiques que formen la teoria jurídica democràtica a Habermas al *Faktizität und Geltung*. Amb aquesta exposició, a més destaquem les diferents variacions que el concepte ha sofert al llarg de l'obra de Habermas. Aquests principis connectats i que exposem al treball, fan dependre la

validesa del projecte de teoria de democràcia radical aplicada al dret de Habermas de la seua interactuació i complementació.

Comencem el capítol analitzant la reestructuració de la teoria de legitimació de les normes jurídiques que sofreix l'obra de Habermas, les noves relacions entre les normes morals i les normes jurídiques i la nova concepció de l'esfera jurídica que es proposa a partir de l'obra *Faktizität und Geltung*.

Al primer dels dos capítols dedicats a analitzar aquestes alteracions analitzem els principis que Habermas considera necessaris per a considerar legítima una norma jurídica. Aquests principis són el Principi de Discurs, pel qual només són legítimes aquelles normes d'acció acceptades per tots els possibles afectats per aquestes mateixes normes com a participants de discursos racionals, i el Principi de Democràcia Normativa o forma jurídica, que és aquell que es refereix als continguts positivitzats.

Partint de la definició del Principi de Discurs analitzem les implicacions que suposa l'aplicació d'aquest principi en el procés de tipificació i positivització de les normes jurídiques. En l'anàlisi d'aquest principi comparem la definició de Habermas amb el discurs de Luhmann i la crítica d'autors com Teubner i Bubner.

Un cop analitzat el Principi de Discurs analitzem el Principi de Democràtic Normatiu. Aquest principi consisteix en unir les nostres voluntats com a ciutadans destinataris d'una norma jurídica, per a poder decidir sobre els continguts normatius de la determinada norma que ens seran aplicats.

Habermas considera que la font de tota legitimitat del dret radica en el procés democràtic de producció del dret; i aquest procés a l'hora que apel·la al principi de sobirania popular exclou qualsevol tipus de legitimació normativa jurídica en base morals o de dret natural iusracional.

Un cop definit el Principi de Democràcia Normativa i analitzada la seua principal funció (la creació de Normes jurídiques), en aquest capítol de la tesi doctoral, destaquem els principals avantatges i virtuts d'aquest principi des d'una vessant teòrica, on destaca la incentivació de la participació ciutadana en la *Res Publica* de forma directa i l'assumpció de responsabilitats per part de la ciutadania en l'àmbit públic.

Tal i com demostrarem en aquest capítol i en base a la crítica de diferents autors, el sistema de legitimació procedimental que introdueix Habermas al *Faktizität und Geltung* és inconsistent en aspectes essencials de la seua formulació.

D'entre aquests aspectes essencials destaquem el concepte d'igualtat amb el que parteix la teoria, el concepte de diàleg, la necessitat d'unanimitat a l'hora d'adoptar les lleis amb contingut jurídic, l'aplicació al llenguatge jurídic de continguts aliens o la intemporalitat a la que queda sotmesa el discurs jurídic.

Un cop analitzats els Principi de Discurs i el Principi de Democràcia Normativa, les seues característiques i virtuts bàsiques, analitzem determinats elements nuclears que sorgeixen en l'aplicació d'aquests principis i la crítica del mateixos.

El primer dels elements que exposem és l'augment de la racionalitat que suposa el sistema ideal de legitimació procedimental habermasià. Aquesta racionalitat és generada pel mateix contingut del Principi de Discurs i pel procediment de positivització de normes d'on parteix Habermas.

En la definició de l'element de racionalitat que implica el Principi de Discurs fem servir a més de la referència directa a Habermas, la crítica d'autors com Wellmer, Mc Carthy, Robert Alexy o Jiménez, a més d'una referència directa al concepte de racionalitat de Carl Schmitt.

El Principi de Democràcia Normativa fa dependre la seua validesa exclusivament en el procediment d'aprovació de les mateixes normes. Per tant, la norma jurídica resultant, serà considerada com llei pel procediment pel qual ha resultat aprovada, i no pel contingut final de la mateixa.

Un dels altres requisits que analitzem en el present capítol és la necessitat d'unanimitat per tal d'aprovar les normes jurídiques. Aquesta característica comporta una de les idees bàsiques del conjunt teòric habermasià, el fet de que els ciutadans es puguen considerar autors de les llei. En aquest punt fem servir la crítica sobre el concepte d'unanimitat que fa servir Habermas d'autors com Warren i Bohman i fem una comparació amb el concepte d'unanimitat de Benhabib. A més, considerem les conseqüències que aquest nivell de consens suposa i les repercussions que la unanimitat provoca a l'esfera privada dels ciutadans.

La llibertat negativa i la intemporalitat són les darreres característiques que analitzem en el present capítol. Definim el concepte de llibertat negativa i les repercussions que el mateix provoca al Principi de Democràcia Normativa. Habermas no preveu aquest concepte a l'hora de formular la seua teoria i aquesta mancança afecta de manera directa al concepte de llibertat dels ciutadans afectats per la norma.

El darrer punt que exposem en el primer dels dos capítols dedicats a la nova forma de legitimació de les normes jurídiques a l'obra de Habermas, són els drets fonamentals derivats de la combinació de la forma jurídica i el Principi de Discurs.

Aquest aspecte té una especial transcendència pel tipus de drets que es veuen afectats. Tractem aquest punt en aquesta tesi doctoral degut a que l'autolegislació dels ciutadans tal i com l'estableix Habermas, no té cap tipus de limitació en quant al dret material a legislar. El procediment d'autolegislació exigeix que cada ciutadà estiga sotmès al dret com a destinatari i puguen entendre's a l'hora com autor del dret.

Al darrer epígraf al capítol dedicat a l'anàlisi del concepte de dret legítim a l'obra de Habermas a partir del *Faktizität und Geltung*, s'analitza el conjunt de drets privats i llibertats subjectives dels ciutadans, és a dir, els drets més "sagrats" de qualsevol ordenament jurídic derivats de la combinació de la forma jurídica del Principi de Discurs i del Principi Democràtic Normatiu.

Al capítol cinquè, és a dir, el segon capítol dedicat a definir el concepte de dret legítim i les formes de legitimació del dret a Habermas, complementem la definició del concepte de dret legítim a l'obra *Faktizität und Geltung* que hem introduït al capítol anterior. Aquest capítol comença amb l'anàlisi i definició del Principi d'Universalitat, continua l'anàlisi amb el Principi d'Igualtat i conclou amb el concepte d'esfera pública i les relacions entre el dret i la moral a l'obra de Habermas. Entenem que amb l'exposició d'aquests conceptes i principis es complementa l'anàlisi del Principi Discursiu i el Principi Democràtic Normatiu exposats al capítol anterior i les seues repercussions al dret.

El Principi d'Universalitat està configurat com un principi fonamental en la construcció teòrica jurídica a Habermas. Mitjançant el Principi d'Universalitat Habermas pretén assolir la validesa universal de les normes jurídiques que són aprovades mitjançant el Principi de Democràcia Normativa i que hauran de ser aprovades i complides per tots els possibles afectats. A l'epígraf dedicat al Principi d'Universalitat en aquest capítol de la tesi doctoral, a més de definir el concepte, analitzem les crítiques que ha rebut la configuració d'aquest principi, com ara el caràcter excessivament abstracte del Principi d'Universalitat o les dificultats d'una possible aplicació del Principi d'Universalitat tant en el procés d'aprovació de normes jurídiques com en l'aplicació de la mateixa norma.

Per dur a terme l'exposició d'aquest principi a més de l'obra de Habermas treballam amb l'obra de Margarita Boladeras i de Simone Chambers en relació al Principi d'Universalitat. En quant a les crítiques i les conseqüències del principi tal i com el configura Habermas, hem treballat amb l'obra d'autors com Welmer, Chambers, Günther, Teubner i Heller.

El segon principi que analitzem en el segon capítol dedicat a analitzar el concepte de dret legítim i la legitimació de les normes jurídiques a la “segona” part del treball de Habermas, és el Principi fonamental d’Igualtat. Seguint el mateix esquema d’exposició que hem fet servir fins a les exposicions anteriors, partim de la definició del Principi a *Faktizität und Geltung* i continuem analitzant els caràcters i connotacions que té el mateix al conjunt teòric a Habermas.

La funció del Principi d’Igualtat és un dels altres pilars bàsics de la construcció teòrica democràtica de Habermas. A més de treballar amb la definició del Principi d’Igualtat, analitzem com afecta aquest concepte al procés de participació, decisió i aplicació de les normes jurídiques al *Faktizität und Geltung*. En el desenvolupament d’aquest epígraf esmentem les crítiques que ha rebut aquest principi per part de les teories comunitaristes i feministes, a més de les diferents adaptacions que el Principi d’Igualtat ha de patir segons aquests autors, per tal de ser realment igualitari i tenir una virtualitat pràctica efectiva. Entre els autors tractats destaquem Benhabib, Nancy Fraser i l’obra de Kymlicka.

El següent epígraf que analitzem en el capítol és el concepte d’esfera pública a Habermas. Partint d’una breu introducció històrica del concepte i les variacions que ha patit al llarg dels segles, acabem definint com es relacionen els conceptes d’esfera pública i el Principi de democràcia deliberativa. En aquest apartat del treball ens limitem novament a la definició del concepte d’esfera pública al *Faktizität und Geltung*, tot i que s’han de fer les referències necessàries al conjunt de l’obra anterior de Habermas.

Un dels elements fonamentals que hem volgut destacar a l’hora de definir l’esfera pública a Habermas és la diferenciació entre les diferents esferes públiques, les diferents implicacions que atorguen els autors a les mateixes, i la necessària diferenciació entre esfera pública i els òrgans (públics) de l’Estat.

Les diferents conceptualitzacions de les esferes públiques en base als efectes que les mateixes produeixen són fonamentals per tal d'entendre la repercussió teòrica del concepte d'esfera pública a Habermas. Tal i com exposem en aquest capítol la divisió entre l'esfera pública i els òrgans de l'Estat fa afirmar a diferents autors que Habermas adopta una postura antiestatalista. Un altre aspecte que tractem a aquests epígraf és la diferència entre espai públic i opinió pública i les relacions entre ambdós conceptes a l'obra de Habermas.

Per a desenvolupar aquest apartat del capítol hem fet servir com a obres de Habermas, a més del *Faktizität und Geltung*, el treball *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, a més de les obres sobre l'autor de la segona generació de l'escola de Frankfurt, *Habermas and the Public Sphere* i *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, de Boladeras. En quant a les crítiques al concepte d'esfera pública destaquem entre d'altres a Fraser, Benhabib, Rehg, Bohman i una comparació amb l'obra de Michelman.

El darrer epígraf d'aquest capítol el dediquem a les relacions entre el dret i la moral que configura Habermas al *Faktizität und Geltung*. Tot i ser un aspecte que s'ha anat introduint al llarg de tot el treball, analitzem com amb el *Faktizität und Geltung* la moral i el dret passen a tenir una relació de complementarietat, una mena de relació competencial i no jeràrquica. En aquest apartat no deixem d'esmentar les funcions "morals" que adopta el Principi d'Universalitat al *Faktizität und Geltung*, i com les normes morals han de menester del dret positiu coactiu per tal de fer-se complir. És a dir que les normes morals han de menester la coercibilitat institucionalitzada i les normes positives per tal de poder exigir el seu compliment.

Al present capítol també analitzem les diferències conceptuais entre ambdós tipus de normes i les implicacions que suposen aquestes diferències a la capacitat d'autoregulació en els ciutadans. En aquest apartat final treballarem amb la crítica que introdueixen autors com Dworkin, Michelman i Velasco.

Un cop hem analitzat el concepte de dret legítim a l'obra de Habermas, els mitjans de legitimació del dret i les diferents variacions que ha sofert al llarg de la seua obra, dediquem el darrer capítol del cos del treball doctoral a fer una complementació entre la teoria de Bruce Ackerman i l'obra de Habermas.

El capítol comença amb una breu exposició de la trajectòria intel·lectual i de l'obra del professor Bruce Ackerman. El capítol s'estructura en base als aspectes més destacats en l'obra de Bruce Ackerman en relació a l'objecte de treball de la present tesi doctoral. Aspectes tots ells que s'enfoquen a la millora del concepte de democràcia deliberativa dirigida a la legitimació de les normes jurídiques proposada per Habermas.

El punt de partida de la tasca de la complementació entre l'obra d'ambdós autors la realitzem partint del esquema introduït per Habermas a la seua obra *Faktizität und Geltung*. Tractem de millorar el sistema habermasià aplicant factors correctors en relació als principis de democràcia deliberativa, principi normatiu i l'esfera pública. Tal i com hem avançat anteriorment considerem l'obra d'Ackerman com una excel·lent oportunitat per a omplir els buits que deixa Habermas.

L'objectiu bàsic d'aquest capítol és la configuració d'una mena de teoria eclèctica entre ambdós autors per tal d'establir un sistema coherent de legitimació democràtica de les normes jurídiques si bé ideal amb més possibilitats de servir com a model pràctic real. És per això que cal una clarificació extensa dels fonaments del pensament de Habermas per tal d'establir la coherència sistemàtica d'una correcció com la que plantejem.

El primer dels aspectes que destaquem de l'obra de Bruce Ackerman és el seu concepte de diàleg neutre. Ackerman a diferència de Habermas considera que el diàleg entre ciutadans membres d'una societat liberal és un diàleg constrictiu, és a dir, els ciutadans mitjançant el diàleg intenten convèncer als altres membres de la societat d'una manera competitiva, i no com pretén Habermas, de forma neutral i basada en arguments estrictament racionals.

Habermas a la seua obra de la Teoria de l'Acció Comunicativa no analitza aquesta característica del diàleg en les societats liberals i es limita, a afirmar que les persones dialoguen en base a principis racionals, sense determinar els caràcters específics del diàleg a l'àmbit jurídic. El diàleg és a més, la base dels principis democràtic i de discurs sobre els quals Habermas basa la legitimitat de les normes jurídiques.

Ackerman acota en el temps el diàleg, mentre que Habermas considera que les persones poden mantenir el diàleg en l'infinit fins que la decisió es prengui per unanimitat entre tots el possibles afectats per la norma.

Ackerman dedica gran part de la seua obra a definir la mena de diàleg necessari per arribar a un enteniment, a capítols de l'obra *Social Justice in the Liberal State* com: "Constrained Power Talk", "Dialogic Performance", "Finishing the Conversation". A més de l'anàlisi d'aquesta obra hem comparat el concepte de neutralitat de Ackerman amb l'obra de Carl Schmitt *Übersicht über die verschiedenen Bedeutungen und Funktionen des Begriffes der innerpolitischen Neutralität des Staates* que treballem de manera profunda, a més d'analitzar el concepte de neutralitat de Rawls i Dworkin.

Un cop analitzat i comparat el concepte de diàleg neutre i neutralitat l'apliquem al concepte de diàleg aplicat al dret que apareix a l'obra de Habermas.

El següent aspecte que analitzem al treball doctoral és un dels més transcendents en la teoria jurídic-política del professor Ackerman, la seua diferència entre els moments normals i els moments constitucionals.

Ackerman fa una anàlisi política i jurídica molt completa de la història constitucional americana. Aquests treball és de molta importància en relació amb l'objecte d'anàlisi del treball doctoral, en tant en quant diferencia entre moments constitucionals i moments normals en la història constitucional del seu país.

El moments constitucionals són aquells moments on les persones es veuen afectades per situacions “anormals” que afecten de manera directa el seu estat anímic i psicològic de ciutadà normal i la seua capacitat de diàleg. Moments constitucionals analitzats per Ackerman són, al llarg de la història dels Estats Units, per exemple, la fase de constitució inicial, les campanyes federalistes i el *New Deal*.

En contraposició d'aquests moments constitucionals hi trobem els moments anomenats normals, on els ciutadans no es veuen afectats per esdeveniments extraordinaris, són els que es produeixen de manera quotidiana. És en aquest espai de temps on els ciutadans han de regular, en la mesura del possible, els efectes jurídics i polítics que es produiran als moments constitucionals. Als moments normals els ciutadans no veuen afectada la seua capacitat de diàleg final.

Per tal de desenvolupar aquest apartat hem treballat amb l'obra del professor Ackerman, *We The People, Foundations i We The People, Transformations*, a més de constitucionalistes americans com Michelman, Nebelsky o Balkin i d'autors com Luigi Ferrajoli, Pisarelo, Gargarella i Gustavo Zagrebelsky.

El següent apartat del capítol que està vinculat amb l'anterior és el concepte de democràcia dualista a l'obra d'Ackerman. Ackerman defensa una mena de Constitució dualista, que és aquella que cerca la diferenciació entre els dos diferents òrgans de decisió que han de produir-se en una democràcia. El primer òrgan de decisió és el poble de manera directa i sense intermediaris, i el segon, són els seus governants. La democràcia dualista millora segons Ackerman el concepte de democràcia monista, on són els governants els únics que decideixen, ja que introdueix més democràcia directa en la presa de decisions.

Ackerman introdueix aquest concepte de democràcia dualista en nom del realisme i no en base a una mena d'idealisme utòpic i el situa en el centre del sistema democràtic americà on milions de ciutadans privats han de poder dir la seua.

L'anàlisi del sistema dualista és important en relació amb el nostre treball perquè ens permet analitzar com actuen els ciutadans respecte a la legitimació de les normes, si bé Habermas aposta per un sistema de legitimació on exclusivament participen els ciutadans.

Dintre de la mateixa definició del sistema de democràcia dualista trobem un dels aspectes més transcendents de l'obra d'Ackerman com és la definició de "Poble" i "d'esfera pública". Aquesta definició treballada de manera ampla per Ackerman, és el terme que ens permetrà complementar el principi de legitimació democràtica de normes jurídiques a Habermas, fent-lo aterrar en la pràctica real de l'exercici democràtic.

Dels aspectes més destacats d'aquesta obra podem destacar la crítica que es fa del positivisme i l'anàlisi dels diferents tipus d'iniciativa de sobirania popular, entesa com a quelcom que atorga més contingut a la democràcia dualista.

En aquest capítol treballarem a més de l'obra d'Ackerman amb autors com Posner, Barber, Michelman, Tarr o Vargova entre d'altres. També introduïm l'anàlisi de l'obra *Deliberation Day* que tracta d'estudiar la viabilitat i aplicabilitat d'un experiment polític des d'una perspectiva pràctica. Els autors consideren qüestions de caràcter econòmic, polític i organitzatiu relacionades amb el concepte de democràcia liberal i la seua posada en pràctica, com ara incentius econòmics i laborals per als ciutadans a l'hora de participar en el procés de decisió el dia de deliberació, etc.

El següent aspecte que tractem a l'obra és el concepte de discurs jurídic i llenguatge jurídic a Ackerman. Habermas a la seua exposició del Principi de Discurs omet qualsevol especialitat del discurs jurídic. Ackerman a diferència de Habermas estableix una nova base en la que fundar la reflexió jurídica, que ell anomena constructivisme i que procurem analitzar en un exercici filosòfic.

El constructivisme com a forma de reflexió jurídica és d'aplicació directa a l'objecte del present treball, ja que els ciutadans han de partir d'una reflexió jurídica per tal de codificar les normes que els seran aplicades. En aquest apartat tractarem com actuaria aquesta mena de reflexió jurídica entre els ciutadans que actuen de manera deliberativa per tal d'aprovar una norma jurídica legítima.

En aquest apartat de la tesi treballarem amb l'obra d'Ackerman *Reconstructing American Law* i amb autors com Friedman, Bobbio o Robles, a més dels treballs del grup de recerca sociolegal de la Universitat Autònoma de Barcelona (GRES).

Un cop analitzada la necessitat d'especialitzar el discurs de tipus jurídic, passem a desenvolupar la Dikasteria. Es tracta d'un altre aspecte d'aplicació directa a l'objecte de la nostra tesi doctoral. L'estudi de la Diskateria pot servir com a exemple de deliberació dels ciutadans en relació a aspectes legals. En l'exposició de la Dikasteria que introdueix Ackerman a la seua obra es fa una referència directa a l'obra de Habermas i al concepte de "normative completeness".

La Dikasteria és analitzada de manera detallada en aquest apartat així com el funcionament de l'argumentació en aquests Tribunals populars. En aquest apartat també esmentem com les persones participaven i argumentaven jurídicament en els Tribunals Populars de la Revolució Xinesa, com a exemple de Tribunals de masses, tot i que en aquest cas concret els ciutadans –jutges no fan servir cap mena d'argumentació jurídica, a excepció de la pena a dirimir.

El fonament adquirit en la complementació d'Ackerman – Habermas ens permet, també, que provem la seua validesa pràctica en l'exposició de la polèmica sorgida en els àmbits jurídics de l'Estat Espanyol amb l'aprovació de la llei del jurat aplicable a determinats delictes i procediments penals. La posició sistemàtica assolida ens permet *atendre a l'arrel sociopolítica comuna* que comparteixen les diferents experiències participatives, més enllà dels constrenyiments epicals. Així, per exemple en l'exposició d'aquest concepte treballarem especialment amb l'obra d'Aristòfanes a més de les obres Aristòtil,

Hansen, Strauss i Fishkin a més els treballs del grup de recerca de la Facultat de Filosofia de la Universitat de Barcelona, Hermenèutica i Platonisme.

El següent aspecte de l'obra d'Ackerman que treballarem en aquest capítol on mostrem la capacitat justificadora de la nostra proposta són els condicionants de comportament que són necessaris per a ser considerat ciutadà. Ackerman limita el concepte de ciutadà a les persones que compleixen determinades condicions i compleixen determinats requeriments de comportament. Són les anomenades *Necessary Conditions for Citizenship*.

Segons Ackerman, una societat liberal no és més que una col·lecció d'individus que poden participar en el diàleg, on tots els aspectes de la seua posició de poder han de ser justificats d'una manera certa. Així no és suficient un monòleg amb èxit sinó que l'Estat liberal requereix que ambdues parts puguen contestar les qüestions amb legitimitat. En aquest punt introdueix la importància de l'educació a l'Estat Liberal que ha de preparar als futurs ciutadans per tal de poder argumentar i legitimar la seua posició a la societat liberal. Aquest condicionants tracten de demostrar la importància cabdal de l'educació en una societat liberal. L'educació esdevé uns dels eixos de la teoria d'Ackerman.

El següent punt que desenvolupem a aquest darrer capítol és el que afecta al respecte a les segones generacions i a les minories. Aquest punt no és tractat per Habermas al seu principi democràtic. L'autor de l'escola de Frankfurt obvia que uns dels principis rectoris de la democràcia és el respecte de les minories i no el govern de la majoria. Habermas no concep minories en el principi democràtic aplicat al camp del dret ja que les normes s'adopten per unanimitat, quelcom que redueix significativament l'aplicació pràctica de la teoria habermasiana. Ackerman tracta aquest aspecte dintre dels condicionants necessaris per tal de ser considerat ciutadà en un sentit liberal. En aquest apartat tractarem com s'han de respectar les minories segons Ackerman i com han d'actuar les minories en un sentit de respecte democràtic a les decisions preses per la majoria. Sempre des d'una perspectiva de legitimació de les normes jurídiques.

Ackerman, a més de plantejar aquesta omisió comesa pels pensadors liberals, estableix un sistema per tal de possibilitar aquesta necessària participació de les següents generacions en relació al contingut de la norma que els serà aplicada, com a conseqüència d'un procés de legitimació democràtica deliberativa directa.

El darrer apartat tracta d'analitzar la tensió existent entre la facticitat del dret i la seua validesa en l'obra d'Ackerman. Fem servir el títol de l'obra de Habermas i apliquem aquesta tensió a la formulació d'Ackerman. En aquest apartat destaquem l'anàlisi dels diferents textos constitucionals que realitza Ackerman, i en especial el capítol de les llibertats públiques establertes d'aquestes cartes magnas, i les interpretacions que es fan d'aquests textos per part dels òrgans judicials. Aquesta anàlisi està relacionada amb els drets fonamentals de les persones, com ara igualtat, llibertat que han de ser considerats per part dels ciutadans quan participen en el procés de legitimació de normes jurídiques.

Un altre element que esmentem és la proposta que realitza Ackerman en relació a una nova separació de poders. Aquesta separació no és limitada als tres poders convencionals sinó que s'afegeixen d'altres dintre del que l'autor anomena "*The integrity branch*" i "*The regulatory branch*". Ackerman analitza com afecta la nova separació proposada als drets fonamentals i al principi de justícia distributiva. L'anàlisi parteix d'un complet estudi dels diferents sistemes democràtics unicamerals i bicamerals.

Tots els aspectes comparables entre ambdós autors no poden ser analitzats en el present treball degut a que seria objecte d'un o varis treballs i ens centrem en l'anàlisi dels aspectes que considerem que millor complementen ambdues teories. Entenem que integrant aquests aspectes de l'obra d'Ackerman a la teoria de legitimació de normes jurídiques proposada per Habermas aconseguirem fonamentar un projecte de democràcia radical més coherent i eficaç, tot i mantenir-nos sempre en un plànol ideal.

Tampoc podem deixar d'esmentar en aquest moment inicial les similituds que existeixen entre tot dos autors al representar un model polític comú, com és el liberalisme igualitari. Aquesta postura política té una sèrie de repercussions directes en les teories jurídiques d'ambdós autors que fan més coherent una complementació com la que proposem.

A posar negre sobre blanc els punts principals obtinguts en el nostre treball tracta el capítol de conclusions que clou aquesta tesi doctoral. S'afegeix al final una nota bibliogràfica on consten les referències utilitzades.

PRIMERA PART

ORÍGENS I INFLUÈNCIES AL PRIMER CONCEPTE DE DRET A HABERMAS

CAPÍTOL PRIMER

ANTECEDENTS DEL CONCEPTE DE DRET A HABERMAS

1.1 INTRODUCCIÓ

Qualsevol treball que vulgui analitzar de manera rigorosa el primer concepte de dret i les seues formes de legitimació a l'obra de Habermas, no pot deixar de banda l'obra i els estudis de Max Weber. La influència de l'obra weberiana sobre Habermas és tal que William Outhwaite arriba a afirmar: "si Max Weber va ser descrit com a el Marx burgès, Habermas hauria de ser caracteritzat com el Max Weber marxista".¹

Dins l'obra completa de Weber destaquem, per la seua transcendència sobre la Teoria de l'Acció Comunicativa habermasiana, la seua teoria de la racionalització que es convertirà en un concepte nuclear en molts dels aspectes fonamentals de l'obra de Habermas. Així, un dels punts de partida de l'obra fonamental de Habermas, a la Teoria de l'Acció Comunicativa, són les interferències que produeix la racionalització social a la vida de les persones (al món de vida), tal i com ja havia descrit Max Weber a la seua obra. Tots els elements amb els que treballa Weber serviran a Habermas com a fonaments per a elaborar la seua teoria sobre el seu subjecte moral, i les relacions entre el dret i la moral.²

Al present epígraf analitzarem la definició de la racionalització weberiana i els seus elements, tal i com Habermas els adapta a la seua obra *La Teoria de L'Acció Comunicativa*. A més, estudiarem com Habermas redefineix la teoria weberiana de la racionalització i les repercussions que té aquesta nova lectura a la seua obra i, en especial, al seu concepte de dret legítim. L'estudi, en aquest treball, de com

¹ William Outhwaite, *The Habermas Reader*, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 5.

² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981.

Habermas analitza la teoria de la racionalització weberiana a la seua obra, està motivat per quatre motius bàsics:

- el primer motiu és la influència global que aquesta teoria té a l'obra de Habermas³⁴, qui dedica un capítol sencer a l'anàlisi de la teoria de la racionalització de Weber, per després redefinir-la i aplicar-la a la realitat social d'aleshores;
- el segon aspecte que justifica l'estudi d'aquesta teoria es basa en el fet de que la reconstrucció teòrica de la teoria de la racionalització feta per Habermas té efectes directes en el concepte habermasià de dret legítim i en les relacions existents entre dret i moral que, tal i com al llarg d'aquesta tesi vorem, són conceptes que estan lligats de manera indestructible per Habermas.⁵
- El tercer motiu de justificació és que el mateix Habermas, a la seua obra, dedica un paràgraf sencer a la racionalització del dret a Max Weber, ja que és un element determinant per tal de poder entendre el primer concepte de dret legítim a Habermas.
- El darrer motiu que justifica l'estudi de la racionalització weberiana en la present tesi doctoral és que la racionalització i la cosificació són teories que provoquen la juridificació, i aquesta darrera, és un element determinant en la crítica habermasiana al positivisme jurídic, però que d'altra banda caldrà que recuperem al final de la tesi des de les posicions d'Ackerman que reconeixen la juridicitat implícita del llenguatge polític elemental.

Un cop definit com Habermas entén la teoria de la racionalització weberiana, analitzarem dos efectes d'aquesta teoria diferenciats, el primer és com la racionalització afecta al dret i, el segon és com segons Habermas, el dret participa com a element propiciador d'aquest procés racionalitzador.

³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 452.

⁴ En aquest mateix sentit destaquem l'obra de John Sitton. *Habermas and Contemporary Society*, Palgrave Macmillan, Nova York, 2003. Al prefaci d'aquesta obra (p. 16), l'autor afirma que la Teoria de l'Acció Comunicativa suposa una relectura de l'obra de Weber. L'autor continua afirmant que estimulada per l'obra de Weber, l'escola de Frankfurt va centrar la seua atenció en el perillós domini de la "raó instrumental" en la societat contemporània.

⁵ Peter Bal, "Discourse ethics and human rights" a Mathieu Deflem, *Habermas Modernity and Law*, SAGE Publications, London, 1996, p. 73.

Un cop s'haja analitzat la racionalització del dret weberiana i com Habermas l'adapta a la seua Teoria de l'Acció Comunicativa, el següent aspecte que tractarem és la recepció del concepte de dret weberiana a l'obra habermasiana i les conseqüències teòriques que aquesta recepció provoca.

La racionalització habermasiana, al nostre parer, perfecciona la teoria de la racionalització establerta per Max Weber, ja que inclou factors que tenen un paper actiu a la racionalització de l'ésser humà que Weber circumscrivia a l'evolució de les imatges no religioses del món, o simplement no tractava. El mateix Habermas afirma que tant Marx com Horkheimer i Adorno entenen el concepte de racionalitat d'una manera molt més ampla que Weber perquè fan servir com a rerafons, el lloc i abast relatius dels processos de racionalització que empíricament descriuen.⁶ En aquest treball, vorem com aquesta afirmació també és aplicable a Jürgen Habermas.

⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 220. En aquest punt volem destacar a l'obra de Margarita Boladeras i Neus Campillo, *Filosofia Social*, Síntesis, Madrid 2001, p. 246, on Boladeras afirma que "el plantejament weberiana va ser en un principi criticat per quasi tots: els defensors del rigor analític i formal no entenen la seua insistència en la comprensió del sentit de l'acció. Posteriorment, ha sigut reivindicat per diferents vessants contraposades entre si, per exemple, el racionalisme crític de Karl Popper i Hans Albert, i la teoria crítica de Habermas".

1.2. DEFINICIÓ DE LA TEORIA DE LA RACIONALITZACIÓ WEBERIANA A LA TEORIA DE L'ACCIÓ COMUNICATIVA HABERMASIANA

L'objecte d'anàlisi d'aquest apartat no és una tasca senzilla, perquè Max Weber no va fer cap definició expressa i conceptual de la racionalització. A més Habermas tampoc ha elaborat una definició concreta a partir dels elements teòrics weberians. Tampoc hi trobarem a l'obra habermasiana cap definició expressa de l'ètica protestant, del tradicionalisme o de l'esperit del capitalisme, tots ells elements vehiculars de la teoria de la racionalització weberiana i característiques necessàries per a poder entendre el procés de racionalització, el seu origen i les conseqüències reals que la teoria de la racionalitat genera en la societat.

Un altre element que genera complexitat en la definició del fenomen de la racionalització és que es tracta d'un procés que ha anat produint-se gradualment en el temps i que afecta a la societat d'una manera intangible, comença afectant a les accions socials⁷ i a les relacions socials com a conducta plural, per a acabar afectant els individus en totes les seues accions i relacions, tant socials com individuals.⁸

Weber considerava que aquesta racionalització de les accions tenia dos aspectes bàsics. El primer aspecte consisteix en la substitució de les concepcions tradicionals del món i les formes d'acció social per noves formes, de caràcter més reflexiu, explícit, ordenat i calculable, produint projectes de vida específics i predeterminats, tant religiosos com econòmics. El segon aspecte és l'extensió de les àrees de vida social, que es considerava que encara no estaven tancades, tot i que s'hagués perdut part del seu ordre de legitimació religiosa.⁹

⁷ Max Weber, *Wirtschaft und Gessellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1922. Traducció en llengua castellana *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 1944, p. 5. Max Weber entén les accions socials com les conductes humanes on el subjecte o subjectes de l'acció lliguen a aquesta acció un sentit subjectiu, sentit referit a la conducta d'altres, orientant-se per aquesta al seu desenvolupament.

⁸ Max Weber, *Economía y Sociedad*, *op. cit.*, p. 5.

⁹ W. Outhwaite, *The Habermas Reader*, *op cit.*, p. 14.

Weber considera l'ètica del protestantisme com la base fonamental del nou sistema econòmic emergent (el capitalisme). Aquesta ètica és l'element mitjançant el qual s'introdueix aquesta substitució de les concepcions tradicionals del món i de les formes d'acció social, per unes noves formes més reflexives, explícites, ordenades i calculables.¹⁰

A *L'Ètica Protestant i l'Esperit del Capitalisme*, Weber analitza aquest procés gradual de difusió, i el grau d'afectació dels paràmetres de l'economia capitalista, i com aquest procés afecta a la resta de relacions i formes de vida. Aquest procés d'afectació és el que entenem com a racionalització.¹¹ Weber defineix l'esperit del capitalisme com la mentalitat o actitud que aspira sistemàticament i professionalment al lucre racionalment legítim. Aquest esperit és una actitud, un hàbit, és a dir, una disposició psíquica de l'individu que es manifesta en les seues pautes de comportament, i en els criteris amb els que organitza la seua vida.¹²

Aquesta nova mentalitat econòmica va haver de fer-se pas a tots els nivells contra el tradicionalisme dominant en la vida social i la prevalença de les imatges religioses del món, per tal de dominar tots els actes del món de vida.¹³

Per tal d'explicar aquesta penetració gradual de l'esperit del capital a la vida de les persones, tant en un nivell psicològic individual com en tots seus actes socials, podem fer servir la menció que el professor Abellán fa a la introducció de la traducció castellana de l'obra de Weber: "La mentalitat tradicional considerava que el treball és simplement un mitjà per a viure, un mitjà per aconseguir el necessari per a l'existència. L'home de mentalitat precapitalista treballa per a viure i en cas de que

¹⁰ Max Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. Tübingen, 1^a ed.(1904). Edició traduïda al castellà *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2001. p. 73. Hem treballat amb la versió original de l'obra en alemany, amb la versió del Prof. Dr. E. Flitner, de la Universitat de Postdam i que es pot trobar a l'adreça d'internet: www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/1999.

¹¹ Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 74.

¹² Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 18.

disposi d'alguna riquesa la dedica a un altre tipus d'activitat, com la caça, el joc o la guerra". Davant d'aquesta forma de vida es planteja la mentalitat econòmica capitalista. L'esperit capitalista és, en concret aquesta actitud o mentalitat respecte a l'activitat econòmica caracteritzada per aspirar a guanyar diners. És a dir, que en cas de que aconseguís alguna riquesa la tornaria a invertir per a guanyar més diners. Per a Weber, d'aquesta ètica protestant neix l'esperit capitalista, que provoca que el fet de guanyar diners es converteixi en un fi per si mateix. Aquest nou esperit que introdueix l'ètica protestant és, segons Weber, el que degenera en el sistema del capitalisme, provocant entre altres conseqüències l'esmentada mutació de les accions socials.¹⁴

L'autor analitza des de l'origen les diferents posicions de les sectes protestants i la seues diferents actituds davant la vida, i com aquestes actituds, han evolucionat i han afectat a la vida social dels individus. Un exemple clar de l'esperit del capitalisme, és la cita que Weber fa de Benjamin Franklin al capítol ascetisme i capitalisme, "*El temps són diners*".¹⁵ Weber defineix aquest racionalisme econòmic com un element fonamental de l'economia moderna i com un dels factors determinants del procés de racionalització, que afecta tant al terreny de la tècnica, com al nivell de la economia, condicionant una gran part dels "ideals de vida" dels individus.¹⁶

Tal i com hem avançat anteriorment, Max Weber no fa cap definició conceptual de "l'Esperit del Capitalisme", ni l'acota a un moment singular en la història del home, perquè no és un terme que es pugui singularitzar en un moment històric determinat. Es tracta d'un conjunt d'elements d'una realitat històrica, relacionats entre ells mateixos, que Weber unifica atorgant determinades significacions culturals i formulacions de la forma més adequada per a defensar el seu propi punt de vista. L'esperit del capitalisme

¹³ Quan ens referim a l'expressió "actes del món de vida" (*Lebens*), fem referència a tots els actes que hom fa a la seua vida quotidiana, dia a dia, tant a nivell individual, com a nivell social.

¹⁴ Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, op. cit., p. 74.

¹⁵ Max Weber, www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999.p. 198. Max Weber afirma que aquesta cita és en certa manera en un sentit espiritual, ja que el temps és infinit.

¹⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 221.

és el fenomen que propicia la progressiva mutació de les accions socials dels individus, i està conceptualitzat com una realitat imprescindible per a poder entendre que la investigació weberiana, és una idea de caràcter provisional més que una definició de caràcter conceptual.¹⁷

La transició progressiva d'una economia tradicional a una economia moderna mitjançant la introducció d'aquesta racionalització econòmica és exemplificada per Weber a un passatge de la seua obra on analitza com una societat basada en una economia capitalista però tradicionalista, passa a convertir-se en una societat regida per un principi de competència ferotge. En aquest trànsit, Weber considera que s'ha perdut l'ètica en la que es basava l'economia tradicional alhora de regir les activitats econòmiques i les relacions personals amb els obrers i els clients, sense que s'hagen produït canvis fonamentals en la forma d'organització social.¹⁸

Weber demostra el perquè va ser l'ètica protestant qui va generar aquest "Geist" (esperit) que provoca el trànsit de la societat tradicional a la moderna, i perquè l'esperit del capitalisme es donà al protestantisme i no a una altra religió o una altra cultura. Un cop s'ha anat produint aquesta mutació a les relacions comercials i personals dels empresaris, la nova psicologia econòmica i social comença a afectar a les institucions polítiques, civils i comercials de l'Estat. El nou sistema econòmic que es basa en la necessitat única i vital de guanyar diners acaba per determinar una nova concepció del món.¹⁹ El desenvolupament de l'esperit capitalista, que Weber conceptua com a fenomen parcial dintre del procés de racionalització global, es basarà exclusivament en els "nous" principis racionals per a resoldre tots els aspectes de la vida i, entre ells de manera directa, en el dret.²⁰

¹⁷ Max Weber, www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999, op. cit., p. 57.

¹⁸ Max Weber, www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999, op. cit., pp. 76-79.

¹⁹ Max Weber, www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999, op. cit., p. 80.

²⁰ Max Weber, www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999, op. cit., p. 83.

Tal i com he avançat anteriorment, Habermas introdueix el procés de racionalització weberiana a la seua obra *Teoria de L'Acció Comunicativa*.²¹ Un dels punts destacables és el fet que Weber anomenava racionalització a tota prolongació del coneixement empíric. Així amb la ciència moderna els processos d'aprenentatge es tornen reflexius i poden ser institucionalitzats com a sots-sistemes de ciències, aquesta institucionalització reflexiva que indueix la ciència, és la racionalització.²² Habermas recull com Max Weber entén la ciència moderna com el factum de la societat racionalitzada, i la comprensió científica del món és utilitzada per Weber com el punt de partida del procés de desencantament que confluirà amb la racionalització de la cultura.²³

Així, mitjançant la introducció d'aquest procedir reflexiu i basat en l'experiència empírica, característic de les ciències pures en camps com la tècnica,²⁴ gradualment es van perdent llibertats i es va condicionant el nostre món de vida, per la necessitat imperiosa d'actuar de manera "racional". Weber parteix d'un concepte clar i normatiu de ciència, encara que hi fa referència de forma marginal i el vincula exclusivament amb el moment del naixement de les ciències modernes i en la introducció de la seua mètrica. La creació i el desenvolupament de nous camps de coneixement científic provoquen l'objectivació de la naturalesa, a més es desenvolupa gradualment una mena de racionalització d'aquests camps de coneixement i dels objectes d'estudi d'aquestes noves ciències de coneixement, que acaba per racionalitzar – les.²⁵

²¹ D'aquest estudi podem destacar diferents elements i aspectes que comportaran conseqüències directes a l'objecte del nostre treball. Rainer Dörbert, també ha treballat la relació teòrica Habermas – Weber en respecte a la teoria de la racionalitat. Així de forma crítica afirma que : "Habermas treballa amb dos paràgrafs llargs de la teoria weberiana sobre el concepte de racionalitat. Habermas parteix de l'explicació d'on s'estableix la frontera teòrica del sentit del concepte de racionalitat i d'aquesta descomposició la transforma en les seus complexos conceptes de racionalitat pràctica. Habermas sintetitza els dos components de racionalitat en un, el concepte de la instrumentació racional dels mitjans". Rainer Dördert, "*Max Weber Handlungstheorie und die Ebenen des Rationalitätskomplexes*", a l'obra *Max Weber Heute*, Surhkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt. a. M, 1989, p. 219.

²² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 226.

²³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 226.

²⁴ Jürgen Habermas, fa referència a com la racionalització afecta al dret, però aquest punt el desenvoluparem amb més deteniment en el següent apartat del nostre treball.

²⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p 228.

Resulta clar, doncs que el caràcter instrumental que tenen les matemàtiques i la seua afectació a la creació de noves teories, són factors utilitzats com exemples per Weber, per a explicar com es va produint la progressiva racionalització a la societat.

Aquesta concepció empírica del món introduïda per la metodologia de les ciències exactes rebutgen, per principi, qualsevol consideració de les coses que es formuli pel sentit de l'esdeveniment intramundà. Aquesta recepció metòdica de la ciència al servei de l'economia és un dels factors determinants del desenvolupament de la "Metodització de la Vida".²⁶

Habermas sosté que Weber entén que la racionalització és un procés que arriba a afectar a tots els camps de vida, i les manifestacions culturals no són una excepció. Així l'art, en tot el que afectava als seus patrons expressius i a l'estilització artística, que en un principi estava lligat pel culte religiós, com l'ornamentació d'esglésies, danses, cants rituals, etc., amb la racionalització cultural, primer s'independitza d'aquest lligam que l'unia amb la religió, i es comença a desenvolupar per corts i mecenes, i finalment aquest procés racionalitzador de la cultura l'acaba per convertir l'art com una forma de producció artística mercantilitzada.²⁷ Weber inclou aquesta contra - cultura estètica juntament amb la ciència i la tècnica per una banda, i les modernes idees jurídiques i morals d'un altra, que formen el conjunt de la cultura racionalitzada.²⁸

²⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p 228.

²⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 218. l'autor fa servir l'expressió forma de producció capitalista – burgesa. En aquest punt no podem deixar d'esmentar l'obra d'Adorno, *Asthetische Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt. a.M, 1966, on l'autor tracta amb profunditat com els patrons racionalitzats afecten a tot tipus d'art.

²⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 219.

Els punts bàsics de la matisació de Habermas a Weber en aquest punt són:

1. “*Evolutionärer Determinismus – Historismus*”: Weber planteja el naixement de les societats modernes i la seua evolució des d’una perspectiva totalment ahistoricista. Habermas afegirà que si es vol prendre amb seriositat una crítica històrica, s’ha de fer des de la mateixa lògica interna dels nexes del sentits o de les idees, i no des de mecanismes evolutius dels sistemes socials. Com a conseqüència d’aquesta crítica, Habermas si que inclou una perspectiva històrica a la seua teoria a l’acció comunicativa, i al fenomen de la racionalització.

2. “*Etischer Naturalismus*”: Weber es veu afectat en la formulació de la seua teoria de la racionalització per la tradició sud-occidental alemanya del neokantisme, i per la metodologia neokantiana de fer valer en un plànol metodològic la distinció entre el ser i el deure.²⁹ Un exemple d’aquesta influència és que Weber critica els conceptes de progrés i evolució, quan aquests aspectes juguen un rol implícit normatiu a les ciències empíriques³⁰. Tot i l’esmentada crítica, Habermas també es veu molt influenciat pels postulats kantians a les seues formulacions, encara que sap conjugar els conceptes que critica a la seua teoria d’una manera més solida que Weber.

3. *Universalismus*: L’historicisme es va vore molt influenciat pel fet d’haver ressaltat l’experiència bàsica de la relativitat de les pròpies tradicions i les formes de pensament pròpies.³¹ Aquesta relativització va arribar a convertir-se en un problema, fins i tot per als estàndards de racionalitat pressuposats a les ciències empíriques, que

Habermas analitza els conceptes i tipus de racionalitat amb els que Weber elabora la seua teoria. Tot i que és un estudi molt aclaridor i extens de la teoria weberiana, no hem volgut tractar-ho en aquest treball, ja que la introducció dels tipus de racionalització a Weber mereixerien com a mínim un altre treball semblant al present. El present apartat, pretén exclusivament introduir una definició global de com Habermas recull la racionalització weberiana a la seua obra, per a poder aclarir posteriorment la transcendència de l’esmentada teoria a la seua configuració del concepte de dret legítim. El que si volem esmentar en aquest apartat, són els punts de crítica a la teoria weberiana recollits per Habermas, ja que son els punts de partida sobre els quals elabora la seua reconstrucció de la teoria de la racionalització, i introdueix les seues aportacions personals.

³⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 218.

³¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 221.

no formaven part de determinada cultura regional i històricament delimitada, afectant de manera directa a la seua pretensió d'universalitat.³²

Max Weber va justificar una postura universalista a la seua teoria de manera minsa, ja que si bé no limitava els processos de racionalització a un fenomen particular d'occident, sinó que es podien identificar a totes les religions del món, sí que considerava, que el procés racionalitzador només s'havia produït a Europa.

Habermas afirma que aquestes reserves en la defensa de l'universalisme a Weber, podien haver desaparegut si el que era particular del racionalisme occidental s'hagués fet derivar no d'una peculiaritat cultural sinó del patró modern selectiu, que sota les condicions del capitalisme modern segueixen els procediments de racionalització.³³

Un element més que defineix aquesta mancança decidida d'universalisme, és el fet que Weber es veia reservat a traure conclusions universals. Weber considerava la modernitat com quelcom occidental, no només perquè és a occident on es donaren els condicionats històrics per a plantejar-se per primera vegada la racionalitat, tot i ser un fenomen de caràcter universal, sinó també pel tipus de racionalisme, compost per caràcters particulars de la cultura occidental.³⁴

Aquesta posició weberiana envers a l'universalisme també queda demostrada en l'anàlisi del procés de racionalització del dret, on Weber volia diferenciar les variacions que es produïen als sistemes legals, amb voluntat d'explorar els diferents significats històrics dels sistemes legals.

³² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 222.

³³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 266.

³⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 267.

Weber introduïa al pròleg d'*Ètica Protestant i Esperit del Capital* que era inevitable que un fill de la moderna cultura occidental, quan es plantejés qüestions de la història universal ho faci des de la seua òptica: quin encadenament de circumstàncies han conduït a que precisament a sòl occidental i, només ací, es produeixin fenòmens culturals que estaven en una direcció evolutiva de significació i validesa universal?³⁵

Habermas respon la qüestió adoptant una posició totalment diferent a la de Weber en quant a l'universalisme, ja que considera necessari el fet d'entendre la teoria de la racionalització de forma inequívocament universal.

Hi trobem molts fonaments que demostren aquest posicionament al llarg de la seua obra. Un d'aquests fonaments és la consideració de què justament la racionalització, demostra la necessitat d'una moral universal i una concepció legal universal, que comporti una específica concepció moderna dels drets humans.³⁶

Habermas situa la polèmica de l'historicisme dintre del paper que els Estats desenvolupen a la societat moderna i com aquest rol ha evolucionat per tal de defensar aquesta necessitat d'una concepció moral i legal universal.

Seguint aquesta argumentació, Habermas afirma que si bé els Estats també estan en el camí de les societats postnacionals, com ho demostren el procés d'integració Europea, les aliances militars supranacionals o les interdepències econòmiques a nivell mundial, darrera d'aquest camí iniciat pels Estats, es situa una densa xarxa de comunicacions que ha generat que l'abreujament dels drets humans, l'explotació, la fam i la misèria, siguen causes defensades pels moviments d'alliberació nacional,

³⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 266.

³⁶ P. Hamilton, a *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 141.

creant alhora una mena de consciència que evidencia que no hi ha una alternativa a l'orientació dels valors universals.³⁷

Habermas defineix el significat d'universalisme i de moral universal, com la relativització de la forma de vida pròpia per poder dotar de legitimitat a altres formes de vida, atorgant igualtat de drets a les reclamacions d'estrangers i estranys amb tota la seua idiosincràsia i intel·ligibilitat, sense pretendre de manera obstinada la universalització de la identitat d'un mateix, tot això per tal de provocar que l'esfera de tolerància siga més gran que la que trobem avui en dia.³⁸

Habermas defensarà aquesta concepció universalista al llarg de tota la seua obra, i és una de les característiques fonamentals del seu primer concepte de dret, demostrant un cop més, les clares influències kantianes en la seua construcció teòrica.

Defensar una tesi universalista tal i com feien Kant, Rawls o el mateix Habermas entre d'altres, no té perquè suposar la imposició d'una cultura sobre una altra. Sistemes com els introduïts per Rawls a la seua teoria de la justícia,³⁹ la justificació racional de la democràcia deliberativa o l'aplicació de les pautes introduïdes per Habermas que en aquest treball mencionarem, podrien ser aplicades sense cap mena de menyspreu a les diferents cultures existents, sense que cap cultura pretenga imposar-se a les altres.

Sense ànim de caure en cap tipus de simplisme, es tracta d'aplicar el MCM (el mínim comú múltiple o màxim comú divisor) a les diferents cultures, partint des d'un esquema de punts bàsics, com l'introduït per Habermas, i justificant de manera

³⁷ Entrevista a Jürgen Habermas, publicada al Diari "*Die Neue Gesellschaft: Frankfurter Heft*" 4, April, 1989, publicada per Jean Marc Ferry, "*Ethics, politics and history an interview with Jürgen Habermas conducted by Rasmussen*" a *Universalism vs. Communitarism Comtemporany Debates in Ethics*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, p. 209 i ss.

³⁸ David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism Comtemporany Debates in Ethics*, op.cit., p. 209.

³⁹ John Rawls, *The Theory of Justice*, 1971. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1991.

racional els principis que es volen dotar d'un caràcter vàlid i universal. Tenim exemples tant a nivell empíric com ara la carta de drets de Nacions Unides.

4. *Rationalismus*: Segons Weber, el procés de racionalització ha produït inevitablement el desencantament del món i ha subjugat l'home al poder de les gegants organitzacions de la indústria i el govern.⁴⁰ Però al mateix temps que aquesta racionalització ha proporcionat una oportunitat a l'home d'actuar amb consciència sobre les responsabilitats que les seues accions provoquen. Weber veia en la predominança de la racionalitat una precària possibilitat per a la llibertat humana.⁴¹

La teoria weberiana analitza, a més de la racionalització religiosa, la racionalització social, és a dir, per una banda l'emergència històrica de les estructures de consciència modernes i, per altra banda, la materialització d'aquestes estructures de racionalitat a les institucions socials.⁴² Habermas, partint d'aquesta diferenciació conceptual weberiana, reconstrueix el procés de racionalització i tracta d'obtenir un model de racionalitat social, que donarà lloc a la racionalització del dret.⁴³

Aquests aspectes que Habermas redefineix sobre la teoria weberiana, no només ajuden a aclarir un poc més com Weber entenia la racionalització del món, sinó que ens ajuden a entendre com en el segle XXI, el segle de les noves tecnologies, aquesta objectivació del coneixement humà i, per tant, de la forma de vida humana és proporcional a la creació de nous camps científics i de noves tecnologies que progressivament van desenvolupant-se. La societat virtual fa que els homes cada cop virtualitzen més les seues vides i sobre la qual no existeix un filtre de veracitat de la

⁴⁰ Reinhard Bendix. "Max Weber's interpretation of a Conduct and History", a *Max Weber Critical Assessment*. Routledge, London: New York, 1991, p. 163.

⁴¹ Reinhard Bendix. "Max Weber's interpretation of a Conduct and History", a *Max Weber Critical Assessment*. Routledge, London: New York, 1991, p. 163.

⁴² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op. cit., p. 223. En aquest punt volem destacar l'exposició i definició de la racionalitat que realitza Neus Campillo a M. Boladeras /N. Campillo, *Filosofia social*, op. cit., 2001, pp.135-144. En aquest punt es defineixen la racionalitat social i es diferencien la racionalitat tècnica i de domini, la racionalitat individual i la racionalitat comunicativa que tant treballa Habermas a la seua obra.

⁴³ Neus Campillo, *Filosofia Social*, op. cit., pp.135-144.

informació. L'objectivació i racionalització que desenvolupa aquests procés d'espectacular implantació d'un món virtual, fa que les persones no només canviïn la seua forma de vida, sinó que deixin de relacionar-se socialment, fa que les persones es virtualitzen.

Hi ha molts arguments a favor de la societat de la informació, com els que hi havia per a la racionalització, tot i que aquesta nova societat es limiti a això, a informar, i no a proporcionar coneixement.

La racionalització als nostres temps s'ha elevat exponencialment, i la llibertat dels homes és cada cop menor, ja que cada cop es creen més necessitats inútils que ens esclavitzen. Sense voler caure en el mateix nihilisme absolut que Adorno i Horkheimer cauen a la seua *Dialèctica de la Il·lustració*, o en la falta d'expectatives i esperances que Foucault ens demostra a la seua obra,⁴⁴ hem de creure que hi han possibilitats de recobrar la llibertat, a més de fent servir l'ensenyament tal i com afirma Marcuse,⁴⁵ com ara utilitzant la societat de la informació per transformar-la en una societat del coneixement.⁴⁶

Les posicions nihilistes respecte de la racionalitat troben en la crítica implícita que realitzà Carl Schmitt al concepte de racionalitat de Weberià un precedent i una font de vegades amagada de manera culpable⁴⁷ Aquesta crítica s'emmarca en una de les afirmacions centrals de la teoria política de Carl Schmitt “ És sobirà el que decideix

⁴⁴ Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969. Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, Paris, 1975. Michel Foucault. *A verdae e as formas jurídicas*, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1978, traduïda al castellà per Enrique Lynch *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁴⁵ L'obra de Herbert Marcuse la tractem de forma detallada en el proper capítol de la tesi, al qual hem remeto.

⁴⁶ Una obra que tracta el fenomen de com la globalització i la societat virtual afecta a la llibertats dels seus clients (destinatariis d'aquest nou món), és l'obra de Michael Hardt i Antonio Negri, *Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

⁴⁷ Jacob Taubes, *Teologia política de Pau*, Barcelonesa d'Edicions, Barcelona. 2005, pp.169 i ss. *La Théologie politique de Paul, Schmitt, Benjamín, Nietzsche et Freud*, Édition du Seuil, 1999. Taubes afirma que aquesta crítica apareix publicada per primera vegada en un article d'Homenatge a Max Weber sobre un punt obscur del seu pensament difícil de comprendre, que és “el carisma”.

en cas de situació excepcional”.⁴⁸ En aquest context Schmitt en relació a la racionalitat afirma:

“Un racionalisme més conseqüent diria que l’excepció no demostra res, i que només l’estat normal pot ser objecte d’un interès científic. L’excepció pertorba la unitat i l’ordre de l’esquema racionalista. En la teoria positiva de l’estat, retrobem sovint un argument semblant.”⁴⁹

Al mateix temps que es dona aquest procediment de racionalització de la ciència i la tècnica es produeix la racionalització del dret i de la moral. A continuació desenvoluparem el procés de racionalització weberiana al dret, i com Habermas, l’introdueix el seu capítol de la cosificació, equiparant aquesta teoria a la racionalització weberiana. Una dada significativa de la influència de la teoria de la racionalitat weberiana a Habermas, és que aquest darrer, basa la seua Teoria de l’Acció Comunicativa, partint del llenguatge en dos conceptes de racionalitat, La racionalitat cognitiva –instrumental i la racionalitat comunicativa.⁵⁰

⁴⁸ Carl Schmitt, *Politische Theologie, Bd.1, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Duncker & Humblot, Berlin, 1996. On Schmitt afirma la necessitat del sacrifici de l’individu i de les seues llibertats subjectives en benefici de L’Estat. Schmitt afirma que el liberalisme polític com a base dels drets individuals no pot establir una justificació raonada d’aquest sacrifici que ell considera essencial.

⁴⁹ Carl Schmitt, *Politische Theologie, Bd.1, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

⁵⁰ Per tal de llegir una excel·lent introducció sobre aquest punt, Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., pp. 2 i ss.

1.3 RACIONALITAT DEL DRET A WEBER – SEGONS L'OBRA DE HABERMAS

Tal i com hem explicat anteriorment, Weber a *Economia i Societat* analitza entre d'altres aspectes, com el procés de racionalització afecta al dret i com les formes polítiques de dominació influeixen sobre les qualitats formals del dret.⁵¹ A la seua anàlisi, Weber segueix la sistemàtica i estructura que introduirà a l'hora d'analitzar el dret natural, és a dir, diferenciant la racionalització del dret tant des d'una perspectiva formal com des d'una perspectiva material.

En quant a la racionalització del dret des d'una perspectiva formal, es centra en analitzar quines són les condicions generals i la significació del formalisme jurídic, que si bé és molt interessant per l'objecte del nostre treball ens centrarem en la racionalització material del dret.⁵²

Weber analitza com el procés de racionalitat afecta paulatinament les diferents normes i dogmes religiosos, és a dir, com afecta la racionalització material al dret sacre. Per fer aquesta anàlisi parteix de la concepció grega i romana antigues, passant per les grans religions monoteistes com el cristianisme, el judaisme i l'islamisme i acabant per analitzar les religions a Xina, l'hinduisme i la religió xiïta.⁵³ Weber descriu aquestes religions i les seues normes i operadors jurídics i com, segons els casos, es van racionalitzant els continguts religiosos i jurídics, com es va introduint aquesta tendència cap a un dret racional i formal, de tipus més o menys lògic o empíric.

El dret sacre que s'havia introduït en diversos camps jurídics progressivament es veu desplaçat d'aquests camps jurídics objectius. Weber analitza entre altres, molts supòsits com les normes del dret matrimonial, dret successori i dret familiar, que en

⁵¹ Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 603.

⁵² Tal i com hem mencionat a l'anterior epígraf, el mateix Weber considerava que la diferència entre les condicions materials i formals de la racionalitat del dret eren de caràcter gradual.

⁵³ Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 603 i ss.

un origen eren de domini capital del dret sacramental i que passen a formar part del dret objectiu. Després continua analitzant les relacions existents entre el dret profà i el dret sacramental i com, segons els casos, el formalisme màgic i ritual del dret sacramental es va vore paralitzat per un procés de racionalització, que el va fer segons els casos totalment ineficaç. Weber analitza com aquest procediment de racionalització va afectar al dret sacramental, juntament amb la penetració d'elements de caràcter racional i formalista que introdueixen el procés de codificació del codis europeus.⁵⁴ Weber es centra en analitzar com la racionalització afecta de manera directa a la primera versió del dret natural. El dret natural basat en una legitimació divina o sacramental.

El procés de racionalitat al dret a Weber també el tracta Schluchter, es repeteix afirmant que tant la vessant formal com la material del dret han de donar la legitimació al procediment de creació del dret.⁵⁵

Weber al seu concepte de racionalitat formal del dret pressuposa una estricta separació entre dret i moralitat. Per a ell, la llei obté la seua legitimitat no des de la moralitat, sinó des de les seues propietats formals.⁵⁶ Aquestes propietats formals són:

⁵⁴ Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 609.

⁵⁵ Wolfgang Schluchter, *Max Webers Studie über das antike Judentum*, Surhkamp, Frankfurt a.M, 1981, pp. 130 i ss: "La mostra no és la confrontació entre una racionalització material i una formal del dret. La racionalitat material significa que la norma ha de tenir una dignitat qualitativa com a lògica generalitzada, abstreta dels sentits que influencien a les decisions legals, imperativa ètica o utilitarista o un altra regla de sentit general o una màxima política. Torna a aparèixer el conflicte de la modernitat i la generalització, com a característiques del procés racionalitzador. Els conceptes de "*Generalisierung*" i el de "*Modernisierung*", són tractats també per Jürgen Habermas al seu discurs de la modernitat, al seu capítol "*Das Zeitbewußtsein der Moderne und ihr Bedürfnis nach Selbstvergewisserung*". Tal i com afirma Schluchter, hi han dos "pensaments manipuladors" que són el de la generalització i el de la sistematització del dret material, la racionalitat del dret parteix de dos elements clars la generalització i la sistematització, que afecten tant a les relacions jurídiques com a als seus efectes a la creació del dret o la cerca del dret o ambdues conjuntament. "1- *Generalisierung*, bedeutet die "Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls maßgebenden Gründen auf ein oder mehrere, Prinzipien als Rechtssätze sowie die Isolierung und Abstrahierung der tatbestandsmerkmale die rechtlich relevant sein sollen. 2- *Systematisierung* bedeutet " die Inbeziehungsetzung aller durch eine Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, daß sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchloses und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden".

⁵⁶ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 72.

- Un sistema legal de normes, desenvolupat per juristes professionals, que ordeni les normes socials existents.
- Un legislador que crea la llei que és vàlida generalment i està formulada de manera abstracta
- Un poder judicial i un govern que cerquen aplicar i executar aquestes lleis.⁵⁷

Amb aquest conjunt de propietats formals el dret té la seua pròpia racionalitat que no es fa dependre de paràmetre morals, en conseqüència, la llei i la moral han de ser dues esferes separades, perquè la legitimitat de la llei ja no depèn de la moralitat sinó de la legalitat.⁵⁸

La relació entre la moral i el dret és, sense cap mena de dubte, el punt que més diferencia a Weber i a Habermas de la Teoria de L'Acció Comunicativa. Segons Habermas, la llei i la moralitat estan inexorablement connectades, ja que les propietats formals del dret, tal i com les descriu Weber, no es poden entendre com a racionals des d'un punt de vista moral neutre i, per tant, no poden garantir la legitimitat de la llei.⁵⁹

Habermas entén que hi ha dimensions morals implícites a les propietats formals de la llei de les quals fa dependre la seua legitimitat. Per tal d'assegurar la legitimitat del dret, els procediments legals han de proporcionar oportunitats a l'argumentació moral.⁶⁰

Habermas considera el model de l'argumentació moral al discurs pràctic, com un procediment vàlid per a obtenir decisions racionals, on es podrien jutjar les qüestions normatives des d'un punt de vista moral. Les condicions per a promoure aquest

⁵⁷ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 73.

⁵⁸ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 73.

⁵⁹ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 73.

⁶⁰ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 74.

discurs pràctic que donarà lloc a decisions en base a un consens racional en matèries morals i que propiciaran normes de caràcter moral amb validesa universal són:

- que siga lliure de coaccions i diferències de poder;
- que possibiliti igual oportunitats de participació;
- que cap tema haja de ser exclòs de la discussió;
- que l'única força acceptada siga la del millor argument.⁶¹

Habermas, com vorem, accepta el diagnòstic de Weber en quant a la racionalització del dret i els factors que la propicien, però es diferencia de manera notable en la solució donada, en la manera de proporcionar legitimació al dret i en la vocació de validesa universal. A més d'aquesta important diferència, Habermas qualifica el paper de la racionalització de Weber en l'evolució del dret com ambigua, perquè fa possible de manera simultània tant la institucionalització de l'acció econòmica i administrativa racionals, com la separació dels sots -sistemes d'acció racionals.⁶²

Tal i com vorem a la present tesi doctoral Habermas amb el *Faktizität und Geltung*, variarà completament la seua percepció en quant a les relacions entre dret i moral, acostant-se a una posició més semblant a la de Weber.

⁶¹ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 75.

⁶² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 332.

1.4. EL CONCEPTE DE DRET A MAX WEBER A LA TEORIA DE L'ACCIÓ COMUNICATIVA.

Abans de poder analitzar com el procés de racionalització afecta al dret, hem de definir el concepte de dret a Weber tal i com ho recull Habermas a la seua obra. La sistemàtica que farem servir en aquest apartat és diferent a la que fa servir Habermas a les seues obres. El punt de partida és la definició de dret natural a Weber i com Habermas analitza aquest concepte a la seua obra. Un cop analitzat el concepte de dret natural, estudiarem com aquest dret es veu afectat pel procés de racionalització i com acaba per transformant-se en dret modern. L'anàlisi estructural que suggerim respecta la successió de fets en el temps, tal i com l'havia entès Weber, a més de respectar la lògica argumental de l'autor.

Analitzar el concepte de dret i el procés de racionalització del dret weberianà, tal i com apareix a l'obra de Habermas, és bastant complicat perquè Habermas defineix alhora els dos conceptes, tant el procés de racionalització com el concepte de dret weberianà i, per tant, hi ha apartats i conceptes que apareixen barrejats fent-se bastant complicat analitzar-los per separat. Weber situava el seu concepte del dret dintre de la teoria general sociològica. Aquest fet es degut no només a la seua formació personal com a jurista i com a historiador legal, sinó també pels mètodes que fa servir per a constituir la distinció entre activitat econòmica i l'organització, a la que ell anomena capitalisme burgès. A *Economia i Societat*, Weber fa una profunda diferenciació entre els punts de vista jurídic i sociològic de la llei, ja que les relacions entre el dret i la sociologia, i el seu anàlisi de desenvolupament del dret no estan connectats accidentalment.⁶³

El punt de vista legal està dirigit per a determinar la validesa de la llei, i els sociòlegs s'interessen en què passa quan la gent actua en societat amb el concepte de llei al cap.⁶⁴ Aquests dos punts de vista són quelcom diferent. Weber entenia que el

⁶³ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., pp.649-669.

⁶⁴ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., pp.649-669.

pensament legal tenia la seua pròpia lògica que ha estat determinada en un procés històric, tendent a incrementar la racionalitat formal de la llei com a part d'un singular punt de vista del món.⁶⁵ Weber diferencia a la seua definició del dret, entre dret natural i dret modern. Aquesta separació entre ambdós tipus de dret no és casual, ja que partint de la positivització del dret natural, aquest s'adequa a estructures lògiques i racionals, es racionalitza, i es transformarà en dret modern.

Tal i com Habermas afirma, Weber sosté una concepció positivista del dret, ja que considera dret tot allò que el legislador polític amb legitimitat democràtica o no, en virtut d'un procediment legalment institucionalitzat, diu que és dret.⁶⁶ La legitimitat del dret és, per tant, independent de la moral.⁶⁷

Habermas afirma que el fet de que Weber analitzi el naixement del capitalisme des del punt de vista de la institucionalització d'orientacions de les accions racionals, l'obliga a analitzar, a més del paper de l'ètica protestant de la professió, el paper del dret modern emmarcat en aquest procés.⁶⁸

Dintre d'aquest fil argumental, Weber afirma que és mitjançant el desencantament de les imatges religioses del món i la descentralització de la comprensió del món, com es produeixen les condicions prèvies que han de donar-se per a que la concepció sacra del dret pugui ser transformada, i la legitimitat del dret no depengui de la moral.⁶⁹ Per

⁶⁵ M. Albrow, "Max Weber Critical Assessments, Tom III, (*Legal Positivism and Bourgeois Materialism: Max Weber's View of the Sociology of Law*)" p. 326.

⁶⁶ Jürgen Habermas. *Recht und Moral* (Tanner Lectures 1986), Surkamp Verlag, Frankfurt a. M. 1992. Edició traduïda al Francès, *Droit et Morale*, Tanner Lectures, Éditions du Seuil, 1997. Edit. Traces Écrites, Paris, 1997., p. 15. Aquesta qualificació de positivista que Habermas fa de Weber, es deguda al fet de que el darrer legitima el concepte de dret pel procediment legalment institucionalitzat. Aquest punt és fonamental en el desenvolupament d'aquest treball. El primer Habermas fa una crítica excel·lent al positivisme jurídic i construeix una teoria de legitimació jurídica propera als postulats del iusnaturalisme racional, aplicant els principis de dret i moral universals.

⁶⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p 16.

⁶⁸ Jürgen Habermas. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 338

⁶⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p 363.

això afirmem que el dret és part activa d'aquest procés de desencantament de les imatges religioses, al seu cas, del desencantament de la concepció sacra que envoltava al dret tradicional.

1.5. CONCEPTE DE DRET NATURAL DE WEBER A L'OBRA DE HABERMAS

Weber dedica un capítol a la seua obra *Economia i Societat* a la definició, orígens i transformacions del dret natural, introduint a més una diferenciació entre dos tipus de dret natural. El punt de partida és la ideologia *ius – naturalista* com a forma de legitimitat.⁷⁰

Weber, ens recorda que la “*lex naturae*” és una creació essencialment estoica, que el cristianisme recull per establir un pont entre la seua pròpia ètica i les normes del món, considerant com a dret legítim el que provenia de la divina voluntat. Defineix el dret natural com el conjunt de normes vigents situades en front del dret positiu i, amb independència d'ell, que no deuen la seua dignitat a un establiment arbitrari sinó, al contrari, legitimen la força obligatòria d'aquell. El dret natural era el conjunt de normes que no fan dependre el seu valor del fet de que un legislador legítim les haja constituït, sinó de qualitats purament immanents. Weber introdueix a la seua obra tres conseqüències fonamentals que ha comportat el dret natural i el seu concepte de legitimitat.

La primera conseqüència que provoca que el dret natural haja estat una forma específica de legitimitat dels ordenaments jurídics revolucionàriament creats, és a dir, que ha estat sempre la forma en que les classes socials s'insurreccionaven contra l'ordre existent i atorgaven legitimitat a les seues normes jurídiques, sense haver de recolzar-se en la tradició o en normes religioses positives.⁷¹

La segona conseqüència que ha provocat el dret natural, és que ha fet que tot tipus de poders autoritaris hagen pretès una justificació iusnaturalista dels seus actes. Weber posa com a exemple d'aquesta conseqüència la teoria de l'Escola Històrica que justificava la preeminència del dret consuetudinari sobre les noves normes jurídiques

⁷⁰ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., pp. 639 i ss.

⁷¹ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 640.

legislades, en tant en quant el legislador no podia restringir la vigència d'un dret consuetudinari o minvar la seua força derogatòria de lleis, ja que no podia prohibir el seu esdevenir històric.⁷²

La tercera conseqüència del concepte dret natural que Weber ens introdueix, és la pretesa legitimitat que pretenien assolir mitjançant el dret natural el conjunt de teories de l'esperit del poble, que postulaven aquest esperit com la única font natural i legítima del dret i de la cultura.⁷³

Enfront d'aquestes conseqüències irracionals que es pretenen justificar mitjançant el iusnaturalisme, varen aparèixer com forma d'oposició les teories iusnaturalistes de racionalisme jurídic, ja que segons Weber, només aquests axiomes poden donar origen a les normes de tipus formal.⁷⁴ Com a conseqüència d'això, el dret natural només es pot entendre *a potiori* com aquest conjunt d'axiomes racionalistes.⁷⁵

Per això podem parlar de l'existència en un primer moment, de dos tipus de dret natural clarament diferenciats en quant als mitjans de legitimació de les normes jurídiques i polítiques, però amb l'aparició del dret natural racional, el dret natural només es pot entendre en aquest sentit.

La legitimació iusnaturalista del dret positiu pot basar-se en condicionats formals o materials, tot i que com el mateix Weber afirma la diferència és gradual, ja que la legitimació del dret positiu no pot coincidir amb conceptes jurídics sense contingut, i per tant la legitimació iusnaturalista racional del dret positiu acaba essent sempre sota paràmetres materials.⁷⁶

⁷² Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 641.

⁷³ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 642.

⁷⁴ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 642.

⁷⁵ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 643.

⁷⁶ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 643.

Per a determinar què és legítim en sentit iusnaturalista, podem partir dels criteris materials, que són la raó, la naturalesa i les normes derivades de la interacció d'ambdós criteris.⁷⁷ Els criteris materials pels quals és legítim el dret natural, han de ser entesos dintre de la tradició moderna on no posseeixen cap contingut metafísic, més aviat al contrari, ja que demostren sobre quins pressupòsits cal un acord per atorgar força de legitimació.⁷⁸

Així doncs, les normes obtingudes per la col·laboració lògica de conceptes ètics i jurídics, també pertanyen a aquest conjunt de normes naturals, als principis universals i obligatoris que “ni Déu mateix pot canviar” i als quals cap ordenament jurídic pot oposar-se.⁷⁹

Weber continua analitzant a la seua obra com els dogmes iusnaturalistes van evolucionant i acaben derivant en consideracions de tipus utilitaristes, tot i reconèixer el fet que tots els dogmes iusnaturalistes han influït sempre, amb més o menys intensitat, sobre la creació i l'aplicació del dret. Aquests dogmes iusnaturalistes han sobreviscut de manera parcial a les condicions econòmiques que existien en el moment de la seua aparició i constitueixen un component important i autònom del desenvolupament del dret.⁸⁰

Habermas a la seua obra no recull el concepte de dret natural weberiana de la manera exhaustiva que el concepte mereix.⁸¹ Habermas a més defineix el dret natural racional un cop ha definit el concepte de dret modern, ja que considera que el dret natural

⁷⁷ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 642.

⁷⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 28.

⁷⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 28.

⁸⁰ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 645.

⁸¹ Habermas tampoc analitza el pas del dret natural “diví” al dret natural racional, sinó que analitza directament el concepte de dret natural racional, partint de l'anàlisi weberiana, i fent servir definicions encunyades per Kant, Rousseau i Hobbes. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p.162 i ss.

racional, es situa per sobre del dret positiu, perquè té una legitimació superior universal i no depèn del procés de racionalització intern del dret.⁸²

Per tant la sistemàtica a l'hora de definir els conceptes és diferent a la que fa servir Weber, o la que proposem ací, ja que enlloc de definir el procés tal i com ho entenem en el temps, parteix d'una exposició basada en el rang jeràrquic de les normes constituïdes, on el dret natural és a l'esglaió més alt de la piràmide. Coincidint amb la diferenciació entre els dos tipus de dret natural segons la seua font de legitimació que són el dret natural racional i dret rellevat, Habermas a l'igual que Weber, afirma que cal diferenciar el dret natural racional, que és aquell que atén a principis racionals de fonamentació i que, per tant, representa una etapa més avançada de racionalització pràctico - moral, com del dret positivitzat i del dret tradicionalista.⁸³

Així, al procediment legal tradicional, les accions són jutjades a la llum de normes jurídiques particulars donades, i que no es basen en principis jurídics de caràcter universalista. Aquesta és l'aportació del dret natural, el qual suposa que els principis jurídics es poden deduir de manera racional i tenen una validesa universal.⁸⁴

Gradualment aquesta legitimitat iusnaturalista va anar afectant al dret positiu, i si bé en una primera etapa es va basar en axiomes irracionals, posteriorment va variar cap a axiomes del racionalisme jurídic.^{85/86}

⁸² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 162.

⁸³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 162

Aquesta afirmació habermasiana està clarament basada en la teoria weberiana, i segueix fil per randa els arguments donats per Weber i exposats en aquest capítol.

⁸⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 350.

⁸⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 350.

⁸⁶ Tal i com Schluchter estableix a *Wertfreiheit und Verantwortungsethik, zum Verhältnis von Wissenschaft und Politik bei Max Weber*, Mohr, Tubinga, 1971. Weber atenent a la diferenciació dels diversos àmbits jurídics, i als fonaments conceptuals del dret, analitza la racionalització del dret fent una analogia amb el desencantament de les vies de la salvació, i encunya el concepte de desencantament de les vies jurídiques.

El dret natural racional, segons la perspectiva habermasiana, vincula la legitimitat del dret a condicions formals, on la característica essencial d'aquest dret natural són els drets de llibertat i sobretot la llibertat de contracte.⁸⁷ Habermas entén que el dret no només està assentat sobre principis, sinó també sobre una base metajurídica, o metafísica, i que per això necessita un tipus de legitimació en base a aquests paràmetres.⁸⁸ Fa doncs, una defensa clara del dret iusnaturalista racional, que no fa dependre la seua legitimació i validesa en paràmetres racionals propis. Aquesta postura variarà de forma dràstica al llarg de l'obra habermasiana.

Per això un cop analitzat el concepte de dret natural a Weber i com Habermas ho analitza, ara definirem el procés de racionalització al dret, per acabar definint el resultat d'aplicar la racionalització al dret, que és part del que considerem dret modern.

⁸⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 341.

⁸⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p.348.

1.6. CONCEPTE DE DRET MODERN DE MAX WEBER A L'OBRA HABERMASIANA.

El concepte de Dret a Weber té importants repercussions en el concepte de dret legítim de Habermas, tant en la seua primera concepció com a la segona que introdueix l'obra *Faktizität und Geltung*.

Weber inicia el seu estudi sobre el dret modern analitzant com el fenomen del particularisme creixent afecta al desenvolupament de nous camps jurídics del dret occidental fa servir com exemple d'aquesta especialització que afecta als camps jurídics en base a paràmetres de caràcter objectiu, l'aparició del dret mercantil, que és un dret específic per a un determinat tipus de persones i per a un tipus de relacions econòmiques.⁸⁹ Aquests drets moderns específics no només tenen una codificació específica, sinó que a més, els corresponen nombrosos Tribunals específics, el que en conjunt provoca un debilitament del formalisme jurídic motivat per interessos merament materials.⁹⁰ Així, les qualitats formals que es debilitaven havien sigut conseqüència de la combinació d'un formalisme jurídic màgicament condicionat i de la irracionalitat, condicionada per la revelació, per un procediment jurídic primitiu i, eventualment per una racionalitat material antiformalista.⁹¹

Amb aquesta nova tendència particularista introdueix una creixent racionalitat jurídica especialitzada, una sublimació lògica i una creixent força deductiva del dret, que provoca un creixement racional del procediment jurídic i la substitució de la subjecció a característiques sensibles purament externes, per una creixent interpretació lògica de les normes jurídiques.⁹²

⁸⁹ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 648.

⁹⁰ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 649.

⁹¹ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 650.

⁹² Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 648.

Weber també fa servir com a exemple d'aquesta particularització el dret penal, que substitueix la venjança per fins penals ètics, racionals o utilitaris i, al mateix temps introdueix progressivament a la pràctica jurídica elements no formals.⁹³

Tal i com hem esmentat anteriorment, Weber entén el dret modern en termes positivistes, és el dret que s'ha establert per decisió i que és aliè a acords racionals i a les idees de fonamentació, per formals que aquestes puguin ser.

Weber reinterpreta el dret modern en termes que aquest pugui estar desconnectat de l'esfera del valor i apareix, des de l'origen, com a una materialització institucional de la racionalitat cognitivo-instrumental. Weber considera al dret com una esfera que a l'igual que a la producció material de béns o la lluita pel poder legítim, és susceptible de racionalització formal.⁹⁴

Un altre punt que desenvolupa Weber a la seua obra és que el dret modern és un dret de juristes, no només l'aplicació de les normes, sinó també en la creació del dret que queda cada cop més lligada a procediments de tipus formals i amb això a la competència professional dels juristes.⁹⁵ Aquesta concepció és important a efectes de l'objecte del present treball doctoral, ja que un dels principals arguments de la democràcia deliberativa és convertir els ciutadans afectats per una determinada norma jurídica en partícips del procés de codificació, és a dir, que el dret modern siga tant en la creació com en l'aplicació un dret dels ciutadans i no un dret dels juristes.

⁹³ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 652.

⁹⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 357.

⁹⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 357.

Weber afirma que paral·lelament als influxos que afecten el dret i la pràctica jurídica, i als condicionats que es donen per exigències de tipus social, i que venen provocats per la democràcia i per la burocràcia monàrquica, existeixen també les ideologies internes dels juristes pràctics.⁹⁶

El fet de que la formació jurídica i els funcionaris especialitzats de l'administració de justícia i l'administració pública es professionalitzen, fomenta la sistematització dels preceptes jurídics i la coherència de la dogmàtica jurídica, és a dir, una ampla racionalització del dret segons criteris interns i purament formals de precisió conceptual, rigor deductiu i justificació per principis.⁹⁷

Aquesta revolució tecnològica produeix com a primer factor fonamental el canvi o l'ampliació de normes, que es fa seguint el procediment jurídic preestablert, o es fan servir nous procediments i requisits formals, que fan que es produeixi alhora una més gran racionalització del dret.

Al capítol primer de l'obra "Economia i Societat", Weber identifica la llei amb la coercitivitat organitzada del poder.

El concepte de llei a Weber, es fa servir per diferenciar fenòmens, i es pot caracteritzar per diferents factors positivitat, legalitat, formalisme i coactivitat que ara passem a definir:

⁹⁶ Max Weber, *Economia y Sociedad*, op. cit., p. 653.

⁹⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p.363. Aquesta situació que ja descriu Weber, és ara més actual que mai, ja que actualment la sistematització del dret és molt més evident, cada cop el dret va derivant en noves especialitzacions, i es va dividint cada cop en més especialitats. Les noves especialitzacions jurídiques deriven del naixements de nous camps científics, tecnològics, etc, que reclamen una regulació jurídica i que tal i com afirmava Weber, objectivitzen i racionalitzen encara més el dret. L'exemple més clar és el dret a Internet, que afecta a diferents camps del dret, entre ells els drets fonamentals, com ara el dret a la intimitat, honor i a la pròpia imatge, el drets relatius a la propietat intel·lectual, dret penal, dret internacional privat, etc. En aquest sentit volem destacar els Col·loquis de Vic VI, sobre el Dret, editat. Universitat de Barcelona, on es tracten en diferents col·loquis, comunicacions i ponències assumptes relacionats amb el positivisme jurídic i el dret. Destaquem l'article de Philippe Bénétou, "Sur les impasses du positivisme juridique" on s'analitzen les contradiccions internes del positivisme i la negació del dret que suposa l'acceptació del positivisme jurídic, per què com diu Bénétou, en el fons el positivisme no existeix, sinó que el que anomenen positivisme està enquadrat dintre del relativisme dogmàtic.

a) *Positivitat*. El dret modern regeix com un dret positiu estatut. No es forma per interpretació de les tradicions sagrades i reconegudes, sinó que expressa la voluntat de un legislador sobirà, que fent ús del mitjà d'organització, que és el dret, regula convencionalment situacions socials. Aquesta característica weberiana també és tractada per Lübbe, qui li dedica un capítol de la seua obra *Legitimität kraft Legalität*⁹⁸. Lübbe parteix de la crítica que Kelsen fa als conceptes sociològics de l'Estat, a la seua obra *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, crítica feta a l'any 1911, on es defensa la tesi d'una identitat entre Estat i Dret.⁹⁹

b) *Legalitat*. El dret modern no suposa a les persones jurídiques cap motivació ètica, fora d'una obediència general al dret; protegeix les seues inclinacions privades dintre dels límits sancionats. No es sancionen les intencions dolentes, sinó les accions que es desvien de les normes (el que suposa les categories de responsabilitat i de culpa).¹⁰⁰

c) *Formalisme*. El dret modern defineix àmbits on les persones privades poden exercir legítimament el seu arbitri.¹⁰¹ Es pressuposa la llibertat d'arbitri de les persones jurídiques al seu àmbit, neutralitzat, d'accions que són privades, que comporten conseqüències jurídiques. El comerç jurídic privat queda regulat negativament per via de la restricció de les facultats reconegudes en principi. En aquest àmbit està permès tot allò que no estiga jurídicament prohibit.

⁹⁸ Weyma Lübbe, *Legitimität kraft Legalität, Sinnverstehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern*, J.C.B. Mohr, Tübingen. 1991, pp. 25 i ss.

⁹⁹ Weyma. Lübbe, *Legitimität kraft Legalität, Sinnverstehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern*, op. cit., p. 28.

¹⁰⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 352.

¹⁰¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 352.

La positivitat, la legalitat i el formalisme són les característiques generals d'una institucionalització jurídicament vinculant d'àmbits d'acció estratègica, on els seus límits queden ben definits. A més, signifiquen que la validesa del dret ja no pot nodrir-se de l'autoritat de les tradicions ètiques, sinó que és menester un fonament autònom, és a dir, una fonamentació que no siga relativa només a les finalitats donades.¹⁰² Tot i que Habermas coincideix amb Weber en aquestes característiques, les redefineix introduint la necessitat d'una vocació d'universalitat com a caràcter bàsic de tot procés de racionalització del dret.¹⁰³

d) *Coactivitat*. La legalitat d'un contracte entre subjectes jurídics privats significa que les obligacions jurídiques poden ser exigides jurídicament. L'exigibilitat automàtica del compliment de les obligacions del contracte garantiran l'obediència del dret.¹⁰⁴

Habermas seguint les teories de Bendix, fa un resum d'allò que es pot considerar la denominació legal a Max Weber i destaca com a punts bàsics:¹⁰⁵

- Qualsevol norma es pot estatuir o positivitzar-se com a dret, amb la pretensió i expectativa de que serà obeïda per tots aquells que estan subjectes a l'autoritat de la comunitat política.
- El dret es considera com un sistema de normes abstractes, intencionadament estatuïdes, i l'administració de justícia consisteix en l'aplicació d'aquestes regles als casos particulars. L'administració estatal està vinculada per regles jurídiques i s'exerceix d'acord a principis generals, formulats, que han sigut objecte d'aprovació o que al menys poden suposar-se acceptats.

¹⁰² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 352.

¹⁰³ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 6.

¹⁰⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 354.

¹⁰⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 233.

- Els que ocupen les posicions d'autoritat no són senyors personals, sinó superiors que temporalment exerceixen el càrrec per virtut del qual posseeixen una limitada autoritat.
- Les persones que obeeixen a l'autoritat legalment constituïda ho fan com a ciutadans, no com a súbdits, i a qui obeeixen és a la llei i no al funcionari que li imposa.

El primer Habermas, influenciat de manera directa pels autors de l'escola de Frankfurt, configura la política i els mitjans de comunicació com a factors deshumanitzats i inclou el dret dintre d'aquests tipus de factors, perquè augmentaven la racionalització dels móns de vida. A la mateixa Teoria de l'Acció Comunicativa, Habermas es refereix al dret fent servir una frase de W Hennis : “El dret natural modern parteix encara de la doctrina vella europea que veia la societat com una comunitat políticament constituïda i integrada mitjançant normes jurídiques. Les noves categories del dret formal burgès oferien certament la possibilitat de procedir reconstructivament i de presentar l'ordre jurídic – polític, des d'un punt de vista normatiu, com a mecanisme racional”.

L'herència weberiana té dues vessants doctrinals totalment antagòniques. La primera és la mantinguda per Strauss,¹⁰⁶ qui sosté una oposició directa a la tesis weberianes.¹⁰⁷ La cultura i la societat per aquest autor només es prenen en consideració com a mitjans del processos de formació en els que els autors en veuen implicats al llarg de les seues vides. La teoria de la societat experimenta així una conseqüent contracció que la converteix en psicologia social.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Strauss A, *Naturrecht und Geschichte*, DTV, Frankfurt a.M, 1956.

¹⁰⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 212.

¹⁰⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 209.

La segona vessant la representen K.O Apel i J. Habermas, que parteixen de la crítica del decisionisme per a proposar una concepció renovada de la raó practica, que en si mateixa està al servei de la continuació de l'empresa de la Il·lustració.¹⁰⁹

Habermas recull aquesta normalització del dret en diferents obres. Comença a tractar la teoria de la racionalització jurídica a *Theorie des Kommunikativen Handelns, Band I, Handlungsrationality und Gesellschaftliche Rationalisierung*,¹¹⁰ fins al *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*.¹¹¹

Així a la introducció de versió castellana del *Faktizität und Geltung*, feta per Manuel Jiménez,¹¹² l'autor obre al capítol primer del llibre la perspectiva de què és possible una coordinació entre filosofia política, sociologia del dret i teoria del dret i, ho fa situant la teoria del dret a Habermas al context de la seua Teoria de l'Acció Comunicativa.

La polèmica entre positivisme i iusnaturalisme té una ampla cabuda a l'obra de Habermas, tal i com hem vist, i torna a aparèixer en sentit jurídic amb el desenvolupament d'aquestes característiques del dret modern a Weber. Habermas atribueix la influència positivista a Weber, al temps en el que va viure, tal i com he esmentat abans. Aquesta visió positivista del dret, té com a conseqüència bàsica que la seua argumentació no pugui adoptar una vessant de caràcter universalista, en el sentit que fa servir Habermas aquest concepte. Tal i com Habermas afirma, el problema de la legitimació es resol al positivitzar-se el dret. La legalitat de les

¹⁰⁹ Monique Canto – Sperber, “*Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale*”, Presse Universitaires de France, París, 1996.

¹¹⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1, *Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., Dintre d'aquesta obra destaquem els capítols, “*Max Webers Theorie der Rationalisierung*” i “*Von Luckács zu Adorno: Rationalisierung als Verdinglichung*”.

¹¹¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992. Dintre de l'obra destaquem el capítol, “*Soziologische Rechts- und philosophische Gerechtigkeitkonzepte*”.

¹¹² Manuel Jiménez Redondo, en Jürgen Habermas. *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2001, Introducción y traducción.

decisions es mesura per l'observància de procediments formals inobjectables, i així evita al sistema jurídic d'una problemàtica, com és la de la fonamentació que afectava al dret tradicional.¹¹³

Per altra banda, la polèmica s'aguditza quan apareix la necessitat de justificar i la possibilitat de criticar les normes jurídiques que no representen sinó tot el contrari de la seua positivitat, el principi de positivització i el principi de fonamentació que deixen mútuament.¹¹⁴

Habermas centra la important qüestió de la legitimitat de la llei refusant el positivisme jurídic, pel qual la llei està legitimada si s'ha elaborat d'acord amb el que estipulen els procediments legals.¹¹⁵

El dret s'ha de conceptualitzar com a sistema empíric d'acció, perquè sinó els conceptes filosòfics romanen buits i les ordres socials es compenetren amb idees i interessos¹¹⁶. Weber fa servir el tipus ideal de racionalització, no com estàndard contra els que les desviacions històriques estan mesurades. Per a ell és un barreja estranya entre principis ètics, pessimisme cultural i esperança per a una precària oportunitat per a llibertat humana.¹¹⁷ Weber és un escèptic en qüestions de normatives, està convençut de que la decisió entre els diferents sistemes de valors no pot justificar-se, no es pot motivar racionalment.¹¹⁸

¹¹³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 279.

¹¹⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 279.

¹¹⁵ Stephen Kenneth Baynes, *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 206. "Nothing is given prior to the citizen's practice of self-determination other than the discourse principle, which is built in the conditions of communicative sociation in general, and the legal medium as such".

¹¹⁶ Stephen Kenneth Baynes, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p.206.

¹¹⁷ Reinhard Bendix, "Marx Weber's interpretation of Conduct and History", a *American Journal of Sociology*, vol. 51, pp. 518- 526.

¹¹⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit.; p. 236.

Davant de la posició mantinguda per Habermas envers l'obra de Weber i envers el positivisme, hi trobem moltes posicions totalment antagòniques, personificades en autors de reconegut prestigi, que defensen el positivisme en les seues diferents concepcions.

Entre molts d'aquests autors podem destacar John S. Dryzek, qui crítica a Habermas per la seua condemna al positivisme, afirmant que qualsevol que accepti la postura habermasiana davant el positivisme haurà d'abandonar presumiblement la cerca empírica dirigida a una explicació causal dels fenòmens socials.¹¹⁹

Aquesta afirmació, no és del tot certa, ja que la construcció habermasiana del dret, tot i connectar el dret i la moral en un determinat estadi, pot tenir una vessant empírica i cercar resultats de caràcter empíric, i que aquests puguen ser assumits des d'una perspectiva universal.¹²⁰

Un altre autor que també tracta la influència positivista en el concepte de llei a Weber, és Rheinstein, qui afirma que la definició de llei a Weber té punts de similitud amb la definició d'Austin, la llei com a director de la sobirania. També hi ha connexions entre la definició weberiana i la que Kelsen desenvolupa a la seua teoria pura del dret.¹²¹

Aquesta referència a les crítiques fetes a Habermas des del positivisme i des del Iusrealisme, han estat afegides perquè partint entre d'altres aspectes d'aquestes crítiques, Habermas ha evolucionat en el seu concepte de legitimació del dret, separant-lo definitivament de la moral. Per tant, al nostre parer, Habermas acaba per

¹¹⁹ John S. Dryzek, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 98.

¹²⁰ John S. Dryzek, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 98.

¹²¹ M. Albrow, "Max Weber Critical Assessments" a *Legal Positivism and Bourgeois Materialism: Max Weber's View of the Sociology of Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 1971, p. 329.

Si be no tractarem de manera pormenoritzada la crítica a aquesta posició habermasiana, no poden deixar d'esmentar obres com: Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.

cedir en certa manera a les crítiques d'aquests autors positivistes, tot i que manté les seues crítiques al llarg de tota la seua obra.

Podríem dir que Habermas, s'ha vist influenciat pel positivisme de l'època en la que està visquent, tal i com ell afirmava de Weber.

La darrera crítica que volem destacar és la realitzada per Hans Albert a la lectura que fa Habermas de l'obra de Weber.¹²² Tal i com afirma Boladeras, les debilitats i les inconsistències teòriques de Habermas assenyalades per Albert poden compendiar-se en els següents punts:

- 1) Les idees que Habermas pren de l'obra de Max Weber estan viciades per la inadequada lectura del llenguatge que l'autor fa de les aportacions weberianes;
- 2) El mateix pot dir-se en referència als anàlisis de Karl Bühler de les tres funcions del llenguatge i a altres autors com Skjervheim.
- 3) Habermas procedeix a una ontologització innecessària (referència als tres móns: objectiu, social, subjectiu), que s'acompanyen d'una ambigüitat metodològica generada per arguments erronis derivats d'una noció falsa del "sentit comprensiu" aplicat a les ciències socials.
- 4) *Aquesta perspectiva el porta a un essencialisme normatiu; semblant al que defensen els conservadors, crítics de Max Weber (com Strauss i Georg Weippert)*¹²³

¹²² Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 176. L'autora ha tractat en profunditat l'obra de Hans Albert en les seues obres: *Razón crítica y sociedad*, PPU, Barcelona 1985, així com a *Libertad y Tolerancia Éticas para sociedades abiertas*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1993. Entre les obres de Hans Albert, destaquem: *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973; *La miseria de la teología*, Alfa, Barcelona, 1982.; *Transzendente Träumereien, Karl-Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott*, Hoffman und Campe, Hamburg, 1975; *Aufklärung und Steuerung. Aufsätze zur Sprachphilosophie und zur Wissenschaftslehre der Sozialwissenschaften*, Hoffman und Campe, Hamburg 1976; *Traktat über rationale Praxis*, Mohr, Tübingen 1982; *Freiheit und Ordnung*, Mohr, Tübingen, 1987.

¹²³ En aquest punt volem fer notar la polèmica sobre la possible adscripció política de Strauss com a conservador. Coincidim amb l'exposició que es fa de la política de Strauss presentada per Olivier Sedeyn, a la presentació de l'obra de Leo Strauss, *Socrate et Aristophane*, L'Éclat, Paris 1993. En aquesta presentació de la figura de Leo Strauss s'afirma que l'autor ha passat per l'establishment acadèmic, com un vell reaccionari perquè no és el que s'anomena als Estats Units un liberal, és a dir un progressista. Strauss mai va intervenir de manera directa en política i va centrar la seua activitat exclusivament a exercir de professor de filosofia política. Si bé és certa la seua actitud favorable als Antics filòsofs, no va negar mai les possibilitats de fer servir el progrés tècnic i la difusió de la il·lustració. Strauss ha sigut criticat tant per l'esquerra com per la dreta dels Estats Units d'Amèrica. En aquest mateix sentit, vegeu l'obra Gregorio Luni, *El neoconservadurisme americà*, Angle – Idees, Barcelona, 2006 que dona les claus de la polèmica.

5) El concepte de racionalitat comunicativa no proporciona noves eixides pels problemes de la validesa i de la veritat. L'intent d'ajuntar la posició hermenèutica amb la pragmàtica no només no aporta solucions sinó que produeix una construcció teòrica imprecisa i equivocada en molts aspectes.¹²⁴

¹²⁴ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., p. 177.

1.7. CONCLUSIÓ

Com afirma Sitton, per a intentar comprendre la teoria de la societat contemporània de Habermas el millor és començar amb el sociòleg de principis del segle XX Max Weber. Habermas afirma que qualsevol anàlisi de Weber – què ell anomena “diagnòstic de l’època “- permeten descobrir els orígens del desordre cultural i social contemporani.¹²⁵

Entenem que l’obra de Weber també és necessària per a poder comprendre l’origen i l’evolució de la teoria iusfilosòfica a l’obra de Habermas. En conseqüència al present capítol hem analitzat els elements de l’obra de Weber que han influenciat la teoria filosòfica normativa de Jürgen Habermas. Tal i com hem demostrat al present capítol, les influències de Weber sobre la teoria comunicacional de Habermas són moltes i transcendents. L’anàlisi de les influències de la Teoria de la Racionalització weberiana sobre la Teoria de l’Acció Comunicativa ens permet entendre com Habermas veu la racionalització, les vessants positives i negatives de la mateixa i com aquesta afecta a les llibertats bàsiques de les persones.

Un cop analitzat el procés de racionalització en general estudiem com aquest afecta al dret en l’obra de Max Weber i com Habermas l’analitza a la seua obra la Teoria de l’Acció Comunicativa. Aquest punt entenem que ens ajudarà percebre l’evolució conceptual que Habermas pateix a la seua teoria. El capítol segueix analitzant la recepció que fa Habermas dels concepte de dret natural i de dret modern de Max Weber a la seua obra. Amb l’anàlisi d’aquesta recepció habermasiana establim els ciments per a poder desenvolupar en els capítols següents la diferenciació del tipus de procés de legitimació de les normes jurídiques. Aquests processos vindran determinats segons si parlem de normes de dret modern o de dret natural. Posteriorment, com vorem al llarg de la present tesi doctoral, Habermas acaba unificant els processos amb independència de les normes jurídiques, identificant legitimitat amb legalitat.

¹²⁵ John Sitton, *Habermas and Contemporary Society*, op. cit., p. 23.

CAPÍTOL SEGON

INFLUÈNCIES AL PRIMER CONCEPTE DE DRET DE HABERMAS DE LES TEORIES DE CONTROL SOCIAL I DE L'ANTIPOSITIVISME DE L'ESCOLA DE FRANKFURT

2.1. INTRODUCCIÓ

Seguidament, desenvoluparem com Habermas es veu afectat per les teories de racionalització dels autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt, i la transcendència que tenen les teories d'aquests autors tant sobre la racionalització del dret, com sobre el primer concepte de dret legítim a Habermas.

Les influències més importants que les teories dels autors de l'escola de Frankfurt varen produir al projecte de filosofia normativa de Habermas i que tractem en aquest apartat, són fonamentalment quatre:

- El nou concepte de racionalització o negativitat total al que arriba Habermas. Partint del concepte de racionalització weberiana, es veu influenciat pels autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt, els quals radicalitzen els efectes d'aquesta alienació sobre els individus i sobre la societat.
- La crítica al positivisme que rubriquen Marcuse, Horkheimer i Adorno, que primer i que després Habermas tractarà al seu concepte de dret. Aquesta situació, atribueix més arguments a la crítica frontal que Habermas realitza al positivisme en general i al positivisme jurídic en particular.
- Com a conseqüència directa del punt anterior, tractarem la defensa del dret natural que fa Franz Neumann, i que Habermas adaptarà al seu primer concepte de dret, a les formes de legitimació de les normes jurídiques i a les relacions entre dret i moral.

- Finalment, tractarem com les tesis luckasianes i marxistes de la teoria de la cosificació i de l'alienació afectaren de manera directa al conjunt d'autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt. Aquests autors es plantejaren una nova teoria de racionalització amb uns efectes totals, que provocarà una negativitat absoluta i que afectarà als individus en tots els seus actes tant en societat, com a nivell individual.

Els autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt es veuen afectats per aquest profund nihilisme que els afectarà a l'hora d'analitzar la situació en la que hom es troba a la societat del seu temps, una societat marcada de manera fatal pel nazisme i per l'holocaust del poble jueu.

L'estudi del fenomen de la negativitat a l'escola de Frankfurt es va anar introduint de manera gradual, ja que al començament, entenien que la racionalització negativitzadora es podia reconduir i dominar mitjançant la raó, fet que provocava que l'individu no perdés tota l'essència com a tal, com a persona. Aquests mateixos autors, que en principi consideraven la raó com a mitjà de reconducció de la negativitat total, al final de la seua obra consideraran com a inevitable el procés de racionalització total o negativitat, i es veuran afectats per un nihilisme total.¹²⁶

La racionalització comporta com a efecte bàsic la pèrdua de llibertat ja que hom deixa de ser lliure i es veu manipulat, segons l'escola de Frankfurt i sotmès intencionadament als designis de les élites.

En aquest apartat de la tesi tractarem com afecten al concepte de dret legítim de Habermas aquestes teories, ja que la desnaturalització de l'individu comporta aspectes transcendents tant al procés de legislació de les lleis com a la seua aplicació, com al mateix concepte de dret en si. Aquest epígraf del treball, el fem assumint la complicació que suposa fer una mena d'explicació o introducció resumida de l'escola de Frankfurt i

¹²⁶ Podem destacar entre les obres de caràcter clarament nihilista: *Dialèctica de la Il·lustració*, de Horkheimer i Adorno, *La Dialèctica Negativa* d'Adorno, *La por a llibertat* de Fromm o obres com *L'Home Unidimensional*, *Raó i Revolució* i *Eros i Civilització* de Marcuse, definida per Rolf Wiggerhaus, com la *Dialèctica de la Il·lustració* de Marcuse.

els seus autors de l'anomenada primera generació, i la dificultat que implica el fet de tractar les diferents connotacions que els autors donaren a la teoria de l'alienació, cosificació o negativització.¹²⁷

Tal i com afirma Horkheimer al prefaci de l'obra de Martin Jay, l'empresa (Institut) es va donar només gràcies al suport de Hermann Weil, i del seu fill Felix. Un grup d'homes interessats en la teoria social des d'unes arrels educatives diferents, que s'uneixen amb el pensament, i que coincideixen en que formulant una teoria crítica en l'època de transició en la que vivien podrien obtenir més resultats que fent determinades carreres acadèmiques. La seua unió va ser un acostament crític de la societat existent.

El present capítol comença amb una breu introducció sobre el que era l'escola de Frankfurt, sobre els seus orígens i treballs, sobre els problemes que patiren i sobre l'evolució tant a nivell acadèmic com humà, dels seus autors. Aquesta introducció, a més d'ajudar a entendre que s'entenia per l'escola de Frankfurt en conjunt, considerem que serveix per situar l'obra de Habermas, no només en quant al seu concepte de dret, sinó en general, ja que el mateix Habermas és membre de la segona generació de l'escola de Frankfurt i es veu molt influenciat per l'obra dels autors que la conformen.

¹²⁷ La primera de les obres és en llengua alemanya, Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1988. La segona obra, és en llengua anglesa, de Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950.*, University of California Press, Berkeley, California, 1973. Entre els estudis de l'Escola de Frankfurt en llengua castellana que he treballar en destacariem: Adela Cortina, *Crítica y utopía: la escuela de Frankfurt*, Cincel, Madrid, 1985. José Jiménez Blanco i C. Moya, *Teoría Sociológica Contemporánea*, Tecnos, pàg. 190-276. A la mateixa obra, també podem destacar els articles de C. Moya Valgañón, "Razón Dialéctica y Razón Analítica: en torno a Lukács", i J. Muguerza, "Teoría Crítica y razón práctica", pp. 161-179. A aquest article també s'analitza de manera pormenoritzada l'obra de Habermas. Lamo de Espinosa, E. i J. E. Rodríguez Ibáñez, *Problemas de teoría social contemporánea*, CIS, Madrid, 1994. Ritzer, G, *Teoría sociológica contemporánea*, McGraw-Hill, Madrid, 1993. Cal que esmentem especialment l'obra de Margarita Boladeras, *L'escola de Frankfurt*, UOC, Barcelona, 2006, on es fa una introducció dels membres de l'escola de Frankfurt i de la seua obra, concluint amb Habermas. També, a més, l'obra de Margarita Boladeras i Neus Campillo, *Filosofia social*, Síntesis, Madrid, 2001, pp. 252 – 254. A aquesta obra la Dra. Boladeras després d'introduir la teoria crítica de Horkheimer i Adorno enllaça amb l'obra de Habermas *Teoría i Praxis* i la participació d'aquest darrer juntament amb Adorno en la *disputa del positivisme alemany* en la que discutirem amb Popper i Albert sobre la teoria de les ciències socials.

Un cop definida l'escola de Frankfurt, analitzem el concepte de racionalitat als diferents autors, tal i com Habermas els tracta a la seua obra, fent èmfasi en les conseqüències teòriques i jurídiques que aquestes concepcions han tingut al primer concepte de racionalitat i de dret a Habermas. Una de les principals influències que els autors de l'escola de Frankfurt tenen sobre l'obra de Habermas és que la recerca d'un nou projecte de modernitat o de un nou món modern, basat sobre unes esferes no alienades i ampliades de racionalitat i d'existència col·lectiva, és l'objectiu fonamental que mou tant l'obra de Habermas, com la d'Adorno i de Horkheimer. Aquest objectiu implica de partida un replantejament del concepte de raó, ja que la raó és l'únic camí en la defensa dels interessos generals amb un sentit d'universalitat, on la conseqüència històrica haurà de ser un món de vida emancipat de les imposicions de la dominació i de l'explotació¹²⁸. Aquesta característica primordial, que Habermas comparteix amb Adorno i Horkheimer, el tractarem en aquest apartat del nostre treball en els aspectes que afectin al projecte de filosofia normativa habermasià i que, per tant, estiguen relacionats amb l'objecte de la nostra tesi.

El segon aspecte que desenvoluparem és la crítica directa que es fa al positivisme per part dels autors de l'escola de Frankfurt i com Habermas adopta aquest posicionament a la seua obra. Aquest apartat completa les crítiques al positivisme que al capítol anterior del treball ja hem introduït, si bé, en aquest apartat, les crítiques tenen una clara connexió amb l'escola de Frankfurt i no amb Weber. Al present capítol farem una especial menció, per la seua transcendència jurídica i les repercussions que tindrà a Habermas, la crítica al positivisme jurídic i la defensa del dret natural que fa Franz Neumann. L'autor adapta la crítica al positivisme de Marcuse i l'aplica de forma estricta al positivisme jurídic. El positivisme jurídic, juntament amb el formalisme jurídic, són segons Neumann i Marcuse els factors més significatius de la negativitat total. La defensa que Franz Neumann fa del dret natural constituint-lo com a element moralitzador del dret i com a mitjà efectiu de lluita contra aquest formalisme en excés que afecta al dret i el deshumanitza, també són tractades en aquest capítol del treball, ja que Habermas adopta una postura similar al llarg de la seua obra.

¹²⁸ Blanca Muñoz. <http://psicomundo.com/foros/psa-marx/teoriacritica/generacion2.htm>

2.2 L'ORIGEN DE L'ESCOLA DE FRANKFURT.

Hi ha hagut diferents denominacions per referir-se a l'Institut per a la Investigació Social que es va crear a Frankfurt am Main al 1922. L'Institut fou creat per Felix Weil i Marx Horkheimer, qui apareix com a cofundador i, progressivament, s'hi aniran incorporant autors de la magnitud i transcendència d'Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Erich Fromm, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, Friedrich Pollock, Lowenthal i Jürgen Habermas entre d'altres.¹²⁹ Aquest institut es va dedicar fonamentalment a l'estudi i investigació de la crítica social, del positivisme, de la psicoanàlisi, de l'emigració, del nazisme i del tercer Reich.¹³⁰

La denominació de "*Frankfurter Schule*" es dona als anys 60, i és una etiqueta que ve des de fora del cercle d'investigació, tal i com explica Wiggerhaus.¹³¹ "*Kritische Theorie*" és una altra de les denominacions amb les que es coneix l'escola de Frankfurt.

El fill del multimilionari jueu Hermann Weil, Felix Weil fundà al 1922 L'Institut per a la Investigació Social a Frankfurt.^{132/133}

¹²⁹ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950.*, p. 5.

¹³⁰ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 9.

¹³¹ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 22.

¹³² Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 22.

¹³³ Tal i com afirma Horkheimer al prefaci de l'obra de Martin Jay, l'empresa (Institut) es va donar només gràcies al suport de Hermann Weil, i del seu fill Felix. Un grup d'homes interessats en la teoria social des d'unes arrels educatives diferents, que s'uneixen amb el pensament, i que coincideixen en que formulant una teoria crítica en l'època de transició en la que vivien podrien obtenir més resultats que fent determinades carreres acadèmiques. La seua unió va ser un acostament crític de la societat existent. Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op. cit., Foreword. Com a conseqüència d'una paràlisi progressiva que afectà a Hermann Weil, la família Weil retornà a Alemanya de l'Argentina. A l'edat de 9 anys, Felix va ser enviat a Frankfurt, per assistir al Goethe Gymnasium i, més tard a la Universitat de Frankfurt, que era de recent creació. A l'edat de 21 anys (1918-1919), Fèlix Weil va assistir a les classes d'economia nacional del professor Robert Wilbrandt a la Universitat de Tübingen (Alemanya). El professor Wilbrandt era un dels pocs catedràtics socialistes d'Alemanya en aquella època i les seues idees tindrien influències determinants a la carrera de Felix Weil. Weil retornà a Frankfurt on va obtenir el seu doctorat magna cum laude, en ciències polítiques. La seua dissertació tractava sobre els problemes del desenvolupament del socialisme.

La creació d'un Institut de recerca social independent del rígid sistema universitari alemany, era un lloc excel·lent per a poder estudiar temes com els orígens de l'antisemitisme, que estaven vedats al currículum estàndard de l'educació superior a Alemanya. Hermann Weil va acostar-se a la idea del projecte de fundació i acordà donar una quantitat anual inicial de 120.000 marcs alemanys, la qual cosa va permetre assegurar la independència financera de l'institut. La independència intel·lectual i financera va ser un dels principals objectius de l'Institut. Un dels exemples d'aquesta independència, va ser la resposta negativa que Félix Weil va donar a la suggerència del Ministre d'educació alemany, quan aquest volia que l'institut s'anomenés Felix Weil Institut d'Investigació Social. Weil no va acceptar aquesta proposta perquè volia que l'institut fos conegut, i fins i tot fos famós per les seues aportacions al marxisme com a disciplina científica, i no pel seu nom. Felix Weil va ser el primer director de l'institut i anomenà a Kurt Albert Gerlach, economista del "*Technische Hochschule*" a Aachen, com a candidat per a la seua substitució, retenint el propi Weil la direcció en el plànol administratiu i financer. Gerlach morí sobtadament a l'edat de 36 anys d'un atac de diabetis i no va poder desenvolupar un dels seus principals objectius acadèmics, la realització de les conferències sobre anarquisme, socialisme i marxisme, tal i com havia fet constar al "Memoràndum de la Fundació de un Institut de Recerca Social". La decisió que va haver de prendre Weil, en quant a trobar un substitut de Gerlach va ser molt complicada. Korsch i Lukács, que semblaven els més propers a les idees de l'Institut, no estaven en disposició de ser-ne directors de l'Institut, ja que com a polítics comunistes actius, haurien provocat la protesta a la Universitat. Van sonar altres noms de pensadors importants, com el del catedràtic socialista Wilbrandt, estudiós de Marx i del marxisme (professor de Weil). També aparegueren com a possibles substituïts Franz Oppenheimer, qui va ser al seu inici metge en exercici, després economista i al 1919 Catedràtic Ordinari de Sociologia i Teoria econòmica a la Universitat de Frankfurt am Main. Finalment es va escollir a Carl Grünberg, nascut a Focsani (Romania), a l'any 1861, fill d'una família jueva, qui estudià jurisprudència de 1881 fins a 1885 a Viena. Grünberg era la primera opció proposada pel seu antecessor Gerlach, i va haver de

deixar el seu lloc de professor de dret i ciència política a la Universitat de Viena per acceptar el seu lloc a Frankfurt.¹³⁴

La creació oficial de l'Institut va ser el 3 de Febrer de 1923, per un Decret del Ministre d'educació, seguint un acord signat entre el Ministeri i la "*Gessellschaft für Sozialforschung*". La seu de l'Institut es va instaurar de manera temporal al hall del Museu de Ciència Natural de Frankfurt, acceptant una invitació temporal del Professor Drevermann del Senckenberg de l'esmentat Museu.¹³⁵ Al Març de 1923 traslladen l'Institut a la Victoria Allee 17, cantonada de Bockhenheimer Landstrasse, al campus universitari.¹³⁶

Grünberg va continuar la tasca de subratllar la independència financera de l'Institut en relació amb l'administració. Independència que era el que diferenciava l'Institut dels altres centres de recerca.¹³⁷ El to que va imprimir Grünberg a l'Institut va ser molt diferent al que el seu successor, Horkheimer, utilitzaria. Un exemple simptomàtic d'aquest canvi de direcció van ser els importants lligams que va mantenir l'Institut amb el Marx-Engels Institut de Moscou, sota la direcció de David Ryazanov.¹³⁸

Al gener de l'any 1931 accedeix a la direcció de l'Institut Max Horkheimer, substituint a Grünberg. El nomenament de Horkheimer va suposar una sorpresa, ja que a l'any 1930, estava treballant amb dedicació plena en un treball d'habilitació i tres articles inacabats.¹³⁹ La primera tasca que l'Institut desenvolupa, sota la direcció de Horkheimer,

¹³⁴ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 8.

¹³⁵ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 10.

¹³⁶ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 10.

¹³⁷ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 11.

¹³⁸ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 13.

¹³⁹ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 50.

va ser un estudi sobre les actituds dels treballadors i els empleats, enfront a diferents supòsits empírics d'Alemanya i la resta de l'Europa desenvolupada.¹⁴⁰

L'arribada de Horkheimer varen suposar marcades diferències amb Grünberg, ja que orientarà l'Institut exclusivament a estudis marxistes. Sota la seua direcció es sumen a l'Institut figures de la importància de Erich Fromm, Theodor W Adorno o Herbert Marcuse, i es dona lloc a l'anomenada Teoria Crítica.¹⁴¹

Un dels fenòmens que marca de manera transcendental la vida de l'Institut és l'arribada del nazisme a Alemanya. Naturalment, l'Escola de Frankfurt es veu directament afectada pels successos terribles que van produir-se amb la pujada de Hitler al poder a Alemanya, la segona guerra mundial i l'holocaust del poble jueu.

Com a conseqüència de la realitat social en la que es trobaren, els membres de l'Institut es dediquen a l'estudi del projecte de l'antisemitisme. En aquest projecte que duen a terme als Estats Units d'Amèrica a iniciativa del president del "*Kuratoriums de la New Yorker Carnegie Corporation*" (Frederick B. Keppel), hi intervenen, les grans agències de defensa dels jueus a Estats Units, "*American Jewish Committee*", la "*Anti-Defamation league*" i la "*Jewish Labor Committee*".¹⁴²

¹⁴⁰ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 26.

¹⁴¹ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 26.

¹⁴² Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 390.

Aquest projecte podia esclarir fins a quin punt Horkheimer, fill d'una coneguda família jueva conservadora, arrelada ja al Regne de Wüttemberg, o Erich Fromm, fill d'una família ortodoxa jueva, on el pare era rabí,¹⁴³ entre milions d'altres estaven patint la repressió i aniquilament del seu poble. Tal i com afirma Sánchez, el discurs històric no apuntava certament cap al regne de la llibertat sinó en direcció contrària cap al regne de la barbàrie.¹⁴⁴

També es simptomàtic, i producte del seu temps, l'estudi del feixisme i les seues condicions, que apareix a l'obra de Fromm, *The fear of Freedom*, on s'introdueixen els factors i elements psicològics de la llibertat als individus i com es veuen alterades pel feixisme.¹⁴⁵

L'arribada dels feixisme al poder a Alemanya, en va portar, com a conseqüència forçosa, que la seu de l'Institut s'anés traslladant segons s'anaven produint els esdeveniments d'una ciutat a una altra ciutat, d'un país a un altre país, primer Ginebra, després París i posteriorment la Universitat de Columbia a Nova York, on es consolidarà la denominació de teoria crítica a l'obra del autors de l'escola.^{146 147}

Abans de l'arribada de l'Institut a la Universitat de Columbia, Erich Fromm acceptà la invitació de l'Institut Psicoanalític de Chicago per a donar classes a 1934, després es traslladà a la Universitat de Columbia amb la resta dels membres de l'escola de Frankfurt.¹⁴⁸

¹⁴³ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 67.

¹⁴⁴ Juan José Sánchez, a *Dialéctica de la Ilustración*, introducció i traducció en versió castellana de l'obra de Max Horkheimer i Theodor W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung Philosophische Fragmente*", Amigo, Amsterdam, 1969. p. 23.

¹⁴⁵ Erich Fromm, *Die Furcht vor der Freiheit*, Steinberg Verlag, Zürich, 1945.

¹⁴⁶ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 156.

¹⁴⁷ Horkheimer sempre va voler que l'Institut escrivís en llengua alemanya, perquè sempre va tenir la idea de tornar a l'Alemanya post-nazi, i poder reconstruir la societat en la que havia nascut l'Institut.

¹⁴⁸ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 156.

A partir de l'any 1948, l'esdeveniment de les circumstàncies polítiques a Europa i especialment a Alemanya van possibilitar la tornada a Alemanya de Horkheimer i Adorno.¹⁴⁹

Altres autors, com ara Franz Neumann, qui va participar de manera activa en els judicis de Nüremberg contra els autors i col·laboradors de la barbàrie nazi a Europa, o Erich Fromm, Herbert Marcuse (amb un càrrec molt lligat al govern dels Estats Units d'Amèrica) i Otto Kirchheimer varen romandre als Estats Units.¹⁵⁰

La tornada a Alemanya, naturalment, pretenia la re-fundació de l'Institut de les ciències socials a Frankfurt. Un cop es superaren els problemes de salut que afectaven a Horkheimer, (tal i com apareix a una carta escrita per aquests autor a Lazarsfeld de 10 de juny de 1942).¹⁵¹

A Alemanya hi trobaren greus problemes financers.¹⁵² Finalment durant l'estiu de 1942, un contacte fet per Horkheimer amb el vice-president executiu de l'American Jewish Committee, John Slawson, qui va demostrar el seu interès als treballs de l'Institut sobre l'antisemitisme, ja que pretenien evitar a Amèrica el que ja havia passat a Europa, va resultar en una considerable quantitat de diners, que va ajudar a l'Institut a finançar-se de manera molt més detallada. Horkheimer va arribar a ser degà i rector de la Universitat de Frankfurt fins que es jubilà a l'any 1959.¹⁵³

¹⁴⁹ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 156.

¹⁵⁰ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 220.

¹⁵¹ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 342.

¹⁵² Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 221. Els problemes per trobar una financiació per l'Institut van arribar a fer escriure a Horkheimer una carta dirigida a Pollock: "una financiació ha de ser obtinguda, perquè al contrari el treball pel que vivim, i suposo que també és el teu objectiu com el meu, no només el treball de les nostres vides intel·lectuals sinó també la base material de les nostres vides es destruirà".

¹⁵³ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 632.

Els teòrics de la crítica social de l'escola de Frankfurt van ser els primers en analitzar les noves configuracions de l'Estat i l'economia a les societats capitalistes contemporànies, per criticar les noves claus de la cultura de masses i comunicacions, analitzant els nous models de tecnologia i formes de control social i els nous models de socialització i la pèrdua de la individualitat a les societats de masses.¹⁵⁴

L'Escola de Frankfurt, vis-à-vis amb el Marxisme, analitza i confronta les conseqüències de la integració de les classes treballadores i l'estabilització del capitalisme pel projecte del canvi radical social i cerca la integració de la filosofia, la teoria social i la política als estudis dels seus camps d'actuació contra les forces de dominació social.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Douglas Kellner, a la introducció a l'obra Herbert Marcuse: *One-Dimensional Man*, Beacon Press, Boston, 1991, p. 29.

¹⁵⁵ Douglas Kellner a *One-Dimensional Man*, op.cit., p. 30.

2.3. EFECTES DE LA TEORIA DE LA NEGATIVITAT DE HORKHEIMER I ADORNO AL PRIMER CONCEPTE DE DRET DE HABERMAS

Tal i com hem avançat anteriorment, en aquest apartat tractarem la nova formulació de la teoria de la racionalització per part dels autors de l'escola de Frankfurt, tal i com apareixen a l'obra de Habermas, i les repercussions que aquestes teories tindran en el seu projecte de filosofia normativa.

L'obra que millor exemplifica aquesta nova reformulació de la teoria de la racionalització és la *Dialèctica de la Il·lustració* de Horkheimer i Adorno. En aquesta obra tant Horkheimer com Adorno acceptaren el diagnòstic de Weber a l'hora d'entendre la modernitat i la il·lustració.¹⁵⁶ Els autors introdueixen un procés progressiu i irreversible de racionalització de totes les esferes de la vida social, que comporta, a la vegada, la progressiva funcionalització i instrumentalització de la raó, amb la consegüent pèrdua de sentit i llibertat. La radicalitat de l'obra ve imposada per la mateixa realitat dramàtica que els autors viuen, i que exposen a la *Dialèctica de la Il·lustració*.¹⁵⁷

El principal objectiu dels autors és realitzar una anàlisi crítica de la civilització caracteritzada per les combinacions industrials a llarga escala, el control manipulant, l'avenç tecnològic i l'estandardització.¹⁵⁸

¹⁵⁶ John Sitton, *Habermas and Contemporary Society*, op. cit., p.60, on l'autor afirma: Georg Lukács, Max Horkheimer, Theodor Adorno i Herbert Marcuse, van fer servir els pensaments de Weber per a aprofundir en l'anàlisi del capitalisme modern.

¹⁵⁷ Juan José Sánchez, a Max Horkheimer i Th. Adorno, *Dialèctica de la Il·lustración*, op.cit., p. 23.

¹⁵⁸ Th. Adorno, *Einleitung in die Soziologie*, Surkamp, Frankfurt am Main, 1993. Aquesta obra recopila el darrer cicle de conferències que va pronunciar Adorno l'any de la seua mort, a més, és l'únic cicle del que ha quedat gravació de les mateixes. L'obra és una compilació on podem destacar com adients al nostre treball les classes 10, de 18 de Juny de 1968 i la classe de data 11 de juliol de 1968. Adorno fa una defensa sobre la necessitat d'una teoria dialèctica de la societat a les seues lliçons de sociologia, en especial a la lliçó de 18 de juny de 1968.

a) *La negativitat total*

la realitat social apareix descrita d'una manera molt més negativa, que el signe de resignació que demostrava Weber.¹⁵⁹ Horkheimer coincideix amb Weber en el fet d'entendre que a mesura que avança la burocratització de l'economia i de l'administració, s'incrementa la racionalitat, que és assegurada amb independència dels judicis i decisions racionals en base a valors dels membres de l'organització. Són aquestes mateixes organitzacions les que es fan càrrec de la regulació de les accions que, pel cantó subjectiu, només necessiten quedar aferrades als motius utilitaristes que estan generalitzats.¹⁶⁰

Horkheimer concedeix la pèrdua de la llibertat de manera semblant a Weber, tot i que en termes més psicoanalítics, així a l'igual que Weber, Horkheimer veu en el resultat d'aquesta evolució de les imatges del món la formació d'esferes culturals de valor, que obeeixen cadascuna a la seua pròpia legalitat específica.¹⁶¹ Aquesta divisió d'esferes culturals es deu a que la veritat objectiva universal és substituïda per una raó formalitzada i relativista en els aspectes més profunds.¹⁶²

Horkheimer i Weber també coincideixen al punt de què conceptes com la solidaritat social i la identitat dels subjectes estan en perill al produir-se aquest desencantament de les imatges religioses del món.¹⁶³

¹⁵⁹ Juan José Sánchez, a Max Horkheimer i Th. Adorno, *Dialèctica de la Il·lustración*, op.cit., p. 23. L'autor afirma que ha de ser considerat com un signe de resistència davant la tendència permanent de la raó il·lustrada a cedir davant la lògica del domini i oblidar en conseqüència les seues víctimes

¹⁶⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 493.

¹⁶¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 485.

¹⁶² Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente.*, op.cit, p. 22.

¹⁶³ Rolf Wiggershaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 366.

El punt de partida de la teoria de la negativitat total vindrà determinat per l'experiència històrica d'idees com llibertat, solidaritat i justícia, deduïdes de la raó pràctica, que donaren ales a la Revolució francesa, i que Marx va recobrar en termes de crítica de la societat. Tal i com he afirmat anteriorment, la teoria de la negativitat que Horkheimer i Adorno introdueixen a la *Dialèctica de la Il·lustració*, és una mena de teoria de racionalització weberiana radical, per això afirmen que el domini no només es paga amb l'alienació de les persones respecte dels objectes dominats, sinó que amb la cosificació de l'esperit varen ser afectades fins i tot les relacions dels homes entre ells mateixos.¹⁶⁴

Als individus se'ls inculca els modus normatius de conducta, presentats com els únics naturals, decents i raonables, fet que provoca que els membres de la societat quedin determinats només com a coses, com elements estadístics.¹⁶⁵ Una de les conseqüències previstes per part dels autors d'aquesta nova negativa total, és el fet de que Hitler demanés que es reconegués el dret vital a les matances en nom del principi de sobirania, sancionat pel dret internacional, que tolera tota violència en terra aliena.¹⁶⁶

Tal i com Weber havia postulat, els autors de l'escola de Frankfurt afirmen, en un passatge de la *Dialèctica de la Il·lustració*, que quant més complicat i subtil és l'aparell social, econòmic i científic, on la direcció del sistema de producció ha adaptat des de fa temps el cos, tant més pobres són les experiències de les que aquest és capaç. L'eliminació de les qualitats, la seua conversió en funcions, passa de la ciència, mitjançant la racionalització de les formes de treball, al món de l'experiència dels pobles i assimila tendencialment a aquests, novament dintre del grup dels batracis.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Max Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 81.

¹⁶⁵ M. Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 82.

¹⁶⁶ M. Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 231.

¹⁶⁷ Max Horkheimer i Th. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 231.

Així els postulats de Horkheimer sobre la crisi de la raó i la crisi d'allò individual, tal i com Weber ho havia concebut, també tenen cabuda a l'obra *Eclipse of Reason*, especialment al capítol "*Rise and Decline of the Individual*" on es poden veure també les similituds amb les teories habermasianes.¹⁶⁸

Així, per exemple, la destrucció de la identitat de l'individu a Horkheimer, no només es posa en relació directa amb la burocratització, sinó que es refereix també al despreniment dels sistemes d'acció racional d'acord a fins respecte de la cultura, respecte d'un horitzó de la "cultura", és a dir, respecte a l'horitzó del món de vida, viscut com a racional.¹⁶⁹

Horkheimer i Adorno recullen a la *Dialèctica de la Il·lustració*, els efectes que aquesta negativitat (definida entre d'altres a *Eclipse of Reason*) provoca en el dret, en especial al capítol "D'una Teoria del Delinqüent"¹⁷⁰.

Horkheimer i Adorno afirmen: "que el dret civil continua funcionant per a regular divergències que es creen entre els empresaris que han sobreviscut a l'ombra de la gran indústria. A més el dret civil es converteix en una mena d'arbitratge, la justícia pels de sota, que no té en compte, ni de manera superficial, els interessos dels afectats s'ha convertit en un terror".¹⁷¹

La tutela jurídica, que ara desapareix, definia la propietat. El monopoli, en quant a la propietat privada que ha arribat a la seua plena realització, anul·la el concepte de la mateixa. *Aquesta negativitat que té aquests efectes jurídics fonamentals, cobra*

¹⁶⁸ Max Horkheimer, *Eclipse of Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1947, p. 128.

¹⁶⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 496.

¹⁷⁰ M. Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 270.

¹⁷¹ M. Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 272.

*existència als drets moderns de llibertat, i significa la destrucció sistemàtica de tot allò substancial, inclòs fins a la insubstancialitat i el desarrelament.*¹⁷²

Habermas introdueix a la seua obra, la tesi de la pèrdua de llibertat tant de Horkheimer com d'Adorno¹⁷³ i defineix la Dialèctica de la Il·lustració com un resum de la Crítica de la raó instrumental.¹⁷⁴

Aquesta afirmació considerem que no és del tot exacta, ja que si bé és cert que a la seua crítica de la raó instrumental, Horkheimer ja fa una introducció del procés cosificador com a tal, i estableix les diferències entre els conceptes de raó objectiva i raó subjectiva, encara no s'havia plasmat la negativitat i rotunditat amb la que els autors conclouen a la Dialèctica de la Il·lustració.

Aquesta afirmació s'emmarca dintre de la dura crítica que Habermas fa d'aquesta obra, a la que titlla com el llibre més negre de Horkheimer i Adorno, i del concepte d'Il·lustració que els autors han aportat".¹⁷⁵ Tal i com Habermas sentència, el camí ja no l'indica Marx, sinó Nietzsche".¹⁷⁶

Amb aquesta clara tendència nihilista, Horkheimer i Adorno, afirmaven a la "*Dialèctica de la Il·lustració*" que al món il·lustrat la mitologia s'havia dissolt a la profanitat.¹⁷⁷

¹⁷² M. Horkheimer i Th. Adorno, Max Horkheimer, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 231.

¹⁷³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., pp.468 i ss.

¹⁷⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 485.

¹⁷⁵ Jürgen Habermas, "Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung", Neue Rundschau, núm. 108, Frankfurt am Main, 1997. "Dialektik der Aufklärung Glanz und Elend eines Buches".pp. 60 i ss. En aquest article Habermas fa una crítica molt semblant a la que apareix a la seua obra: *Teoria de l'acció comunicativa*, a Horkheimer i Adorno i, explica a més, dels dubtes de Horkheimer en quant a la publicació de l'obra que va ser escrita a Santa Monica (Califòrnia) a l'any 1944, i va ser publicada per l'editorial Amigo Amsterdam posteriorment.

¹⁷⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 485.

¹⁷⁷ M. Horkheimer i Th. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit.

En aquest mateix sentit, tal i com afirma Wellmer, Habermas ha traduït la teoria crítica de la societat en els termes d'una teoria d'acció comunicativa, de tal manera que ha establert un marc conceptual nou des d'on es poden diferenciar diferents tipus de racionalitat i d'acció, i amb això superar els plantejaments de Marx, Weber, Horkheimer i Adorno.¹⁷⁸

Com a petit comentari de l'objecte que tractarem als següents capítols de la tesi doctoral, podem avançar, la nota introductòria del professor Jiménez a la traducció en castellà de l'obra *Faktizität und Geltung* de Habermas, ja que a més ens serveix per a vincular la teoria de la negativitat d'Horkheimer i Adorno amb el concepte de dret de Habermas.¹⁷⁹

Es tracta de la correspondència estructural entre la llibertat i la igualtat modernes enteses com a negativitat, el dret positiu modern, i el deslligament de la lògica del medi abstracte de regulació que representa el diner i de la lògica del medi abstracte de regulació que representa el poder polític administratiu.

La negativitat permet al dret positiu una estructura autoreflexiva de tal complexitat en les funcions que exerceix, que permet l'inaudit grau de complexitat i objectivització dels processos socials regulats per aquests mitjans, que aquests processos es tornen inabastables pels subjectes, anonimant-los. Horkheimer i Adorno, desenvolupen una teoria del feixisme i de la cultura de masses que tracta els aspectes psico - socials d'una deformació que arriba fins als límits més íntims de la subjectivitat i s'estén als fonaments motivacionals de la personalitat, que explica al mateix temps la reproducció cultural des del punt de vista de la cosificació.¹⁸⁰ Mentre que la teoria de la cultura de

¹⁷⁸ Albrecht Wellmer, *Teoría crítica de la sociedad y positivismo*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 89. Aquest autor és un dels crítics destacats de l'obra de Habermas per Margarita Boladeras a la seua obra *Comunicación, ética y política Habermas y sus críticos*, op.cit. De la bibliografia de Wellmer destaquem per la seua relació amb l'escola de Frankfurt i l'obra de Habermas: *Praktische Philosophie und Theorie der Gessellschaft. Zum Problem der normativen Grundlagen einer kritischen Sozialwissenschaft*, Uni. Verlag, Kontanz, 1979. *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985. A R.J. Berstein, "Reason, Utopia and the Dialectic of Enlightenment" a *Habermas and Modernity*, op. cit.

¹⁷⁹ Manuel Jiménez a Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, op. cit., p. 38.

¹⁸⁰ Manuel Jiménez a Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, op. cit., p. 38.

masses parteix de que la forma de mercaderia s'apropia també de la cultura ocupant tendencialment amb ella totes les funcions de l'home, la teoria del feixisme¹⁸¹ té un canvi de funció premeditat, conscientment induït per les élites polítiques, de les resistències que per la naturalesa subjectiva oposa la racionalització.¹⁸² Amb les despeses psico-socials de la racionalització, tal i com Habermas esmenta, Horkheimer té ja a la vista els fenòmens que després tractaran Foucault, Laing, Basaglia i d'altres.¹⁸³

La radicalitat dels autors s'expressa en diferents paratges de les seues obres, com *Minima Moralia* d'Adorno, tal i com estableix Lamo de Espinosa.¹⁸⁴ El discurs de l'escola de Frankfurt és així un discurs apocalíptic de la fi de l'alliberació, de la total absorció de la negativitat, que arriba, seguint a Weber i a Lukács a la pròpia raó.¹⁸⁵

A l'obra *Eclipse of Reason*, Horkheimer afirma que han arribat a la conclusió que la societat es desenvolupa cap a un món administrat totalitàriament, que tot serà regulat.¹⁸⁶

També apareix com a exemple d'aquesta negativitat i de l'abandonament a tota esperança les darreres paraules de la *Dialèctica de la Il·lustració*, la sospita no és la descripció de la realitat com un infern, sinó la rutinària exhortació a sortir d'ella. Si el discurs s'ha de dirigir avui a algú, no és a les anomenades masses ni a l'individu, que és

¹⁸¹ Max Horkheimer i Th W Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., pp., 144–198.

¹⁸² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 492.

¹⁸³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 493.

¹⁸⁴ Emilio Lamo de Espinosa, *Teoria de la cosificación, de Marx a la escuela de Frankfurt*, Alianza, Madrid, 1981, p. 127. «Els homes es veuen rebaixats a la categoria de comedians d'un documental monstruós que ja no coneix a cap espectador perquè fins al darrer d'ells té assignat un paper a la pantalla». «Justament aquesta negació, substància de tota racionalitat civilitzadora, és la cèl·lula de la irracionalitat mítica que continua proliferant: amb aquesta negació de la naturalesa l'home es fa confús i fosc no només el telos del domini de la naturalesa exterior, sinó també la mateixa vida. Al moment en que l'home s'amputa la consciència de si mateix com a naturalesa, tots els fins pels que es manté en vida: el progrés social, l'increment de totes les forces materials i intel·lectuals, inclòs la consciència, perden tot el valor, i la intronització del medi com a fi, que adquireix al capitalisme tardia el caràcter d'oberta bogeria, és perceptible ja a la prehistòria de la subjectivitat.»

¹⁸⁵ Emilio Lamo de Espinosa, *Teoria de la cosificación, de Marx a la escuela de Frankfurt*, op. cit., p. 127.

¹⁸⁶ Max Horkheimer, Th W Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op. cit., p. 194.

impotent, sinó a un testimoni imaginari, a qui nosaltres li deixem en herència per a que no perilli sencerament amb nosaltres.¹⁸⁷

Un altre aspecte que volem destacar de l'obra d'Adorno i Horkheimer per la influència que ha tingut a Habermas, i al seu concepte de dret, és la crítica total que aquests autors fan al positivisme.

b) *Crítica al positivisme*

Amb la *Dialèctica de la Il·lustració* Horkheimer i Adorno radicalitzen la teoria de la cosificació lukácsiana, que era una interpretació radicalitzada de l'obra de Weber.¹⁸⁸ Un dels aspectes més destacats d'aquesta postura és la crítica que fa Horkheimer a la Teoria del Positivisme Lògic que apareix al "*Zeitschrift*" a l'any 1937.¹⁸⁹

La posició de Horkheimer envers del positivisme va anar evolucionant, i si bé en un principi entenia que l'empirisme defensat com a practica per Locke i Hume, contenia cert dinamisme, i fins i tot un cert element crític, el positivisme lògic contemporani havia perdut aquesta qualitat subversiva. *El positivisme de tota mena ho entén com l'abdicació de la reflexió, basat en un empirisme que centrat en la percepció ignora l'element actiu de tota cognició.*¹⁹⁰

¹⁸⁷ Max Horkheimer i Theodor W Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p.195.

¹⁸⁸ En aquest sentit el mateix Habermas defineix l'obra de Luckács com a radicalització de l'obra weberiana. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., pp. 447 i ss.

¹⁸⁹ Max Horkheimer, "Der neueste Angriff auf die Metaphysik", *ZfS* VI, I (1937).

¹⁹⁰ Martin. Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 62.

Tal i com afirma Habermas, Horkheimer va criticar de manera directa la falsa equiparació que el positivisme estableix entre la comprensió positivista de la ciència i una metafísica que es limita a ometre les teories científiques sense contribuir a la seua comprensió.¹⁹¹

Horkheimer considera el neopositivisme com una veritat limitada que intenta atorgar-se un paper despòtic del pensament, es limita a refusar la identitat que afirma entre ciència i veritat. El positivisme es limita a analitzar els procediments que troba a la pràctica científica, per això venera les ciències institucionalitzades.¹⁹²

La ciència moderna, tal i com l'entenen els positivistes, es refereix a enunciats sobre fets i, per tant, pressuposa una cosificació de la vida en general i de la percepció en particular. Els fets que els mètodes quantitius afirmen descobrir-nos i que els positivistes afirmen com els únics científics, són normalment fenòmens superficials que més que aclarir distorsionen la realitat que els envolta.¹⁹³

Tal i com Habermas afirma a la *Dialèctica de la Il·lustració*, Adorno introdueix la seua crítica al positivisme que acabarà per devaluar totes les ciències socials.¹⁹⁴ (Entre elles òbviament el dret).

La crítica total al positivisme continua durant l'obra, i es presenta com una contribució al domini total sobre els individus.

¹⁹¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 502.

¹⁹² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 502.

¹⁹³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 503.

¹⁹⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 518.

Les seues conseqüències del domini no només es paguen amb l'alienació dels homes respecte als objectes dominats, sinó que amb la cosificació de l'esperit també és dominen les relacions de cada individu amb si mateix.¹⁹⁵

Les construccions crítiques que fan aquests autors en el camp de les ciències naturals i socials, són de plena aplicabilitat al dret i, posteriorment Habermas adopta part d'aquestes crítiques en la seua primera concepció del dret, a la fonamentació i legitimació iusnatural, i la seua crítica al positivisme jurídic.

La crítica al positivisme realitzada per Horkheimer va trobar la seua primera aplicació jurídica al si de l'escola de Frankfurt amb l'obra de Franz Neumann, qui al *Zeitschrift* de 1937, ja va reflectir el seu interès legal. Neumann, fent servir arguments paral·lels a Horkheimer i Marcuse, afirmava que la llei als països feixistes és il·legítima, perquè era una llei positiva que no estava basada en els fonaments racionals de la llei natural.¹⁹⁶

Aquesta afirmació, per tant, no desllestitima la llei perquè el poder polític que estableix la llei siga feixista, sinó perquè la mateixa no es basa en fonaments racionals iusnaturalistes, amb independència del procés que s'haja adoptat per a la seua aprovació.

Les formes de dret natural amb les que treballava Neumann estaven fonamentades en la creença de que els principis del dret poden ser quelcom derivat de les normes de la naturalesa. Totes les doctrines de llei natural que Neumann, va tractar al seu assaig del *Zeitschrift* estaven basades en un concepte d'hom com a fi racional, afirmant les seues concordances amb Hegel qui va atacar les formes prèvies de dret natural però no la noció de dret natural en si mateixa. Així Neumann afirmava que no havíem de ser conduïts a l'extrem del positivisme, el pragmatisme, i tal vegada mantenir un cert nihilisme relativista.¹⁹⁷ Per aquest motiu, les teories de dret natural que estan basades en

¹⁹⁵ Max Horkheimer i Theodor Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, op.cit., p. 81.

¹⁹⁶ Martin. Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 146.

¹⁹⁷ Martin. Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p 146.

aspectes optimistes sobre la naturalesa d'hom, acaben lògicament en teories anarquistes, i si tenen aspectes pessimistes, impliquen absolutisme.¹⁹⁸

Aquestes construccions jurídiques també seran de molta transcendència en l'obra de Habermas i tindran especial ressò al seu concepte de dret, tant en una primera etapa com a la segona, que des d'un punt de vista filosòfic, és a dir, diferenciat del jurídic i del polític, analitzem en la present tesi doctoral i intentem complementar amb l'obra d'Ackerman.

¹⁹⁸ Martin. Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p 147.

2.4. EFECTES AL PRIMER CONCEPTE DE DRET HABERMASIÀ DE LA PÈRDUA DE LLIBERTAT TOTAL A MARCUSE

Sobre Herbert Marcuse i la seua obra s'han escrit moltes obres, tesis doctorals, articles i reflexions i, com succeeix amb els altres autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt esmentats, la seua menció tot i que siga de manera introductòria és de caràcter obligatori en un treball com el nostre, tant per la seua repercussió sobre el concepte de dret a Franz Neumann i a Jürgen Habermas, com per la seua magnífica crítica al positivisme. La transcendència de la filosofia de Marcuse i, en especial, els seus estudis sobre els efectes de la racionalització tecnològica a la llibertat de les persones, a més de la seua crítica al positivisme, són encara temes de molta actualitat.

Els atacs a la llibertat que l'home pateix és el tema central d'obres com *Reason and Revolution*, *One-Dimensional Man* o *Eros and Civilization* entre d'altres, obres amb les que Marcuse va tenir molta influència als moviments estudiantils i juvenils de l'època, i fet que li proporcionà molta transcendència teòrica a l'anomenada revolució de maig de 1968.¹⁹⁹

Tal i com hem avançat anteriorment, el fenomen de la racionalització tecnològica, les seues característiques i efectes, a més de la manera de combatre aquesta alienació total són temes centrals de l'obra de Marcuse. Tots aquest temes tractats per Marcuse, tenen molta repercussió en la manera d'entendre el dret. Marcuse, també entén el dret com un sistema propiciador o limitador de la llibertat segons el seu procediment de legitimació i d'aplicació.²⁰⁰

¹⁹⁹ En la meua primera estada de quatre a mesos a la Universitat de Frankfurt (Agost 2002 – Desembre 2002), vaig poder coincidir amb dos investigadors italians (Universitat de Verona i Universitat de Florència) que hi dedicaven les seues tesis doctorals a Herbert Marcuse en termes de filosofia política. Aquesta és una dada més, de l'actualitat política i filosòfica de l'obra de l'esmentat autor.

²⁰⁰ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 113. Entre les diferents obres que desenvolupen aquest objecte podem destacar l'obra de Gvoden Flego i Wolfdietrich Schmied-Kowarzik, al seu apartat II, que dediquen específicament a aquesta formulació. Marcuse symposium 1988 in Dubrovnik, Editorial Germinal Verlag Giessen, 1989,, capítol II, p. 95-155. L'obra és una recopilació dels diferents articles exposats pels diferents autors a l'esmentat symposium de Dubrovnik.

Habermas es veu molt influenciat per l'obra de Marcuse en molts aspectes. En aquest apartat definirem els següents punts que estan relacionats amb l'objecte d'estudi del treball, i que són els següents:

- a) La crítica al positivisme que Marcuse vincula al llenguatge i que té efectes directes a la Teoria de L'Acció Comunicativa, que Habermas basa en la racionalitat del llenguatge.
- b) la relectura que fa Marcuse de Hegel, a qui vol deslligar de la seua imatge exclusivament conservadora i per la que Habermas també es veurà molt influenciat.
- c) La nova definició de la cosificació i els seus efectes, que Habermas també tracta a la "Teoria de L'Acció Comunicativa".
- d) El concepte de llei a Franz Neumann, que està molt influenciat per la teoria marcusiana i que tindrà moltes repercussions al concepte jurídic de Habermas i a la legitimació del dret..

Marcuse analitza el procés de racionalització tecnològica i els efectes que aquest fenomen estava provocant. La seua obra demostra la degeneració que pateix la societat mitjançant la racionalitat imposada per les tecnologies, i com d'aquest procés resulta un sistema de control social, totalitari i de dominació.²⁰¹

a) *La Racionalització*

Per a Marcuse, la societat constituïda ha de ser analitzada des de les seues estructures socials, polítiques i culturals, però també precisa d'una revisió de la lògica de la dominació i de l'inconscient social, que s'articula a través de la desublimació repressiva en que la realitat i el subjecte queden reduïts a simples eines de producció i de consum.²⁰²

²⁰¹ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 78.

²⁰² Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p 79.

Tal com ja havia fet Horkheimer, Marcuse, mitjançant la seua teoria de la racionalització, elabora una crítica al pensament negatiu del racionalisme hegel·lià, ja que a l'igual que amb Freud, Marcuse estava ansiós per canviar la imatge conservadora que es tenia de Hegel.²⁰³

Les influències hegelianes són patents a tota la seua obra, i així per a explicar elements fonamentals de la seua teoria, com ara el pensament unidimensional, (pensament que s'ha anat introduint a la societat mitjançant aquesta nova racionalitat tecnològica i la lògica de la dominació), Marcuse afirma que des d'un principi, el negatiu és al positiu, allò inhumà és a la humanització, i l'esclavatge és a l'alliberació, fent servir un dels sil·logismes hegelians.²⁰⁴

Marcuse, basant-se en els escrits de Lukács i Heidegger, finalment acceptarà el fenomen econòmic del fetitxisme i la dinàmica de l'acumulació del capital per a acabar realitzant una anàlisi molt més completa. Un dels aspectes més innovadors de l'obra de Marcuse és la postura que adopta davant del procés cosificador o alienador de l'ésser humà, on va introduir un caràcter psicoanalític.²⁰⁵

Aquestes novetats són adaptades i estudiades a la Teoria de l'Acció Comunicativa, on Habermas dedica un capítol a la cosificació, i als efectes que aquest procés provoca al dret.²⁰⁶

²⁰³ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p 79.

²⁰⁴ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, Beacon Press books, Boston, Massachussets, 1991, p. 146. En quant a les influències de l'obra de Hegel a Habermas, i en especial al seu concepte de dret, les formes de legitimació del dret, i la defensa del patriotisme constitucional, hi dediquem un capítol posterior del treball, perquè les influències hegelianes a l'obra de Habermas son determinants, tal i com ho són a Marcuse.

²⁰⁵ Charles Reitz, “*Liberating the critical in critical theory Transcending, Marcuse and Alienation*”, op. cit. p. 3.

²⁰⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit.

Marcuse entenia el procés d'alienació com un procés de des-estetificació, com una deformació dels sentits que fa possible la repressió i la manipulació de l'home. Considera que l'educació és l'únic mitjà per a combatre aquesta racionalització. L'objectiu educacional de Marcuse proposa que es restableixin els condicionants estètics com a mitjà de crítica cultural, activisme polític i la guia dels principis socials per a l'organització social del futur. Marcuse considera que els intel·lectuals i els artistes poden utilitzar la seua formació personal per a servir a una futura emancipació. Les humanitats van atreure a Marcuse ja que el seu objecte i metodologia van dirigits a centrar-se en qüestions com el significat de l'experiència humana, més que en la descripció de la informació. Marcuse amb l'article: "Some Social Implications of Modern Technology", defineix la caiguda de l'individualisme des del temps de les revolucions burgeses fins a l'aparició de la societat tecnològica moderna.²⁰⁷

Aquest article és bastant interessant i rellevant a l'objecte del nostre treball ja que analitza com la racionalitat afecta al desenvolupament de l'home i de la societat.

Així, en aquest article podem llegir que la racionalitat individual, va ser guanyada a la lluita contra les supersticions regnants. La irracionalitat i el domini posaven a l'individu en una crítica situació davant la societat.²⁰⁸

La raó crítica és el principi creatiu i la font tant de l'alliberament individual com de l'avenç de la societat. El desenvolupament de la indústria moderna i la racionalitat tecnològica soccava les bases de la racionalitat individual.²⁰⁹

Amb l'obra *l'Home Unidimensional*, que és un assaig sobre la ideologia de la societat industrial avançada, es radicalitza el triomf del pensament positiu en una societat de capital totalment hermenèutica, tancada, on mitjançant les noves formes de control o

²⁰⁷ Charles Reitz, Charles Reitz, "Liberating the critical in critical theory Transcending, Marcuse and Alienation", op.cit., pag. 4.

²⁰⁸ Charles Reitz, "Liberating the critical in critical theory Transcending, Marcuse and Alienation", op.cit., p. 4.

²⁰⁹ Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man*, op. cit., p. 29.

poder social es produeix com a efecte la creació de l'home unidimensional. *One Dimensional man* és una de les obres més transcendents des del punt de vista de la lluita contra el racionalisme. Partint de la influència hegeliana a l'anàlisi de la situació del món contemporani, i profundament influenciat pel marxisme clàssic, en aspectes com la integració del proletariat, l'estabilització del capitalisme, la burocratització del socialisme i l'absència de les forces del canvi social progressiu. L'obra descriu les pràctiques que conformen les estructures preexistents, les normes i, el comportament, en contrast amb el discurs multidimensional que es centra en les possibilitats que transcendeixen a l'establiment de l'estat dels assumptes. La teoria de Marcuse pressuposa l'existència d'un subjecte amb llibertat, creativitat, i autodeterminació que es troba en oposició davant del món – objecte. Hom és percebut com a substància i conté les qualitats que s'han de realitzar i les qualitats secundàries com valors, traços estètics i aspiracions, que han de ser cultivats per augmentar la vida humana.²¹⁰

Marcuse conclou que l'home unidimensional ha perdut o està perdent la seua individualitat, llibertat i l'habilitat per a poder controlar el seu propi destí. El preu que paga l'home unidimensional per a la seua satisfacció a la societat moderna és la pèrdua de la seua llibertat tant a nivell social com a nivell individual.²¹¹

L'home unidimensional, que és el resultat d'aquesta racionalització provocada per la revolució tecnològica i la nova lògica del progrés entre d'altres factors, fa que l'individu no conega les seues vertaderes necessitats.

Les necessitats de l'individu no són les seues pròpies, i no és capaç de resistir a la dominació, no pot actuar de manera autònoma. L'home unidimensional i la societat unidimensional són el resultat d'un llarg procés d'erosió de la individualitat que Marcuse ha criticat durant dècades.²¹²

²¹⁰ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 23.

²¹¹ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 5.

²¹² Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 28.

Marcuse fa una distinció entre les necessitats reals i les fictícies, i descriu com els individus es poden alliberar de les necessitats predominants i satisfaccions per tal de viure una vida més lliure i feliç. Així, continua afirmant, que la qüestió sobre quines són les necessitats vertaderes ha de ser contestada pels individus per si mateixos, sempre que puguin donar una resposta lliure.²¹³

Marcuse va ser un dels primers teòrics crítics que analitzà la societat de consum estudiant com el consumisme, la publicitat, la cultura de masses i la ideologia integren els individus a un sistema de capital estable.²¹⁴

Un exemple empíric d'aquesta afirmació és el fet que Marcuse al seu *Home Unidimensional* integra la noció de cultura industrial que Horkheimer i Adorno havien elaborat a la "*Dialèctica de la Il·lustració*" i que tantes connotacions impopulars tenia. Els exemples més negatius de l'art clàssic també varen ser absorbits per l'home unidimensional.²¹⁵

b- *Crítica al Positivisme*

Un altre dels punts a destacar d'aquesta obra per la transcendència que tindrà a l'obra de Habermas, és la crítica que fa Marcuse al positivisme des del llenguatge, i el paper que Marcuse atorga al dret en aquest procés.

Marcuse analitza l'evolució del positivisme, des dels seus orígens a l'escola de Saint Simon, qui definia el positivisme com a la realitat tecnològica, i entenien el terme positivisme, com la validació del pensament cognoscitiu per l'experiència dels fets; l'orientació del pensament cognoscitiu de les ciències físiques com a model de certesa i exactitud, i com la creença de què el progrés del coneixement depèn de la seua orientació. En conseqüència, el positivisme és una opressió contra tot tipus de

²¹³ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 9.

²¹⁴ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 29.

²¹⁵ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 216.

metafísica, transcendentalisme i idealisme, com a obscurantisme i modus regressius de pensament. La dimensió metafísica, que abans era el camp genuí del pensament racional, es converteix en irracional i no científic.²¹⁶

Marcuse continua analitzant l'evolució del positivisme al llenguatge des d'autors com Hume, Austin, Wittgenstein, afirmant que amb els efectes del positivisme en la societat actual, l'acceptació radical de l'empirisme es transforma en objecte del pensament positiu.²¹⁷

Una altra influència de Marcuse sobre l'obra de Habermas la trobem a l'obra *Reason and Revolution* escrita en llengua anglesa, i on Marcuse fa servir el terme alemany *Verdinglichung* (cosificació), concepte que atribueix a Marx en diferents apartats de l'obra.²¹⁸

El concepte de cosificació segons Marcuse és un canvi terminològic del concepte d'alienació. Aquesta alteració no significa una inconseqüent variació del concepte original de cosificació com a fetitxisme, sinó que comporta els mateixos efectes que l'alienació, tal i com afirmava Marx. Aquesta obra de Marcuse tindrà molta influència en Franz Neumann qui compartia plenament l'afirmació de què els grups industrials més poderosos tendeixen a assumir directament el control polític amb la voluntat d'organitzar el monopoli de la producció, destruir l'oposició socialista i propiciar l'expansió imperialista.²¹⁹

²¹⁶ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 172.

²¹⁷ Herbert Marcuse, *One – Dimensional Man*, op. cit., p. 182. Aquesta postura marcusiana és la mateixa que adopta Habermas a la seua teoria de l'acció comunicativa.

²¹⁸ Herbert Marcuse, *Reason and Revolution. Hegel and the rise of Social theory*, Humanity Books, New York, 1999, reimpresió de l'original Oxford University Press, 1941.

²¹⁹ Herbert Marcuse, *Reason and Revolution. Hegel and the rise of Social theory*, op. cit.

Un dels efectes d'aquests grups poderosos és la creació de normes, que per molt positives que siguin, no són legítimes, tal i com Neumann afirma de les lleis feixistes. Tal i com afirma Reitz, Marcuse a la seua darrera obra recorre a l'afirmació que apareix a l'obra de Horkheimer i Adorno la *Dialèctica de la Il·lustració*: Tota reificació és oblit.²²⁰

El tractament que Marcuse fa de la cosificació és el nucli teòric de la revisió en un sentit hegelianista de la reificació. Marcuse té el pensament que l'educació com l'art proporcionen el major ímpetu a la filosofia i a la política educacional per a rehumanitzar-se a si mateixes.

Amb l'obra *Eros and Civilization. A Philosophical inquiry into Freud*, es consagra el concepte filosòfic de la psicoanàlisi que Marcuse tant cercava com a mitja de lluita contra la racionalització.²²¹

Als primers capítols de l'obra Marcuse fa una introducció als conceptes psicoanalítics com el de sublimació, identificació, projecció, repressió, introspecció que impliquen mutabilitat dels instints²²². L'autor continua definint la necessitat de la satisfacció immediata dels instints i la satisfacció retardada; desenvolupant aquests conceptes ja des d'una vessant social i històrica.²²³ L'extrem nihilisme de l'obra, fa afirmar a Rolf Wiggerhaus, que *Eros and Civilization*, és com la *Dialèctica de la Il·lustració* de Marcuse.²²⁴

²²⁰ Herbert Marcuse, *The Aesthetic Dimension, Toward a Critique of Marxist Aesthetics*, Beacon Press, Boston, 1978, Versió original a Internet. www.questia.com/PM.qst?a=o&d=82289402

²²¹ Herbert Marcuse, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, Beacon Press, Boston, 1953, reimpressió de 1978, p. 63.

²²² Herbert Marcuse, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, op. cit., p. 64.

²²³ Herbert Marcuse, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, op.cit., p. 29.

²²⁴ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 553.

A l'obra, Marcuse també realitza un diagnòstic de la civilització analitzant el principi de realitat i estudiant els conflictes existents entre el principi de realitat i el principi de "Lust", els conflictes entre la sexualitat i la cultura.²²⁵

Tant a *Raó i Revolució* com a *L'Home Unidimensional*, la posició de Marcuse cada cop s'acosta més al nihilisme radical que Horkheimer i Adorno professen a la seua obra "*Dialèctica de la Il·lustració*", i a la situació que Neumann descriu a *Behemoth: The structure and practice of national Socialism*.²²⁶ És a dir, el conjunt d'autors de l'escola de Frankfurt, partint de diferents teories, ja siga la alienació, cosificació o negativitat, acaben sumits en un nihilisme total.

²²⁵ Rolf Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, op. cit., p. 556.

²²⁶ Franz Neumann, *Behemoth: The structure and practice of national Socialism*, 1933-1944, Oxford University Press, Oxford, 1944.

2.5. CONCEPTE DE LLIBERTAT A ERICH FROMM A L'OBRA DE HABERMAS

Qualsevol treball de filosofia normativa de l'escola de Frankfurt i els seus efectes sobre la llibertat, també ha de fer referència expressa a l'obra d'Erich Fromm i a la seua aposta per la psicoanàlisi.²²⁷

La definició de llibertat i l'alineació són aspectes que Fromm treballa amb escriu al llarg de la seua obra, i que tenen transcendència en l'obra de Habermas i el seu concepte de dret legítim. En aquest punt són fonamentals les aportacions de Fromm en obres com *La por a la llibertat*.

Amb *La por a la llibertat*, Fromm realitza una anàlisi de la relació entre el protestantisme i el desenvolupament del primerenc capitalisme. L'obra demostra la incapacitat de l'home modern per avaluar la seua "llibertat de" i la seua "llibertat per a".

Fromm entenia la Psicoanàlisi i la Psicologia Social com el punt de partida fonamental per a poder controlar la negativitat, la racionalitat o qualsevol procés d'alienació social de les masses, com ara la cosificació.²²⁸ Motiu pel qual es fa necessari l'estudi de la psicoanàlisi a Fromm i dels seus estudis empírics per a poder entendre i combatre la racionalització i/o la cosificació. Fromm critica la concepció ahistòrica de la naturalesa humana que plantejava Freud i, per això a la seua obra podem trobar múltiples cites criticant aquest apartat.²²⁹

²²⁷ Aquesta és una carència important que he trobat a faltar als articles de Blanca Muñoz, Escuela de Frankfurt Primera Generación, Segunda Generación, Tercera Generación de la Universidad Carlos III de Madrid, on no es fa cap referència especial a Erich Fromm. Diccionario crítico de las ciencias sociales.

²²⁸ Emilio Lamo de Espinosa, *Teoría de la cosificación, de Marx a la escuela de Frankfurt*, op.cit., p. 134.

²²⁹ Emilio Lamo de Espinosa, *Teoría de la cosificación, de Marx a la escuela de Frankfurt*, op.cit., p. 134.

Fromm diferencia la seua obra de la freudiana, considerant la naturalesa humana com condicionada per la història, sense oblidar, emperò, el significat dels factors biològics i sense creure que la qüestió pugua formular-se correctament com una oposició entre elements culturals i biològics”.²³⁰

A l’obra de Fromm, a més, se’ns planteja la qüestió sobre si les troballes degudes a l’observació dels individus (empirisme), poden aplicar-se a la comprensió psicològica dels grups. Pregunta a la que el mateix Fromm respon afirmant-ho categòricament, fent una defensa més de l’Empirisme.²³¹

En quant a la transcendència de la psicoanàlisi com a mitjà per a descobrir l’alienació dels individus, Fromm considera que tot grup consta d’individus i no més que d’individus, per tant, els mecanismes psicològics en un grup no poden ser sinó mecanismes que fan funcionar els individus.²³² Estudiant la psicologia individual com a base de la comprensió de la psicologia social, fem quelcom comparable a les observacions microscòpiques d’un objecte. Si la nostra anàlisi dels fenòmens psicològics no es bases en l’estudi detallat de la conducta individual, el mateix no tindria caràcter empíric i, aleshores, estaria mancat de validesa.²³³ En aquest sentit la psicologia individual és essencialment psicologia social o, fent servir el terme de Sullivan, psicologia de les relacions interpersonals”.²³⁴

La seua concepció de tot motiu ideal de racionalització és quelcom dolent, i el fet que ho demostra és que ideals com la llibertat i la veritat poden representar tendències genuïnes.²³⁵

²³⁰ Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 274.

²³¹ Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 274.

²³² Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 143.

²³³ Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 143.

²³⁴ Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 274.

²³⁵ Erich Fromm, *Die Frucht vor der Freiheit*, op.cit., p. 278.

“La por a llibertat” és l’obra que segons Marcuse marca la frontera entre un primer Fromm, que va introduir la filosofia social freudiana a l’escola de Frankfurt, i un segon, el marxisme jurídic, qui intentà en una variant pròpia i decisiva una mediació entre Freud i Marx.²³⁶

Fromm es centra en la relació entre l’esperit del capital i l’analitat fent servir arguments que en l’actualitat es consideren lògics, però que al seu moment van ser molt novedosos, com l’anàlisi de la racionalitat burgesa, la possessivitat i el puritanisme amb la repressió anal i el seu ordre.²³⁷

²³⁶ Jürgen Habermas, *Perfiles filosóficos políticos*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 242 i 243. Traducció a llengua espanyola realitzada per Manuel Jiménez Redondo.

²³⁷ Martin Jay, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, op.cit., p. 94.

2.6. INFLUÈNCIES DE LÚKACS AL CONCEPTE DE DRET DE HABERMAS²³⁸

2.6.1. “VERRECHTLICHUNG UND VERDINGLICHUNG”

Al present epígraf definirem la cosificació a l’obra de Lukács, com l’adapta Habermas, i posteriorment com el procés de juridificació és entès com una manifestació més d’aquesta cosificació.

Com a introducció de la cosificació, Habermas defineix el fenomen del *Verrechtlichung* (juridificació) a la seua obra *Teoria de L’Acció Comunicativa* Vol. II. A l’hora d’analitzar aquest procés hi podem trobar moltes conclusions sobre com Habermas entenia el procés de codificació de les normes. La juridificació, tal i com la defineix Habermas, és un procés que es pot vincular a la teoria de la cosificació lukácsiana (*Verdinglichung*) i a la pèrdua de llibertat dels homes a la societat. L’anàlisi del procés de juridificació és clarament simptomàtic de com entenia Habermas la positivització del dret, a més de clarificar com entenia Habermas les conseqüències sobre la llibertat de les persones que genera la positivització.

La juridificació és un fenomen que apareix a l’hora de regular els nous camps jurídics que van sorgint a la societat. La majoria d’aquests nous camps jurídics han estat conseqüència de la revolució tecnològica que afecta a la nostra societat i que, com ja hem esmentat anteriorment, definia Marcuse a la seua obra.²³⁹ Per tant, el fenomen de la

²³⁸ Vegeu, bibliografia de Lukács a l’obra de Rüdiger Dannemann, *Georg Lukács zur Einführung*, op. cit, a més de la pàgina Web de l’associació György Lukács, www.luckacs-gessellschaft.net.

Tot i que la bibliografia més completa, en relació a aquest autor és la realitzada per ell mateix, *Gelebtes Denken, Eine Autobiographie Im Dialog*, Suhrkamp, Frankfurt. a. M. 1997, on l’autor repassa la seua vida mitjançant diàlegs amb altres autors.

²³⁹ La Juridificació és un fenomen que es pot lligar amb la teoria de l’Anòmia d’Emile Durkheim, *La division du Travail Social*, Quadrige Presses Universitaires de France, Paris, 1930, (edi. 1998). On l’autor defineix des d’un punt de vista jurídic i social que passa quan falla el sistema lògic jurídic, que passa quan un fet social no té una norma jurídica que reguli els seus efectes i per tant conseqüències jurídiques. Aquesta teoria va tenir posteriorment moltes influències en Parsons. En relació al vincle amb la juridificació es basa en que aquest fenomen consisteix en juridificar aquests nous camps socials que van aparèixer, dotant de transcendència jurídica aquest nous fets socials, evitant així una anòmia.

juridificació i la racionalitat tecnològica amb les seues conseqüències sobre la llibertat dels individus, son aspectes que es troben molt connectats.

A més de les influències de la teoria de la racionalització i el concepte de dret de Max Weber, que ja hem definit i treballat en els capítols anteriors de la tesi, Habermas quan defineix i enquadra el dret dintre del seu sistema d'acció, fa referència explícita al fenomen de la *Verrechtlichung*.

Per a Habermas, el dret i el sistema jurídic són, a més de l'economia i els mitjans de comunicació, els factors que afecten i racionalitzen la llibertat dels individus. En aquesta primera etapa, l'autor considera el dret com una arma de manipulació, fent servir arguments de caràcter marxista. La juridificació apareix entre els factors que analitza Habermas com a propulsors d'aquesta colonització interna i en conseqüència, com a determinants de la pèrdua de la llibertat dels individus i propulsor d'aquesta racionalització.

Abans de definir el terme de *Verrechtlichung*, m'agradaria destacar que Habermas analitza aquest fenomen dintre del capítol que dedica a la cosificació a la Teoria de l'Acció comunicativa.²⁴⁰ El fet de que Habermas defineixi el procés de juridificació dintre del fenomen cosificador, és una mostra més del vincle ideològic del primer Habermas amb els seus antecessors de l'escola de Frankfurt i, a més, ens demostra com "el primer" Habermas entén el procés de codificació o positivació del dret i les conseqüències que aquest procés comporta, tant a nivell jurídic com social.

Per a Habermas la juridificació és un efecte més de la cosificació, amb totes les repercussions negatives que aquesta afirmació implica, ja que com hem vist la cosificació és la negació total de l'individu com a tal i comporta la pèrdua de la seua llibertat.

²⁴⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 455.

Habermas introdueix la cosificació referint-se a l'obra de Lukács i després de desenvolupar el concepte d'alienació marxista. La teoria de la cosificació queda complerta amb una teoria de consciència de classe.²⁴¹ Habermas defineix el procés de colonització interna recolzant - se en les tendències a la juridificació que s'observaven a la República Federal Alemanya i, amb la intenció, entre d'altres de mostrar els processos d'abstracció real en els que Marx ja havia centrat la seua atenció.²⁴²

Aquestes tendències a la juridificació han crescut de manera exponencial a la societat d'avui en dia, però no només a la República Federal Alemanya, sinó a tot el món i, un dels factors que més ajuda a la propulsió d'aquest fenomen, és la globalització i la continua aculturació jurídica i social a la que estem sotmesos tant els individus, com les nacions menys poderoses econòmicament.²⁴³

Quan parlem de cosificació ens referim a l'essència de l'estructura de mercaderia. La cosificació es basa en que una relació entre persones, pren caràcter de coseïtat. Així, una objectivitat fantasmal, que amb lleis pròpies i rígides aparentment realitzades de manera racional, amaga tota prova de la seua naturalesa essencial, que és la de ser una relació entre homes.²⁴⁴

Lukács a la seua obra afirma que el procés de cosificació és un fenomen específic de l'època moderna i que aquesta estructura de fetitxe o mercaderia afecta de manera global a tota la societat.²⁴⁵

²⁴¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Surhrkamp, Frankfurt a.M, 1981, pp. 516 – 517.

²⁴² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op. cit., p. 455.

²⁴³ Antonio Negri i Michael Hart, *Empire*, op.cit., defineixen de manera clara, les causes i efectes de la globalització a la societat actual i fan esment tant al dret, com al procés de juridificació global

²⁴⁴ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Früschriften II, Ban II, Luchterhand, München, 1970 pp. 257 i 258.

²⁴⁵ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Früschriften II, Ban II, op. cit., p. 262.

L'objectivació racional que introdueix aquest fenomen, cobreix sobretot el caràcter còsic immediat, qualitatiu i material de totes les coses. Els valors d'ús apareixen sense excepció com a mercaderies, i cobren una nova coseïtat que no varen tenir a l'època de l'intercanvi mercantil.²⁴⁶

L'empresa moderna capitalista es basa internament en un càlcul. Necessita, per a la seua existència, una justícia i una administració on el seu funcionament pugui, en principi, calcular-se racionalment segons normes generals fixes, igual que es calcula el rendiment previsible d'una màquina. És ací on el procés de positivació del dret natural, en normes generals i fixes, fa la seua incalculable contribució a la pèrdua de llibertat dels homes a la societat moderna. Aquestes normes fixes i generals que ha de menester l'Estat Modern, són el producte d'aquesta codificació dels drets, no només del dret natural i dels drets fonamentals, sinó també dels drets que regulen el tràfic mercantil i els drets de caràcter punitiu i sancionador.²⁴⁷

Lukács, per a acabar de definir com l'Estat modern introdueix de manera progressiva els fenòmens que permetran la cosificació dels individus, afirma que l'empresa no pot tenir compassió en el judici basat en el sentiment d'equitat del jutge davant un cas singular, o regit per principis i mitjans irracionals d'invenió del dret, igual que tampoc tolera l'administració patriarcal, basada en l'arbitri i la gràcia, sens dubte de manera sacra rígida en la resta, però que procedeix segons una tradició irracional.²⁴⁸

La cosificació aplicada al camp del dret es pot resumir en la concepció de Lukács sobre l'aplicació del dret per part dels jutges, així l'autor ens afirma que : "El jutge és, com a l'Estat burocràtic amb les seues lleis racionals, en major o menor mesura, un autòmat d'aplicació d'articles; autòmat en el que s'introdueixen els expedients amb les costes i les taxes per a que lliuri la Sentència juntament amb uns fonaments més o menys sòlids i

²⁴⁶ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 266.

²⁴⁷ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 270.

²⁴⁸ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 270.

concloents; un autòmat, ja que el seu funcionament és en tot calculable en línies generals".²⁴⁹

Lukács també introdueix el procés de juridificació a la seua obra i ho defineix com: "la sistematització racional de totes les regulacions jurídiques de la vida, la qual, per una part i tendencialment, representa un sistema tancat i aplicable a tots els casos imaginables i possibles".²⁵⁰

El que el sistema es composi internament per vies purament lògiques, pel camí de la dogmàtica purament jurídica, per la interpretació del dret, o que la pràctica judicial estiga establerta per a cobrir les llacunes de la llei, no constitueix una diferència rellevant. El que és realment important, és identificar aquesta estructura de la moderna objectivitat jurídica, que és essencial al sistema jurídic al ser aplicable amb una generalitat formal a tots els esdeveniments possibles a la vida, i fer que aquesta aplicabilitat siga previsible i calculable. La racionalització formal del Dret, l'Estat i l'Administració, significa des d'un punt de vista material objectiu, una descomposició de totes les funcions socials i els seus elements. Entenem que aquestes afirmacions tenen una ampla repercussió a l'obra de Habermas i, en especial en els seus conceptes de racionalització del dret i de positivització. Aquesta racionalització del món, aparentment il·limitada, que penetra fins al ser psíquic i físic de l'home, té emperò, un límit al caràcter formal de la seua pròpia racionalitat.²⁵¹

Lukács conclou la seua teoria de la cosificació posant com a exemple la cosificació de la ciència jurídica. L'autor afirma que la pugna pel dret natural, al període natural de la classe burgesa, té com a punt de partida metodològic la idea de la igualtat i la universalitat formals del dret, o siga la seua racionalitat, que és al mateix temps capaç de

²⁴⁹ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 270.

²⁵⁰ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 270.

²⁵¹ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 235.

determinar el seu contingut.²⁵² La classe burgesa es nega a vore en la factualitat d'una situació jurídica, en la facticitat, el fonament de la seua validesa.²⁵³

Aquesta factualitat que ja assenyalava Lukács, és la que treballarà Habermas a la seua obra *Faktizität und Geltung*. L'autor de la segona generació de l'escola de Frankfurt diferencia la validesa de la facticitat del dret, partint entre d'altres, d'aquesta acusació de Lukács a la classe burgesa.

Lukács continua la seua argumentació afirmant que un fet característic de l'essència del dret és, com deia Kelsen, que una norma nascuda contra dret pugui arribar a ser norma jurídica, és a dir, que la condició del seu origen d'acord amb el dret no pugui assumir-se en el concepte de dret.²⁵⁴

Com a exemple d'aquesta afirmació Lukács fa servir l'exemple de l'esclavitud que durant mil·lenis va ser una institució jurídica per a milions d'homes jurídicament cultivats, també podríem posar l'exemple de les normes dels països feixistes, tal i com abans esmentaven amb l'obra de Franz Neumann o Hannah Arendt.

Lukács afirma que el contingut de les institucions jurídiques, no és mai de naturalesa jurídica, sinó sempre de naturalesa política i econòmica. Per acabar de corroborar aquest fet, i que el contingut del dret no es basa en la raó, Lukács afirma que quan Jellinek anomena metajurídic al contingut del dret, quan els juristes crítics remetent el contingut del dret a la història, a la sociologia, a la política, etc, no, fan sinó en darrera instància més que renunciar a la fonamentació del dret segons la raó, a la racionalitat del contingut del dret, fent d'aquella renúncia una qüestió de mètode.²⁵⁵

²⁵² Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Frühschriften II, Ban II, p. 284.

²⁵³ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Frühschriften II, Ban II, p. 235.

²⁵⁴ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Frühschriften II, Ban II, p. 235.

²⁵⁵ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Frühschriften II, Ban II, p. 285.

Segons aquesta posició, haurem d'entendre el dret més que com un sistema formal de càlcul, mitjançant el qual poden calcular-se exactament totes les conseqüències jurídiques necessàries de determinats actes (*rebus sic standibus*).²⁵⁶ En aquest mateix sentit, el jutge aplicant les lleis el que faria és posar en marxa una calculadora.

No vull deixar d'esmentar en aquest apartat la crítica al fenomen de la cosificació que Jon Elster introdueix a la seua obra *Making sense of Marx*.²⁵⁷ En aquesta obra, Elster defineix el concepte de cosificació: “com el terme tècnic per a la tendència de necessitats i capacitats per a ser fixades, aïllades i independentment individualitzades, enlloc de ser integrades en la personalitat com un tot”. La crítica a la teoria de la cosificació que elabora Elster, parteix de les diferents definicions, interpretacions i classes de necessitat. Elster comença la seua anàlisi des de la definició de necessitat que apareix a l'obra marxista la ideologia alemanya, on s'assumeix que una necessitat és quelcom abstracte, amb un caràcter aïllat, que es contraposa davant d'un poder aliè, i, en conseqüència, la satisfacció del individu apareix de forma unívoca com la satisfacció d'una passió singular.²⁵⁸

Elster diferencia entre les necessitats reals i les necessitats úniques, que es desenvolupen amb el sistema econòmic, fent una crítica continuada al fenomen de la cosificació des de la perspectiva marxista.

El fet d'haver definit la cosificació en aquest apartat és deu fonamentalment a que la juridificació exerceix una influència cosificadora en el món de vida, i que, aquesta nova extensió de la llei, crea una nova dependència entre el subjecte i el sistema d'administració.²⁵⁹

²⁵⁶ Georg Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Frühschriften II, Ban II, op. cit., p. 285.

²⁵⁷ Jon Elster, *Making Sense of Marx*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, op. cit., pp. 78 i ss.

Elster és un dels autors més crítics amb aquest fenomen.

²⁵⁹ Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 113.

Aquest domini provocat per la juridificació que inclou la manera en que definim i establím les normes de les àrees de vida i les relacions familiars, situa als individus molt a prop de la societat de presons que ja definia Foucault.²⁶⁰ La descripció del paper de la cosificació i l'habilitat en definir, categoritzar i organitzar la vida de cada dia, té una gran similitud amb l'anàlisi de Foucault en com els discursos associats amb la creixent organització de la vida moderna crea noves maneres de subjugar a la gent. Per a Habermas, la dependència generada pel fenomen de la cosificació es constitueix des del model comunicatiu del subjecte i la noció associada d'un món de vida estructuralment diferenciat.²⁶¹

2.6.2. DEFINICIÓ DEL TERME JURIDIFICACIÓ

Després de definir el fenomen de la cosificació i les seues relacions amb la juridificació, i perquè considerem transcendent que Habermas incloga i defineixi la juridificació com a un element que afavoreix la codificació del dret natural, passem ara a definir el que pròpiament és la juridificació.²⁶²

Habermas afirma que la llei moderna és quelcom que ha sigut racionalitzat com una entitat funcional completa i que manté la necessitat d'una justificació moral en termes d'un discurs pràctic de la validesa de les normes.²⁶³

Habermas analitza el fenomen de la juridificació des de dues diferents perspectives: *des de la perspectiva del dret i la política i des de la perspectiva de la Sociologia del Dret*

²⁶⁰ Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 113.

²⁶¹ Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 114.

²⁶² En aquest punt tornem a destacar la connexió existent entre la juridificació i la teoria de l'anòmia. En relació a la teoria de l'anòmia destaquem l'obra d'Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Quadrige Presses Universitaires de France, Paris, 1930 (ed. 1998). En relació al vincle entre Habermas i la Teoria de l'anòmia des d'un punt de vista social, destaquem els articles de J. Pont Vidal, "El model sistèmic de C. Offe i J. Habermas. Elements per a l'estudi analític i comparatiu dels moviments socials" a *Perspectiva Social*, 39, 15-39, i "La Concepció dels Moviments Socials en la teoria de Jürgen Habermas" a www.iecat.net.

²⁶³ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 5.

a) *Des de la perspectiva del dret i la política*, el terme de juridificació sorgeix del procés pel qual les relacions industrials a la República Federal d'Alemanya són fixades en un sistema de normes de procediments i normes que permeten o garanteixen drets per als individus.²⁶⁴ Aquestes normes conformen un detallat cos de regulacions que ha sigut construït tant per la legislació, com pels mateixos casos jurídics, en particular, l'acció industrial, la constitució dels treballs i la co-determinació.²⁶⁵

Tal i com hem definit a la introducció del present capítol, amb el terme *Verrechtlichung* la teoria crítica social alemanya descriu l'immens increment de regulacions legals a l'Estat del benestar i els efectes que aquest fenomen té als seus destinataris, tractats com clients, que estan subjectes a aquestes noves regulacions jurídiques.²⁶⁶

Habermas analitza el procés de juridificació als camps del dret de família i del dret escolar, tot i que aquest fenomen afecta igualment als altres camps i disciplines del dret, on les seues conseqüències poden ser, fins i tot, més transcendents per a la vida i la llibertat dels individus.

Així, Habermas comença definint la juridificació com la tendència que s'observa en les societats modernes a un augment del dret escrit, és a dir, l'augment de la positivització del dret. És per això que considerem la crítica a la juridificació habermasiana com una crítica al fenomen de la positivització, en general, i de la positivització jurídica en particular.

²⁶⁴ Definició amb la que treballa la Unió Europea. www.eu.int

²⁶⁵ Definició que fa servir la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, www.eurofound.eu.int

²⁶⁶ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 6.

Dintre d'aquesta tendència podem distingir entre l'extensió del dret, és a dir, la regulació jurídica d'assumptes socials regulats fins al moment de manera informal, i el desengranant del dret, que comporta, la divisió d'una matèria jurídica global en vàries particulars.²⁶⁷

Habermas analitza com el fenomen de la juridificació afecta a l'Estat a través del temps en quatre "fornades". Cadascuna d'aquestes fornades ha suposat un increment del dret escrit (positiu) i, alhora, una contribució a la limitació de la llibertat dels individus. En conseqüència, l'individu queda supeditat a una nova relació de dependència que s'ha generat per aquestes noves regulacions.

La primera fornada és la que condueix a l'Estat burgès, que es desenvolupa a Europa Occidental a l'època de l'absolutisme. Aquesta etapa es pot entendre com una institucionalització dels medis, que és diferencien en sots-sistemes com ara Estat i l'Economia.²⁶⁸

L'ordre jurídic que es constitueix en aquesta etapa es caracteritza per la seua positivitat, universalitat i formalitat, i està elaborat tant sobre el concepte modern de llei, com sobre el concepte de persona jurídica, considerada com un ens que pot tancar contractes i adquirir, alienar o transmetre propietats. La primera fornada de la juridificació pretén garantir la llibertat i la propietat de la persona privada, la seguretat jurídica i la igualtat formal de totes les persones jurídiques davant la llei, i amb això assegurar la previsibilitat de totes les accions jurídicament normades. Amb aquesta primera fornada de juridificació es constitueix la societat civil.²⁶⁹

²⁶⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 524.

²⁶⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 524.

²⁶⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 526.

La segona fornada de juridificació és la que apareix amb l'Estat burgès de dret, i suposa la normació jurídico – constitucional d'un poder públic que fins aleshores únicament s'havia vist acotat i limitat per la forma legal i els mitjans burocràtics de l'exercici de la dominació pública.²⁷⁰

Habermas fa una crítica directa al positivisme i al seu principi bàsic i intocable, el principi de legalitat i, per això, afirma que per via de la instauració de l'Estat de dret, el dret privat burgès queda coordinat de tal manera que, amb l'aparell de l'exercici de dominació, el principi de legalitat de l'administració pot ser interpretat en el sentit de l'imperi de llei.²⁷¹

Des del punt de vista de la teoria de la Societat aquest principi pot interpretar-se des de dues vessants, des de la perspectiva del sistema i des de la perspectiva de món de vida. A més, pot ser considerat com el primer pas, mitjançant el qual l'Estat modern adquireix una legitimitat per dret propi, adquireix legitimacions basades en el món de vida modern.²⁷²

La tercera fornada de juridificació és produïda amb l'Estat democràtic de dret, on per primera vegada l'Estat pren forma segons els postulats de la Revolució Francesa, i ha vingut ocupant a la teoria de l'Estat des de l'època de Rousseau i Kant fins als nostres dies. Els ciutadans queden dotats de drets de participació política; les lleis només són considerades vàlides quan contenen al seu favor la presumpció de validesa, garantida per via de la participació política, i quan expressen un interès general i, per tant tots els afectats podrien estar-hi d'acord. La juridificació del procés de legitimació s'implanta en forma de dret de vot, universal i igual, i del reconeixement de la llibertat d'organitzar, i pertany a associacions i partits polítics. La darrera fornada de juridificació, segons

²⁷⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 526.

²⁷¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 526.

²⁷² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., pp. 528-529.

Habermas, és la que condueix a L'Estat Social i Democràtic de Dret, i que s'ha d'entendre com una constitucionalització d'una relació de poder basada en l'estructura de classes. Exemples clars són la limitació del temps de treball, la llibertat d'organització sindical, el dret a forçar un determinat nivell de salaris, etc.

Les normes que limiten el conflictes de classes i configuren l'Estat social tenen, des de la perspectiva dels seus beneficiaris i també des de la perspectiva del legislador democràtic, un caràcter que garanteix la llibertat.²⁷³

Un cop analitzat el procés de juridificació en el temps i el conjunt de drets i garanties que aquestes “fornades” de juridificació produïen, Habermas analitza, a més del reconeixement de drets que provoquen aquestes fornades, els punts negatius que comporten aquests procediments.²⁷⁴

L'esquema d'anàlisi que fa servir Habermas per analitzar la juridificació, és el mateix que el de la racionalització, ja que si bé sembla que racionalitzar el sistema de vida de les persones comporta efectes positius, també suposa, com hem demostrat efectes negatius i contraris a la llibertat.

Seguint aquest fil argumental, Habermas afirma que la política social de l'Estat ha posseït des del principi el caràcter ambivalent d'una garantia de llibertat i d'una privació de llibertat.²⁷⁵ En conseqüència, la xarxa de garanties que ofereix l'Estat social té precisament com a fi, absorbir els efectes externs d'un procés de producció basat en el treball assalariat. Quan més gruixuda és fa aquesta xarxa, amb tanta més claredat apareixen ambivalències d'altres tipus. Els efectes negatius d'aquesta darrera fornada de

²⁷³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 531.

²⁷⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 531.

²⁷⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 531.

juridització no es presenten com a efectes col·laterals sinó que són resultat de l'estructura mateixa de la juridització.²⁷⁶

Habermas analitza els progressos assolits com a conseqüència de la juridització en l'àmbit de la seguretat social que representen certament un progrés històric, però que al mateix temps es realitza pagant un alt preu en forma d'intervencions re - estructuradores del món de vida dels seus beneficiaris. Són despeses que apareixen com a conseqüències del compliment burocràtic i de la satisfacció monetària dels drets i demandes dels afectats.²⁷⁷

Dins l'àmbit del dret del treball, Habermas posa com a exemple la institució de la jubilació que, a més dels beneficis que puga reportar a l'individu en el moment de jubilar-se, també té conseqüències negatives per a l'auto-comprensió dels afectats i per a les seues relacions amb els seus cònjuges, amics, veïns etc. Altres conseqüències negatives d'aquesta institució creada com a efecte de la juridificació, són la disponibilitat dels grups primaris a prestar ajuda subsidiària. Aquestes ingerències es compensen amb el dret a percebre la prestació social corresponent.²⁷⁸

Habermas tracta el fet de la tipificació de cada cas individualitzat, com el tall de tractament burocràtic. La situació necessitava d'una determinada regulació, introduïda en el context d'una biografia i d'una forma de vida concreta, que ha de ser sotmesa a una violenta abstracció, no només per ser tipificada jurídicament, sinó també per a poder ser tractada administrativament.²⁷⁹

²⁷⁶ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 532.

²⁷⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 532.

²⁷⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 532.

²⁷⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 533.

Considerem aquesta afirmació bastant eloqüent sobre com Habermas considerava com a conseqüència de la juridificació d'un determinat àmbit social, el procés de submissió de cada cas concret a la norma general i abstracta. El problema apareix quan l'explosió de regulacions legals a l'estat de benestar es genera fora de l'estructura mateixa de la juridificació.

Quan les garanties socials de l'estat de benestar són complementades burocràticament, resulta inevitable, una mena de pressió que tendeix cap a la re-definició de les situacions diàries.²⁸⁰

Aquesta re - definició apareix primer en relació amb el ciutadà individual, qui és induït a definir la seua existència pública des d'estratègies racionals. Això no és només una necessitat cognoscitiva dirigida a fer més subsumibles les situacions diàries sota categories legals, sinó que és una necessitat dirigida a què el control administratiu puga ser exercitat.²⁸¹

Habermas torna a evidenciar, en aquest sentit, fortes influències weberianes en quant a la racionalització i, sobretot, davant de la burocratització dels actes del món de vida dels clients d'aquesta juridificació.

Habermas considera que en la mesura en què l'Estat social va més enllà en la pacificació del conflicte de classes, i estableix sobre els àmbits privats de l'existència una xarxa de relacions de clientela, amb tanta més força sorgeixen els esperats efectes laterals patològics d'una juridificació que, de manera simultània, significa una burocratització i monetarització d'àmbits nuclears del món de vida.

²⁸⁰ Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 112.

²⁸¹ Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 113.

El dilema d'aquest tipus de juridificació consisteix en què les garanties que l'Estat social comporta, haurien de servir a la integració social però, en realitat, fomenten la desintegració d'aquells contextes del món de la vida que a conseqüència de la forma jurídica que la intervenció de l'Estat adopta, queden deslligats de l'enteniment com a mecanisme de coordinació de l'acció i acomodats a mitjans com els diners i el poder.²⁸²

En el camp de trobada entre l'Estat de Dret i l'Estat social, la política social afecta la intervenció social activa de l'Estat com una organització estatal de llibertat, i amenaça amb esclavitzar la pretensió de l'individu a valer-se per si mateix.²⁸³ I en aquestes circumstàncies, el sistema de prestacions no només dissol la divisió de funcions entre l'Estat i la Societat, sinó que amb aquest tipus de prestacions arriba a configurar pautes senceres de vida. La vida dels ciutadans queda assegurada en forma jurídica contra totes les inclemències de la fortuna, des del seu naixement, fins a després de la seua mort. La vida de l'individu s'acomoda a aquesta cobertura social; (l'individu) porta una vida lliure de preocupacions materials però al mateix temps, transita per l'excés de cures estatals i per la por a vore privat d'elles.²⁸⁴

Habermas com a exemple empíric, analitza el dret de llibertat i els drets de participació, que, jurídicament s'ha garantit mitjançant la positivació de la participació en les institucions, i la possibilitat espontània de l'opinió pública i d'una formació discursiva de la voluntat col·lectiva. Aquestes garanties queden limitades considerablement per la segmentació del paper de l'elector, per la pugna entre élites dels partits, per l'estructura vertical dels processos de formació de l'opinió pública dintre d'uns partits proveïts d'una capa burocràtica, pel poder instaurat als mitjans de comunicació, etc.²⁸⁵

²⁸² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p.534.

²⁸³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

²⁸⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

²⁸⁵ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

Habermas, tal i com he afirmat anteriorment, es refereix a aquesta nova extensió de la llei que tot i que s'expandeix en nom dels drets socials, crea inevitablement una nova mena de dependència entre el client i el sistema d'administració.

Com a reflexió final d'aquest apartat volem simplement esmentar la transcendència nuclear que té el principi de legalitat als ordenaments jurídics dels Estats de dret. Principi sobre el que es basa entre d'altres garanties la de la seguretat jurídica.²⁸⁶ Sense cap mena de dubte, tot i el procediment de racionalització que suposa la juridificació dels nous camps socials, el Principi de Legalitat es configura com un avenç irrenunciable.

b) *Anàlisi de la juridificació del dret des de la perspectiva de la sociologia del dret.*

El segon criteri que fa servir Habermas per analitzar la juridificació és des de la perspectiva de la sociologia del dret. Aquesta perspectiva és fonamental en l'anàlisi del concepte de dret legítim a Habermas. Aquesta teoria, es demana si només poden legitimar-se les normes jurídiques apel·lant a la correcció del procediment pel qual varen ser estatuides (perspectiva de clar caràcter positivista), o si són susceptibles també d'una justificació material.²⁸⁷

Ací Habermas afegeix, que quan es posa en qüestió la legitimitat d'una norma jurídica, és suficient en molts dels casos amb apel·lar a la producció formalment correcta de la llei, sentència o acte administratiu de que és tracti, el positivisme jurídic eleva a categoria excloent aquesta legitimitat per correcció procedimental, sense adonar-se de que aquest modus de legitimació no basta per si sol, sinó que no fa més que remetre a la necessitat de justificació d'aquest caràcter legitimador que tenen els òrgans de l'Estat.²⁸⁸

²⁸⁶ A la Constitució Espanyola de 1978 el Principi de legalitat es troba tipificat en l'article 9.1 que estableix que "els ciutadans i els poders públics resten subjectes a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic."

²⁸⁷ *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 536.

²⁸⁸ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

Vista la mutabilitat i el continu augment de la massa del dret positiu, els sotmesos a un sistema jurídic es contenten, en cas de dubte, amb la legitimació per procediment, ja que en molts casos ja no és possible una justificació material i tampoc té sentit la legitimació des d'una perspectiva del món de vida.²⁸⁹

Habermas continua la seua exposició analitzant com la juridificació afecta al dret com a institució jurídica, per això, afirmar que les normes jurídiques no poden quedar suficientment legitimades continua apel·lant exclusivament a termes positivistes, per a la seua correcció procedimental. Aquesta afirmació tan clara, amb la que estem totalment d'acord, contradiu totalment el que Habermas ens plantejarà al *Faktizität und Geltung*. Habermas, mantenint aquesta argumentació, afirma que els fonaments de dret constitucional, els principis del dret penal i del dret d'enjudiciament criminal, i tota la regulació relativa a assumptes penals propers a casos morals són normes que necessiten d'una justificació material, ja que formen part de les ordres legítimes del món de la vida i, juntament amb les normes informals que regeixen l'acció, constitueixen el rerafons de l'acció comunicativa.²⁹⁰

Habermas torna a fer servir en aquest punt l'esquema perfeccionat de Kohlberg, posant en diferents escales el dret basat en el principi de positivització i el dret que ha de menester el principi de fonamentació, i que es situa al mateix nivell que les normes de caràcter ètic i moral per la seua transcendència al món de vida.

Habermas incideix en el fet que les institucions jurídiques pertanyen als components socials del món de vida i no venen recolzades pel dret punitiu de L'Estat i, per tant poden ser abordades en la seua constitució des d'una dimensió ètica, quan es presenta alguna dissonància especial.²⁹¹

²⁸⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

²⁹⁰ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

²⁹¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p.534.

La vinculació entre les normes o institucions jurídiques amb les normes ètiques, queda justificada un altra vegada en el fet de que aquestes normes formen part d'un context polític – cultural i social més ampli, i guarden relació de continuïtat amb les normes ètiques.²⁹²

El fenomen de la juridificació descrit, passa en tots els casos on el dret serveix com a instrument d'organització per als sot - sistemes regits per medis, autonomitzats enfront als contextos normatius de l'acció orientada a l'enteniment. La tendència a la juridificació d'esferes del món de vida informalment regulades, s'imposa en un front ample, quan més es pot reconèixer la submissió dels temps lliure, la cultura, les vacances, el turisme, etc.²⁹³

Resulta obvi que segons aquesta afirmació en l'actualitat el procés de juridificació ens ha afectat de forma total, la millor prova empírica són el nous estudis de dret del turisme regulats a les universitats d'arreu del món.

Això que Habermas ací expressa amb tanta claredat, i en conseqüència, amb la seua teoria també variarà al *Faktizität und Geltung*, tal i com exposarem als propers capítols de la tesi, on demostrarem que Habermas ja no distingirà entre normes que poden ser justificades pel principi de positivització i normes que a més necessiten d'una fonamentació material.

Amb aquest canvi dogmàtic Habermas contradirà el seu propi sistema de legitimació i separarà de forma definitiva les normes jurídiques iusnaturals i les normes ètiques i morals.

²⁹² Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

²⁹³ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, op.cit., p. 534.

La teoria del dret de Habermas a l'obra *Teoria de l'Acció Comunicativa* ha provocat diferents crítiques i debats. Amb la seua proposició moral – filosòfica, Habermas ha explicat com la concepció procedimental de la moralitat pot ser concebuda.

A l'obra *Teoria de l'Acció Comunicativa*, Habermas afirma que la llei moderna és quelcom que ha sigut racionalitzat com una entitat funcional completa, i es manté la necessitat d'una justificació moral en termes d'un discurs pràctic de la validesa de les normes.²⁹⁴

Habermas afirma que des d'una perspectiva metafísica, la filosofia no pot pretendre oferir justificació racional o normes de dret moral (com a fonament substantiu de les normes legals).

Hem volgut de forma molt sistemàtica esmentar l'existència de dos debats que des del punt de vista intel·lectual són molt enriquidors, tant per les idees i formulacions que es debaten, com per les persones que formen part d'aquests debats.

Una de les contribucions crítiques més importants a la teoria de Habermas és la realitzada pel teòric legal alemany Robert Alexy, qui ha suggerit que una aplicació del discurs de model pràctic al discurs legal és, en tot cas, contextualitzat per les normes concretes que estan presents en cada estructura legal determinada,²⁹⁵ i en conseqüència, la llei sempre constitueix un substantiu ètic, que analitzat en termes de model de discurs, està subordinat.

La recerca legal en base de l'ètica del discurs, ha de tenir en compte els principis que són més fonamentals i que poden servir com a estàndards per a confrontar demandes normatives de dret. Això, permetrà la crítica dels principis normatius que guien el procés legal, com per exemple, el dret constitucional i el procediment legal. La qüestió de la fonamentació moral del dret és el tema central que Habermas fa servir per a criticar la

²⁹⁴ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 5.

²⁹⁵ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 6.

teoria legal de Niklas Luhmann. Aquest autor suggereix que l'evolució social ha arribat a un nivell tant alt de diferenciació a les societats modernes, que la llei és un sistema autopioètic, o siga, un sistema que no necessita cap justificació en termes de punts de vista normatius.²⁹⁶

La perspectiva autopioètica de la llei, determina que el sistema legal és tancat operacionalment, i per tant només funciona en termes del seu propi codi binari, legal / il·legal. Aquest codi binari està situat en els seus propis programes (lleis). Luhmann afirma que la llei no pot, i no necessita, estar fonamentada en la moralitat per assegurar-se el seu funcionament intern.

La posició de Luhmann és clarament diferent a la del “primer” Habermas, en quant a la relació de la moralitat amb el dret. Habermas tal i com hem exposat diferencia entre el dret com a institució, que segueix necessitant una justificació moral, i la llei com a medi, que es basa en la justificació positivista. Les diferències entre la teoria de Luhmann i la teoria del primer Habermas resulten evidents i el seu estudi és bastant interessant, tot i que, al nostre parer, la discussió queda una mica carent de contingut després de la publicació del *Faktizität und Geltung*.

²⁹⁶ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 6.

2.7. CONCLUSIÓ

Després d'haver analitzat la teoria de la racionalització de Weber i com aquest influenciava als autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt en general i a Habermas en particular, en aquest apartat de la tesi hem desenvolupat com Habermas es veu afectat per les teories de racionalització dels autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt, i la transcendència que tenen les teories d'aquests autors tant sobre la racionalització del dret, com sobre el primer concepte de dret legítim a Habermas. És així que després podrem situar-nos filosòficament respecte de la naturalesa de la democràcia com a instància crítica practicable en l'elaboració del sistema legal.

Hem començat amb l'anàlisi de la teoria de la negativitat de Horkheimer i Adorno i com aquesta teoria afecta al concepte de racionalitat i al concepte de llibertat a Habermas. L'anàlisi d'aquests aspectes són fonamentals per la transcendència que ambdós conceptes tenen al conjunt de la teoria iusfilosòfica de Habermas i la seua posterior evolució.

La segona qüestió analitzada de l'obra de Horkheimer i Adorno és la crítica al positivisme que aquests autors realitzen i com Habermas la tracta a la seua obra. Aquest és un punt nuclear en l'estructura d'aquesta tesi doctoral que a l'analitzar la teoria iusfilosòfica de Habermas critica el gir positivista i racionalista que la teoria assoleix.

El següent autor tractat a la tesi per la seua transcendència en l'obra de Habermas és Herbert Marcuse. De l'obra de Marcuse ens centrem en els efectes de la pèrdua de llibertat i en la seua crítica al positivisme des del llenguatge. A més estudiem el paper que Marcuse atorga al dret de gran influència sobre el primer Habermas. Aquesta primera visió del dret a Habermas, heretada de la primera generació de l'escola de Frankfurt, fa que molts autors (Velasco, Melkevik i d'altres) qualifiquin a Habermas de tenir una consideració negativa del dret o simplement neguen contingut i transcendència jurídica a la teoria d'abans de la publicació del *Faktizität und Geltung*.

El següent autor tractat al present capítol és Fromm, de qui també analitzem els seus escrits sobre la llibertat i l'alienació dels individus.

El següent punt tractat són les influències de Lukács mitjançant la seua teoria de la cosificació i com Habermas l'analitza a la seua obra *Teoria de l'Acció Comunicativa*.

La darrera teoria analitzada és la juridificació i les seues conseqüències en la llibertat de les persones. Habermas considerava aquesta extensió de les regulacions jurídiques com una ampliació de la racionalització i en conseqüència una limitació de la llibertat de les persones, tot i la seguretat jurídica que aquestes normatives suposaven.

En definitiva, al present capítol preteníem demostrar les influències dels pensadors de l'anomenada primera generació de l'escola de Frankfurt sobre elements estructurals en la teoria comunicacional i iusfilosòfica de Habermas, com són la llibertat, el positivisme i la racionalitat. Aquests elements són la base de la teoria iusfilosòfica de Habermas fins a la publicació del *Faktizität und Geltung*, negada per determinats autors i totalment alterada per Habermas posteriorment. D'alguna manera, vorem com serà la instància que d'alguna manera quedarà suspesa en l'evolució del pensament jurídicopolític de Habermas i on se situaria la complementarietat d'Ackerman pel que fa a la pràctica democràtica real.

SEGONA PART

**ESTUDI DE LA TEORIA IUS-FILOSÒFICA
HABERMASIANA**

CAPÍTOL TERCER

DEFINICIÓ DEL CONCEPTE DE DRET A JÜRGEN HABERMAS

3.1. EXPLICACIÓ DE L'ORDE SISTEMÀTIC DEL CAPÍTOL

En aquest capítol analitzarem primer el concepte de dret legítim a l'obra de Habermas fins a l'any 1992, després, els procediments que es fan servir per atorgar legitimitat al dret, i finalment el paper de la positivització de les normes jurídiques a l'obra del primer Habermas, per tal de poder analitzar l'evolució que pateix la teoria de Habermas i fer un anàlisi del mateix des d'una perspectiva filosòfica.

L'anàlisi que proposem és filosòfica i diferenciada de les perspectives jurídiques i polítiques que Habermas a l'hora d'aplicar la Teoria de l'Acció Comunicativa al procediment de legitimitat de normes jurídiques. La perspectiva filosòfica que proposem, ha de ser una tercera via d'anàlisi diferenciada que possibilitarà conclusions en base a la lògica pròpia de la filosofia i per tant aportarà una nova visió del conjunt de la teoria de democràcia deliberativa aplicada a la codificació de les normes jurídiques en el moment de contemplar les propostes de Bruce Ackerman.

El primer punt a desenvolupar és la primera definició de dret i les seues formes de legitimitat a l'obra habermasiana, fent especial èmfasi en les relacions entre dret i moral, i el paper del positivisme. El conjunt de definicions, conseqüències i efectes que analitzarem estan profundament influenciades per la construcció habermasiana de la teoria de la racionalització del dret de Weber que ja hem analitzat al primer capítol de la present tesi doctoral.

La primera definició jurídica del dret i les seues formes de legitimació a Habermas també es veu molt influenciada pels autors i postulats de l'escola de Frankfurt i pels autors de vessants marxistes, especialment en aspectes de filosofia normativa que afecten a la llibertat de les persones i en la crítica al positivisme.

Amb l'exposició d'aquesta primera concepció del dret legítim a Habermas, introduïrem com entenia Habermas el procés codificador del dret natural, com s'havia de legitimar el conjunt de normes jurídiques aplicables a la societat, i perquè Habermas creia que el procés de positivació era quelcom que afavoria la racionalització del món de vida, tal i com Neumann havia avançat. En aquest primer apartat també farem esment a les diferents definicions de dret amb les que Habermas treballa a la seua primera etapa, i les interrelacions existents entre la moral, el dret natural, el dret positiu i el procés de codificació.

El segon punt que desenvolupem al present capítol són els diferents procediments que atorguen legitimitat al dret, que variaran en relació al dret resultant.

Partint d'aquestes definicions i situant-les dintre de la teoria jurídica de Habermas introduïrem el tercer punt del capítol, on posem les bases per a poder mostrar que a l'obra d'un primer Habermas el procés de codificació es considera com un element que limita la llibertat d'hom, i que aquesta codificació necessita estar recolzada per normes de tipus ètic i moral per tal de poder aconseguir normes jurídiques legítimes.

Progressivament a l'obra de Habermas, l'esmentat element positivitzador, basat en el procés de codificació, acaba per considerar-se com l'únic procediment capaç d'atorgar legitimació al dret, i s'eliminen totes les connotacions i relacions amb l'ètica i la moralitat. De fet s'elimina qualsevol relació externa del dret.

La posició habermasiana envers el segon concepte de dret legítim la desenvoluparem als següents capítols de la present tesi.

Les obres amb les que introduïm el primer concepte de dret a Habermas, són fonamentalment tres, a més de les diferents entrevistes i articles on l'autor mantindrà aquesta concepció sobre la legitimació del dret.

La primera de les obres esmentades és *Teoria i Praxis*, on Habermas dedica un apartat sencer a la codificació dels drets naturals – humans, a les declaracions de drets a Estats Units i a França, i defineix el que és el de dret natural, el dret positiu i el procés de codificació.

La segona obra que tractem per tal d'enquadrar la definició de la primera teoria jurídica a Habermas és la *Teoria de l'Acció Comunicativa I i II*, on Habermas a més de treballar amb el concepte weberian de racionalització i dret, i la postura de l'escola de Frankfurt envers el positivisme, ens introdueix el concepte de dret les tendències a la juridificació, concepte que ja hem tractat al capítol anterior. La postura de Habermas envers la juridificació és bastant aclaridora dels tres punts desenvolupats al present capítol, la concepció habermasiana del dret legítim, el procés de positivització i, les relacions entre dret i moral. Tal i com hem avançat al capítol anterior, el concepte de juridificació va aparèixer a la teoria crítica social alemanya per a descriure l'espectacular augment de les regulacions legals a l'estat del benestar, i els efectes que aquest fenomen té sobre els individus que estan subjectes a aquestes regulacions. A la seua obra, Habermas es refereix a aquesta nova extensió de la llei, afirmant que “tot i que l'expansió jurídica es realitzi en nom dels drets socials, i atorga més drets als individus subjectes a aquestes noves regulacions, al mateix temps es crea inevitablement una nova mena de dependència entre el client (subjecte al que s'apliquen les noves normes jurídiques producte de l'extensió normativa) i el sistema d'administració (qui fomenta, legisla, crea i sobretot aplica les normes)”.²⁹⁷

²⁹⁷ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, op.cit., p. 172.

La tercera obra amb la que definim aquesta primera concepció del dret a Habermas, és *Die nachholende Revolution*, on també s'analitza la definició del dret, del procés de codificació del mateix, a més de diferents aspectes polítics, jurídics, econòmics i socials. Aquesta obra ja té moltes connexions en quant al contingut amb *Faktizität und Geltung*, és podria dir que és la frontera entre el primer i el segon concepte de dret legítim a Habermas.

El present capítol té una vinculació molt important amb els dos següents apartats del treball, on desenvoluparem la definició actual del dret legítim a Habermas i el que anomenem reconstrucció de la teoria jurídica habermasiana.

Habermas amb l'obra *Faktizität und Geltung*, obra bàsicament de contingut jurídic, introdueix un canvi total en la seua concepció del dret positiu i dret natural, i altera el seu parer sobre la forma de legitimació de les normes jurídiques, la relació entre normes jurídiques i normes morals i ètiques.

L'anàlisi del canvi i les conseqüències teòriques del mateix, el pas d'una tendència iusnaturalista racional al iuspositivisme, exposant perquè un autor com Habermas, es postula clarament cap a tendències d'autors positivistes com Kelsen o Rorty, autors als que abans havia criticat.

En definitiva volem explicar què és allò que (com de manera excel·lent diu Mathias Kettner), Habermas amb l'obra *Faktizität und Geltung* fa desaparèixer el seu discurs ètic.²⁹⁸

²⁹⁸ Matthias Kettner, *Zur Anwendung der Diskursethik in Recht, Politik und Wissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 33. En aquest punt introductor del capítol volem esmentar l'obra de la Dra. Boladeras, *Comunicación, Ética y Política Habermas y sus críticos*, que hem fet servir com a recolzament teòric sobre Habermas. En aquest sentit al llarg de l'exposició dels dos capítols referents a la definició del concepte de dret legítim a Habermas hi fem constants esments i referències a l'esmentada obra.

3.2- PRIMERA DEFINICIÓ DE DRET LEGÍTIM A L'OBRA HABERMASIANA (DRET LEGÍTIM A LA TEORIA DE L'ACCIÓ COMUNICATIVA)

Els aspectes jurídics que Habermas introdueix a la Teoria de l'Acció Comunicativa han sigut desenvolupats al llarg dels capítols anteriors d'aquest treball, per aquest motiu en aquest apartat ens limitem a la seua mera enunciació.

La Teoria de l'Acció Comunicativa de Habermas no és una obra merament jurídica, i els conceptes i teories jurídiques es desenvolupen conjuntament amb teories socials, filosòfiques, etc, fet aquest que complica la síntesi i l'anàlisi dels elements jurídics de l'obra. De *La Teoria de l'Acció Comunicativa* destacàvem al primer capítol del treball, pel seu contingut jurídic, les definicions de dret natural, dret positiu i dret modern que Habermas desenvolupa partint de les definicions weberianes d'aquests conceptes. Aquestes definicions i la interpretació habermasiana de les mateixes, han estat desenvolupades al capítol dedicat a les influències weberianes sobre Habermas. Capítol on a més afegiem les novetats del concepte habermasià sobre els referits conceptes, en especial les característiques del dret modern que Habermas introduïa de l'obra de Schluchter.

Tal i com afirmaven al segon capítol, Habermas entenia la llei moderna a les societats occidentals com a quelcom positivitzat i formal. En aquest sentit, Habermas entén que la llei moderna es positivitza mitjançant un sistema tècnic que sembla haver oblidat qualsevol tipus de deliberació moral.

A la *Teoria de l'Acció Comunicativa*, Habermas considera que la llei moderna com a concepte encara necessita una justificació moral que determini la validesa de les normes, tot i haver estat racionalitzades com una entitat funcional. *La llei moderna tant si s'entén com a mitjà o com a institució, ha de menester una justificació moral.*

Tal i com ja hem avançat anteriorment, segons Habermas la justificació moral de la llei moderna és denegada en favor d'una desmitificació de la legalitat moral, i això, implica una major racionalitat interna del dret. Habermas introdueix a la *Teoria de l'Acció Comunicativa* el procés de racionalització del dret natural, on també parteix de l'obra de Weber i que hem definit al segon capítol del present treball.²⁹⁹

Un altre concepte amb transcendència jurídica que hem desenvolupat en capítols anteriors i que Habermas introdueix a la *Teoria de l'Acció Comunicativa* és el procés de juridificació i els seus efectes en la llibertat de les persones, a més de les relacions existents entre la juridificació i la cosificació.

A més de totes aquestes definicions conceptuals que hem fet servir al llarg del treball, per a poder entendre de manera més clara què és el dret legítim segons Habermas, s'ha d'estudiar la teoria del subjecte moral habermasiana, i el lloc que en aquesta teoria atorga al dret legítim.

²⁹⁹ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit. En aquest punt destaquem d'aquesta obra el capítol introductori "Introduction: Law in Habermas's theory of communicative action". Mathieu Deflem, professor departament de Sociologia de la Universitat de Colorado, és l'encarregat del funcionament de la millor pàgina web que conec sobre la vida i obra de Jürgen Habermas, www.habermasonline.org. A l'esmentada obra de Deflem es presenten un conjunt de treballs definint el paper del dret a la *Teoria de l'Acció Comunicativa* a *nachholende Revolution* i a *Faktizität und Geltung*. Hem mantingut diferents converses amb el prof. Deflem sobre l'objecte de la present tesi doctoral que ha trobat novedosa i encertada tant per la crítica filosòfica que proposem, com la complementació entre la teoria d'Ackerman i Habermas. Segons Deflem, el punt de partida de la teoria jurídica habermasiana es basa en dos aspectes bàsics; el primer és la separació entre la llei i la moral, com a fet transcendental en la diferenciació del sistema de vida, i el segon és la comprensió de que els processos legals ajuden a explicar manifestacions del sistema de colonització del món de vida a les societats occidentals, és a dir, que els processos legals són un exemple de com la racionalització o la cosificació afecten a la vida dels individus a les societats modernes. Habermas afirma que la llei ha de dedicar-se a la institucionalització de la independència de l'economia i l'Estat, de les estructures del món de vida, perquè aquests sistemes poden operar amb independència només quan són recuperats del món de vida mitjançant la legalització de la seua cobertura. Uns dels aspectes que més ens pot ajudar a entendre la concepció del dret legítim a Habermas i en especial, sobre les relacions existents entre la llei i la moral, és la seua teoria de constitució del subjecte ètic. En especial, en aspectes com el nivell de desenvolupament de la consciència moral i els nivells d'identitat, on Habermas pretén relacionar la identitat del grup i la identitat del jo.

L'anàlisi d'aquesta teoria moral, ens ajudarà a entendre la concepció de dret i les diferències entre els tipus de dret a la primera obra de Habermas.³⁰⁰

A la Teoria de l'Acció Comunicativa, Habermas situa el concepte de dret universal o dret natural al mateix nivell que la moral i la ètica. La positivització de qualsevol tipus de normes ja siguin ètiques, morals o jurídiques, depèn de la seua construcció dialèctica racional.

³⁰⁰ Per analitzar la teoria del subjecte moral a Habermas, primer hem d'analitzar les tres formes fonamentals de consciència moral de Kohlberg; el que ell anomena els estats preconventionals, els convencionals i els postconvencionals. Cadascun dels tres models queden subdividit en dos més, amb el que tenim sis classes de manifestació de la consciència moral. El *primer* estadi, l'estat preconventional, es divideix en dos nivells o subestadis. El primer i més immediat, és l'orientació cap al deure i el càstig, i és el nivell més baix de la consciència moral. El segon subestadi, es produeix quan apareix cert dinamisme de relació amb l'altre, però encara dintre de l'estadi preconventional. Dins aquest estadi l'acció justa és la que satisfà instrumentalment les necessitats del jo i ocasionalment la dels altres. El *segon* estadi és l'estat convencional, que alhora té dos subestadis. El primer d'ells Kohlberg el defineix anomenant-lo l'orientació de concòrdia interpersonal de bon al·lot - bona al·lota. Aquest nivell és on cerquem el reconeixement dels altres en la nostra actuació. "El bon comportament és aquell que complau i ajuda als altres i rep la seua aprovació". El segon subestadi d'aquest segon nivell, és el que Kohlberg anomena orientació cap a la llei i l'ordre. Hi ha una orientació cap a l'autoritat, les normes fixes i el manteniment de l'ordre social. Dins aquest subestadi el subjecte justifica la seua actuació moral per respecte a la llei: és el que fer, ja que així està manat. El *tercer* estadi és el postconvencional, que Kohlberg anomena autònoms o de principis, són els nivells més perfectes de desenvolupament de la consciència moral, en ells el subjecte ja es separa de les conviccions, de la societat, adquireix una autonomia, pensa per si mateix. Kohlberg també divideix l'estat postconvencional en dos, l'estadi cinquè és l'àmbit del dret burgès i de la democràcia burgesa. Es genera una situació on l'esfera pública queda regulada mitjançant acords aconseguits democràticament, mitjançant majories; així el camp privat queda relegat als valors i a les opinions pròpies. Habermas diu que aquesta és la moralitat oficial de l'Estat i la Constitució nord-americana. El nivell més alt al que s'ha arribat segons Kohlberg, és el que ell anomena l'orientació dels principis ètics universals. En aquest estadi el subjecte moral defineix la decisió de la consciència d'acord amb principis ètics que ell mateix ha escollit i que pretenen tenir un caràcter d'amplitud, a ser possible d'universalitat, que valguin per a tots, i que siguin consistents lògicament entre si. Ací el subjecte moral s'esforça en tenir una relació lògica entre els seus valors. Aquest és el nivell més alt aconseguït per l'ètica burgesa, és l'ètica kantiana i la base fonamental d'aquesta ètica són els principis universals de justícia, reciprocitat, igualtat de drets humans, i el respecte per la dignitat dels éssers com a individus. És a dir, els valors en els que em baso no són intuïts directament per mi, sinó que són obtinguts mitjançant un diàleg en el qual tots els elements que intervenen, tots els actuants, aporten els seus valors o les seues pretensions d'actuació i les intenten justificar racionalment, mitjançant un discurs lliure i igual. Aquesta interpretació de l'individu permet que els dos nivells, que Kohlberg anomenava nivells cinc i sis (postconvencionals), el nivell de dret natural i el de l'ètica de principis, queden unificats en un nivell on el valor fonamental és la llibertat moral i política alhora. És a dir, aquesta racionalitat dialògica, aquesta discussió democràtica entre els individus pretén justificar totes les normes, no només les normes democràtiques, sinó també les normes morals i les normes individuals. És possible justificar racionalment, no només l'aspecte públic i el jurídic de la meua activitat, sinó també la meua activitat ètica. Per a Habermas és transcendental a l'objecte de concretar les formes de legitimar les normes jurídiques, on situa Habermas el concepte de dret natural i el concepte de dret humans, i com aquesta dialèctica democràtica i lliure, justifica tot tipus de normes, tant les morals com les jurídiques.

De la construcció de la teoria moral de Habermas queda clar, a més de la paritat jeràrquica entre les normes ètiques, jurídiques i morals, el fet que Habermas atorga una posició diferent dintre de l'escala jeràrquica a les normes jurídiques que són positives i a les normes jurídiques que encara que no estiguen positivitzades, aquestes darreres les situa a l'estrat més alt de l'escala, el dret natural.

El dret natural que Habermas introdueix i que ocupa la posició més alta dels estrats, és universal i la seua validesa, la seua justificació o la seua facticitat, no depèn ni de què estiga positivitzat, ni del procés de positivització, perquè és superior, perquè és vàlid i universal i la seua legitimació és una legitimació moral.

Tot i la transcendència jurídica d'aquesta teoria, la mateixa no ha estat desenvolupada pels textos i articles que tractaven des d'una perspectiva jurídica l'obra de Habermas.³⁰¹

³⁰¹ Habermas planteja aquest interrogant al seu article "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", *Kritische Justiz*, 20: 1-16, 1988. També es pot trobar aquest article a la pàgina Web, www.habermasonline.net i a l'obra *Legitimationprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973. A aquestes dos obres Habermas vincula el concepte de legitimitat a la seua teoria d'acció comunicativa. Aquest vincle suposa que els models d'interacció humans només podran funcionar si els participants es comporten de manera justa i actuen en base a una acció comunicativa ideal entre ells. Habermas considera necessari per a què es pugui produir aquesta situació de comunicació ideal que es produeixin dos requisits bàsics, el Primer, que Hom espera que les altres persones obeeixin de manera voluntària les normes a les que resultaran obligats en base a aquesta interacció comunicativa, el Segon, que Hom espera de les altres persones que compleixin només les normes que consideren justificades. (Aquesta segona condició Habermas l'anomena expectativa de legitimació).

3.3. TEORIA I PRAXIS

A l'obra *Teoria i Praxis*, Habermas dedica un capítol sencer al Dret Natural i a les declaracions revolucionàries de drets naturals, fent especial èmfasi al procés de positivització del dret natural des d'una perspectiva filosòfica.³⁰²

Habermas al capítol esmentat, defineix el dret natural clàssic com el conjunt de normes d'actuar conforme a la moral i al dret, que estan orientades per igual, i que donen contingut a la vida del ciutadà.³⁰³

Habermas analitza els processos revolucionaris a França i als Estats Units, comparant un amb l'altre i analitzant com es van codificar aquests drets com a resultat d'ambdues revolucions. L'autor a més de definir i estudiar el procés codificador, continua separant clarament el dret universal i natural, del dret formal i positivitzat.³⁰⁴

Els drets formals són principalment drets de llibertat, perquè poden permetre totes les accions que no estiguen explícitament prohibides segons criteris de comportament.

El dret formal vàlid està sancionat per un poder físicament eficaç i la legalitat està essencialment separada de la moralitat.³⁰⁵

Aquesta afirmació habermasiana concorda clarament amb el que avui està regulat com a un dels principis bàsic del sistema punitiu, el principi de legalitat.

³⁰² Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, Hermann Luchterland Verlag, Berlin, 1963. Existeix una traducció en llengua castellana d'aquesta obra que afegim, tot i que les notes a peu de pàgina fan referència a la versió alemanya. *Teoria y Praxis*, Tecnos, Madrid, 2000, traducció Salvador Mas Torres (introducció i capítols 1 a 7) i Carlos Moyá Espí (capítols 8 a 11 i annexos).

³⁰³ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 52.

³⁰⁴ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 52.

³⁰⁵ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 52. (2 nivell de l'escala que he introduït abans).

Si hem afirmat que el dret formal reconeix esferes d'arbitrarietat individual, l'harmonia d'aquestes esferes també exigeix, certament, limitació de l'arbitrarietat individual de cadascú en benefici de tots. Són drets de llibertat, és a dir, un dret formal deslligat de les ordres vitals informals i, alhora, és també un dret coercitiu.³⁰⁶

L'acte de positivització del dret natural com a tal, obté una particular dificultat i agudeses a partir d'aquesta situació. Per una banda, la validesa positiva del dret coercitiu requereix un poder de sanció que li garanteixi el respecte i, per una altra banda, Habermas afegeix que la positivització del dret natural tant sols pot ser percebuda legítimament per l'autonomia dels individus aïllats i iguals, i per la seua comprensió de la connexió racional de les normes de dret natural.³⁰⁷

Per això, als manuals de dret natural la posició jurídica originària sempre està representada com si el poder que garanteix el dret fos produït per una voluntat de tots els particulars lliures, guiat per la comprensió racional i comuna.³⁰⁸

L'acte pel qual tant a Amèrica com a França es va introduir la positivització del dret natural, va ser una Declaració de drets fonamentals. Segons l'auto-comprensió revolucionària, aquesta declaració havia de manifestar sobretot la comprensió i la voluntat. La comprensió de la connexió racional de les normes fonamentals i la voluntat de proporcionar validesa mitjançant un poder de sanció obligat en si mateix amb aquestes normes.³⁰⁹

³⁰⁶ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 52.

³⁰⁷ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 52.

³⁰⁸ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 55.

³⁰⁹ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 55.

Dintre del capítol esmentat, Habermas fa un apartat que titula : “Els drets fonamentals com a principis d’un ordre jurídic general Soci- Estatal”³¹⁰, ací l’autor analitza la posició especialment ambivalent dels drets humans i civils vigents a les democràcies altament organitzades burocràticament.

Habermas diferencia tres factors característics:

1) Les garanties jurídiques bàsiques són el fonament reconegut de l’estabilitat jurídicament ordenada, d’un ordre en el qual s’han de legitimar l’exercici de l’autoritat, l’execució del poder i l’equilibri de la força. On, per altra banda el dret natural no disposa d’aquella obligatòria justificació filosòfica.³¹¹

2) La predominant interpretació liberal del catàleg de drets fonamentals, se li ha sostret àmpliament la base social. Com a conseqüència d’aquelles tendències operants des del darrer quart del segle XIX cap a l’entrellaçant d’Estat i societat, l’esfera de trànsit mercantil i del treball social ha estat sostreta de l’autonomia dels homes privats en la mateixa mesura en la que l’Estat adoptava tasques intervencionistes.³¹² L’Estat social ja no pretén l’ordre de la propietat i el cicle econòmic general, que com a base natural s’han suprimit per donar pas a una societat despolititzada. En conseqüència, la separació clàssica entre drets de l’home i del ciutadà, i l’estricta diferenciació del dret privat enfront al públic han perdut el seu fonament, al qual s’havia al·ludit en altres temps, des d’una perspectiva liberal.³¹³

3) Finalment, l’increment de funcions de l’Estat social ha conduït a què el legislador, el govern, i l’administració, així com els partits i les organitzacions que participen informalment en la influència i exercici del domini polític, preparen les seues decisions mitjançant l’anàlisi científica dels fets socials.

³¹⁰ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 82.

³¹¹ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 82.

³¹² Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 82.

³¹³ Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op. cit., p. 82.

Habermas torna a afirmar que els drets fonamentals des de la perspectiva liberal garanteixen la societat com a esfera d'autonomia privada. En front d'ella, es situa un poder públic limitat a poques tasques centrals i, per així dir-ho, entre totes dues, l'àmbit dels homes privats reunits com a públic que, en tant que ciutadans de l'Estat, concilien aquest darrer amb les necessitats de les societats burgeses.³¹⁴

Habermas, a més, interpreta els drets dels homes com a drets dels particulars, on no es permet cap tipus d'ingerències o abusos estatals lligats al trànsit jurídic, però també com a principis d'una constitució que organitzi alhora Estat i Societat.³¹⁵

Els drets fonamentals clàssics creats amb l'esperit liberal clàssic transformaren el seu sentit sota la influència d'un nou marc estatal, fins i tot allà on encara revestien la forma antiga.³¹⁶ La llibertat que en ells es reconeix està tan fortament limitada i descompensada que només amb reserves podran ser designats com a drets de llibertat "liberals".

El grup de drets fonamentals que, juntament amb la garantia institucional de la propietat, sancionen les llibertats fonamentals del dret privat i garanteixen la llibertat de lloc de treball i d'educació adopten, en part, drets de participació i, en part són limitats per altres garanties socio-estatal.^{317/318}

³¹⁴ Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied, Darmstadt, 1962. Les notes fan referències a l'edició de 1971.

³¹⁵ Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, op. cit., Habermas tracta les funcions dels drets fonamentals tant en el sistema jurídic estatal com a nivell soci – estatal, fa una divisió entre els mateixos drets fonamentals.

³¹⁶ Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, op. cit., p. 119.

³¹⁷ Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, op. cit., p. 119.

³¹⁸ Entrevista d'Adam Krzeminski i Jürgen Habermas, a *The New York Review of Books*, vol. 41., 6, de 24 de març de 1994, que va aparèixer publicada per primera vegada el 12 de desembre de 1993, al diari alemany «Die Zeit» i a la revista polonesa «Polityka», i que ha sigut traduïda de l'alemany a l'anglès per Rodney Livingstone. Habermas ha mantingut al llarg de la seua obra la crítica al positivisme jurídic. Un altre clar exemple d'aquesta crítica és l'entrevista que Habermas va mantenir amb Adam Krzeminski, editor del setmanari polonès *Polityka*, on es tracten a més de temes com el procés d'unificació d'Alemanya, la necessitat d'una constitució a la Unió Europea, el paper de Polònia a la segona guerra mundial, l'anàlisi del feixisme i les conseqüències catastròfiques que poden produir determinades polítiques antieuropees. En aquesta entrevista Habermas afirma de manera rotunda la necessitat d'una democràcia radical, i analitza com el fenomen de la racionalització afecta a Polònia, reafirmant la seua crítica al positivisme jurídic i polític.

3.4. DIE NACHHOLENDE REVOLUTION³¹⁹

La Tercera obra fonamental per a definir el primer concepte de dret a Habermas és *Die nachholende Revolution*. Aquesta obra es compon de diferents assaigs i entrevistes en els que participa Habermas i els quals tenen un contingut jurídic rellevant pel nostre treball. L'obra és un clar antecedent directe del *Faktizität und Geltung*, tant per la proximitat en el temps, com per la manera d'enfocar el procés racionalitzador i la legitimació del dret.

Habermas comença a introduir el concepte de legitimació de dret que desenvoluparà posteriorment, a més de les conseqüències polítiques que el procediment de legitimació de les normes comporta.

Die nachholende Revolution continua amb la crítica conceptual al positivisme que Habermas ha anat assolint al llarg de la seua obra, la posició envers el racionalisme jurídic i la necessitat d'una relació entre dret i moral, fent de la moral un element de legitimació necessari de determinades normes jurídiques.

Habermas fa diferents crítiques al llarg de l'obra sobre el paper de legitimació que ha adoptat el positivisme jurídic. Al capítol *Grenzen des vernunftrechtlichen Normativismus*,³²⁰ comença fent una introducció històrica de l'aparició d'aquesta nova racionalitat jurídica que es produeix amb el gir de la filosofia jurídica cap a la teoria de la societat al segle XIX.³²¹

A aquest apartat de l'obra, Habermas analitza les conseqüències polítiques de la legitimació jurídica, a més d'aspectes bàsics de la teoria política i de la teoria de l'Estat que posteriorment desenvoluparà a *Faktizität und Geltung*, però que no són objecte d'estudi d'aquest treball.

³¹⁹ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990.

³²⁰ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op. cit., pp. 71 i ss.

³²¹ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 71.

Habermas analitza a partir de l'obra de Höffe, la crítica al positivisme jurídic. Höffe, que havia treballat amb clàssics com Plató, Aristòtil, Hobbes i Kant, dels quals havia partit a l'hora de realitzar la seua teoria de l'Estat, tenia com a principal objectiu la construcció liberal del principi de llibertat fonamentat en un ordre polític i deslligat del positivisme.³²²

Amb aquest punt de partida s'analitza el concepte de dret i com varia la legitimació del poder polític i el dret positiu en base a fonaments de tipus moral, partint des del segle XIX, on el concepte de racionalitat jurídica es trobava lligat al dogmatisme jurídic, al concepte de jurisprudència, al realisme jurídic i al positivisme jurídic.³²³

Durant molt de temps aquest concepte de racionalitat va estar lligat amb aquestes teories, fins a l'aparició de les teories de filosofia moral, de Rawls, i Dworkin, qui replantejaren el concepte i les noves formes de legitimació més lligades amb la moralitat.³²⁴

La construcció de la teoria normativa Habermasiana continua al llarg del llibre així com la defensa de la necessitat d'un principi universalista.

En aquest punt comença a anticipar-se l'argument central que Habermas farà servir a la seua teoria de legitimació de les normes jurídiques al *Faktizität und Geltung*, i que contradiu de manera directa el que s'havia afirmat sobre les relacions entre dret i moral. Per tant podem dir que *Die nachholende Revolution*", marca un punt d'inflexió en l'obra de Habermas, tot i que es reafirma en el paper que la moral ha de fer com a element de legitimació de determinades normes jurídiques.

³²² Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 72.

En aquest punt és necessari destacar l'obra de Otfried Höffe, *Aristoteles*, C H Beck, München, 1999 i del mateix autor, *Politik*, Akademie Verlag, Berlin, 2001.

³²³ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 72.

³²⁴ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 72.

Així, queda de manifest al capítol “*Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*”,³²⁵ on Habermas, mitjançant l’obra de Wiethölter introdueix el paper públic que han de desenvolupar els filòsofs o intel·lectuals com a posseïdors de la veritat, tal i com afirmava Kant.³²⁶

Tal i com afirma Habermas, per a Wiethölter el dret no és cap sots - sistema, més aviat al contrari ja que ha de servir com a mitjà d’integració en la societat.³²⁷

Habermas continua definint la lògica de l’argumentació jurídica des de l’obra d’importants teòrics del dret, com ara Klaus Günther, qui defineix les condicions per atorgar validesa a la interpretació de les normes jurídiques.³²⁸

Habermas tracta com la llibertat i la democràcia real es poden vore afectades per la interpretació que donen els juristes de les normes positives, interpretacions que també estan condicionades des de l’òptica positivista del dret.

El darrer apartat que tracta Habermas, en aquest capítol eminentment jurídic, és la relació entre el llenguatge i el dret, entre les formes gramaticals i les normes, aspectes

³²⁵ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 122.

³²⁶ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 50.

³²⁷ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 50.

³²⁸ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977. Obra fonamental sobre teoria jurídica i filosofia normativa moderna. En aquesta obra s’introdueix el principi d’adjudicació, principi vehicular en la teoria de legitimació del dret a Dworkin. El desenvolupament d’una teoria d’argumentació jurídica és un tema que tracta Ronald Dworkin, i que no comentarem en aquest treball ja que és un tema massa extens per tractar-ho, tot i la seua importància i la magnífica aportació d’aquest professor amb la seua famosa teoria de l’adjudicació, amb la que també construeix una crítica magnífica al positivisme. Ronald Dworkin, *A matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 1995. D’aquesta obra hem treballat amb la tercera edició de 1996. Destaquem la primera part “*Political Judges and the rule of law*”, la part segona “*Law as Interpretation*”, pp 119-167, i la quarta part, “*The economic View of Law*”. Per la transcendència en la legitimació i aplicació legítima del dret. Dworkin introdueix la problemàtica de la interpretació de la llei en un sentit de democràcia real i torna a analitzar el principi de l’adjudicació com a clar exemple contra el positivisme jurídic. De Ronald Dworkin també destaquem, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, on l’autor analitza entre d’altres interessants aspectes el paper dels jutges en la interpretació dels drets fonamentals, i les bases polítiques del dret, a més de la seua argumentació contra l’utilitarisme.

que també va tractar de manera excel·lent Wiethölter, tal i com el mateix Habermas afirma.³²⁹

En aquest darrer punt, es tracta la necessitat d'un principi d'universalitat envers del particularisme i Habermas, fent servir les paraules de Wiethölter, afirma que el model per a poder assolir aquesta necessitat d'universalitat el trobem al dret privat internacional.³³⁰ Habermas també tracta assumptes de caràcter polític i jurídic a *Die neue Unübersichtlichkeit*, on desenvolupa de manera excel·lent, entre d'altres aspectes, el debat sobre la consideració de l'objecció de consciència i la problemàtica política que es va suscitar entorn a aquesta institució a Alemanya a l'any 1984.³³¹

Habermas a aquesta obra, a més d'analitzar el concepte de desobediència civil a Rawls, també analitza la seua teoria de la justícia, avançant així els debats sobre filosofia normativa que tot dos autors mantingueren posteriorment.

A *Die neue Unübersichtlichkeit* també es dedica un capítol a analitzar el fenomen de la desobediència civil a Alemanya, i com s'ha anat creant en aquell país, al llarg de la història recent, una moralitat diferent a d'altres Estats, com ara als Estats Units.³³²

Al mateix capítol es tracta d'analitzar perquè tant els governants com els seus partidaris, han desenvolupat una concepció jurídica autoritària que no té cap mena de sensibilitat enfront als arguments i motius de les manifestacions de la desobediència civil.³³³

³²⁹ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 58.

³³⁰ Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, op.cit., p. 62.

³³¹ Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit, Kleine politische Schriften V*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985. Existeix una traducció en llengua castellana feta per Ramón García Cotarelo, *Ensayos Políticos*, Península, Barcelona, 1988. L'objecció de consciència tot i ser un tema tant polític com jurídic no està relacionat directament amb l'objecte de la nostra tesi, el concepte de dret legítim a Habermas, tot i que és un exercici interessant comparar les postures davant l'objecció de consciència que postulen Habermas en aquesta obra, Rawls a la seua teoria de la justícia i al political liberalism i Ronald Dworking a la seua obra *Taking Rights Seriously*, op. cit.

³³² Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit, Kleine politische Schriften V*, op.cit., p. 81.

³³³ Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit, Kleine politische Schriften V*, op.cit., p. 50.

Tots aquests aspectes es tracten amb molt més deteniment pel propi Habermas al *Faktizität und Geltung*, ja que es centra en les realitats jurídiques d'Alemanya i dels Estats Units d'Amèrica. Habermas, en aquesta obra continua amb la seua crítica sobre *Teoria de la Justícia* de Rawls, en especial, en relació al concepte de violència de l'autor nord-americà i la legitimació procedimental de la llei positiva.³³⁴ Aquest fet que donarà lloc a una sèrie d'articles de debat entre els dos filòsofs morals.

³³⁴ Jürgen Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit, Kleine politische Schriften V*, op. cit., pp. 59 i ss.

3.5. CONCLUSIÓ

Amb aquest capítol hem volgut ressaltar el punt més característic del primer concepte de dret a Habermas, que parteix de les definicions i diferències entre dret positiu i el dret natural, i la manera d'atorgar legitimitat als dos tipus de normes.

Per tal de delimitar a l'obra de Habermas el primer concepte de dret, hem volgut treballar no només amb la *Teoria de L'Acció Comunicativa*, la seua obra magna, sinó també amb *Teorie und Praxis, nachholende Revolution* i *Die neue Unübersichtlichkeit*, a més de diferents articles científics i entrevistes on Habermas defensa la seua concepció del dret, anteriors en el temps a la publicació de *Faktizität und Geltung*, on Habermas introdueix el seu segon concepte de dret i que desenvolupem en la següent part de la tesi.

Hem inclòs *Teorie und Praxis*, a més de pel seu clar contingut jurídic, perquè es pot apreciar la mateixa argumentació en quant al dret i la manera de legitimar les normes jurídiques que a la *Teoria de l'Acció Comunicativa*, en especial, en la relació entre dret i moral i, on l'exposició que fa Habermas encara està marcada per clares influències marxistes i de l'escola de Frankfurt.³³⁵

Die nachholende Revolution també és de necessària inclusió perquè és la darrera obra en la que Habermas defensa el que anomenen el primer concepte de dret, a més és un clar antecedent del *Faktizität und Geltung*, obra que com ja hem esmentat marca la frontera entre el primer i el segon concepte de dret legítim a Habermas.

La inclusió de l'obra *Teorie und Praxis* és, a més, una mena de reconeixement personal per la claredat i defensa que Habermas fa dels drets fonamentals i l'excel·lent manera d'analitzar el procés de codificació dels drets fonamentals en les declaracions d'Estats Units i de França.

³³⁵ En aquest sentit, la defensa dels postulats marxistes, també és un clar exemple la carta que Habermas dirigeix a Tito, a l'any 1974, publicada per *The New York Review of Books*, vol. 22, número 1, febrer de 1975.

Tal i com afirma Buxter, la teoria reconstructiva de Habermas té dues fases, la primera i que és on centrem en aquesta primera part del treball, examina la idea de llei legítima tal i com Habermas l'ha trobat en els escrits filosòfics del dret, i té com a objectiu principal l'anàlisi del sistema de dret.³³⁶ L'objectiu de la segona investigació reconstructiva és l'Estat constitucional, que ha d'assegurar aquest drets mitjançant lleis.³³⁷ Aquest Estat Constitucional, Habermas ho reconstrueix en base al dret positiu.

Amb *Faktizität und Geltung*, Habermas exposarà i justificarà la tensió existent entre la facticitat del dret i la validesa del dret, fent servir com arguments, idees polítiques i legals tant de Kant com de Rousseau, per a després crear una estratègia de reconciliació entre ambdues condicions, la facticitat i la validesa.³³⁸ El procediment cerca la reconciliació dels dos elements, entenent els drets fonamentals de manera més abstracta i més genèrica, com una categoria que esdevindrà quelcom concret. Habermas especificarà, en la definició de les seues categories de drets que es generen drets legals i concrets només quan s'han positivitzat mitjançant un procés de formació jurídic discursiu.³³⁹

Habermas agafa com a premissa central de la seua teoria de llei i democràcia el que anomena principi discursiu, això implica, que les normes seran legítimes quan els individus participen de manera igual en el seu procés de formació, de forma argumentativa i on els participants són lliures per a aportar raons i crítiques, acceptar l'obligatorietat, i acceptar i adaptar-se a una millor argumentació.³⁴⁰

³³⁶ Hugh Baxter, "System and Lifeworld in Habermas's Theory of Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 23.2, pp. 473 i ss.

³³⁷ Hugh Baxter, "System and Lifeworld in Habermas's Theory of Law", op. cit., p. 483.

³³⁸ Hugh Baxter, "System and Lifeworld in Habermas's Theory of Law", op. cit., p. 483.

³³⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992. Obra traduïda al castellà per Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2001.

³⁴⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit.

Per a Habermas el principi discursiu és un principi general de justificació, aplicable a les normes legals, perquè prové i manté de manera particular el principi de democràcia.³⁴¹

Habermas varia el seu parer sobre la legitimitat de les normes jurídiques i sobre el paper de la moral en quant a la legitimació dels principis bàsics. Per tot això, aquest capítol està connectat de forma directa amb els següents, on desenvoluparem els punts que ara hem introduït de manera molt més profunda i de forma sistemàtica, per tal de fonamentar les nostres pròpies conclusions i postulats, no només sobre el concepte de dret legítim a Habermas, sinó també el *perquè entenem que la moral i el dret natural racional han de ser el substrat fonamental d'on han de partir la justificació i la legitimació de les normes jurídiques fonamentals*.

Als següents capítols d'aquesta tesi doctoral els dedicarem a analitzar els tres pilars bàsics del concepte de dret legítim a Habermas, primer, una definició del que considerem iusnaturalisme racional envers del positivisme jurídic, després una anàlisi del debat sobre l'universalisme i el concepte d'igualtat suscitat entre autors "comunitaristes" i "liberals" i en especial amb Habermas, i una anàlisi en profunditat de l'ètica procedimental habermasiana aplicada a l'àmbit de les normes jurídiques. Tot això des d'una perspectiva filosòfica que intenta aportar matisacions a la teoria ideal de la legitimació de les normes jurídiques de Habermas.

³⁴¹ Hugh Baxter, "System and Lifeworld in Habermas's Theory of Law", op. cit., p. 485.

CAPÍTOL QUART.

EL CONCEPTE DE DRET LEGÍTIM A JÜRGEN HABERMAS, ESPECIALMENT LES FORMES DE LEGITIMACIÓ DE LES NORMES JURÍDIQUES A LA SEUA OBRA *Faktizität und Geltung*

4.1. INTRODUCCIÓ

Tal i com hem avançat anteriorment en aquest treball, a l'obra *Faktizität und Geltung*, Habermas reestructura la seua teoria de legitimació de les normes jurídiques, les relacions entre les normes morals i les normes jurídiques i el concepte d'esfera pública.

Per tal de presentar una mena d'introducció d'aquesta nova via de legitimació de les normes jurídiques en base a un principi de democràcia radical, en primer lloc definirem els principis bàsics que han de complir-se per tal de poder considerar les normes jurídiques com a legítimes.

Els principis que apareixen com a necessaris per a considerar totes les normes legítimes al *Faktizität und Geltung* són el *Principi de Discurs o Principi Discursiu* i el *Principi Democràtic Normatiu*. Aquests dos principis s'han d'aplicar i de combinar conjuntament en el procediment d'aprovació de qualsevol norma jurídica que es pretenga legítima.

El principi de discurs és aquell pel qual només són legítimes aquelles normes d'acció acceptades per tots els possibles afectats per aquestes mateixes normes com a participants de discursos racionals. El principi de democràcia normativa o forma jurídica és aquell que es refereix als continguts positivitzats.

Volem destacar en aquesta primera definició el fet d'exclusivitat introduït en el sistema de legitimació de les normes jurídiques. Habermas entén que només tindran qualitat de

legítimes les normes acceptades de forma unànime per tots els possibles afectats per aquestes normes. Amb el principi democràtic normatiu Habermas assumeix que al món modern resulta ineludible recórrer de forma massiva a normes de dret positiu. En conseqüència, Habermas adopta una postura positivista envers al dret a la seua obra *Faktizität und Geltung*³⁴².

Aquests dos principis matrius del procediment de legitimació de les normes jurídiques al *Faktizität und Geltung* els desenvolupem de manera exhaustiva en el present capítol.

Partint de la definició i característiques del Principi de Discurs analitzem les implicacions que suposa l'aplicació d'aquest principi en el procés de tipificació i positivització de les normes jurídiques. Al present capítol no deixem d'analitzar la independència discursiva que en virtut d'aquest principi adopta el dret envers la moral.

Una de les altres característiques que suposa aquest principi és la incisió de la delimitació de l'àmbit de l'autonomia privada envers de l'autonomia pública i com aquestes es poden veure afectades pel discurs determinat.

Un cop analitzat el Principi de Discurs definim El Principi de Democràtic Normatiu. Aquest principi consisteix en unir les nostres voluntats com a ciutadans destinataris d'una norma jurídica, per a poder decidir sobre els continguts normatius de la determinada norma que ens seran aplicats. Habermas considera que la font de tota legitimitat del dret radica en el procés democràtic de producció del dret; i aquest procés a l'hora apel·la al principi de sobirania popular.³⁴³

Aquesta afirmació exclou qualsevol forma de legitimació del dret partint de postulats morals o de dret natural iusracional on els ciutadans no participen en el procés de producció del dret de manera directa.

³⁴² Manuel Jiménez Redondo, Introducció a la versió castellana de *Faktizität und Geltung*, *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 9.

³⁴³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 155.

Aquesta conseqüència portada a l'extrem faria impossible que en una societat democràtica, on els ciutadans han participat en el procés de formació d'un dret determinat, i el resultat del mateix siga contrari als drets humans fonamentals, es pogués actuar implementant aquest dret superior, ja que els ciutadans d'aquesta societat figurada no haurien participat en la formació d'aquest dret fonamental "aliè".

Entenem que aquesta és un dels punts més foscos en la nova teoria habermasiana del dret. Com fer complir drets amb un origen moral clar, en societats democràtiques, quan aquestes produeixen mitjançant el Principi de Discurs una norma jurídica que atenta contra principis fonamentals, com ara la pena de mort. Aquesta qüestió que tampoc han pogut respondre els teòrics positivistes, que Habermas tampoc sap resoldre amb el *Faktizität und Geltung*.

A *Faktizität und Geltung* Habermas afirma que el dret natural racional modern va assumir del dret natural tradicional en mantenir la distinció entre dret positiu i dret natural, mantenint una duplicació del concepte de dret.³⁴⁴ Habermas per tant aposta per superar aquesta càrrega que suposa pel dret la diferenciació entre dret natural i dret positiu. El concepte de dret positiu absorbeix les normes de dret natural. Habermas a més separa dues tipologies totalment diferents, les normes de contingut moral de les normes jurídiques, que es complementen unes amb d'altres.

En relació a aquesta afirmació, Habermas sosté a la seua obra que parteix "de què en un nivell postmetafísic de fonamentació, es separen simultàniament de l'eticitat tradicional normes jurídiques i normes morals i es presenten les unes juntament amb les altres com dues normes de classes distintes però que es complementen mútuament. També els drets de l'home que venen inscrits en la pràctica democràtica de l'autodeterminació, s'hauran d'entendre com a drets en sentit jurídic amb independència del seu contingut moral".³⁴⁵

³⁴⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 170.

³⁴⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 155.

Així els drets de l'home, normes jurídiques universals amb clar contingut moral deixen de ser normes vinculades amb la moralitat i passen a ser normes estrictament jurídiques, legitimades com a conseqüència de l'aplicació del Principi democràtic. Com vorem al llarg de la tesi, la nova ubicació de la moral a partir del *Faktizität und Geltung*, Habermas no renega en absolut del valor moral universal que tenen els drets de l'Home. Per tant, podríem afirmar que de manera contradictòria pretén excloure la moral de la seua teoria sense poder aconseguir-ho del tot, ja que ha de menester el paper que desenvolupa la moral en la fonamentació dels drets universals. Aquesta contradicció afecta als drets universals, és a dir, als drets jeràrquicament més elevats i que haurien de ser l'objectiu final de l'obra de Habermas. Tal vegada aquesta mancança esdevé una conseqüència de l'àmbit estatista de l'obra de Habermas. L'autor pensa en l'Estat com a ens on aplicar la seua teoria i quan pretén fonamentar el dret cosmopolita i fonamentar una mena de constitució universal cau en contradiccions i mancances que afecten a tot el sistema. Entenem que la substitució de la moral per drets universals és merament nominal, és a dir, Habermas requereix de la moral i la bateja amb un altre nom. D'ací la inconsistència en la proposta de legitimació dels drets universals, que han d'actuar forçosament amb l'esmentat valor moral. Suposem que a l'hora de positivitzar aquestes normes de validesa universal, tots els éssers del món hauríem de participar en el procés de tipificació, en una mena de mega àgora, fent servir arguments racionals i adoptant les normes per unanimitat. Quelcom que és òbviament impossible de dur a terme i, com demostrarem més endavant, injust.

Un cop definit el Principi de Democràcia Normativa i analitzada la seua principal funció (la creació de Normes jurídiques) destaquem els principals avantatges i virtuts d'aquest principi des d'una vessant teòrica, on destaca la incentivació de la participació ciutadana en la *Res Publica* de forma directa i l'assumpció de responsabilitats per part de la ciutadania en l'àmbit públic.

Habermas afirma que la legitimitat del dret es basa, en darrera instància, "en un mecanisme comunicatiu: com a participants en discurs racionals, els membres d'una

comunitat jurídica han de poder examinar si la norma determinada, pot trobar o troba l'assentiment de tots els possibles afectats. Per tant, la connexió interna que cerquem entre sobirania popular i els drets dels homes consisteix en què en el sistema de drets es recullen exactament les condicions sota les quals es poden institucionalitzar jurídicament les formes de comunicació necessàries per una producció de normes políticament autònoma. El sistema de drets no pot fer-se derivar ni d'una lectura moral dels drets de l'home ni tampoc d'una lectura ètica de la sobirania popular perquè l'autonomia privada dels ciutadans no pot ni sobreordenar-se ni subordinar-se a l'autonomia política. Les institucions normatives que vinculem amb els drets de l'home i la sobirania popular només poden fer-se valer sense retallades al sistema de drets si partim de què el dret a iguals llibertats subjectives d'acció, ni pot imposar-se simplement al legislador sobirà com a límit extern, ni tampoc ser instrumentalitzat com a requisit funcional per als seus fins.³⁴⁶

Esmentem aquest paràgraf en la introducció del present capítol perquè el mateix és una mostra fidel del nou sistema de legitimació de normes jurídiques i de normes d'acció que Habermas elabora al *Faktizität und Geltung*. La nova relació entre ètica, moral i dret que ja introdueix el paràgraf esmentat contradiu el sistema de legitimació establert per l'autor a la *Teoria de l'Acció Comunicativa*,³⁴⁷ tal i com hem anunciat als primers capítols de la present tesi.

³⁴⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 169.

³⁴⁷ El Professor Velasco a la seua obra, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 79, afirma: “ que aquest nou enfocament supera aquella visió fins a cert punt desqualificadora del Dret modern que es despenia a la seua obra *Teoria de l'Acció Comunicativa*. A la nova anàlisi al dret se li adjunta la important funció frontissa entre el món de la vida integrat simbòlicament i normativament i una esfera sistemàtica regida pel poder i el diners”. L'autor continua afirmant que si bé Habermas no es fa partícip en cap moment de la postura envers el dret dels seus mestres de l' escola de Frankfurt, on el dret no ocupa cap lloc rellevant a les seues obres canòniques en virtut de certa utopia anarquitzant que caracteritzava l'Escola en els seus orígens, sí que es veu afectat per certa tradició marxista on es considera el dret com una mena de ferramenta de control social. Considerem que l'anàlisi del Prof. Velasco omet el fet dels canvis totals en la manera de legitimar el dret i en el paper que desenvolupa el dret natural racional en la teoria de Habermas abans i després del *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Velasco afirma a partir de *Faktizität und Geltung*, es por parlar d'una teoria del dret a l'obra de Habermas. Si bé és cert que l'obra *Faktizität und Geltung*, desenvolupa aquesta teoria no podem ometre i oblidar el que Habermas havia afirmat en relació al dret i a les seues formes de legitimació abans de 1992, especialment si creiem que la construcció de la *Teoria de l'Acció Comunicativa* té continguts molt positius que es perden a *Faktizität und Geltung*, com ara el paper del dret natural racional i les relacions entre la moral i el dret. Tenint sempre en

El principal objectiu de Habermas amb *Faktizität und Geltung* és reconciliar el concepte de llei amb la justícia així com la democràcia amb els drets. Per tal d'aconseguir-ho Habermas situa el concepte de llei en el centre d'una xarxa que vincula la moralitat, el dret i la política.³⁴⁸ Habermas entén la legitimitat de la lleis com una font d'autoimposició i obligatorietat. La llei és una mena de pont d'unió entre la democràcia i els drets. Les normes jurídiques que són el resultat d'una mena de autoimposició i obligatorietat han de reconciliar amb èxit la igualtat legal i de la igualtat de facto.³⁴⁹

consideració que la teoria Habermasiana reformulada es mou en el camp ideal. El prof. Velasco és especialment crític amb els teòrics que considerem que Habermas es contradia en relació a la seua teoria del dret. Entenem que el que no es pot pretendre és esborrar el contingut jurídic de les obres de l'autor de Düsseldorf d'abans de 1992 per tal de justificar una visió amable del dret sempre des de postulats positivistes, ja que abans del *Faktizität und Geltung*, Habermas havia analitzat de manera excel·lent teories com la juridificació i la racionalització del dret que demostren la cara no amable del dret. En aquesta mateixa posició argumental es troba Bjarne Melkevik a l'obra *Rawls ou Habermas, une question de Philosophie du droit*, Bruylant, Les Presses de L'Université Laval, Saint Nicolas (Québec), 2001. Aquesta obra analitza el debat suscitat entre Habermas amb Rawls en relació a les seues respectives teories normatives. Melkevik, tal i com fa Velasco, omet qualsevol referència al contingut normatiu de l'obra de Habermas abans de la publicació del *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. En aquest mateix sentit Kenneth Baynes, a l'obra *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., pp. 201 i ss, afirma que *Faktizität und Geltung*, continua amb alguns dels temes bàsics introduïts a la *Teoria de l'Acció Comunicativa*. Sense l'estudi de l'obra més important a Habermas, la *Teoria de l'Acció Comunicativa*, no és possible entendre aspectes determinats del Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*. Entre aquests aspectes determinats destaquem la reinterpretació de la teoria del sistema de drets de Kant, en el sentit de que indica com l'autonomia pública i privada dels ciutadans es pressuposen una a l'altra, així com la seua proposició per a una democràcia procedimental entorn a la doble concepció de la política deliberativa.

³⁴⁸ Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 1. A la introducció d'aquesta obra els autors continuen afirmant que aquest projecte ambiciós sorgeix en el context de la gran divisió que caracteritza les democràcies pluralístiques contemporànies. Els autors exposen les tendències d'una banda del moviment *Critical Legal Studies*, que pretén (sempre segons aquests autors) fer coincidir el dret a la política i que conceben les normes jurídiques com a massa porugues per a contradir els objectius d'aquells que tenen el poder polític, i d'un altra banda aquells que consideren les normes legals com a quelcom independent de l'ètica i la política, com ara Niklas Luhmann.

³⁴⁹ Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 5. En relació a la ruptura que significa aquest nou concepte de llei a l'obra de Jürgen Habermas amb la seua tradició amb l'escola de Frankfurt i la teoria de l'escola de la crítica dels estudis legals, (CLS), fem esment a l'article del Kenneth Casebeer, "Paris is Closer than Frankfurt: The north American Exceptionalism", *Law and Social Review*, 28:4, 1994. En aquest article l'autor a més d'analitzar aquesta separació definitiva entre Habermas i l'escola de Frankfurt en relació amb el concepte de llei i de dret legítim, engloba l'obra de Habermas en la corrent del liberalisme jurídic americà, on destaquen autors com Cass Sunstein, Bruce Ackerman i Frank Michelman. Un dels aspectes més interessants d'aquest article és com l'autor analitza el dilema existent entre l'acció pública i l'acció privada. Així afirma que l'acció pública ha de mantenir-se lliure d'una subordinació a l'interès privat dominant. Casebeer analitza la solució legal de Habermas en referència a la dualitat de la llei com a manera de reforçar l'status quo de les normes i justificant les demandes de llibertat. Aquesta independència necessària de l'acció pública envers la privada es podria vore afectada si al procediment de legitimació de normes per part dels ciutadans es fan prevaler interessos particulars o influenciats per una opinió pública o grup de força determinats. Com vorem més endavant en el present

Habermas proposa dintre d'aquesta tasca de reconciliació el seu paradigma procedimental, que permet a l'hora la satisfacció simultània de les dues vessants d'igualtat.³⁵⁰

Un altra qüestió serà la posada en pràctica real d'aquest principi de legitimitat procedimental, que clarament és mou en una òrbita ideal i que sembla provocar confusió als juristes. Habermas configura un sistema de legitimitat democràtica de les normes jurídiques ubicat en el món de la teoria i no en el de la pràctica. El sistema de legitimitat procedimental sembla inconsistent en aspectes essencials de la seua formulació que passem a enunciar i que posteriorment desenvoluparem amb deteniment. Aquesta tasca es mou per tal de defensar el model habermasià i que el mateix serveixi com a marc a seguir en el camp jurídic.

D'entre aquests aspectes essencials destaquem el concepte d'igualtat amb el que parteix la teoria, el concepte de diàleg, la necessitat d'unanimitat a l'hora d'adoptar les lleis amb contingut jurídic, l'aplicació al llenguatge jurídic de continguts aliens o la intemporalitat a la que queda sotmesa el discurs. Habermas considera el fet que totes les persones sotmeses a les lleis han de ser tractades com a actors lliures i iguals. El concepte d'actor

treball la garantia de sotmetre els arguments a la condició de racionalitat no sembla suficient per a mantenir la frontera infranquejable entre ambdues accions.

* En aquest punt també volem destacar l'article de Jonathan Simon, "Between Power and Knowledge: Habermas, Foucault, and the Future of Legal Studies", *Law and Social Review*, 28.4 (1994), p. 947 i ss. On es fa una comparació entre la teoria habermasiana i l'obra de Foucault en relació a conceptes de participació, democràcia deliberativa i poder aplicats a les normes jurídiques. L'autor afirma que el principal objectiu de la teoria jurídica de Jürgen Habermas al *Faktizität und Geltung*, es defensar l'actual visió de modernisme clàssic del dret aconseguint la integració social mitjançant la participació política i subordinant el poder als motius democràtics. Entre les diferents obres que relacionen l'obra d'ambdós autors destaquem per la relació amb el present treball, l'obra de Michael Kelly, *Critique and Power, Rescating the Foucault/Habermas debate*, MIT Press, Boston, 1994. També l'obra de Samantha Ashenden i David Owen, *Foucault contra Habermas: Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*, SAGE publications, 1999. El concepte de llei a *Faktizität und Geltung*, pren en consideració el llenguatge, en conseqüència realitza un "gir discursiu". Els acadèmics tradicionals del dret americans ignoraren l'estatus de la llei com a ideologia, llenguatge, text i narrativa. Aquest gir discursiu que esmenta Simón l'analtzem posteriorment amb molt de deteniment al capítol dedicat a analitzar el Principi Discursiu i posteriorment en el concepte de diàleg al *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. L'exercici de comparar l'obra de Habermas amb l'obra de Foucault ja apareix esmentat a la primera part del present treball en l'anàlisi del concepte de racionalització i la seua vinculació amb la normalització. La comparació entre ambdós autors és un exercici també aplicable a la segona part del present treball i en especial als efectes de la racionalització al Principi de discurs.

³⁵⁰ Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 5.

es tradueix en què les persones han de participar en el procés de positivització de les normes que els seran aplicades, mitjançant un diàleg racionalitzat.

Un cop analitzats els Principi de Discurs i el Principi de Democràcia Normativa, les seues característiques i virtuts bàsiques, analitzem determinats elements nuclears que sorgeixen en l'aplicació d'aquests principis i la crítica del mateixos.

El primer dels elements que exposem és l'augment de la racionalitat que suposa el sistema de legitimació procedimental habermasià. Aquesta racionalitat és generada pel mateix contingut del Principi de Discurs i pel procediment de positivització de normes d'on parteix Habermas.

El Principi de Democràcia Normativa fa dependre la seua validesa exclusivament en el procediment d'aprovació de les mateixes normes. Per tant la norma jurídica resultant serà llei pel procediment pel qual ha resultat aprovada i no pel contingut final de la mateixa. Aquesta característica bàsica del positivisme jurídic és aplicable al sistema de legitimació de les normes jurídiques habermasià. Conseqüentment afirmem que el sistema habermasià és ius-positivista, tot i que el sistema d'aprovació procedimental cerqui l'establiment de les màximes garanties.

Un dels altres requisits que analitzem en el present capítol és la necessitat d'unanimitat per tal d'aprovar les normes jurídiques. Aquesta característica comporta una de les idees bàsiques del conjunt teòric habermasià, el fet de que els ciutadans es puguem considerar autors de les llei i considerem les conseqüències que aquest nivell de consens suposa i les repercussions que la unanimitat provoca a l'esfera privada dels ciutadans.

La llibertat negativa i la intemporalitat són altres característiques crítiques que analitzem en el present epígraf. Definim el concepte de llibertat negativa i les repercussions que el mateix provoca al Principi de Democràcia Normativa. Habermas no preveu aquest concepte a l'hora de formular la seua teoria i aquesta mancança afecta de manera directa al concepte de llibertat dels ciutadans afectats per la norma.

La intemporalitat en el discurs i el debat és una de les altres característiques que semblen desprendre's de la teoria habermasiana. La falta d'un límit temporal torna a caracteritzar el conjunt de la teoria en un plànol estrictament teòric des d'un punt de vista jurídic.

El darrer punt que exposem en aquest apartat són els drets fonamentals derivats de la combinació de la forma jurídica i el Principi de Discurs. Aquest aspecte té una especial transcendència pel tipus de drets que es veuen afectats. Com posteriorment vorem, ens referim al conjunt de drets privats i llibertats subjectives dels ciutadans, és a dir, els drets més “sagrats” de qualsevol ordenament jurídic. En termes de dret modern, s'afirma que els drets dels ciutadans s'han de reconèixer mútuament si volen regular de manera legítima la seua convivència amb el dret positiu.

Habermas intenta aplicar la *Teoria de l'Acció Comunicativa* mitjançant el Principi de Discurs al dret, reestructurant els seus mitjans de legitimació i motivant perquè constitueix un lloc apropiat per a una teoria discursiva del dret.

L'autor a *Faktizität und Geltung* analitza la tensió existent entre la facticitat del dret i la seua validesa. Tal i com s'afirma les normes jurídiques garanteixen tant la legalitat del comportament en el sentit d'obligatorietat com també la de la legitimitat de la mateixa norma.³⁵¹ Habermas mitjançant la seua reestructuració pretén involucrar els ciutadans que es veuran afectats per aquesta norma en el seu procediment d'aprovació per atorgar un nou enfocament de la validesa i la legitimació de la norma.

³⁵¹ Tal i com afirma Ingeborg Maus a l'obra de René von Schomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, State University of New York Press, Albany 2002, p.p. 89 i ss: “La jerarquia clàssica entre dret natural i el dret positiu es transforma en la tensió entre la facticitat i la validesa del dret. Tanmateix aquesta relació entre la facticitat i la validesa no es caracteritza *per se* entre el contrast d'una banda entre la sobirania popular voluntarística i per altra banda els drets que poden ser normativament justificats”. Segons Habermas aquesta tensió que s'eleva al punt de la paradoxa en els sistemes dels drets, inicialment es caracteritza pel fet de que les llibertats subjectives estan equipades amb la força coercitiva de la llei objectiva. La jerarquia clàssica entre el dret natural i el dret positiu Habermas la transforma en una mena de relació de complementarietat supeditada a una mena de relació competencial i no jeràrquica com havia introduït a la *Teoria de l'Acció Comunicativa*. Al *Faktizität und Geltung*, la sobirania popular voluntarística és un element determinant per tal de positivitzar el dret. Com a conseqüència d'aquesta mena de “democràcia radical” Habermas intenta sustentar una teoria que impliqui la participació dels ciutadans, de tots, que han de prendre decisions per unanimitat.

En la teoria jurídica de Habermas que apareix al *Faktizität und Geltung*, es re-ubica el concepte de dret natural dintre de la piràmide jeràrquica del dret, s'atribueixen noves funcions a la moral i es varia completament el sistema de legitimació del dret. Aquesta re-ubicació analitzada des de la perspectiva filosòfica és ara l'objecte d'anàlisi d'aquesta tesi doctoral.

4.2. EL PRINCIPI DE DISCURS

El principi del discurs és aquell pel qual només són vàlides aquelles normes (i només aquelles normes) a les que tots els que puguen vore's afectats per elles poguessen prestar el seu assentiment com a participants en un discurs racional. Habermas defineix els elements d'aquest principi de la següent manera:

- les *normes d'acció*: són definides com les expectatives de comportament generalitzades en la dimensió temporal, en la social i en la de contingut;
- *afectats*, com a qualsevol persona a qui puguen, afectar les conseqüències que presumiblement podrà donar lloc una pràctica general regulada per normes;
- *per discurs racional*, Habermas entén tota temptativa d'enteniment sobre les pretensions de validesa que s'haja tornat problemàtica, en la mesura que aquesta temptativa es produeixi sota condicions de comunicació que dintre d'un àmbit públic constituït i estructurat per deures il·locucionaris possibilitin el lliure processament de temes i contribucions, d'informacions i raonaments.³⁵²

El principi de discurs a Habermas estableix, per tant, que la validesa de les normes d'acció dependrà de que tots el que es puguen vore afectats per aquestes, les acceptin mitjançant el discurs racional.³⁵³

Habermas considera que la introducció del principi de discurs pressuposa que les qüestions de caràcter pràctic poden enjudiciar-se de manera imparcial i decidint-se racionalment.³⁵⁴

³⁵² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 172.

³⁵³ Habermas amb el seu Principi de Discurs estableix una teoria procedimental. En aquest punt volem destacar el que afirma Robert Alexy, *Der Begriff und Geltung des Rechts*, op. cit., p. 136, Segons aquestes teories (procedimentals) una norma és correcta només si pot ser el resultat d'un determinat procediment. El concepte nuclear de la teoria del discurs és el judici racional. La teoria habermasiana estaria inclosa entre les teories de tipus no-monològic, on el principal objectiu és assegurar la imparcialitat de l'argumentació pràctica i, amb això el de la formació pràctica de judicis que en ella es basa. Les regles que serveixen per a que fi poden ser anomenades "regles específiques del discurs".

³⁵⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 174.

El Principi de Discurs constitueix el lloc on es pot formar la voluntat racional. La legitimitat del dret, per tant, es basarà en darrera instància en un mecanisme comunicatiu. Aquest punt és on es retroben la teoria de l'acció comunicativa habermasiana i el procediment de legitimació de normes exposat al *Faktizität und Geltung*.

L'autor per tant reconeix que el seu Principi de Discurs suposa un augment de la racionalització del món de vida. La justificació d'aquesta nova sobredosi de racionalitat queda articulada mitjançant la teoria d'argumentació. Habermas acaba entenent la racionalitat del dret com quelcom inevitable.

Habermas no obvia l'existència de diferents tipus de discurs que determinaran el mateix Principi de Discurs. Aquest haurà de mostrar-se conforme a aquestes regles segons es tracti de qüestions pragmàtiques, ètiques o morals.³⁵⁵

El Principi de Discurs comença essent indiferent a la moral i al dret però mitjançant la institucionalització jurídica, va adoptant la forma de principi democràtic que proporcionarà alhora la forma legitimadora al procés de producció de dret. Mitjançant el Principi de Discurs i per tant amb arguments racionals, els ciutadans hauran de legitimar democràticament i de forma unànime les normes jurídiques que els afectaran.

El Principi de Discurs és una aplicació de la teoria de l'acció comunicativa en termes jurídics. Habermas mitjançant aquest principi pretén aplicar la raó comunicativa al camp jurídic atribuint als afectats per la norma determinada, el protagonista en el procés de legitimació de les normes enlloc de l'Estat.

En aquest punt volem esmentar l'article de Kenneth L. Avio "Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy", *Cambridge Journal of Economics*, 2002, vol. 26, 501-520, on s'analitza el fet de que la legitimitat és la font, i el poder comunicatiu és el pont entre l'institucionalisme i el discurs ètic. A llarg de l'article Avio introdueix la definició neoclàssica que ignorava els problemes que existeixen a l'hora de triar les transaccions socials estructurals i els problemes d'ordre social si aquestes es produïen amb èxit. Avio exposa tres problemes fonamentals d'organització social que no s'han resol i que són "The status quo ante", "The transaction structure" i "Social order". L'article intenta demostrar com l'ètica del discurs a Habermas soluciona aquests tres problemes.

³⁵⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 174.

Habermas entén que en el cas de les normes positives, el procediment de producció de normes constitueix l'autèntic lloc de la integració social. Per aquest motiu exigeix als autèntics afectats que isquen del paper de subjectes jurídics privats i entrin en el paper de ciutadans.^{356*}

Habermas continua afirmant que els ciutadans han de participar assegurant la tradició o bé arribant a un acord mitjançant un procés d'enteniment que atenga a regles normativament reconegudes.³⁵⁷

El Principi de Discurs garantirà que a la producció de les normes jurídiques legítimes es respectin els drets bàsics de participació i comunicació dels ciutadans. El Principi de Discurs requereix que en el procés d'aprovació de les normes, els ciutadans adopten una actitud orientada a l'enteniment fent servir arguments racionals, a més de basar-se en una mena d'acció comunicativa.

Aquest acord al que s'arriba és primerament de caràcter epistemològic i no polític. Proporciona un criteri que servirà per avaluar els procediments i condicions per a realitzar una decisió més que per a crear proposicions institucionals específiques.³⁵⁸

Habermas continua legitimant la seua teoria en base a les següents aportacions i remissions: “*La idea democràtica* desenvolupada per Rosseau i Kant, és a dir la pretensió de legitimitat d'un ordre jurídic construït de drets subjectius, només pot

³⁵⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 94.

* Òbviament ciutadà es fa servir en el sentit hel·lènic clàssic. El concepte original de ciutadania on coincideixen l'activitat d'un subjecte i el reconeixement per part d'una comunitat. El concepte de "ciutadà", nascut a la Grècia clàssica, es refereix a una persona lliure, igual i autosuficient, a qui la comunitat reconeix el dret a exercir aquelles capacitats.

³⁵⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 94.

³⁵⁸ James Bohman. “Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas's Faktizität und Geltung”, *Law and Society Review*, 28.4, 1994, p. 903.

desenvolupar-se mitjançant la capacitat d'integració social annexa a la “voluntat concordant i unida per tothom, els ciutadans lliures i iguals”.³⁵⁹

En aquest apartat Habermas fa referència expressa als autors contractualistes, quelcom que l'aproxima a aquests teòrics. Podem deduir que l'autor considera que la introducció del seu Principi de Discurs a la positivització de les normes jurídiques implica una mena de teoria contractualista, on els ciutadans hauran d'arribar a una mena de consens (contracte) pel qual quedaran vinculats.

No és objecte d'aquest treball avaluar si la teoria habermasiana de legitimació del dret que apareix al *Faktizität und Geltung* s'aproxima a les teories anomenades contractualistes o si el concepte de consens que s'estableix és equiparable al terme contracte en el sentit en el que el fan servir aquests teòrics.³⁶⁰ Tot i això, si que apreciem aquesta aproximació quan els elements en debat es voran sotmesos al filtre de l'argumentació racional.

Per tant un vegada alterat el procediment de creació de les normes, Habermas pot ser qualificat com una mena de positivista – contractualista.

Habermas continua afirmant que “la facticitat de la producció del dret es distingeix de la imposició del dret per via de sanció en la mesura en què la permissió de recórrer a la coerció jurídica ha de derivar-se d'una expectativa de legitimitat associada a la decisió presa pel legislador. La positivitat del dret porta annexa l'expectativa de què el procediment democràtic de producció de drets fonamenti una presumpció d'acceptabilitat racional de les normes estatuïdes. La llei només pot conservar la seua

³⁵⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 95.

³⁶⁰ En relació en aquest sentit Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Així, Michael Rosenfeld i Andrew Arato a la seua obra *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, op.cit, pp. 95-96, afirmen que l'objectiu de la teoria social és reconciliar la llei i la justícia, la democràcia i els drets, seguint el projecte kantian i de Rawls a la seua teoria de la justícia.

força d'integració social fent que els destinataris d'aquestes normes jurídiques puguen a l'hora entendre's en la seua totalitat com autors racionals d'aquestes normes."³⁶¹

En aquest sentit Habermas afirma que el dret deu la seua força vinculant a l'aliança que estableixen la positivitat del dret i la seua pretensió de legitimitat.³⁶² Aquesta legitimitat quedarà atorgada introduint el Principi de Discurs en el procés de positivització de les normes.

Habermas afirma que el discursos en el procediments venen fonamentats discursivament, i constitueixen el lloc on es pot formar la voluntat racional. La legitimitat del dret es basa en darrera instància en un mecanisme comunicatiu: "com a participants en discursos racionals els membres de la comunitat jurídica han de poder examinar si la norma de que es tracti troba, o pot trobar, l'assentiment de tots".³⁶³

Habermas considera que el sistema de drets no pot fer-se derivar d'una lectura moral dels drets, ni tampoc d'una lectura ètica de la sobirania popular, perquè l'autonomia privada dels ciutadans no pot ni sobreordenar-se ni subordinar-se a la seua autonomia política.³⁶⁴

Habermas justifica la seua anàlisi afirmant que fins a l'actualitat no s'ha aconseguit posar en consonància de manera satisfactòria l'autonomia privada i l'autonomia pública en relació al que ell anomena conceptes bàsics.³⁶⁵

³⁶¹ Michael Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, op. cit., pp. 95-96.

³⁶² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 101.

³⁶³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 169.

³⁶⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 169.

³⁶⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 169.

L'autor a la seua construcció de legitimitat pretén l'assentiment de tots el participants, per tant no fa servir cap regla democràtica de majories, sinó que cada norma ha de ser presa per unanimitat, quelcom gairebé impossible des d'una perspectiva pràctica.

Aquesta font de legitimitat democràtica del dret tampoc tracta com afecta a les posteriors generacions les normes pactades per part del seus primogènits, o quines condicions s'han de donar per tal de variar el contingut de la norma.

Habermas estableix un marc idèl·lic on totes les persones mitjançant arguments racionals i de manera infinita en el temps i l'espai, dialoguen i arriben a un acord per unanimitat sobre el contingut de les normes jurídiques per les quals es veuen afectades.

Per tant el principi de discurs fa dependre la validesa de les normes en el fet de que les persones que es veuen afectades per aquestes atorguen el seu consentiment des de paràmetres racionals. La validesa de normes d'acció i dels enunciats normatius generals o universals; per tant no afecta a la validesa normativa jurídica.

Habermas reserva l'ús del terme validesa en el seu sentit ideal – normatiu, és a dir, diferenciant tant de la vigència o acceptació de facto, ja que això només seria la validesa empírica o facticitat d'una norma, com de la correcció de iure o validesa formals.³⁶⁶

Tal i com afirma Velasco a la seua obra, “Habermas s'aproxima a la validesa del dret des de tres perspectives bàsiques, la validesa com a contingut jurídic en referència a la juridicitat de les normes; al concepte sociològic de validesa, que es pot concedir com eficàcia social de les normes o el seu grau d'acceptació i seguiment de les mateixes; i el concepte ètic de validesa, és a dir, una justificació moral de les normes entesa com a rectitud material o correcció dels seus continguts.”³⁶⁷

³⁶⁶ Juan Carlos Velasco, *La teoria discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p.105.

³⁶⁷ Juan Carlos Velasco, *La teoria discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 80.

Dels tres continguts de validesa del dret als quals s'aproxima Habermas ens centrarem en aquest treball a la validesa com a contingut jurídic, com a juridicitat de les normes, (quan són vàlides les normes jurídiques positives), ja que al nostre parer les normes no són vàlides pel fet de ser positives o per haver complert un procediment determinat per a la seua aprovació, sinó que a més han de respectar uns mínims bàsics externs com són els drets fonamentals.

En conseqüència, entenem que la validesa de les normes jurídiques no és pot deslligar d'un contingut moral extern mínim: ambdues valideses estan interrelacionades en un grau jeràrquic o piramidal.

L'estratègia teòrica desenvolupada per Habermas s'ha dirigit no a assenyalar les diferències entre les normes jurídiques i morals, cosa que es dona per pressuposada de començament, sinó com es relacionen ambdós universos normatius en una societat moderna amb una configuració postmetafísica i postconvencional.³⁶⁸ Aquesta concepció el diferencia de les teories de positivisme clàssic i del modern, com ara la teoria de sistemes de Luhmann.

Tal i com hem avançat anteriorment, Habermas considera que l'herència de la metafísica del dret natural representa la subordinació del dret positiu al dret natural o moral.³⁶⁹ La reconstrucció del discurs permet a Habermas separar les pràctiques autònomes argumentatives en diferents dimensions, entre d'altres moralitat des de legalitat, moralitat des d'ètiques, llei des de política i discurs des de negociació.

Passem seguidament a detallar quins tipus distints de discurs i de negociació estableix Habermas al *Faktizität und Geltung*, a) El discurs moral, que queda especialitzat en relació al principi d'universalització; b) els discursos ètics, que cerquen la identitat individual i col·lectiva dels ciutadans; c) els discursos pragmàtics, on es relacionen les

³⁶⁸ Juan Carlos Velasco, *La teoria discursiva del dret, sistema jurídic y democracia en Habermas*, op. cit., p. 98.

³⁶⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit, p. 149.

proposicions i es determinen prioritats i objectius col·lectius; d) els discursos legals, destinats a vigilar la consistència interna de les normes legals; i per últim, e) les negociacions que desenvolupen una cultura de compromís just entre interessos no generalitzables.³⁷⁰

Cada tipus de discurs o forma de negociació correspondrà a la lògica de cada supòsit. Amb aquest moviment envers la pluralitat de discursos, Habermas fa la seua teoria analítica més rica i s'apropa a les realitats institucionals. Tal i com afirma Teubner, aquesta teoria conjunta dues teories intel·lectuals que tradicionalment s'han trobat separades permetent-li traure profit de cadascuna d'elles, la diferenciació social i la fragmentació dels discursos.³⁷¹

Els sociòlegs han observat que la societat moderna s'ha dividit en diferents sistemes socials i esferes de racionalitat autònomes. Els filòsofs han observat que el llenguatge s'ha fraccionat en diferents jocs de llenguatges, lògiques d'argumentació i aparents incommensurables discursos.

La teoria de Habermas integra aquestes dues tradicions i relaciona una amb l'altra tant de manera interna com externa i des d'una perspectiva d'anàlisi funcional com de reconstrucció racional.³⁷²

³⁷⁰ Gunther Teubner. "901 De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics", *Cardozo Law Review*. 901, Març 1996. p. 2. En aquest article l'autor analitza el Principi de Discurs a l'obra de Habermas i la seua pluralitat. Teubner fa especial menció com hem subratllat als diferents tipus de discursos que considera Habermas i les relacions entre aquests. L'article s'inicia amb una interessant introducció històrica amb referències a l'autor alemany Johan Nikolaus Hert i la seua obra *De Collisione Legum*, on entre d'altres Hert afirma: "no és la fragmentació de la justícia universal en diferents lleis nacionals que ens ha d'obsessionar sinó la fragmentació de la racionalitat universal en múltiples discursos molestos". Tal i com afirma, Lorenzen a "Story's Commentaries on the Conflict of Laws: One Hundred Years after", *Harvard Law Review*: Vol. 48, N.º.1 (Nov. 1934) pp. 15-38: Hert es situa juntament amb Bartolus, Dumoulin, D'Argentré, Rodenburg, Paul Voet, Huber, Froland, Boullenois entre els juristes de diferents èpoques i realitats socials que es plantegen qüestions com el conflicte de lleis i quina llei és la que s'ha d'aplicar quan es produeixen conflictes entre normes. Aquesta argumentació permet a Teubner definir el Principi de Discurs de Habermas i les seues diferents variants.

³⁷¹ Gunther Teubner. "901 De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics", op.cit., p. 2.

³⁷² Gunther Teubner. "901 De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics", op.cit. p. 2. L'autor cita *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 140. En aquest punt volem destacar l'article de Carlos María

En aquest apartat tampoc podem deixar d'esmentar les crítiques que ha rebut la teoria de Habermas, ja que la mateixa suposa una aplicació directa del concepte de democràcia participativa a la teoria de legitimació del dret.

En aquest sentit, destaquem la crítica de Bubner que afirma que Habermas mitjançant el seu principi discursiu o de diàleg ideal no aconsegueix resoldre cap dels problemes que es planteja i intenta resoldre.³⁷³ Bubner afirma que tractar determinats supòsits apriorísticament, i a partir d'una situació ideal de diàleg, sense tenir en compte qualsevol contingut històric i socialment informatiu, el diàleg no serveix per als propòsits pels quals es van introduir.³⁷⁴ Segons Bubner, l'equiparació habermasiana entre llenguatge i raó condueix a confusions irreparables. El llenguatge és l'element indispensable de la raó, que permet reunir diferents punts de vista i configurar opinions comuns, però l'assoliment de l'enteniment del punt de vista comú no permet identificar el llenguatge ni amb la raó, ni amb la veritat, ja que el llenguatge també introdueix opacitats i preeminències que la raó ha de detectar i corregir.³⁷⁵

Seguint l'argument habermasià abans esmentat, on s'observen cinc tipus de discurs i negociació, podem afirmar que el Principi de Democràcia Normativa suposa l'aplicació automàtica d'un principi basat en la lògica pròpia de les ciències polítiques al camp de la legitimació de tot tipus de normes jurídiques. Si bé la frontera que separa el discurs polític i el jurídic és molt prima, l'aplicació del Principi de Democràcia Normativa provoca eliminar qualsevol autonomia del discurs jurídic com a tal, en relació al discurs polític. Podríem afirmar que amb el Principi de Democràcia Normativa es

Carcova, "Habermas: La validez como construcción discursiva", *Anuario de Filosofía jurídica y social, asociación Argentina de derecho comparado*, Vol. 21, Buenos Aires, 2001. pp. 73 – 103.

³⁷³ Rüdiger Bubner, *La filosofía alemana contemporánea*, Cátedra, Madrid, 1984, pp. 230 i ss.

D'aquest autor també destaquem les següents obres relacionades amb l'obra de Habermas: Bubner, "Habermas's Concept of Critical Theory", a John Thompson y David Held, *Habermas. Critical Debates*, MIT Press, Cambridge. Mass. 1982.

³⁷⁴ Rüdiger Bubner, *La filosofía alemana contemporánea*, op.cit., p. 231.

³⁷⁵ M. Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., p. 163.

produeix una mena d'aculturació procedimental i del llenguatge entre els camps de la política i del dret.

En forma de conclusió el Principi Discursiu consisteix en una aplicació de l'ús comunicacional, és a dir, el locutor podrà accedir, amb el seu auditor a la comprensió d'una situació o problema. Gràcies a aquesta possibilitat poden posar-se d'acord sobre els remeis, o els mitjans, acords, etc.³⁷⁶ Quan apliquem aquesta comprensió a l'ordre normatiu o legal establint un procés democràtic de decisió, parlem del Principi Democràtic Normatiu, que seguidament analitzem.

³⁷⁶ Barjne Melkevik, *Rawls Ou Habermas, une question de philosophie du droit*, op. cit., p. 15.

4.3. EL PRINCIPI DEMOCRÀTIC NORMATIU

“Escolta la veu del poble i seràs poble”

Vicent Andrés Estellés

El Principi Democràtic Normatiu consisteix en unir les nostres voluntats com a ciutadans destinataris d'una norma jurídica per a poder decidir sobre els continguts normatius d'una determinada norma que ens seran aplicats. Tal i com afirma el mateix Habermas, la idea decisiva és que el principi democràtic es deu a la connexió del principi de discurs amb la forma jurídica, entenent aquesta connexió com una gènesi lògica de drets, que s'ha d'anar reconstruint gradualment.³⁷⁷

Habermas defineix la finalitat del principi democràtic en fixar un procediment de producció de normes legítimes. Ja que únicament podem pretendre validesa legítima de les normes jurídiques en base a un procés discursiu de producció de normes jurídiques, articulat jurídicament, on podem trobar l'assentiment de tots el membres de la comunitat jurídica.³⁷⁸

El principi democràtic normatiu pressuposa la possibilitat de decidir racionalment sobre qüestions pràctiques, amb la possibilitat d'efectuar tota classe de fonamentacions possibles en discursos d'on deriva la legitimitat de les lleis.³⁷⁹

³⁷⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 175.

³⁷⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 175.

³⁷⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 176. Per tal d'entendre la transcendència d'aquest principi fent servir la qüestió que planteja Kenneth Baynes a *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 206. Què fa legítima l'autoritat legal? Habermas no accepta la posició positivista legal, establerta per Luhmann, que afirma que la llei és legítima si ha sigut realitzada conforme a un procediment legal establert. Al mateix temps, afirma que la teoria de dret natural s'ha impedit en base a la seua pròpia exigència de democràcia radical. Habermas afirma que no hi ha res superior a la pràctica d'autodeterminació dels ciutadans, que es construeix en base a les condicions comunicacionals en general, i el mitjà legal com a tal, en particular. Tal i com afirma Cohen, a *Constitution, Democracy, and State Power: The Institutions of Justice*, 4, Joshua Cohen and Archon Fung, Edward Elgar, Cheltenham 1996: “Habermas defineix la seua teoria democràtica com un fenomen de democràcia deliberativa situant-se entre els autors que destaquen la deliberació pública i la participació”. En aquest sentit no podem deixar d'esmentar la definició de democràcia que fa servir Avio, “Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy”, op.cit.: “per a Habermas la democràcia no és simplement una agregació de preferències; la característica discursiva de la llei

El Principi de Democràcia Normativa no entra a valorar quins són els aspectes que s'hauran de tractar discursivament, sinó que dependrà dels mateixos ciutadans a l'hora de determinar els continguts de les normes. El Principi de Democràcia Normativa estableix la forma en la que s'institucionalitzarà la formació racional de l'opinió mitjançant un sistema de drets que asseguri a cadascú la igual participació en el procés de producció de normes.

El principi moral es diferencia del Principi de Democràcia Normativa, en què el primer supera els límits entre els àmbits de la vida privada i pública. El principi moral cerca una vessant universalista de la validesa de les regles morals que el principi democràtic normatiu no cerca com a *conditio sine qua non*.

Tot i les dificultats teòriques i pràctiques que posteriorment analitzarem en el present treball, el Principi Democràtic Normatiu suposa sense cap mena de dubte una innovació important a l'hora de cerca mitjans de renovació de la legitimació democràtica de les normes jurídiques.

Des d'un plànol teòric, mitjançant el principi democràtic normatiu, Habermas regenera democràticament l'ordenament jurídic. L'autor considera que tota llei requereix una justificació de tipus directe.

En aquest sentit, Habermas entén que el sistema jurídic és criticat de manera continua per part dels ciutadans que veuen les normes jurídiques que els hi són aplicades com una cosa llunyana i aliena a la seua voluntat. Les respostes que es solen atorgar a aquestes crítiques per part dels operadors jurídics es fan normalment des de l'escepticisme i passen per l'explicació de sistemes de legislació de normes on els ciutadans no es veuen representats de manera directa.

és crucial per a poder entendre les demandes de legitimitat." Habermas subratlla que les lleis legítimament promulgades són legítimes si aquestes son raonables i venen motivades per un procediment deliberatiu qualitativament suficientment i inclusiu.

Qualsevol reforma legislativa passa per introduir els canvis que es desitgen mitjançant el sistema de partits polítics, és a dir, no s'atorga al ciutadà (amb excepcions contades com la iniciativa legislativa popular) la possibilitat de participar de manera directa en l'aprovació de les normes jurídiques. Són els seus representants polítics qui en segons els casos i els interessos de partit, realitzaran la tasca de la reforma legal.

Aquest sistema d'aprovació de normes fa que el ciutadà no puga concebre el sistema legal com a quelcom que depenga d'ell de manera directa i, conseqüentment provoca que l'ordenament jurídic no s'entengui com a quelcom propi.

Els operadors jurídics no acontenten als ciutadans en democràcia afirmant que les normes jurídiques depenen de la seua voluntat. La democràcia directa s'erosiona mitjançant els sistemes de representació i els partits polítics.³⁸⁰

Habermas mitjançant el principi democràtic normatiu fa que siguen els ciutadans els qui participen de manera directa depurant les deficiències democràtiques que comporta el sistema de les legislacions de les lleis. A més atorga un sistema de responsabilitat personal en els ciutadans que seran responsables directes del contingut de les normes de les quals són destinataris. El resultat són normes jurídiques que lliure i democràticament han decidit aprovar.

Un cop introduït com a objectiu aquest mecanisme de democràcia radical, on tots els destinataris de les normes jurídiques decidiran sobre el contingut de la norma, Habermas elabora la seua teoria de legitimació procedimental. Per tant, la connexió interna que cerca Habermas entre la sobirania popular i els drets dels homes, consisteix en què al sistema de drets es recullen exactament les condicions sota les quals es poden

³⁸⁰ En aquest sentit és produeix una confusió entre el camp de dret i de la política a l'obra de Jürgen Habermas. Aquesta confusió també afecta als camps de la filosofia del dret i al filosofia política. Aquesta percepció de confusió a l'obra de Habermas també ha sigut apreciada per Bruce Ackerman tal i com em va afirmar en una reunió mantinguda al seu despatx de la Universitat de Yale als Estats Units a agost de 2005.

institucionalitzar jurídicament les formes de comunicació necessàries per una producció de normes autònoma políticament.³⁸¹

El Principi Democràtic Normatiu resulta d'una corresponent especificació del Principi de Discurs per aquelles normes d'acció que es presenten en forma de dret i que poden justificar-se amb ajuda de raons pragmàtiques, de raons ètic – polítiques i de raons morals, i no sols amb ajudes de raons morals.³⁸² Aquest principi ajuda a reconstruir els elements fonamentals de les dues teories normatives clàssiques, l'Estat Liberal Constitucional i la Societat Democràtica de Benestar.³⁸³

Habermas de manera correcta es planteja el fet de que la positivització del dret modern ha permès desplaçar la problemàtica de la seua fonamentació. Per tant, localitza aquest desplaçament i intenta resoldre aquesta problemàtica atorgant legitimitat al dret positiu mitjançant exclusivament mitjançant el seu sistema de codificació, i així, el dret pel mer fet de ser positiu el dret necessàriament serà legítim.

Mitjançant l'exposició d'aquest procediment democràtic Habermas planteja una solució ideal a aquesta falta de legitimitat del dret, tot i que al nostre entendre, cau en el parany de la positivització en el mateix sentit que feia Kelsen.

El punt de partida d'aquesta reconstrucció teòrica és trobar una solució al dèficit democràtic d'ambdues teories normatives històriques. El dèficit s'emmarca en la manca d'elements democràtics i participatius dels ciutadans. Habermas mitjançant el seu Principi de Democràcia Normativa estableix un sistema que des d'una vessant teòrica

³⁸¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 169. Habermas continua afirmant: "El sistema dels drets de l'home no pot fer-se derivar d'una lectura moral dels drets de l'home ni tampoc d'una lectura ètica de la sobirania popular, perquè l'autonomia privada dels ciutadans no pot ni sobreordenar-se ni subordinar-se a la seua autonomia política". Habermas per tant entre d'altres objectius bàsics amb la seua teoria pretén assolir una independència en quant a la legitimitat de les normes jurídiques de postulats morals i ètics introduint una mena de relació competencial i no jeràrquica.

³⁸² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 173.

³⁸³ Michael Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 26.

atorga solucions a les mancances dels sistema liberal constitucional i el sistema de benestar democràtic.

Habermas en la seua construcció estableix que totes les persones que es veuen afectades per la norma es reuneixen en una espècie d'àgora preestablerta i mitjançant un diàleg racional i guiats pels discurs determinat, es posen d'acord sobre el contingut de la norma que s'aplicarà.

A l'hora de formalitzar el Principi de Democràcia Normativa Habermas no limita el temps ni la forma de discussió entre *tots*³⁸⁴ el destinataris de la norma: qui és el *Demos*? l'autor no tracta el fet de l'existència de segones i terceres generacions, que si es veuen afectats per la mateixa norma haurien de poder dir la seua. Les segones generacions no tenen per què estar d'acord amb el contingut acordat pels seus pares (tal i com Ackerman exposa al seu *Social Justice in the Liberal State* i que exposarem amb molt més deteniment en la següent part del present treball). Habermas es centra en afirmar que el diàleg ha de ser racional, obviant que en les societats liberals actuals el diàleg entre els individus és constrictiu, és a dir, competitiu entre ciutadans.

El Principi Discursiu i el Principi Democràtic s'apliquen a qualsevol tipus de norma, obviant la diferenciació d'Ackerman entre moments constitucionals i moments normals on els ciutadans tenen diferent predisposició envers el diàleg i les normes. Per últim obvia que si no vol que els ciutadans actuïn com a divinitats hauria de limitar el principi democràtic envers els drets fonamentals (naturals) de forçós compliment.

Habermas continua afirmant a la seua obra que el dret positiu "mitjançant el seu component de legitimitat que representa la validesa del dret, conserva una referència moral. Però aquesta referència a la moral no ens ha de dur a posar la moral per sobre del dret en el sentit d'una jerarquia entre dos ordres normatius. La idea d'una Hierarquia legum pertany al món del dret pre-modern. La moral autònoma i el dret positiu, en

³⁸⁴ El terme "tots" apareix subratllat perquè considerem que un dels problemes més importants d'aquest principi és la determinació del *Demos* i com afecta aquesta definició a les anomenades segones generacions.

relació a la necessitat estructural de justificació d'aquest darrer, guarden més bé una relació de complementarietat".³⁸⁵ És a dir, Habermas entén que entre el dret positiu i la moral ha de regir una mena de principi competencial i no jeràrquic, oblidant que les declaracions de drets humans o de drets fonamentals de la majoria de democràcies tenen un clar contingut moral a més de ser normes jurídiques positives. Aquestes normes jurídico - morals amb validesa universal es troben en l'esglaió més alt de la piràmide jeràrquica del dret i cap norma positiva pot infringir el seu contingut.

Ens trobem davant d'una problemàtica de màxima actualitat en camps com l'experimentació animal i/o humana, etc. Què succeeix si un cirurgia decideix realitzar la clonació de persones en *res nullius*? quina norma jurídica contradiu? no contradiria una norma de contingut moral? què passa en els casos d'anòmia jurídica?.

Un altre caràcter d'aquest tipus de normes és que haurien de poder aplicar-se en qualsevol indret del món, fins i tot contradient normes internes dels respectius Estats. En base a les normes de drets humans la comunitat internacional està jurídicament i moralment legitimada per intervenir i evitar supòsits com l'ablació, el tràfic d'òrgans vitals, el maltractament d'animals, etc tot i que hi hagen legislacions o costums internes que ho permetin.

A *Faktizität und Geltung*, Habermas afirma que a diferència de la teoria kantiana sobre la forma jurídica, el Principi Democràtic no ha de quedar subordinat al principi moral i, partint d'aquesta nova relació "competencial" i no jeràrquica, Habermas funda mitjançant el Principi de Discurs el seu sistema de drets. Habermas afirma que els drets subjectius es basen en un reconeixement recíproc del subjectes jurídics operants. Aquests subjectes que es reconeixen els mateixos drets queden units i pressuposen la col·laboració entre subjectes de dret, lliures i iguals en drets i obligacions.³⁸⁶ Les

³⁸⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 170.

³⁸⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 154.

relacions entre el dret “legítim” conseqüent del Principi de Democràcia Normativa i la moral és analitzat posteriorment en el present treball.

Després d’haver analitzat el Principi Democràtic Normatiu, i com és considera legítima només les aprovades mitjançant un procés democràtic aplicat al dret, “depurat” d’influències externes. La nova teoria habermasiana és per tant positivista, ja que sosté la tesi de la separació.³⁸⁷

Tot i que com hem avançat anteriorment Habermas no renega en absolut del valor moral universal que tenen els drets de l’Home i per tant, podríem afirmar que de manera contradictòria pretén excloure la moral de la seua teoria sense poder aconseguir-ho del tot, ja que ha de menester el paper que desenvolupa la moral en la fonamentació dels drets universals.

Seguidament, tractarem els punts crítics d’aquesta teoria, per tal d’aconseguir establir sobre quins elements aplicarem els continguts de la teoria d’Ackerman.

³⁸⁷ Robert Alexy, *Der Begriff und Geltung des Rechts*, op. cit., p. 13. Alexy de manera clara afirma que el centre de la polèmica sobre el concepte de dret és la relació entre dret i moral. Segons les teories positivistes, el concepte de dret ha de ser definit de manera que no incloga cap element moral. Tal i com Habermas afirma amb la seua reformulació amb el *Faktizität und Geltung*. En canvi les teories no positivistes sostenen la tesi de la vinculació.

4.4 ELEMENTS CRÍTIKS AL PRINCIPI DE DEMOCRÀCIA NORMATIVA

4.4.1. RACIONALITAT

*Els ciutadans tenen el dret a no ser racionals.*³⁸⁸

Tal i com hem introduït en capítols anteriors del present treball, el sistema de democràcia radical elaborat per Habermas al *Faktizität und Geltung* provoca un augment de la racionalització de les normes jurídiques i del món de vida. La teoria de Habermas pretén demostrar que la legitimitat del dret està basada en la racionalitat imminent a la llei. Tot i que aquesta racionalitat es fa dependre de les dimensions de la raó comunicativa que es desprèn del mateix mitjà legal.³⁸⁹

El Principi de democràcia normativa que Habermas introdueix al *Faktizität und Geltung* té com un dels elements bàsics que tots els possibles afectats han d'acceptar les normes com a participants en *discursos racionals*. Amb aquest element queda clar que s'introdueix un element racionalitzador que afectarà no només a la teoria de l'argumentació sinó a les normes jurídiques resultants del procés racionalitzador.

En conseqüència, la teoria legitimadora del dret de Habermas provoca els efectes racionalitzadors que tant ha criticat a la seua obra anterior.³⁹⁰ Per tant tot i que el seu principi suposa els avenços des d'un nivell teòric que ja hem expressat anteriorment, i pretén introduir una dosi de democràcia directa i participativa dels ciutadans en els processos de creació de les normes jurídiques, el mitjà pel qual s'aconsegueix involucrar els ciutadans en el debat de creació de les normes jurídiques, parteix d'un element racionalitzador que afecta la llibertat dels ciutadans.

³⁸⁸ Albrecht Wellmer, "Models of freedom in the Modern World", a *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, ed. Michael Nelly, MIT Press, Cambridge, Mass., 1990, p. 245.

En aquest punt destaquem l'anàlisi que fa Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., p. 69, sobre la problemàtica de la Racionalitat a l'obra *Teoría de l'Acció Comunicativa*, que com bé afirma és "el tema fonamental de la filosofia" i l'element bàsic d'una teoria crítica de la societat.

³⁸⁹ Stephen K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op. cit., p. 207.

³⁹⁰ En relació a la crítica habermasiana sobre els efectes de la racionalització del món de vida en general i sobre la racionalització del dret en particular, ens referim als capítols anteriors del present treball.

La hipòtesi habermasiana de procedimentalització del dret constitueix un avenç en la democràcia racional en comparació amb el dos models tradicionals d'ordre legal modern, el model legal formalista liberal i el model legal de l'estat de benestar.³⁹¹

Habermas elabora una mena de “*racionalització democràtica*” que segons el seu parer, resulta ser positiva i no limitadora de la llibertat. Aquesta nova racionalització “màgica” no es veu afectada pels condicionants negatius de la racionalització de Weber o de Habermas, com tampoc dels elements negatius de la normalització foucaultiana.

Aquest nou tipus de racionalització positiva s'aplica de manera directa al dret sense tenir la consideració de racionalització jurídica i depurada de qualsevol influència moral o ètica. Així doncs, aquesta teoria contradiu la concepció anterior de Habermas on la llei i la moralitat estan inexorablement connectades, ja que les propietats formals del dret, tal i com les descriu Weber, no es poden entendre com a racionals des d'un punt de vista moral neutre i, per tant, no poden garantir la legitimitat de la llei.³⁹²

Resulta, aleshores, que al *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* la llei moderna s'entén com un instrument d'estabilitat i *control social*.

Habermas cerca una mena d'emancipació del dret de la moral. Per tant, deixa de considerar que el dret no només està assentat sobre principis sinó també sobre una base metajurídica, o metafísica, i que per això necessita un tipus de legitimació en base a aquests paràmetres metajurídics. Aquesta nova teoria considera que el dret existent és el dret positiu i aquest queda legitimat mitjançant els principis democràtic normatiu i

³⁹¹ Jacques Lenoble a Michael Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. op. cit., p. 38, L'autor fa una comparació molt interessant entre els dos models tradicionals i el sistema de legitimació procedimental.

³⁹² Systematisierung bedeutet “die Inbeziehungsetzung aller durch eine Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, daß sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchloses und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden”. *Faktizität und Geltung*.

discurs. Sembla ser que Habermas redueix el dret al que abans considerava dret positiu, obviant els altres tipus de drets i les relacions d'aquests amb la moral.³⁹³

En aquest mateix sentit es pronuncia Brunkhorst, quan afirma que per a Habermas tota llei és llei positiva. No existeix cap norma superior a la llei positiva. Així el paper realitzat per la llei no necessita cap mena de justificació des de la filosofia pràctica o una teoria de la justícia.³⁹⁴

Tot i que la societat occidental es regeix mitjançant la il·lusió jurídica d'equiparació entre llei i justícia, són conceptes i termes diferents. Habermas, equiparant llei positiva i justícia, tal i com feia Kelsen, no ha de menester una teoria de la justícia, ja que la llei és justa a l'esdevenir positiva.

Habermas considera que mitjançant el sistema de democràcia radical i argumentació racional, la llei resultant serà sempre legítima i justa, oblidada per tant que la justícia, com a valor i principi bàsic, no és pot positivitzar ni legislar.

Una aplicació pràctica de la teoria habermasiana suposaria una nova fornada del fenomen de la juridificació que afecta a l'Estat. Recordem que la juridificació va suposar en paraules del mateix autor, un increment del dret escrit (positiu) i, alhora, una contribució a la limitació de la llibertat dels individus. En conseqüència, l'individu

³⁹³ Per tal de justificar aquesta afirmació ens referim en aquest punt, a la definició del concepte de dret que apareix a les seues obres Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1, Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung, Theorie und Praxis, Die nachholende Revolution*. D'aquesta definició en relació a l'aspecte de la racionalitat destaquem la diferenciació entre dret natural i dret positiu i la necessitat de justificació moral del dret.

³⁹⁴ Buchwalter a René Von Schomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, op. cit., p. 159. Buchwalter a la mateixa obra esmentada afirma: "al *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* la teoria de Habermas es centra únicament en el dret positiu. En el llenguatge de Habermas, el dret positiu pot dirigir satisfactòriament l'obediència al dret no només mitjançant la validesa sinó que també per la legitimitat. Habermas a més estableix una mena de connexió interna entre la llei positiva i la llibertat individual i autonomia humana. Segons Habermas, una de les diferències bàsiques entre la seua teoria de legitimació del dret del *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* i una teoria exclusivament ius-positivista, és la introducció del concepte bàsic de persona jurídica com element nuclear de la teoria, tenint en compte les seues repercussions, característiques i qualitats a l'hora de definir la teoria.

queda supeditat a una nova relació de dependència que s'ha creat per aquestes noves regulacions.

Habermas entén emperò que l'ordre jurídic que es constitueix en aquesta etapa a més de caracteritzar-se per la seua positivitat i formalitat també cerca la vessant universal. Per tant, el concepte de dret no està elaborat exclusivament sobre el concepte modern de llei (positiu) sinó també sobre el concepte de persona jurídica, considerada com un ens que pot tancar contractes i adquirir, alienar o transmetre propietats.³⁹⁵

La nova teoria jurídica estableix els seus procediments i condicions en base a la formació d'una opinió racional. Aquesta opinió racional sota una correcció de tipus formal de les decisions polítiques i legals, garanteix la presumpció que expressa l'interès general sota un acord racional. En aquest sentit, legitimitat, correcció procedimental, acceptació racional i interès general queden connectats.

Tal i com afirma Mc Carthy: "L'acceptació racional de les normes legals tendeix a la imparcialitat. L'acceptació general pot ser raonablement esperada de persones lliures i iguals només de normes que donen igual consideracions a tots."³⁹⁶

Aquesta formalització suposa introduir més elements de racionalització tant a l'acceptació racional com a la norma legal final.³⁹⁷

³⁹⁵ Buchwalter a René Von Schomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, op. cit., p. 159.

³⁹⁶ Thomas McCarthy a *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, op. cit., p. 118.

Aquest mateix autor a l'article publicat a l'obra *Habermas and The public sphere*, op. cit., p. 62, afirma: "La separació del procediment formal del contingut substantiu mai és absoluta, no podem estar d'acord en el que és just sense establir cap acord sobre el que és bo". Mc Carthy i AAVV, a l'obra *Habermas y la Modernidad*, Catedra, Madrid, 1988, p. 119, on torna a afirmar l'anteriorment esmentat com a quelcom bàsic per a dur a terme una teoria procedimental.

³⁹⁷ En aquest sentit tornem a destacar la definició de "*Verrechtlichung i Verdinglichung*" del present treball i en especial els efectes que aquesta racionalització formal de les lleis provoca a la llibertat dels individus.

Habermas sembla que intenta limitar els efectes de la racionalització jurídica que implica la seua teoria de legitimació al procediment d'argumentació que han de seguir els ciutadans a l'hora de determinar el contingut de les normes jurídiques que els seran aplicades.

La frontera establerta per Habermas en relació a l'afectació de la racionalització "democràtica" entre la teoria de l'argumentació i la norma jurídica producte d'aquesta argumentació sembla massa prima. Sobretot si pensem que la norma resultant final està legitimada mitjançant normes procedimentals racionals que tenen una afectació als arguments utilitzats.

La introducció de normes formals que determinen el contingut argumentari i racionalitzen el discurs, limiten de manera directa la llibertat del contingut discursiu i argumentatiu dels participants en el sentit expressat en els capítols anteriors del present treball, i racionalitza de manera directa el camp del dret.³⁹⁸

La introducció d'elements formals i tècnics, tot i semblar que afecten estrictament a l'argumentació dels ciutadans, és un element que guiarà el discurs dels diferents ciutadans. Tampoc limita, al nostre entendre, l'afirmació habermasiana de què la seua teoria és capaç de conjuntar els conceptes de dret i política que estan lligats per l'obligació de l'enteniment filosòfic rigorós dels límits de la raó.

La primera definició de llei moderna a Habermas recordem que és quelcom que ha estat racionalitzat com una entitat funcional completa i que manté la necessitat d'una justificació moral en termes d'un discurs pràctic de la validesa de les normes.³⁹⁹

³⁹⁸ En aquest punt tornem a fer lectura sobre les teories de la racionalització de Weber, la cosificació de Luckács i la normalització de Foucault i l'estudi d'aquestes a la primera obra de Habermas. És en aquest sentit que ens interessarà mostrar en una etapa del pensament de Habermas els elements en què recolzarà per tal de defensar quelcom que ara perd (a la vegada que perd aquells elements). Des d'aquesta doble mancança caldrà entendre l'aportació que farem en la tercera part d'aquesta tesi.

³⁹⁹ Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 5.

A la definició del concepte de llei legítim a *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* la llei deixa de ser quelcom racionalitzat (tot i la introducció dels elements racionalitzadors ja exposats) i no necessita la justificació moral ja que la legitimitat li ve atorgada mitjançant el procés de democràcia jurídica. Amb aquesta definició del dret Habermas accepta la racionalització com a quelcom irreversible del món de vida i, per tant del, dret.

Per això, tal i com afirma Power: “Amb el *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* sens cap mena de dubte és l’abandonament final de la teoria crítica. És més, el concepte de dret a Habermas i el seu rol mediador ha de ser entès com una idea ingènua”.⁴⁰⁰

Hi ha determinats sectors doctrinals que entenen aquest abandonament de la teoria crítica com a quelcom positiu. En aquest sentit Heller afirma: que Habermas amb el *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* abandona el “molest” component utòpic – messiànic del marxisme clàssic i l’ingredient profètic apocalíptic de l’escola de Frankfurt. Ja no crida al món que tots els seus esforços estan condemnats al fracàs sinó que ho contempla amb els valors que li són inherents, uns valors que, encara que distorsionats, impliquen l’encara possible progrés.⁴⁰¹

En aquest punt també volem destacar l’existència d’experiments empírics de democràcia deliberativa on no s’ha introduït aquesta dosi de racionalitat argumental que Habermas sembla necessitar per tal de justificar teòricament el seu experiment de democràcia radical aplicada al camp de la filosofia normativa.⁴⁰² Totes aquestes teories i pràctiques

⁴⁰⁰ Michael Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. op. cit., p.225.

⁴⁰¹ Agnes Heller, *Crítica de la Il·lustración*, Península, Barcelona, 1984, pp. 286 i ss.

⁴⁰² Entre les diferents obres que tracten la democràcia deliberativa i la seua posada en pràctica volem destacar l’obra del Prof. Fishkin, *The Voice of the People Public Opinion & Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1995. Aquesta és una magnífica obra on l’autor prova de restablir la fe en el discurs democràtic. Fishkin aplica a la realitat pràctica les seues teories de democràcia deliberativa i en dona la mostra en el llibre. En aquest apartat tampoc no podem deixar de destacar l’obra editada Prof Fishkin i Peter Laslett, *AAVV Debating Deliberative democracy*, Blackwell Publishers, Oxford, 2003, destaquem els articles “*Deliberation Day*” pp.7-31, base de l’obra amb el mateix nom de Bruce Ackerman i que tractarem en el proper capítol del

empíriques tampoc contemplen el component messiànic del que parlava Heller i eviten situar-se en la “positivització” (ideal) de la proposta habermasiana.

Per concloure aquest apartat volem destacar que considerem realment decisiu en el camp dels discursos amb vocació pràctica tant el qüestionament de la unanimitat discursiva que resulta ser de les normes com el mateix discurs en sí.

Un intent de defugir el determinisme positivista habermasià integrant l'element decisionista és la teoria eclèctica del prof. Alexy entre determinisme i decisionisme i no la teoria exclusivament determinista i positivista (legalisme mitjançant el procediment positiu) del Prof. Habermas al *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* ⁴⁰³

Alexy considera que l'única manera de resoldre el problema de la racionalitat al camp de l'adjudicació és mitjançant una teoria legal del discurs on aquest discurs sorgeixi com una mena de cas especial del discurs general pràctic. ⁴⁰⁴

La racionalitat que hem detallat, vindrà motivada entre d'altres causes per la necessitat d'un consens en forma d'unanimitat que passem a analitzar en el proper epígraf. ⁴⁰⁵

present treball, així com l'article de Cass R Sunstein. “The Law of Group Polarization” p. 80 i ss. Una altra obra important a l'hora d'analitzar l'aspecte de la racionalització i del diàleg del prof. Fishkin que hem d'esmentar és *Democracy and Deliberation: New directions for democratic reforms*, Yale University Press, New Haven, 1993 (2^a edició).

⁴⁰³ Robert Alexy, *Theorie des Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005 (5^a. Edició), p. 36-37.

⁴⁰⁴ Robert Alexy a Michel Rosenfeld i Andrew Arato (ed) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, op. cit., pp. 8-9 i 226-234.

⁴⁰⁵ En aquest sentit volem destacar ací l'article de Thomas McCarthy a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, The MIT Press, Boston, 1993, pp. 52 i ss. En aquest article l'autor afirma de manera correcta, que al discurs ètic de Habermas, la racionalitat motivada pel consens i que ve expressada mitjançant la raó pràctica a l'esfera pública, pressuposa l'acceptabilitat general de manera anticipada de les conseqüències d'una norma per a la satisfacció legítima de les necessitats. “Necessitat” a l'obra de Habermas té dues definicions que estan diferenciades en l'àmbit volitiu on hem de diferenciar desitjos i inclinacions, i des d'un àmbit intuïtiu, entre sentiments i humors. Les necessitats eren l'origen de la parcialitat que determinava les nostres actituds subjectives en relació al món exterior. Aquestes prediccions s'expressen per si mateixes tant des d'un esforç actiu pels bens, com des d'una percepció afectiva de les situacions. La parcialitat dels desitjos i sentiments s'expressa al nivell de llenguatge en interpretacions de necessitats, això és, en avaluacions per les quals les nostres expressions són possibles. Ja que l'articulació i la interpretació de les necessitats en el discurs pràctic es realitza des d'estàndards de valors, les necessitats estan internament relacionades i són

En relació a l'augment de la dosi de racionalitat que suposa el plantejament habermasià del *Faktizität und Geltung*, no podem deixar d'esmentar és la falta de regulació del concepte bàsic de llibertat negativa. Tal i com afirma Jiménez Redondo: “ Els drets de llibertat impliquen la possibilitat de despenjar-se dels contextos de llibertat comunicativa: ens hem de demanar si es pot definir sense recórrer a un adequat concepte de llibertat negativa tan important com la mateixa llibertat comunicativa”.

Aquesta *llibertat negativa* pot tenir, al nostre parer, diferents implicacions:

- 1- Els potencials participants en la validació legítima del contingut jurídic en el Principi del discurs haurien de poder decidir lliurement no participar en el procés de validació legítima de la norma. No es pot obligar a cap persona a participar en la teoria de democràcia radical habermasiana, tot i que puga resultar-li beneficiós. La qüestió que es planteja és quan es consideraria legítima una norma, on s'estableix la frontera de la legitimació en base a la participació dels ciutadans.⁴⁰⁶ En aquest punt Habermas es veuria abocat a fer servir les regles de majories i minories numèriques que vol evitar amb l'aprovació unànime de la llei.
- 2- El participants han de tenir la llibertat de delegar la participació en altres persones. Aquest aspecte de representació tampoc és treballat per Habermas a la seua teoria.

inseparables als valors culturals. El fet de que les expressions avaluàries utilitzades per a interpretar les necessitats, tinguen una força justificativa només en el marc d'una herència cultural comuna, suposa una sèrie de conseqüències desastroses en relació al consens racional. Com podem doncs pretendre arribar a un consens universal sobre les conseqüències d'una norma per a la legítima satisfacció de les necessitats? Habermas respon a aquesta qüestió en base als conceptes “d'interès general” i “interès comú”. L'autor (seguint una clara influència de Rousseau) no parla de l'agregació de l'interès individual sinó de la transcendència de l'interès particular en la cerca del bé comú. En aquest sentit volem destacar l'obra de Jacob Taubes, *Teologia política de Pau*, Barcelonasa d'edicions, Barcelona, 2.005. En aquesta obra Taubes defineix aspectes fonamentals de l'obra de Carl Schmitt, com la seua crítica al concepte de racionalitat i positivisme, la crítica a Weber i l'atac que Schmitt realitza al concepte de dret públic tal i com havia estat concebut per Anschütz i sobretot Kelsen. (p. 167). L'obra ens aproxima a la figura i l'obra de Schmitt de manera novedosa, destaquem l'apèndix 2 *Carl Schmitt, un pensador apocalíptic de la contrarevolució* (p. 235). Un altre dels aspectes més destacats i novedosos de l'obra és l'exposició de les relacions acadèmiques i personals existents entre Carl Schmitt i determinats membres de l'escola de Frankfurt. Aspecte aquest negat per autors com Adorno per les tendències polítiques de Schmitt. A l'obra de Taubes, es treballa fonamentalment a l'obra de Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1922, (7ª Edició 1996) i *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, (4ª Edició 1996).

⁴⁰⁶ Hi han determinades legislacions que imposen l'obligació legal a participar en les eleccions presidencials com apercibiment de multa en cas d'incompliment, com ara a l'Argentina, Equador o Xile entre d'altres.

3- Els ciutadans que es veuen animats a participar en el procés de legitimació haurien de tenir el dret a no acceptar els arguments dels altres participants, per molt racionals que siguin aquests.

4- Els ciutadans tenen el dret a no ser racionals.

Habermas no és aliè a aquest conjunt de matisos i per això replanteja el paper dels ciutadans en el procés d'aprovació de les lleis però no es replanteja el paper de la raó en el procés d'aprovació de les normes i principis constitucionals.⁴⁰⁷

Segons Habermas una de les principals conseqüències del model de legitimació racional és el fet que els principis constitucionals també es veuen afectats per la crítica dels ciutadans. Només a la llum d'aquesta intersubjectivitat reconeixent els principis, els ciutadans adquireixen raons legítimes per a denunciar i lluitar contra pràctiques injustes. Les reformes democràtiques no es poden institucionalitzar si no s'atorga als ciutadans el poder per a pressionar aconseguint una interpretació i aplicació cada cop més exhaustiva del coneixement públic i la igualtat dels drets.⁴⁰⁸ Aquestes reformes democràtiques per tant tenen el seu origen en la raó "legítima" dels ciutadans que es transforma en dret positiu i que afecta tot tipus de normes i principis de l'ordenament jurídic.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Jürgen Habermas. *On law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism"*, *Ratio Juris*. Vol. 16 No 2, 2003, pp. 187-194. En aquest article Habermas analitza el paper atorgat als ciutadans tant pel realistes jurídics com pels comunitaristes. El positivistes es basen en l'afirmació de Waldron (Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999. Oxford) "una norma és llei no per la virtut del seu contingut sinó per la virtut del seu procediment".

⁴⁰⁸ Habermas, *On law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism"* op. cit., p. 188

⁴⁰⁹ En relació al contingut dels principis constitucionals destaquem l'obra de Frank I Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 1999. En aquesta obra l'autor analitza de manera magnífica el concepte de democràcia constitucional treballant amb supòstis pràctics reals en casos concrets com els drets d'avortament. Michelman analitza el paper de la llei i de la revisió judicial en el concepte de democràcia constitucional. A l'obra hi ha un capítol dedicat a la concepció procedimental de la democràcia en diferents autors que es pot comparar amb l'obra de Habermas.

4.4.2. UNANIMITAT

Un dels altres factors característics de l'experiment de democràcia participativa en el camp normatiu de Habermas és que les normes s'hauran d'aprovar de manera unànime. Aquesta *conditio sine qua non* que estableix l'autor torna a situar la teoria en el camp estrictament teòric i no pràctic.⁴¹⁰

Habermas tal i com hem esmentat anteriorment, afirma que són vàlides aquelles normes a les que tots els que puguen vore's afectats per aquestes presten el seu assentiment com a participants en discursos racionals.⁴¹¹

La idea bàsica de l'autolegislació del ciutadà és que aquells que estan sotmesos al dret com a destinataris seus, puguen entendre's a la vegada com autors del dret. Per tal de posar-ho en pràctica han d'arribar a un consens de manera unànime, fent servir el discurs racional.

Aquesta exigència d'unanimitat és un altre factor d'inaplicabilitat pràctica real del principi de democràcia normativa. L'exigència no té en consideració elements transcendents, com ara el efectes de l'opinió pública, l'establiment de normes que permetessen als ciutadans afectats dir la seua opinió de manera igual i imparcial.

La teoria habermasiana descansa en un estricte reconeixement ideal de l'autonomia dels individus participants. Aquest reconeixement s'ha de produir entre els ciutadans que participen al procés d'aprovació de la norma i no ha de sofrir cap interferència diferenciada de l'opinió pública.

⁴¹⁰ En aquest sentit Habermas ha treballat de manera excel·lent la diferència entre ambdós mons, en especial a la seua obra Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, op.cit. La teoria de legitimació normativa és manté en el camp de la "Theorie" per les dificultats teòriques i impossibilitats pràctiques de posar-la en funcionament en el món empíric.

⁴¹¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 172.

Habermas pressuposa l'existència d'aquesta esfera particular d'autonomia que suposadament serà respectada per tots els participants. L'autor no esmenta en cap moment que aquesta autonomia impliqui que els ciutadans haurien de tenir característiques especials com ara capacitats per al raonament pràctic. Els ciutadans han de tenir capacitat per a arribar a conclusions de manera col·lectiva tot i que en ocasions aquests acords perjudiquin els seus interessos propis.

Tampoc s'esmenta la necessitat d'un especial respecte pels altres participants que han de tenir tots els ciutadans que participen en l'aprovació de la norma jurídica positiva per la qual es veuran afectats.

Tal i com afirma Benhabib l'aplicació d'una norma de consens basada en el criteri de la unanimitat fa sospitar que aquesta característica es complirà pagant el cost de silenciar punts de vista minoritaris.⁴¹²

Segons afirma Warren, l'autonomia és un ideal normatiu.⁴¹³ Habermas a l'hora de definir el ciutadà que participa en el procés de positivació de les normes jurídiques determinades està pensant en un ciutadà "normal".*

⁴¹² Seyla Benhabib, *Democracy and Difference, contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 77.

⁴¹³ Warren a Stephen K. White, *The Cambridge Companion to Habermas's*, Cambridge University Press, Cambridge, op. cit., p. 172. Warren en aquest article defineix l'autonomia a Habermas en base a les següents característiques que al nostre parer defineixen de manera excel·lent el concepte d'autonomia que pressuposa Habermas en els individus participants en el projecte de democràcia normativa radical. L'autonomia es caracteritza per: a) *com un ser autònom i un ser idèntic*, en un sentit reflexiu pel que un pot identificar-se a si mateix com un individu que manté una certa continuïtat en el temps i que es distingeix per una única història vital. Un manté la identitat en aquest sentit projectant objectius en el futur, i organitzant el present en funció d'aquests objectius. b) *L'autonomia implica capacitat d'agència*, l'habilitat d'iniciar projectes, realitzar noves idees, coses i relacions. c) La tercera qualitat d'autonomia implica la capacitat de distanciar la pròpia identitat de les circumstàncies que envolten a la mateixa. *L'autonomia és una mena de llibertat*. Des d'una perspectiva interna l'autonomia implica que hom pot adoptar una actitud reflexiva envers els seus impulsos interns, interpretant, transformant, censurant i atorgant noms a les necessitats, impulsos i desitjos. *L'autonomia implica la capacitat de judici crític*. Aquesta característica implica la qualitat de projectar raonaments universals enlloc de raonaments particulars heterònoms. d) L'autonomia depèn de la capacitat individual de participar en processos intersubjectius de proposar raonaments i rebre respondre. En altres paraules l'autonomia requereix *competències comunicatives*. e) El fet de que l'autonomia requereixi participació en la interacció lingüística implica reconeixement de les identitats dels participants. f) Finalment, autonomia implica una determinada mesura de responsabilitat, simplement perquè autonomia significa que hom té la capacitat de narrar intencions i comportaments i això atorga raons als altres.

L'autor no esmenta que el seu procés de decisió i consens requereix que Hom tingui una sèrie de condicionants mínims per tal de poder participar en el procés i arribar a acords. A l'obra de Habermas aquest consens no varia segons el tipus de norma que s'haja de positivitzar. La unanimitat és un requisit establert de manera general.

Habermas prescindeix de qualsevol regla d'aprovació matemàtica utilitzada pels parlaments d'arreu per tal de legitimar la norma jurídica. En conseqüència no estableix majories numèriques determinades, ni necessitat de majories absolutes o simples per tal de considerar legítima la norma determinada.

Habermas a més de situar-se em un plànol estrictament teòric la legitimació total dels continguts jurídics, sembla que intenti evitar un dels monstres del liberalisme polític i jurídic, la dictadura de les majories.

En aquest sentit hi ha mitjans de correcció democràtica que no són tant ideals com l'establert per Habermas i que permeten el respecte de les minories. Aquests mitjans determinats, com ara la necessitat d'un quòrum elevat per tal d'aprovar un contingut jurídic o respectar sempre continguts bàsics establerts, fan que es pugui aplicar al *món de vida* les normes del sistema democràtic actual i que no quedi en un simple plànol teòric.

El sistema de legitimació jurídica radical establert per Habermas intenta atorgar transcendència pràctica a un dels principis bàsics de la democràcia que és el respecte a les minories, amb independència de quin percentatge conformi aquesta minoria.

El resultat d'aquesta formulació seria que el principi rector de la democràcia ja no és el govern de la majoria sinó el respecte de la minoria, tot i que en aquest cas majories i minories acabarien per no existir com a conseqüència de la necessitat d'unanimitat.

* Després d'estudiar l'increment de la racionalització podem afirmar que el ciutadà en el que pensa Habermas és *normal i està normalitzat* en el sentit foucaultia del terme.

Aquesta problemàtica també és tractada per McCarthy, que afirma clarament la necessitat d'una norma de majories a l'hora de determinar la validesa de la legitimitat de les normes. En aquest mateix sentit Fröbel interpreta la norma de la majoria com un acord condicional amb la minoria, la qual continua considerant com a correcta la seua opinió, renuncia al seu bé en favor de la majoria, fins que puga convèncer a la majoria des d'una argumentació racional que la seua posició és la correcta. Aquesta interpretació assumeix que existeix una sola opinió correcta en determinades matèries. Tal i com segueix afirmant McCarthy, Habermas ha de regular la possibilitat de que hi hagen diferències i desacords racionals que es poden produir en la seua concepció de la creació de la opinió racional.⁴¹⁴

Habermas respon a aquestes eventualitats afirmant que quan en els casos on la discussió pública més que liderar el consens racional motivat en base a l'interès general, minva els desacords entre els ciutadans subratllant els interessos particulars no generalitzables, la solució es pot torbar cercant un acord en nivells més alts d'abstracció.⁴¹⁵

Per tant l'autor sembla que soluciona la probable lluita d'interessos particulars a l'hora de regular el Principi de Discurs elevant el nivell d'abstracció fins a trobar el primer punt de coincidència entre els afectats per la norma.

Suposem que amb aquesta elevació del principi d'abstracció també es vol solucionar un dels altres problemes greus que genera la norma de la unanimitat com és el "dret de veto". Si hem d'exigir unanimitat a l'hora de prendre decisions ens trobarem que cada ciutadà te atorgat una mena de dret de veto al contingut normatiu final pel qual es veurà afectat.

⁴¹⁴ Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, op. cit., pp. 123 ss.

⁴¹⁵ Jürgen Habermas, *Discourse Ethics*, op. cit., Remarks.

Aquest dret de veto que complint el requisit racional de Habermas, pot estar perfectament emparat en arguments racionals, pot arribar a paraitzar indefinidament la presa de decisió determinada. També s'ha de preveure la possibilitat de què diferents grups de ciutadans afectats pel contingut normatiu exerceixin aquesta mena de dret de veto a la norma jurídica per motius d'argumentació antagònics i irreconciliables, tots ells justificats racionalment.

Assumir que elevat el nivell d'abstracció podrien trobar-se elements de connexió entre els diferents ciutadans vedats de la norma, no sembla garantir que aquestes parts acabin acceptant els postulats dels altres.

En relació als efectes negatius que produeix el dret de veto a l'hora de prendre decisions tant a nivell jurídic com polític, podem prendre com a exemple el funcionament del Consell de Seguretat de Nacions Unides i els efectes que aquest dret de veto ha tingut sobre la regulació i aplicació dels drets humans. En aquest sentit la mateixa O.N.U reconeix aquest sistema com una pràctica que vulnera la democràcia interior del Consell de Seguretat.⁴¹⁶ Existeix molta literatura sobre el funcionament real d'aquesta pràctica i els efectes negatius que ha provocat en el dret internacional. Aquesta experiència en el dret internacional hauria de servir de substrat empíric per tal de minvar els efectes que aquesta mena de veto pot arribar a provocar al Principi de Democràcia Normativa a l'hora de legitimar les normes jurídiques positives.⁴¹⁷

⁴¹⁶ www.un.org La pàgina web de Nacions Unides permet un fàcil accés als documents, actes literals, resolucions i delcaracions de l'Organització, tant de l'Assemblea General, com del Consell de Seguretat, el Consell Econòmic i Social, el Consell d'Administració Fiduciària, la Secretaria i els Tribunals Internacionals de Justícia.

⁴¹⁷ http://www.auswaertigesamt.de/www/es/aussenpolitik/vn/vereinte_nationen/d_im_sicherheitsrat/vetorecht.html. Destaquem aquesta pàgina Web del *Deutsches Auswärtiges Amt* (Ministeri Federal de Assumptes Exteriors de Alemanya), on es relacionen les ocasions on s'ha fet servir el dret de veto per part dels Membres permanents del Consell de Seguretat de Nacions Unides i els motius polítics aparents d'aquest exercici. Entre els motius que es destaquen hi ha condemnes a limitacions de drets humans que per motius polítics es van vetar, com ara les Resolucions de 30 de maig de 1990, 7 de març de 1997, 21 de març de 1997, 27 de març de 2001, 14 de desembre de 2001, 20 de desembre de 2002, 16 de setembre de 2003, 15 d'octubre de 2003, 25 de març de 2004, 5 d'octubre de 2004, sobre la situació dels territoris àrabs ocupats per Israel, o accions militars comeses per l'exercit d'Israel. En aquests casos els Estats Units va exercir el seu privilegi de veto de manera aïllada i no van prosperar aquestes resolucions. La pàgina web també esmenta els supòsits on la República Popular de Xina o Rússia han exercit el seu privilegi.

Aquest punt és realment important per la transcendència que *l'opinió pública i els Mass medià* poden arribar a tenir sobre les opinions i actituds dels ciutadans. Aquesta influència es pot veure reflectida en un procés de participació de democràcia deliberativa i comportar opinions dirigides o el bloqueig de decisions de manera premeditada.

En la configuració del seu Principi de Democràcia Normativa, Habermas no sembla mesurar l'autonomia independent que ha configurat pels actors en les institucions, i com el control dels *Mass media* poden reduir les possibilitats d'una efectiva política de deliberació i de control públic. Per tal de contestar aquestes crítiques Habermas hauria d'assumir una noció de sobirania popular més forta que la que li proporciona el liberalisme. Tal i com afirma Bohman, Habermas considera que la llei i les decisions polítiques finalment han de trobar-se sota el control dels mateixos ciutadans. Sense una noció de sobirania popular, la democràcia perd el seu significat.⁴¹⁸

Habermas no fa esment a cap sistema de representació perquè cerca una democràcia universal i directa aplicable al dret. El fet d'haver de determinar un representant erosiona aquesta activitat de democràcia directa tot i que faciliti la viabilitat del sistema democràtic i la presa de decisions.

En aquest mateix sentit Bohman critica l'exigència d'unanimitat vinculada a la formulació del principi de legitimació democràtica. La unanimitat o l'acord de tots els ciutadans és un criteri massa fort per a imposar-lo com a objectiu a la pràctica democràtica. Coincidim amb aquest autor quan continua afirmant que sembla paradoxal que Habermas mantinga el criteri d'acord unànim al *Faktizität und Geltung*.⁴¹⁹

Bohman estableix una correcció a aquesta exigència que compartim plenament. La solució consisteix en introduir una clàusula final al principi de democràcia realitzat per

⁴¹⁸ James Bohman, *Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas's Faktizität und Geltung*, op.cit., p. 923.

⁴¹⁹ James Bohman, *Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas's Faktizität und Geltung*, op.cit., p. 923.

Habermas, que resultaria de la següent manera: “Una llei serà legítima si és acordada mitjançant un procediment de participació que és just i obert a tots els ciutadans”.⁴²⁰

La principal diferència és que no tots els ciutadans poden arribar a l’acord, però tots els ciutadans poden continuar cooperant en un procés just i que mantinga la possibilitat de realitzar revisions. No és necessari que tothom estiga d’acord amb cada llei particular, objectiu o decisió. Bohman per tant posa èmfasi en l’aspecte de mantenir un procediment just i obert a la cooperació dels ciutadans afectats pel contingut normatiu, més que la necessitat d’unanimitat per aprovar en contingut normatiu. Els ciutadans han de poder participar en tot moment en el procés de producció de les lleis que romandrà oberta a possibles reformes.

Un cop s’abandona el requeriment de la unanimitat, Bohman considera factible afegir la llei de les majories numèriques per tal de poder adoptar les decisions concretes en la teoria de Habermas. Aquesta norma de majories proporciona una base perfecta i acceptable per a la cooperació, sempre que les minories tinguen l’expectació raonable de que són capaces d’afectar i revisar les decisions polítiques discutides, incloent decisions sobre les característiques i condicions de la participació política.⁴²¹

Una norma de majoria deliberativa pot adaptar, doncs, elements essencials per a fer més democràtic el procediment, com ara correccions demogràfiques, protecció de minories en base al gènere, etc.

⁴²⁰ James Bohman, *Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas’s Faktizität und Geltung*, op.cit., p. 923. Bohman posteriorment a l’article (p. 925) afegeix altres dues condicions per atorgar validesa a la formulació del principi de democràcia de Habermas. La primera condició és l’exposada anteriorment. La segona condició consisteix en atorgar una norma de majories i minories a l’hora d’adoptar el contingut normatiu final, permetent en tot moment a les minories, la possibilitat d’introduir canvis i influenciar en el contingut o la decisió final. La tercera condició es basa en reforçar el contingut de la sobirania popular. Per tant una llei serà legítima segons l’adaptació de Bohman al principi de democràcia deliberativa de Habermas si, 1) (les lleis) són acordades en un procés de participació obert i just, 2) els ciutadans acorden cadascuna de les lleis en el sentit d’una cooperació contínua, i 3) aquest procés fa la deliberació pública de la majoria la font del poder sobirà. Només en aquest sentit pot el sistema de decisió quedar arrelat en la participació pública. Bohman conclou la seua exposició de la teoria de democràcia deliberativa habermasiana i la posterior adaptació pròpia de l’autor, fent servir com a exemple el moviment dels drets civils als Estats Units. Analitza com es va desenvolupar aquest moviment, el concepte d’esfera pública, democràcia deliberativa i els efectes jurídics-positius del moviment.

⁴²¹ James Bohman, *Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas’s Faktizität und Geltung*, op.cit., p. 923.

No podem deixar de recordar que si bé a les teories polítiques kantiana, hobbesiana o aristotèlica la legitimitat de qualsevol ordre democràtic ha de menester un acord que superi la mera acceptació,⁴²² en cap cas es demana la unanimitat com a *conditio sine qua non* com estableix Habermas.

En cas d'aplicar aquesta solució correctora que proposa Bohman al principi de democràcia normativa, Benhabib es planteja, quina protecció permet el procediment de democràcia deliberativa contra la tirania de les majories democràtiques d'imposar les seues opinions a les minories?

Aquesta qüestió ens situa altra vegada en el límit de la posició de Habermas, corregida fins i tot en la versió on s'afegeixen les apreciacions de Bohman.

La resposta a la qüestió podria ser el respecte als drets fonamentals i l'estipulació d'un sistema de separació de poders reals, però això ens situaria en un altre model – el del dret natural – o en una altres principis normatius del dret – d'ordre filosòfic polític. Abans de considerar-ho a la llum del pensament d'Ackerman, veiem seguidament altres característiques crítiques del sistema de legitimació normatiu de Habermas des de la perspectiva filosòfica.

4.4.3. INTEMPORALITAT

La formulació del Principi de Democràcia Normativa a l'obra de Habermas no estableix cap tipus d'acotament temporal a les discussions. És a dir, els ciutadans afectats pel contingut normatiu a positivitzar poden esgrimir els seus arguments sense límits en el temps, tot i que no es vagin produint avenços a l'hora de determinar el contingut positiu final.

⁴²² Jürgen Habermas, “On law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”, op. cit., p. 187.

El fet que Habermas no estableixi cap tipus de pauta argumental, a excepció de què els arguments estiguen justificats racionalment, impossibilita determinar cap tipus d'ordre competencial o jeràrquic en quant als temes que es tracten de positivitzar. Aquesta mena d'ordenació ens permetria ordenar els arguments que es puguen al·legar i atorgar un determinat espai temporal per a la justificació dels mateixos, segons el rang que es ostentin a l'escala jeràrquica.

Sense establir cap pauta d'ordenació temporal els arguments amb independència del seu contingut o justificació s'igualen sense tenir en compte la seua possible transcendència real en el contingut final a positivitzar. Per tant semblaria que el que realment preocupa Habermas és garantir l'accés de tots els ciutadans a l'àgora on es decidirà la norma positiva, més que articular un sistema acotat de manera argumental i temporal. Aquest segons aspecte Habermas el confia a la racionalització argumental i a la mateixa aplicació del Principi de Discurs.

Habermas a l'hora de definir el Principi de Democràcia Deliberativa no estableix cap mena de mecanisme d'organització en torns de paraula, tampoc cap òrgan individual o col·legiat encarregat d'atorgar o no la paraula als participants. L'autor tampoc estableix cap mena d'òrgan encarregat de controlar el temps necessari per formular les al·legacions, controlar que no es repeteixin arguments i determinar quan un determinat contingut és entès per la resta de ciutadans afectats.

La determinació d'un temps per a cada un dels ciutadans de defensar o contrarestar els arguments és una qüestió que pot tenir molta rellevància en la vida pràctica. Posem com exemple un Tribunal de Justícia on cadascuna de les parts ha de defensar les seues postulacions. La part que disposi de més temps i de més torns de paraula per a contrarestar arguments pot tenir un avantatge important a l'hora de convèncer al Tribunal, Jurat o resta dels participants del Principi de Democràcia Normativa.

El fet de no interposar una variable temporal a les negociacions considerem que pot alterar el sentit per complet de les mateixes. Els participants que siguen més hàbils en

marcar el temps de l'argumentació poden fer variar el resultat final del contingut a positivitzar.

L'establiment d'un temps màxim i d'una sèrie de torns de rèplica preestablert són estrictament necessaris per tal d'atorgar viabilitat pràctica i igualtat de condicions als ciutadans que volen positivitzar un contingut normatiu.

Sembla ser que Habermas al *Faktizität und Geltung* respon a totes aquestes qüestions entenent que la mateixa racionalitat que ha de regir la teoria de l'argumentació regularà aquests aspectes de caràcter pràctic.

Tot tipus de procediment de legislació i/o participació ciutadana ha de seguir una sèrie de pautes procedimentals. Aquestes normes procedimentals, com establiment de torn de paraules, temps d'intervenció o torn de rèplica suposen a l'hora garanties per els participants en el procés. Entenem que aquesta manca de regulació també quedaria justificada en els termes del Principi de Discurs i en el caràcter ideal que caracteritza el projecte. En aquest sentit farem un anàlisi molt més detallada d'aquesta mancança conceptual d'analitzar el concepte de diàleg i les formes de diàleg emprades per Habermas al seu Principi de Democràcia Normativa.⁴²³ Posteriorment Habermas esmenta la correcció temporal necessària al seu Principi de Democràcia Normativa. en l'article "*On Law and Disagreement. Some Comments on Interpretative Pluralism*": citant Waldron afirma que el procés deliberatiu certament ha d'arribar a un fi, amb vots i decisions.⁴²⁴

⁴²³ En aquest apartat esmentarem la formulació del concepte de diàleg a Bruce Ackerman i el compararem al concepte de diàleg que Habermas fa servir al *Faktizität und Geltung*. Destaquem la necessitat tal i com esmenta Ackerman de diferenciar entre moments de "sensibilització o tensió social" màxima o normal, on l'actuació dels ciutadans pot vore's afectada d'una manera o d'un altra.

⁴²⁴ Jürgen Habermas, "*On law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism* ", op.cit., p. 190.

4.5. DRETS FONAMENTALS DERIVATS DE LA COMBINACIÓ DE LA FORMA JURÍDICA I EL PRINCIPI DE DISCURS.

Si bé Habermas no limita a priori els drets que resultaran positivitzats com a conseqüència del Principi de Democràcia Normativa, sí que fa una anàlisi de determinades tipologies de drets fonamentals que es veuran afectats pel sistema de legitimació jurídic-democràtic.

Com hem subratllat anteriorment, Habermas considera que una de les principals conseqüències del model de legitimació racional és el fet que els principis constitucionals també es vegin afectats per la crítica dels ciutadans.⁴²⁵

La idea d'autolegislació dels ciutadans no es veu limitada. Aquesta característica principal del ciutadà exigeix que aquests estiguen sotmesos al dret com a destinataris seus i puguen entendre's a l'hora com autors del dret.⁴²⁶ *

Habermas continua afirmant que amb el concepte de forma jurídica, la qual estabilitza expectatives socials de comportament i el principi de discurs, disposem de mitjans suficients per a introduir en abstracte tres categories de drets que determinen l'estatus de les persones jurídiques:

⁴²⁵ Jürgen Habermas, "On law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism", op. cit., p. 188.

* Kenneth Avio, "Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy", op. cit., Habermas subratlla que les lleis legitimament promulgades són legítimes si aquestes son raonables i venen motivades per un procediment deliberatiu qualitativament suficientment i inclusiu. *Si la legitimitat de la llei depèn de l'autolegislació, les fonts discursives informals de democràcia han d'estar connectades amb els processos de decisió formals.* La llei ha de garantir la transmissió del poder comunicatiu dels ciutadans als cossos de deliberació formal que Habermas anomena esferes públiques.

⁴²⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 186.

Aquests drets són:

1-Drets fonamentals que resulten del desenvolupament i configuració políticament autònoms del dret al major grau possible d'iguals llibertats subjectives d'acció:(*drets que configuren la igualtat en relació a llibertats subjectives*)

2- Drets fonamentals que resulten del desenvolupament i configuració políticament autònoms del status de membre de l' associació voluntària que és la comunitat jurídica;(drets que determinen l' status com a membre)

3- Drets fonamentals que resulten directament de l' accionabilitat dels drets, és a dir, de la possibilitat de reclamar judicialment el seu compliment, i del desenvolupament i configuració políticament autònoms de la protecció dels drets individuals;(accionabilitat de mesures legals)

4-Drets fonamentals a participar amb igualtat d'oportunitat en processos de formació de l' opinió i la voluntat comuns, en els que els ciutadans exerceixen la seua autonomia política i mitjançant els que estableixin dret legítim; (*drets d'autonomia política*)

5- Drets fonamentals dirigits a què es garanteixin condicions de vida que vinguen socialment, tècnicament i ecològicament assegurats en la mesura en que allò fos menester en cada cas per a gaudir en termes d'igualtat d'oportunitats dels drets civils esmentats.⁴²⁷

Les tres primeres categories de drets cobreixen les categories jurídiques tradicionalment identificades amb les llibertats subjectives que asseguren l'autonomia privada dels ciutadans.⁴²⁸ *

⁴²⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 188.

⁴²⁸ Kenneth Baynes a Stephen. K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 211.

*A la Constitució Espanyola aquests drets i llibertats públiques subjectives estan recollides amb aquest mateix títol, (article 15 al 29), destaquen pel contingut relacionat amb el PD la llibertat ideològica (art.16), dret d'intimitat, honor i pròpia imatge (art.18), drets de reunió (art.21), drets d'associació (art.22), dret de participació en assumptes públics i dret de llibertat d'expressió. Aquests articles són la base de llibertats subjectives pel ciutadans i determinen el límit de l'àmbit entre l'esfera privativa dels individus i l'esfera de l'Estat i els seus òrgans drets i llibertats públiques.

Habermas considera que les tres primeres categories són el resultat d'aplicar el Principi de Discurs al dret com a tal. Aquests drets fonamentals garanteixen exclusivament només l'autonomia privada de subjectes jurídics que comencen reconeixent-se mútuament en el seu paper de destinataris de les lleis, atorgant-se així un status, en virtut del qual poden reclamar drets i fer-los vàlids enfront a tercers.^{429 430}

La quarta categoria subratlla el rol legal dels subjectes com autors de dret i que assegurin la seua autonomia pública en forma de drets a la participació política. El ciutadans passen a desenvolupar el paper d'autors dels drets subjectius expressats en els tres primers apartats un cop compleixin aquest quart estadi.

A la darrera categoria de drets Habermas li assigna un status més derivatiu, incloent-hi varis tipus de drets socials i les condicions necessàries per a una oportunitat efectiva per a exercir les quatre categories de drets anteriors.⁴³¹ El darrer tipus de drets fonamentals són desenvolupats de manera exhaustiva per Habermas a la seua obra. L'autor afirma que només seran legítimes les normes que satisfacin la condició de comptabilitzar els drets de cadascú dels ciutadans amb els drets de tots.⁴³²

Habermas acaba afirmant que el dret a unes mateixes llibertats subjectives d'acció, juntament amb les normes que representen els drets de pertinença a una comunitat jurídica i les garanties relatives a aquests procediments, estableixen com a tal el codi que és el dret. No hi haurà dret legítim sense aquests drets.⁴³³

⁴²⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 188.

⁴³⁰ Jiménez, a la traducció castellana de Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 64, sintetitza la nova categoria de drets que Habermas dedueix de l'aplicació del Principi del Discurs a la forma jurídica: el drets individuals de llibertat, drets de pertinença a una comunitat jurídica, drets concernents a l'iniciació de l'acció judicial dels drets, drets polítics i socials. Amb les tres primeres categories s'introdueix el codi amb el que opera el dret i es fixa un status jurídic de persona; amb la quarta categoria el dret introduït es fa càrrec reflexivament de si mateix justificant les condicions de la seua producció i regulant el procés polític del que resulta la coactivitat jurídica; la cinquena categoria assegura les condicions materials de l'existència de la igualtat i la llibertat.

⁴³¹ Kenneth Baynes, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 211.

⁴³² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., pp. 189 i ss.

⁴³³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., pp. 189 i ss.

4.6- CONCLUSIÓ

Al present capítol hem introduït els primers elements de la teoria de legitimació de les normes jurídiques que Habermas introdueix al *Faktizität und Geltung*. El primer principi que hem analitzat és el principi de discurs, que suposa una aplicació de la teoria de l'acció comunicativa en el dret. La introducció del Principi de Discurs a la teoria de legitimació de les normes jurídiques situa Habermas en l'esfera del positivisme i en les tesis de la separació absoluta entre moral i dret. El Principi de Discurs, s'emmarca dintre de les teories procedimentals, fent servir una racionalitat universal. Segons aquestes teories una norma només és correcta si és resultat d'un determinat procediment. El procediment que introdueix Habermas és el Principi Democràtic Normatiu és el següent analitzat en aquest capítol. Amb la introducció d'aquests principis, Habermas, acaba identificant el dret amb la llei escrita.

Un cop analitzats aquests principis destaquem són els seus elements crítics des d'una perspectiva filosòfica. Fem especial referència als conceptes de racionalitat, que tant havia criticat Habermas i que ara és quelcom necessari en el seu sistema positivista de legitimació de les normes. L'anàlisi continua amb l'exposició dels requisits d'unanimitat i intemporalitat que són necessàries al sistema de legitimació de les normes jurídiques que estableix Habermas. La introducció d'aquests requisits són conseqüència de la necessitat d'universalitat que requereix qualsevol tipus de teoria del discurs com és la habermasiana. Aquests requisits que provoquen que la teoria de Habermas es situï a la vora d'una mera declaració d'intencions, són complementats amb la teoria d'Ackerman i amb l'experiència empírica de diferents teories de democràcia deliberativa aplicada al dret.

El darrer apartat analitzat en aquest capítol són els drets fonamentals que resulten de la combinació de la forma jurídica i el Principi de Discurs. En el present apartat hem exposat quins són aquests principis bàsics que realitzen una mena de tasca que abans s'atorgava a la moral. Per tant, Habermas exclou la moral de la seua teoria iuspositivista però no del paper que aquesta desenvolupa en el sistema de legitimació de normes.

El següent capítol completa l'anàlisi de la teoria del dret del Habermas, per a posteriorment complementar-la mitjançant els elements de la teoria d'Ackerman. Amb la complementació d'ambdues teories pretenem a més de dotar de virtualitat i elements pràctics la teoria habermasiana, resituar-la en una posició no positivista, mantenint els elements democràtics de legitimació.

CAPÍTOL CINQUÈ.

EL CONCEPTE DE DRET LEGÍTIM I FORMES DE LEGITIMACIÓ DEL DRET A *FAKTIZITÄT UND GELTUNG* II

5.1. INTRODUCCIÓ

Al present capítol complementem la definició del concepte de dret legítim a l'obra *Faktizität und Geltung* que hem introduït al capítol anterior. Hem hagut de dividir en dos capítols l'exposició d'aquest apartat ja que la seua anàlisi comporta l'estudi de diferents principis i conceptes que estan vinculats. Aquests principis connectats i que exposem al treball, fan dependre la validesa del projecte de teoria de democràcia radical aplicada al dret de Habermas de la seua interactuació i complementació.

Al present capítol definim el Principi d'Universalitat, el Principi d'Igualtat, els conceptes d'esfera pública i les relacions entre el dret i la moral, que complementen l'anàlisi del Principi Discursiu i el Principi Democràtic Normatiu exposats al capítol anterior.

El conjunt d'ambdós capítols pretén exposar de manera completa el concepte de dret legítim, els elements, principis i característiques que formen la teoria jurídica democràtica a Habermas. Amb aquesta exposició, a més destaquem les diferents variacions que el concepte ha sofert al llarg de l'obra de Habermas. No deixem en cap moment d'esmentar i reconèixer la importància que el Principi de Democràcia Normativa suposa en el si de la teoria jurídica i política moderna en general i de la necessitat de què aquest principi suposi un marc fonamental a seguir en el camp del dret.

Entre d'altres aspectes, la teoria de democràcia deliberativa a més de suposar una millora general en la qualitat democràtica, intenta involucrar a les persones en el rol de

ciudadans en el sentit atenès del concepte i atorga la capacitat de decidir i regular als ciudadans de manera directa.

El present capítol comença amb la definició del Principi fonamental d'Universalitat "*Universalisierungsgrundstaz*". El Principi d'Universalitat està configurat com un principi fonamental en la construcció teòrica jurídica a Habermas. Mitjançant el Principi d'Universalitat és pretén assolir la validesa universal de les normes jurídiques que són aprovades mitjançant el Principi de Democràcia Normativa. Les normes aprovades en base al Principi de Democràcia Normativa hauran de ser aprovades i complides per tots els possibles afectats.

Amb la independència del dret sobre la moral Habermas troba un buit a l'hora de legitimar les normes que han de ser vàlides de manera universal, com ara els drets humans. El Principi d'Universalitat està configurat per atorgar legitimació a aquestes normes suplint la tasca que Habermas atorgava a la moral abans del *Faktizität und Geltung*. El Principi d'Universalitat per tant realitza d'alguna manera l'equivalent de la funció moralitzadora al dret, basada en què la validesa de la norma jurídica requereix l'acceptació de tots els possibles afectats per la norma en qüestió.

A l'epígraf dedicat al Principi d'Universalitat a més de definir el concepte, analitzem les crítiques que ha rebut la configuració d'aquest principi, com ara el caràcter excessivament abstracte del Principi d'Universalitat o les dificultats d'una possible aplicació d'aquest Principi tant en el procés d'aprovació de normes jurídiques com en l'aplicació de la mateixa norma.

El segon principi que analitzem en el present capítol és El Principi fonamental d'igualtat. Seguint el mateix esquema d'exposició que hem fet servir fins a les exposicions anteriors, partim de la definició del Principi a *Faktizität und Geltung* i continuem analitzant els caràcters i connotacions que té el mateix al conjunt teòric a Habermas.

La funció del Principi d'Igualtat és un dels altres pilars bàsics de la construcció teòrica democràtica de Habermas. A més de treballar amb la definició del Principi d'Igualtat, analitzem com afecta aquest concepte al procés de participació, decisió i aplicació de les normes jurídiques al *Faktizität und Geltung*.

Al present capítol esmentem les crítiques que ha rebut aquest principi per part de sectors doctrinals feministes i comunitaristes i les diferents adaptacions que el Principi d'Igualtat ha de patir segons aquests autors, per tal de ser realment igualitari i cercar una virtualitat pràctica efectiva.

En aquest apartat també s'analitzen les tensions que existeixen en el supòsit de fer una aplicació del Principi d'Igualtat tal i com Habermas ho va exposar al *Faktizität und Geltung*. Aquestes tensions es centren entre els conceptes d'igualtat i d'identitat i igualtat i minories que necessiten un tractament especial.

El darrer aspecte que tractem a l'anàlisi del Principi d'Igualtat és la relació que el concepte d'igualtat ha de tenir amb el de tolerància i les necessitats de diferenciar entre la igualtat formal i la real.

El tercer aspecte que analitzem en el present capítol és el concepte d'esfera pública a Habermas. Partint d'una breu introducció històrica del concepte i les variacions que ha patit al llarg dels segles, acabem definint com es relacionen els conceptes d'esfera pública i el Principi de democràcia deliberativa.

En aquest apartat del treball ens limitem novament a la definició del concepte d'esfera pública que apareix al *Faktizität und Geltung*, tot i que s'han de fer les referències necessàries al conjunt de l'obra anterior de Habermas, no és possible per motius d'espai i limitació en base a l'objecte del present treball fer una definició exhaustiva del concepte que seria objecte d'un altre treball.

Un dels elements fonamentals que hem volgut destacar a l'hora de definir l'esfera pública a Habermas és la diferenciació entre les diferents esferes públiques, les diferents implicacions que atorguen els autors a les mateixes, i la necessària diferenciació entre esfera pública i els òrgans (públics) de l'Estat. Les diferents conceptualitzacions de les esferes públiques en base als efectes que les mateixes produeixen són fonamentals per tal d'entendre la repercussió teòrica del concepte d'esfera pública a Habermas. Tal i com exposem al present capítol aquesta divisió entre l'esfera pública i els òrgans de l'Estat fa afirmar a diferents autors que Habermas adopta una postura antiestatalista. Aquest sector doctrinal parteix de l'axioma fonamental de què l'esfera pública ha de menester forçosament de les institucions estatals per dotar-se de virtualitat i transcendència real. Un altre aspecte que tractem en aquests epígraf és la diferència entre espai públic i opinió pública i les relacions entre ambdós conceptes a l'obra de Habermas.

El darrer epígraf que analitzem al present capítol són les relacions entre el dret i la moral que configura Habermas al *Faktizität und Geltung*. Tot i ser un aspecte que s'ha anat introduint al llarg de tot el treball, analitzem com amb el *Faktizität und Geltung* la moral i el dret passen a tenir una relació de complementarietat, una mena de relació competencial i no jeràrquica.

En aquest apartat no deixem d'esmentar les funcions "morals" que adopta el Principi d'Universalitat al *Faktizität und Geltung*, i com les normes morals han de menester del dret positiu coactiu per tal de fer-se complir. És a dir que les normes morals han de menester la coercibilitat institucionalitzada i les normes positives per tal de poder exigir el seu compliment. Habermas amb el *Faktizität und Geltung* considera essencial que es produeixi la separació entre les realitats moral i jurídica, si bé a la *Teoria de L'Acció Comunicativa* afirmava que les normes de contingut moral ocupaven la part superior de la piràmide jeràrquica normativa. Al present capítol també analitzem les diferències conceptuals entre ambdós tipus de normes i les implicacions que suposen aquestes diferències a la capacitat d'autoregulació en els ciutadans.

L'objectiu d'aquest capítol en el desplegament argumental de la tesi és: a) l'exposició i anàlisi dels principis que regulen les formes de legitimitat de les normes jurídiques a l'obra de Jürgen Habermas, b) analitzar elements fonamentals per la Principi de Democràcia Deliberativa i la teoria comunicativa de Habermas, c) destacar les noves relacions que es generen entre el dret i la moral a partir del *Faktizität und Geltung*.

Serà després que podrem passar a la tercera part, on contrastarem i provarem de completar la posició habermasiana amb la teoria d'Ackerman, i a partir d'aquesta complementació, traure conclusions des d'un punt vista filosòfic-polític sobre el Principi de Democràcia Deliberativa aplicat al dret.

5.2. EL PRINCIPI FONAMENTAL D'UNIVERSALITAT ("UNIVERSALISIERUNGSGRUNDSTAZ")

Habermas a l'hora d'estructurar el Principi d'Universalitat parteix de l'axioma bàsic de la Il·lustració que afirma que la racionalitat que és capaç de discernir lleis universals en els camps de les matemàtiques, la física i la ciències naturals, ha de ser capaç de discernir lleis i normes universals en el camp de la moral, la política i el dret. El Principi d'Universalitat ha de servir per donar cobertura a la condició bàsica de validesa universal de les normes resultants del Principi de Discurs racional.

Així, com afirma Boladeras, "basant-se en l'estructura dialògica de tota acció comunicativa i en els requisits de tota argumentació segons la perspectiva discursiva, Habermas formula el principi discursiu. El pas següent de Habermas consisteix en determinar el principi universal que expressa la vinculació de l'esmentat principi discursiu amb la perspectiva general dels interessos de tots els afectats, establint el principi ètic Universal".⁴³⁴

El Principi d'Universalitat estableix que serà norma vàlida aquella que compleixi la condició de què les conseqüències i efectes que probablement es produiran amb el seu compliment general, i que vindran condicionades per la satisfacció dels interessos de tots els participants individuals, serà acceptada sense força o coacció per tots els que es vegin afectats pel contingut normatiu.^{435/436} La universalitat d'aquesta formulació ve atorgada

⁴³⁴ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., 1996. p. 112. Per a determinats autors el Principi d'Universalitat és l'essència bàsica de la formulació teòrica habermasiana. Entre aquests autors destaquem a Nancy Fraser quan afirma que la configuració del projecte de democràcia deliberativa depèn del Principi d'Universalisme i la seua efectivitat real i no només formal. Nancy Fraser "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 109.

⁴³⁵ J. Habermas, *Rationalität: Philosophische Beiträge*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, p. 219.

⁴³⁶ En l'entrevista realitzada entre Habermas i Ferry a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism Contemporary Debates in Ethics*, op.cit., p. 210, Habermas defineix Universalisme de la següent manera: "Relativizing one's own form of existence to the legitimate claims of other forms of life, according equal rights to aliens and others will all their idiosyncrasies and unintelligibility, not sticking doggedly to the universalization of one's own identity, allowing the sphere of tolerance to become ceaselessly larger than it is today – all this is what moral universalism means." fent servir la definició en llengua anglesa del Principi d'Universalitat moral, tal i com apareix a l'esmentada obra, per poder respectar de manera íntegra la seua

per la necessitat de què la norma en qüestió satisfaci a *tots* els afectats pel contingut tipificat, i que aquesta satisfacció d'interessos, substitueixi qualsevol mitjà coactiu o de coercibilitat institucionalitzada per tal de fer complir la llei a tothom (incloent-hi els participants en el procés d'aprovació).

En conseqüència, Habermas proposa un principi ètic universal que concerneix explícitament a la dimensió de la justícia, sobre la base del *a priori* pragmàtic discurs enunciat en la formulació del Principi del Discurs.⁴³⁷

Una de les conseqüències que implica la separació competencial entre el dret i la moral a l'obra de Habermas, és que la validesa universal que tenen les normes legitimades moralment, com ara els drets humans, hagen de justificar la seua validesa d'alguna manera. La justificació d'aquestes normes sota les condicions de discursos racionals vindrà introduïda mitjançant el Principi d'Universalitat.

Entenem que el fet de separar competencialment dret i moral suposa que les normes amb vocació universal sofrien un buit en relació a la seua legitimació. En conseqüència, i ja que és impossible unir a tots els afectats per una norma universal, el Principi d'Universalitat, ocupa la posició que ostentava la moral a l'hora de legitimar aquest tipus de normes jurídiques i per tant omple aquesta possible carència legitimadora.

El Principi d'Universalitat d'entrada suposa dos tipus de demandes morals diferenciades. La primera està relacionada en com tractem les persones o com hauríem de tractar a les persones en el discurs moral, i la segona està relacionada amb què el Principi d'Universalitat suposa un consens sobre el concepte de veritat. És a dir, que des del punt de vista del consens, les persones es troben en una comunitat on la situació

formulació. Aquesta definició li manca al nostre entendre una referència a l'estricta compliment dels drets humans de manera universal i intemporal, a més de la necessitat d'incentivar polítiques reals d'igualtat i no magnífiques declaracions programàtiques d'intencions.

⁴³⁷ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., p. 112.

comunicacional és ideal, les persones han de tenir una informació total, il·limitada en el temps, que provoca que l'únic consens possible és el d'arribar a la veritat.⁴³⁸

En resposta a aquesta important crítica sobre les condicions en les quals s'ha de basar el consens universal, Habermas varia la seua primera formulació, i fa una diferenciació entre el significat de veritat i el criteri de la veritat.

Habermas afirma que quan diem β és veritat, el que diem és que tenim bones raons per a defensar la proposició β , i les bones raons són raons que poden mantenir-se tot i la força crítica d'un debat no dominat.⁴³⁹

Tal i com afirma Chambers, la qüestió central en aquest sentit és diferenciar entre el que és la veritat i els nostres arguments racionals per considerar que quelcom és veritat, en tant en quant la veritat no pot ser definida com l'acord racional de les persones, sinó que ha de ser possible mitjançant aquest acord racional.⁴⁴⁰ És a dir, la veritat ja hi és abans de l'acord racional.

En conseqüència, el Principi d'Universalitat segons Chambers no conté una visió coherent en relació a la veritat moral però sí com a criteri de legitimitat democràtica, ja que la norma resultant és la base per a l'interès de tothom i pot ser concebuda en base a aquest interès general. Aquesta característica (interès de tothom) fa que el Principi d'Universalitat siga plausible amb una definició de legitimitat democràtica.⁴⁴¹

El propòsit bàsic de la teoria ètica de Habermas és proveir un *procediment universal* de legitimació racional amb el que es pugua determinar de forma vàlida i universal, normes

⁴³⁸ Albrecht Welmer, *The Persistent of Modernity*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 1991. p. 113.

⁴³⁹ Simone Chambers, *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Cornell University Press, Ithaca, New Cork. 1996, p. 141.

⁴⁴⁰ Simone Chambers, *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Cornell University Press, Ithaca, New Cork. 1996, p. 142.

⁴⁴¹ Simone Chambers, *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Edit. Cornell University Press, Ithaca, New Cork. 1996, p. 141.

de contingut jurídic, ètic o moral. És a dir el Principi d'Universalitat pretén establir les condicions necessàries per a fonamentar un judici imparcial racional. Aquest es fonamentarà en base a l'obligació que tenen tots els participants en el procés d'aprovació de la llei a adoptar les perspectives dels altres, i per tant fer una balança d'interessos.

Amb l'aplicació de l'adjectiu *universal* a la seua teoria moral, Habermas es pot referir tant a la idea d'universalització com a la idea de validesa objectiva.⁴⁴² Aquest principi obliga als participants en el discurs a cercar, recorrent a casos particulars previsiblement típics, si les normes en qüestió poden trobar l'assentiment meditat de tots els afectats.⁴⁴³

Una de les característiques de la teoria moral moderna és la seua universalitat en un primer sentit. Hom pot entendre que els principis morals han de ser universals en el sentit de què han d'aplicar-se amb independència de la seua naturalesa, ètnia o classes socials, però al mateix temps han de ser objectivament vàlids.^{444/445}

En aquest sentit Chambers afirma, de manera correcta, que Habermas veu en la deliberació moral com un bé governat per normes pre - teòriques d'argumentació, que fan que el Principi Moral esdevinga universal en els dos sentits que hem descrit anteriorment.⁴⁴⁶

⁴⁴² En aquest sentit també hem d'esmentar la definició del Principi d'Universalitat que fa servir Simone Chambers a la seua obra *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, op. cit., p. 141. "*U-Principle declares that a norm can be said valid when all affected can accept the consequences and the side effects its general observance can be anticipated to have for the satisfaction of everyone's interest.*" D'aquesta definició destaquem les paraules configuradores d'aquesta Universalitat, "tots" que implica unanimitat i que abans hem definit i "tothom" en relació a que la norma determinada ha de donar satisfacció als interessos particulars de tots els participants.

⁴⁴³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 230. Habermas considera que les normes de contingut moral resisteixen aquest text però només una versió estàndar, completament descontextualitzada i per tant no es poden aplicar de manera directa a aquelles situacions estàndars que venen predeterminades en el seu component condicional.

⁴⁴⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 230.

⁴⁴⁵ Aquesta diferenciació és analitzada per Günther a Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism Contemporary Debates in Ethics*, op.cit., p. 200.

⁴⁴⁶ Simone Chambers, *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, op.cit., p. 140.

Habermas afirma que una ètica comunicativa (normes fonamentals justificades racionalment) és possible, només si podem construir pressupostos generals de comunicació i procediments per a justificar normes i valors.⁴⁴⁷ En conseqüència l'esfera de la moralitat està constituïda per un conjunt de normes que poden ser decidides amb racionalitat, és a dir, discursivament justificades d'acord a les condicions del discursos racionals.⁴⁴⁸ Resultarà, doncs, a parer de Kelly, que Habermas fonamenta la validesa del seu Principi d'Universalitat en què les condicions del discursos racionals constitueixen un “*cor universal d'institució moral en tots els temps i en totes les societats*”.⁴⁴⁹

Aquest universalisme procedimental suposa que Habermas abandoni definitivament la teoria dels drets naturals i la perspectiva contractualista, i elabori una teoria comunicativa de justificació basada en la noció del consens racional. El Principi d'Universalitat procedimental d'aprovació de normes sense prejudicar les qüestions de validesa, aproxima a Habermas a les teories liberals. La tesi de Habermas es basa en que és possible pensar en la validesa des d'una perspectiva universalista però no objectivista si entenem la justícia i la veritat en un sentit procedimental. Així, l'únic universalisme defensable després del descobriment de la contextualització, és aquell que renuncia a la seua habilitat de fonamentar demandes subjectives i redefineix la seua orientació a la fonamentació universal de determinades normes d'argumentació.⁴⁵⁰ En conseqüència,

⁴⁴⁷ Thomas McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 1978, p. 325.

⁴⁴⁸ Michael Kelly. “The Gadamer/Habermas debate revisited: The question of ethics”, a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p.143. En aquest punt podem apreciar la connexió entre el Principi d'Universalitat i el Principi de Discurs. Ja que només quan el Principi de Discurs és basa en les pressuposicions universals del discurs racional assumeix la forma de principi fonamental. El Principi d'Universalitat es dedueix de la mateixa formulació aplicada al Principi de Discurs. En aquest sentit destaquem Chambers op.cit., p. 140.

⁴⁴⁹ Michael Kelly. “The Gadamer/Habermas debate revisited: The question of ethics”, a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 143.

⁴⁵⁰ Alessandro Ferrara a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 13. En aquest sentit Ferrara afirma que l'originalitat i el límits del PU procedimental a Habermas estan estrictament vinculats i el seu desenredament és difícil. L'originalitat consisteix en la introducció de la distinció entre estructura d'un complex simbòlic i el seu contingut. Aquesta distinció permet a Habermas argumentar en termes evolucionaris la superioritat de certes estructures simbòliques acceptant una equivalència de continguts culturals concrets. *Aquesta estratègia pretén sense arribar a aconseguir-ho reconciliar universalisme amb el “valor del pluralisme”.*

aquestes normes d'argumentació seran el mitjà universal que legitimarà en última instància les normes que abans definíem com normes de dret natural racional.

El Prof. Klaus Günther introdueix un primer matís important al Principi d'Universalitat, quan afirma que amb la formulació d'aquest principi, Habermas no diferencia entre la justificació i l'aplicació de la norma,⁴⁵¹ sent aquesta diferenciació necessària i transcendent. Com afirma de manera encertada, la validesa d'una norma no depèn de les seues condicions d'aplicació. Per tal de justificar aquesta conclusió l'autor ens afirma que un principi moral universal, com el establert per Kant amb el seu imperatiu categòric o el Principi d'Universalitat de Habermas requereix d'una distinció entre la justificació i l'aplicació de la norma.^{452/453}

Seguint aquesta línia argumental, podem afirmar que la validesa de la norma queda supeditada a la seua justificació i no depèn per tant de com s'apliqui. Una vegada la norma és vàlida des d'una perspectiva de justificació procedimental o no, la seua aplicació s'ha d'emmarcar en un plànol valoratiu diferent, en una mena de judici independent que no afecta al judici de justificació de la norma. Aquesta dicotomia entre justificació i aplicació de les normes jurídiques es pot apreciar en els supòsits jurídics codificats, i en supòsits com l'aplicació de la discriminació positiva per tal de validar l'aplicació pràctica d'una norma determinada.⁴⁵⁴ Günther afirma que les normes són

⁴⁵¹ Klaus Günther a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., pp. 200 i ss. Günther considera necessària aquesta diferència per a atorgar validesa a un principi moral universal o el Principi d'Universalitat a Habermas. L'ètica universal permet la crítica a un forma de vida, pagant el preu que les condicions d'universalització de la norma es despren d'una respectiva situació tal i com apareix en concret, afectant als individuals en les seues formes de vides.

⁴⁵² Klaus Günther a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., pp. 200.

⁴⁵³ Sobre la necessitat de diferenciar entre la justificació i l'aplicació de les normes Günther ens cita a l'esmentat article l'obra de Wellmer qui proposa la tesi que el principi moral és actualment de fet un principi d'aplicació perquè es refereix exclusivament a la valoració d'una situació i a la selecció de les circumstàncies rellevants reals i no a la situació generalitzable depenent del conjunt d'interessos involucrats. Günther afirma que Wellmer pot disoldre la diferenciació entre justificació i aplicació només perquè amb caràcter previ ha devaluat el principi d'universalització a un standard que lliga l'acceptació d'una forma d'acció a la seua compatibilitat comuna en un cas particular.

⁴⁵⁴ Pensem per exemple en el contigut dels articles constitucionals que estableixen el dret fonamental de la igualtat. L'article 14 de la Constitució Espanyola de 1978 estableix: "*Els espanyols són iguals davant la llei, sense que pugui prevaldre cap discriminació per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altre condició o circumstància personal o racial*". Aquest article que recull el dret fonamental i que va ser

aplicades en situacions concretes, i que cadascuna d'aquestes situacions concretes afecta a les altres. La norma veurà afectats els seus interessos i expectatives per les conseqüències de la norma d'aplicació.⁴⁵⁵

El segon matís que destaquem al Principi d'Universalitat consisteix en que és un principi massa abstracte per a resoldre qüestions de caràcter pràctic.⁴⁵⁶ Tanmateix, aquest nivell d'abstracció en un plànol meta legal permet al Principi d'Universalitat desenvolupar procediments i criteris capaços de ser universalitzables. A més permet resoldre conflictes jurisdiccionals entre la moralitat, la legalitat i el discurs polític.⁴⁵⁷ Habermas fa servir el nivell d'abstracció a l'hora de configurar aquests procediments universals. Un altre objecte d'estudi serà determinar si aquestes normes i criteris universals poden tenir una aplicació pràctica o si mitjançant el trànsit de d'abstracte al real perden la seua virtualitat i raó de ser.

Un dels aspectes teòrics més interessants alhora de definir i analitzar el Principi d'Universalitat a l'obra de Habermas, és que el conjunt teòric del principi es pot emmarcar dintre del debat doctrinal amb els autors anomenats comunitaristes i els autors anomenats liberals.⁴⁵⁸

justificat de manera vàlida ha de menester de la discriminació positiva i/o negativa per tal de que la seua aplicació siga igualment vàlida. El fet d'aplicar aquest precepte sense aplicar la discriminació als casos concrets, no comporta que la norma deixi de ser vàlida des del plànol de justificació però sí des d'un plànol aplicatiu. El fet de la Constitució Alemanya de 1949, que prohibeix la possibilitat d'aplicar les mesures necessàries per a evitar la discriminació per gènere és encara més paradigmàtic, ja que sembla tancar la porta a qualsevol mesura de discriminació positiva. Art. 3 de la Constitució Alemanya estableix: "1. *Tots els éssers humans són iguals davant la llei.* 2. *Homes i dones tindran els mateixos drets. L'Estat fomentarà la realització efectiva de la igualtat de drets d'homes i dones i procurarà suprimir els desavantatges existents.* 3. *Ningú pot ser perjudicat ni privilegiat pel seu sexe, ascendència, raça, idioma, pàtria o origen, creences o concepcions religioses o polítiques. Ningú pot tampoc ser perjudicat per raó d'impediment.*"

⁴⁵⁵ Klaus Günther a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., pp. 200 i ss. En aquest sentit Günther ens recorda l'obra de Durkheim i Mead en relació a com sorgeixen les normes en base a processos d'interacció social i com són seguides en situacions socials.

⁴⁵⁶ Gunther Teubner, "Habermas on Law Democracy: Critical Exchanges, 901 DE COLLISIONE DISCURSUUM: Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics", *Cardozo Law Review*, 901, p. 3, 1996.

⁴⁵⁷ Gunther Teubner, "Habermas on Law Democracy: Critical Exchanges, 901 DE COLLISIONE DISCURSUUM: Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics", op.cit., p. 3.

⁴⁵⁸ L'obra d'aquests autors és ressenyada i comentada a la primera part del present treball, així com al capítol anterior i tornarà a aparèixer posteriorment en la definició del principi d'igualtat a l'obra de Habermas, i si

Habermas amb la seua formulació i en especial amb el Principi d'Universalitat subscriu la vessant doctrinal dels autors liberals que els comunitaristes tant critiquen. Tal i com fan els liberals, Habermas tria mitjançant la seua formulació procedimental, fundar normes sense prejudicar qüestions de valors. Però a diferència dels liberals, Habermas abandona la teoria del dret natural i la perspectiva contractualista i elabora una teoria d'acció comunicativa de justificació basada en la noció del consens racional.⁴⁵⁹

La teoria situa a Habermas al terreny teòric de “*l'art de la separació*” el qual els liberals apliquen a l'esfera de la política.⁴⁶⁰ Tot i abandonar aquestes dues teories nuclears del pensament liberal polític i jurídic, l'obra de Habermas es pot enquadrar de manera clara entre aquestes teories.

A diferència del liberals, els comunitaristes pretenen minimitzar la diferència entre expressions descriptives i valoratives, entre el dret i el bé, entre fundar normes i la seua aplicació. Per tant, és minimitzarien les apreciacions abans puntualitzades per Chambers o Wellmer al Principi d'Universalitat.

Els atacs dels comunitaristes van dirigits de manera frontal contra el formalisme i les teories liberals que generalment pretenen crear normes, lleis, institucions i principis que són “*neutrals*” en relació als valors i a les situacions històrico-culturals concretes.⁴⁶¹ La crítica comunitarista considera que aquests elements “*neutrals*” han de ser corregits per tal d'afavorir a la comunitat determinada en relació a un determinat valor.

l'anàlisi en detall d'aquest debat doctrinal és un exercici molt interessant tant des d'un punt de vista pràctic com teòric, no és estrictament l'objecte d'anàlisi del nostre treball.

⁴⁵⁹ Alessandro Ferrara a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 13. En aquest sentit la crítica introduïda en el present capítol sobre la necessitat de diferenciar entre justificació i aplicació de les normes prenent com a base les definicions constitucionals dels principi d'igualtat i la necessitat d'una discriminació positiva, es poden considerar com crítiques d'arrel comunitarista. Tal i com vorem en el proper capítol, els autors comunitaristes centren gran part de la seua crítica en la formulació del principi d'igualtat i els efectes d'aquest a l'obra de Habermas.

⁴⁶⁰ Alessandro Ferrara a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 25.

⁴⁶¹ Alessandro Ferrara a David Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 25.

Aquest debat té moltes connotacions pràctiques. En base a aquesta validesa en sustentada en criteris estrictament formals, s'impedeix l'actuació per a la salvaguarda de valors que en determinats casos afecten les llibertats més fonamentals dels éssers humans.

L'altre debat doctrinal on es pot emmarcar el principi d'Universalitat és en la tensió existent entre el Drets Humans amb validesa universal i moralment fonamentats (Drets Naturals) i el principi de sobirania popular. Aquest debat és d'extrema importància pels conceptes que és relacionen i confronten. La qüestió sorgeix en quina de les dues opcions ha de tenir superioritat jeràrquica. Habermas afirma de manera correcta que la sobirania popular i els drets de l'home són les úniques idees en base a les quals es pot justificar el dret modern. Aquestes dues idees són les úniques en les que la substància normativa d'un *ethos* basat en tradicions religioses i metafísiques és obligat a passar per una mena de filtre de fonamentacions postradicionals.⁴⁶² L'autor continua afirmant que entre els drets de l'home i la sobirania popular i les dimensions d'autodeterminació i autorrealització no pot establir-se una correspondència lineal, però entre ambdues parelles es donen afinitats, que poden quedar accentuades o minvades.⁴⁶³

Tal i com afirma Cohen, assumim que el discurs ètic de Habermas pertany a l'esfera de la legalitat en dos diferents dimensions independents, la legitimitat democràtica i els drets bàsics (humans universals).⁴⁶⁴ (Aquesta no és l'opinió del propi Habermas qui considera el discurs ètic com una teoria moral general i una teoria política – ètica).⁴⁶⁵

Amb independència de l'afirmació de Habermas, el cert és que els drets humans universals i la sobirania popular afecten a la moralitat. Les societats modernes

⁴⁶² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 164.

⁴⁶³ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 164.

⁴⁶⁴ Cohen a Rasmussen *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 88.

⁴⁶⁵ Cohen a Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 104.

estableixen diferents límits entre la moralitat i la legalitat des de diferents àmbits com ara la pròpia legalitat, la discurs públic o la pròpia moralitat.⁴⁶⁶

Habermas partint des del iusnaturalisme i el liberalisme jurídic i polític, pretén una vinculació dels drets humans a la moral, ja que pressuposa que Hom es portador de drets subjectius que li pertanyen amb independència del dret atorgat pel legislador. Aquests drets independents esdevenen els anomenats drets humans universals.

Des del republicanisme es relacionen els drets humans amb la sobirania popular des d'una dimensió ètica. Per la vessant republicana (Michelman) els drets són el resultat d'un procediment de participació i regulació pròpia dels ciutadans de manera col·lectiva. Aquest esquema també és aplicat per Habermas al *Faktizität und Geltung*.

En els discursos on es tractin qüestions morals, el principi de discurs cobra la forma d'un principi d'universalització.⁴⁶⁷ En termes de pragmàtica formal es pot fonamentar com a forma de reflexió de l'acció comunicativa, partint des dels pressupostos universals de l'argumentació.⁴⁶⁸ Els pressupostos generals de comunicació són les condicions del discurs racional, simetria i reconeixement recíproc, que segons Habermas estan sempre llestos en el parlar de cada dia.

Aquesta dicotomia entre sobirania popular i drets humans universals es situa posteriorment en el marc de fonamentació del dret positiu i el iusnaturalisme, la discussió sobre la relació jeràrquica i no competencial existent entre les llibertats privades i el dret objectiu.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Cohen a Rasmussen, *Universalism vs. Communitarism*, op.cit., p. 88.

⁴⁶⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., 174.

⁴⁶⁸ W. Regh, "Discourse and the moral point of view: Deriving a Dialogical Principle of Universalitazion", *Inquirí 34*, 1994, pp 27-48; Id., *Insight and Solidarity, The idea of a Discourse Ethics*, Doctoral Thesis, Northwestern University, Evanston, 1991.

⁴⁶⁹ En aquest sentit volem destacar l'obra de Ernst-Wolfgang Böckenforde, *Staat, Verfassung, Demokratie Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Surhkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1991. En especial el tercer capítol "Verfassungsfragen der Demokratie" pp. 289 i ss, on l'autor analitza entre d'altres aspectes relacionats amb l'objecte d'estudi el principi de sobirania popular en relació a les

La resposta que dona Habermas a aquesta dicotomia entre drets humans universals i sobirania popular, que implica el Principi d'Universalitat, és que la connexió interna entre drets humans i sobirania popular només pot aparèixer en el cas de que els drets humans no s'imposin externament per part del legislador o no depenguen del seu arbitri.⁴⁷⁰ És a dir, que els drets humans que tenen com característica fonamental garantir les llibertats subjectives individuals de les possibles immissions dels poders públics, per a poder ser efectius han de ser positivitzats com qualsevol altre dret.

Amb aquesta vinculació Habermas ens deixa veure que no hi ha cap altra possibilitat que la positivització i racionalització del dret per tal de que aquest siga efectiu, positivització que d'altra banda han de dur a terme els ciutadans de manera directa i sense interferències. Un cop assumit aquest “mal menor” (corregit per la manca d'intermediaris) el seu Principi de Discurs atorga aquesta vinculació entre la sobirania popular i els drets fonamentals finalment positivitzats.⁴⁷¹

No volem deixar d'esmentar en aquest punt la crítica i reconfiguració que fa Agnes Heller del Principi fonamental d'universalització. Heller configura el principi d'universalització en base a què “tota norma i regla social i política ha de satisfer la condició, de què les conseqüències i efectes secundaris previsibles que imposa l'observància general d'aquesta Llei a la satisfacció de les necessitats de cada individu seran acceptats per totes les persones afectades, i que les pretensions de la norma de realitzar els valors universals de llibertat i/o vida poguessen acceptar-se per tots els

llibertats subjectives, la necessitat d'una legitimació democràtica a efectes constitucionals, les diferents formes de legitimació democràtica i les formes de substitució d'aquesta legitimació democràtica o el concepte democràtic de poble. Aquesta obra ha de ser estudiada amb molt més deteniment per les reflexions en relació als conceptes de sobirania popular, constitució i democràcia i les relacions entre aquests mateixos conceptes que realitza el prof. Böckenforde que degut a espai i limitació de l'objecte de treball no podem realitzar.

⁴⁷⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 164.

⁴⁷¹ Aquest intens debat doctrinal està englobat entre les diferents concepcions existents entre comunitaristes i liberals. Mentre es criminalitza la possible actuació dels poders públics “aliens” es toleren pràctiques com l'ablació en països subsaharians, l'aplicació de la pena de mort als Estats Units, la Xina o la consideració de l'homosexualitat com un delicta a països d'arrel musulmana, aquestes aberracions entre moltes d'altres, les pateixen milers de persones que mereixen un tracte just i implicació per part de la societat internacional. No es pot parlar de l'existència d'una societat internacional, tenim una situació on existeixen diferents societats i no una societat.

individus amb independència dels valors que estiguessen compromesos. Les conseqüències i efectes secundaris d'aquestes normes han de preferir-se als derivats de totes les normatives alternatives, i la norma ha d'actualitzar els valors universals de la llibertat i/o vida en major mesura que ho farien altres normatives alternatives".⁴⁷²

Tal i com afirma Boladeras, aquest afegitó no és gratuït, sinó que ve motivat per una teorització divergent amb Habermas. Heller, creu que s'ha de tractar de diferent manera el plànol ètic (ètic-polític) i el plànol moral.⁴⁷³ Els problemes de la filosofia moral no es poden tractar amb el principi ètic; la moral està relacionada amb la "bona vida", i es compona de tres continguts: rectitud; desenvolupament de dots personals i "la convicció emocional en les vinculacions personals", en un sentit neo-aristotèlic ben definit.⁴⁷⁴

⁴⁷² Agnes Heller, *Can Modernity survive?* University California Press, Berkeley, pp. 298 i ss.

⁴⁷³ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit, p. 174.

⁴⁷⁴ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit, p. 174.

Volem destacar en aquest punt la crítica que realitza Javier Muguerza, a la seua obra *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990. Muguerza és escèptic sobre les pretensions teòriques de Habermas. L'autor afirma que si l'universalisme i el racionalisme són el camí habitual cap als excessos de l'abstracció i l'absolutisme, perquè hauriem de creure que la filosofia habermasiana ens condueix a quelcom diferent. Destaquem de les referències a l'obra de Muguerza que apareixen a l'obra de Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit, pp. 192 i ss. Volem destacar en aquest punt la nostra coincidència plena amb l'escepticisme de Muguerza que abans hem exposat.

5.3 - EL PRINCIPÍ FONAMENTAL D'IGUALTAT

La igualtat formal no elimina les diferències.

A l'hora de definir el seu Principi de Discurs i el Principi d'Universalitat Habermas introdueix el seu Principi d'Igualtat. Tal i com hem analitzat anteriorment, el Principi de Discurs estableix que “normes vàlides són aquelles normes i només aquelles normes a la que tots els que es puguin veure afectats per la mateixa poguessen prestar el seu assentiment com a participants en discursos racionals”. La teoria de democràcia deliberativa a Habermas parteix de l'axioma bàsic de l'autolegislació per part d'una comunitat de ciutadans lliures i *iguals*.⁴⁷⁵

El Principi d'Igualtat també sorgeix del mateix Principi d'Universalitat, element clau del sistema de legitimació de normes a Habermas. Així, *tothom* en condicions d'Igualtat té la possibilitat de participar-hi en el procés legitimador de la norma. El terme *tothom* que es fa servir al Principi d'Universalitat, no diferencia entre els participants pels seus coneixements determinats, per les seues dots argumentals o per qualsevol altre aspecte objectiu o subjectiu, com ara gènere, raça, condició social o mèrits. Tots els ciutadans en plena igualtat tenen el mateix dret (formal) a dir la seua opinió fonamentada racionalment sobre la norma que serà provada i posteriorment serà aplicada.

El procediment complet de presa de decisions en relació a les normes jurídiques es basa a més del Principi de Discurs, en que cada participant ha de tenir *igual* possibilitats d'iniciar i continuar la comunicació iniciada, cada participant té *igual dret* a fer asseveracions, recomanacions i exposicions, tots els participants tenen igual dret d'expressar els seus desitjos, esperances i sentiments; i finalment tots tenen el *igual dret* mitjançant el diàleg de tematitzar aquelles relacions de poder que en contextos ordinaris forçaria el conjunt d'opinions i posicions. Aquestes condicions específiques de

⁴⁷⁵ En aquest sentit destaquem la definició realitzada per Rasmussen a Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, op. cit., p. 41, on afirma que l'originalitat del paradigma deliberatiu a Habermas és solventar la legitimació d'institucions que es consideren en crisi a l'hora que il·lumina la idea original de l'autoconstitució de comunitats de ciutadans lliures i iguals. En aquest punt volem destacar la reflexió en relació a la Igualtat que destaca Leo Strauss, *Socrate et Aristophane*, L'éclat, Combas 1993 p. 52: “ La igualtat des d'un punt de vista llibertat no exclou la desigualtat des d'altres punts de vista”.

comunicació es poden anomenar *reciprocitat igualitària*.⁴⁷⁶ Aquesta afirmació de Seyla Benhabib ens permet entendre en quins termes Habermas construeix el seu Principi d'Igualtat i com es desplega la Igualtat dels ciutadans en relació als drets "procedimentals".

La Igualtat que estableix Habermas al seu Principi d'Igualtat estableix que tot i que Hom és desigual per naturalesa (gènere, raça, religió) o per la seua situació econòmica o acadèmica (classe social, formació cultural, etc) ha de ser tractat de manera igual. Aquesta formulació s'enquadra en la definició d'Igualtat volitiva en oposició a la igualtat per naturalesa, és a dir igualtat per drets enlloc d'igualtat per natura.⁴⁷⁷

D'una primera lectura ja es pot deduir que la pretensió d'universalisme comporta com a conseqüència aquest tracte igualitari volitiu tant a l'hora d'accedir al discurs com a l'hora de valorar les aportacions racionals de cadascú dels participants.

Habermas considera que en termes d'Igualtat, el seu sistema de legitimació procedimental continua el model de l'estat de benestar que accentua l'autonomia subjectiva i les institucions de l'estat constitucional.⁴⁷⁸ Els estadistes de l'estat de benestar intenten contrarestar la igualtat legal formal amb una igualtat més ampla des d'un punt de vista de fet. Així, mitjançant el seu sistema de legitimació procedimental,

⁴⁷⁶ Seyla Benhabib a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 86.

⁴⁷⁷ En relació a la definició i classes d'Igualtat destaquem Rolf Zimmerman, "Equality, political order and ethics: Hobbes and the systematics of democratic rationality", a Rasmussen, *Universalism and Communitarism*, op. cit., pp. 109 i ss. En aquest article l'autor analitza el concepte d'Igualtat a l'obra de Hobbes, qui parteix del concepte d'Igualtat d'Hom per naturalesa. Zimmerman afirma que el concepte d'Igualtat de naturalesa a Hobbes ha de ser completament provist per un concepte d'Igualtat volitiu. L'autor per introduir el concepte d'Igualtat que defensa fa servir l'obra de Ronald Dworkin: "*un dret natural de tots els homes i les dones a la igualtat de respecte i tracte, un dret que ho posseïxen no per virtut de naixement o mèrit o excel·lència sinó simplement com un be humà amb la capacitat de fer plans i donar justícia*". Zimmerman aplica aquesta concepció abstracta d'Igualtat a la discursió deliberativa i analitza els efectes de la mateixa en termes de llibertat i igualtat pràctica. Aquesta diferenciació i anàlisi del Principi d'igualtat és de molta utilitat per tal d'entendre el concepte d'Igualtat que Habermas aplica al seu sistema de legitimació del dret. En aquest punt no podem deixar d'esmentar els articles de Xavier Ibáñez i Puig, "Yves Charles Zarka, Hobbes et la pensée politique moderne", *Anuari de la Societat Catalana de Filosofia*, 12, 2000, 81-95. i de Josep Monserrat, "Bartomeu Forteza, L'objectivitat a la filosofia lingüística de Thomas Hobbes", *Anuari de la Societat Catalana de Filosofia*, 12, 2000, 97-110.

⁴⁷⁸ Andrew Arato a Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 27.

Habermas continua el procés de l'estat de benestar però des d'una perspectiva de reflexió superior.⁴⁷⁹

El Principi d'Igualtat afecta a la posada en pràctica del Principi de Discurs. El discurs només serà satisfactori si els participants adopten les aptituds d'igual respecte i imparcialitat.

Les normes del Discurs que possibilitaran la legitimació de les determinades normes jurídiques, estipulen que hem de tractar els altres participants del discurs com a iguals en el procés de deliberació sobre els principis que governaran la interacció col·lectiva, qui som, que volem i els mitjans per aconseguir el bé comú. Tractar els altres participants com a iguals en el diàleg suposa d'entrada que hem de partir des de l'assumpció de que cada participant ha de poder contribuir potencialment en el discurs, que cada participant espera que les seues peticions siguen considerades.⁴⁸⁰

La configuració del concepte d'igualtat a Habermas, compleix allò establert pel principi kantianà de tractar a cada participant com a fi en si mateix, i no com a mitjà.⁴⁸¹ Aquest tractament del Principi d'Igualtat volitiu implica tractar de manera igual situacions que són diferents. El problema d'aquest principi d'equivalències o simetries és que tracten persones diferents de manera igual sota el mateix Standard.⁴⁸² Aquesta crítica és aplicable de manera directa al Principi d'Igualtat de Habermas, ja que el seu Principi d'Igualtat, com qualsevol altre dret acaba sent inevitablement desigual.⁴⁸³ L'aplicació d'un sistema com el Principi d'Igualtat suposaria com a conseqüència traslladar diferents

⁴⁷⁹ Andrew Arato a Michel Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 27.

⁴⁸⁰ Simone Chambers a Stephen K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p 239.

⁴⁸¹ Simone Chambers a Stephen K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p 239.

⁴⁸² Nancy S. Love a Stephen K White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 58.

⁴⁸³ Nancy S. Love a Stephen K White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 58. Karl Marx a la seua obra *El Capital*, en relació al dret d'Igualtat afirmava: "El dret per la seua pròpia naturalesa, només pot consistir en l'aplicació d'una mateixa norma, però els individuals desiguals (no hi haurien individus diferents si no fosin desiguals) són mesurables només per una norma igual des del moment que són donats sota un punt de vista igual, i son per tant són valorats des d'una sola part, tot el demés pot ser ignorat".

necessitats a iguals drets i aquesta implantació és com a mínim qüestionable en termes de respecte a l'equivalència.

La manera de resoldre aquesta mancança alhora de definir el Principi d'Igualtat, que a més s'extrapola a les teories de tradició liberal, consisteix en afirmar que només expressant les diferències a l'hora de formar el públic heterogeni, podem garantir un Principi d'Igualtat real. Per tant, un tractament igualitari requerirà l'aplicació de diferents normes a diferents persones i necessitats, o un major grau d'acceptació a la diversitat i formes de vida.

La formulació d'aquest principi és un dels aspectes que més polèmica ha generat a l'obra de Habermas, en especial per la seua relació amb conceptes com la diversitat cultural i la identitat. La concepció habermasiana del Principi d'Igualtat introdueix la seua teoria de pla en el gran debat doctrinal generat entre la *Igualtat i la Identitat*.

El tractament d'igualtat com a identitat és un element que es va introduir per part de les revolucions burgeses del segle XVIII enfront al sistema de l'antic règim on l'ordre de les classes socials és basada en la diferenciació jeràrquica i en relacions entre superiors i inferiors.⁴⁸⁴ En base a aquest element la persecució de la igualtat com a identitat es realitza per a promoure l'establiment d'una dignitat igual entre els ciutadans sense tenir en compte l'origen social o status en el moment del naixement. Un tractament igualitari volitiu, tal i com s'estableix al Principi d'Igualtat, pot minvar drets de minories culturals i d'identitats culturals col·lectives sense Estat. Aquestes minories sense Estats han de menester una especial protecció per tal de sobreviure culturalment com a tal.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Rosenfeld a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 98. Hume, Bodin, Hegel, Montesquieu, Bacon, De Maestre, es negaren a reconèixer com a semblants als homes degradats (d'Amèrica Llatina), en referència a les identitats de les nacions i persones europees.

⁴⁸⁵ Kymlicka analitza el cas de les minories nacionals i els drets individuals al Canadà. L'autor analitza com el liberalisme pot regular les relacions entre els individus i la societat. De l'obra de Kymlicka destaquem les següents obres en relació amb el tema tractat: *Multicultural Citizenship, A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press Inc, New York, 1995. *Liberalism Community and Culture*, Oxford University Press, New York, 1989. "Three forms of Group – Differentiated Citizenship in Canada", a Seyla Benhabib, *Democracy and Difference*, Princeton University Press, New Jersey, 1996. *A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, New York, 1995. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, New York, 2001. El punt de connexió entre l'obra de Kymlicka i

La declaració d'independència dels Estats Units és un clar exemple d'igualtat com a identitat, quan afirma "tots els homes són creats iguals". Hi però altres contexts on la igualtat com a identitat és utilitzada com a arma per poder tractar a tots els ciutadans com iguals. Això passa quan la Igualtat ha de ser adquirida a canvi d'un preu, és a dir, en base a renunciar a elements diferenciadors, com ara diferent religió, llengua o cultura.⁴⁸⁶ Això ha passat en els processos de colonització, i passa a Estats denominats democràtics i dret. La dialèctica entre igualtat com a identitat i igualtat com a diferència, es desplega en el context de la lluita per la igualtat envers el teló de fons de l'obligació d'una igualtat prescriptiva, és a dir, acceptant com a proposició normativa, que totes les persones són de manera inherent agents morals autònoms iguals.⁴⁸⁷

el nostre treball és l'estudi sobre la concepció dels drets de les minories culturals i els drets individuals. Aquestes minories nacionals, ètniques o culturals (on inclou de manera expressa a Catalunya i el Quebec) poden fer efectius els seus drets col·lectius i aspiracions en base als principis democràtics liberals. Els drets als que es refereix Kymlicka van des dels drets lingüístics, drets de representació, drets federals fins a la independència. Kymlicka es centra en les seues anàlisis en les minories nacionals indígenes i les minories nacionals lingüístiques dintre del procés de multiculturalitat i de la globalització. Un dels aspectes més interessants de l'anàlisi d'aquest autor són l'estudi de les relacions entre els immigrants i els drets col·lectius de les minories nacionals, i l'encaix d'aquestes minories ètniques als Estat plurinacionals i als ens internacionals com la Unió Europea. En aquest volem destacar els estudis del grup de recerca de la Facultat d'Economia de la Universitat de Barcelona sobre la Identitat Col·lectiva Catalana, dirigit pel Dr. Dídac Ramírez, grup de recerca del que hem format part com a investigador. Es poden vore els resultats en les actes de la jornada científica "Catalunya, Origen, Ciutadania i Identitat" Així com l'article sobre Identitat publicat a Col·loqui de Vic en relació a la identitat, Col·loqui de Vic VI, Edit. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005. Per a analitzar el concepte d'identitat, les relacions amb la igualtat, les seues maneres de configurar-se i evolució en l'època moderna destaquem l'obra de Charles Taylor, *Sources of the Self, the Making of the Modern Identity*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989. On l'autor fa un anàlisi molt complet del concepte d'identitat, les relacions amb la moral i la religiositat. L'obra finalment és una defensa de la modernitat.

⁴⁸⁶ Rosenfeld a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 98.

⁴⁸⁷ Rosenfeld a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 98. Podem posar com exemple el cas de la cultura catalana a l'Estat Espanyol i a l'Estat Francès. La cultura catalana al ser minoritària, ha de menester una aplicació especial del Principi d'Igualtat per tal de sobreviure culturalment, com la resta de cultures. L'única manera de poder aspirar a una igualtat real volitiva en relació als drets culturals és aplicant mesures que donin efectivitat a la igualtat formal. Totes les cultures han de menester una sèrie de mesures obligacionals per promoure i defensar la seua cultura pròpia. La cultura espanyola ha legislat fins i tot a nivell constitucional mesures de protecció cultural referides a un idioma hegemònic però no pas de manera igual per les altres llengües a les que no reconeix la seua existència. Per tant, podem afirmar que als Països Catalans encara no hem assolit una igualtat formal amb la llengua castellana. El poble de Catalunya ha proposat diferents mesures per tal d'assolir aquesta igualtat formal i transformar-la posteriorment en volitiva per tal de protegir llur cultura pròpia, però a l'hora garantir una mena d'Igualtat volitiva real.

La discrepància existeix entre l'ideal d'una igualtat prescriptiva, que requereix la reconciliació legal i de fet de la igualtat, tenint en compte totes les identitats i diferències rellevants, i la concepció d'igualtat recolzada per uns combatents actius en la lluita de la igualtat.⁴⁸⁸

El darrer aspecte que volem tractar en l'anàlisi del Principi d'Igualtat és en relació que el concepte d'igualtat té amb el de tolerància. El tractament que dona Habermas al Principi d'Igualtat en relació a la seua obra ha sigut un dels aspectes més criticats per part de comunitaristes i feministes. La crítica d'aquest sectors doctrinals s'estén al llarg del conjunt de l'obra de Habermas.

A la Teoria de l'Acció Comunicativa ja s'introdueixen matisos necessaris per tal d'aconseguir una igualtat real i no merament teòrica dels ciutadans que participaven al discurs. Aquestes crítiques s'han estès al *Faktizität und Geltung* en relació a la necessària correcció del Principi d'Igualtat que fa servir Habermas a la seua teoria ètica.

La base fonamental de la crítica d'aquests dos sectors doctrinals no només afecta al mateix concepte d'Igualtat en sí com acabem de veure, sinó al fet de que les condicions d'Igualtat han de ser garantides ja abans de participar-hi en el procés de codificació de les normes jurídiques. En aquest sentit destaquem la crítica de Nancy Fraser on afirma que: "no és possible aïllar arenes discursives específiques dels efectes una societat desigualtaria i on la desigualtat social es manté".⁴⁸⁹

Aquesta crítica la desenvoluparem amb més profunditat amb l'exposició del concepte d'esfera pública a Habermas i ara només queda apuntada. Reconeixem que la crítica feminista al concepte d'Igualtat, avui en dia, on la desigualtat real afecta encara a les dones tot i la igualtat formal assolida, és una qüestió sobre la qual es mostra la necessitat

⁴⁸⁸ Rosenfeld a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 99.

⁴⁸⁹ Destaquem en aquest sentit les crítiques de Nancy Fraser a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 140.

d'una acció sostinguda sobre una fonamentació prou sòlida que no faci trontollar els progressos aconseguits ni impedeixi d'avançar decididament en la igualtat.⁴⁹⁰

Tal i com afirma Habermas la millor manera combatre la intolerància és fent una crítica apropiada dels prejudicis i combatre la discriminació, és a dir lluitar per una igualtat de drets i no per una mera tolerància.⁴⁹¹

Aquest Principi d'Igualtat ha de ser una norma inclusiva de les persones que pensen de manera diferent o tenen diferents pensaments als nostres i que són discriminades com a resultat de prejudicis. Aquesta norma d'Igualtat inclusiva de tots els ciutadans ha de ser reconeguda de manera universal per la comunitat política i a l'hora possibilitarà la tolerància.⁴⁹² En aquest sentit estem totalment d'acord amb Habermas tot i que s'ha de matisar que les diferències s'han de respectar sempre i quan no es quebrantin drets fonamentals de les persones. En base a un Principi d'igualtat tampoc s'han de tolerar actuacions que vulnerin els drets humans. L'Estat Constitucional i els organismes internacionals han de tenir mitjans efectius per poder tutelar aquests drets; si no la igualtat tornarà a quedar en un element merament formal.

⁴⁹⁰ Destaquem l'obra de Iris Marion Young en aquest sentit. En especial: *Justice and the Politics of Difference* Princeton University Press, New Jersey, 1990.

⁴⁹¹ Jürgen Habermas. "Intolerance and discrimination", *Oxford University Press and New York University School of Law*, Núm. 1, 2003, pp 2- 12.

⁴⁹² Jürgen Habermas. "Intolerance and discrimination", op.cit., pp. 2-12.

5.4 CONCEPTE D'ESFERA PÚBLICA (*ÖFFENLICHKEIT*)* APLICAT AL DRET DE “*FAKTIZITÄT UND GELTUNG*”

Habermas introdueix el seu concepte d'esfera pública fent un estudi dels antecedents del concepte. El concepte d'esfera pública té origen en el pensament grec que feia una forta divisió entre els aspectes públics i els aspectes privats, on la *Polis* ocupava l'organització de l'Estat que era la vessant pública, i l'àmbit del *Oikos*, ocupa la vessant d'allò privat.⁴⁹³ Aquesta divisió s'ha anat mantenint amb diferents variacions i concepcions al llarg de la història. A l'època moderna, els drets polítics s'universalitzen i la perspectiva social penetra en tots els àmbits de la vida; sorgeix un nou concepte de privacitat, restringit a la intimitat, que es contraposa no només a l'esfera de la publicitat sinó a l'esfera social.⁴⁹⁴ En l'evolució de la separació entre l'espai públic i l'espai privat sorgeix la idea de societat civil. Aquest concepte és bàsic per a poder entendre el concepte d'esfera pública a Habermas.

L'esfera pública per a Habermas és l'arena discursiva que alberga el debat entre els ciutadans, la deliberació, l'acord i l'acció.⁴⁹⁵ Per tant l'esfera pública a Habermas és el lloc públic on s'aplica el seu model discursiu. Aquest espai públic on el ciutadans deliberen sobre els seus afers comuns es deriva en un arena institucionalitzada d'interacció discursiva.⁴⁹⁶

* El terme original en llengua alemanya és *Öffentlichkeit*. Aquest terme ha sigut traduït de diferents maneres segons els autors o les tradicions doctrinals. Seguint la traducció anglesa i la tradició anglosaxona fem servir el terme com a sinònim de *Public Sphere* i no com Opinió Pública.

⁴⁹³ Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 6.

⁴⁹⁴ Margarita Boladeras, “La opinió pública en Habermas”, *Anàlisi* 26, 2001, p. 54. Aquest article compara el concepte d'esfera pública de Hannah Arendt amb el de Jürgen Habermas. A l'article Boladeras analitza entre d'altres l'evolució del concepte d'esfera pública al llarg de la història i com ho recull l'obra de Habermas. L'article de Boladeras afirma seguint a Benhabib que Habermas adopta les tesis centrals de H. Arendt.

⁴⁹⁵ Villa, Dana R. "Postmodernism and the Public Sphere." *American Political Science Review*, Vol. 86, No. 3 (September 1992), pp. 712-721.

⁴⁹⁶ Nancy Fraser, *Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy* a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 109.

Aquesta arena és conceptualment diferent de l'Estat, és un lloc per a la producció i circulació de discursos que poden en principi ser crítics amb l'Estat.⁴⁹⁷ El model de democràcia deliberativa per tant preveu aquesta doble vessant diferenciada, entre esfera pública i òrgans estatals públics.

Així Habermas afirma que el principi de democràcia deliberativa només pot funcionar si els pressupostos comunicatius de les esferes públiques no coincideixen amb l'opinió institucionalitzada als cossos parlamentaris.⁴⁹⁸ Per tant la pràctica deliberativa diferencia aquella opinió institucionalitzada en procediments legals i programada per a arribar a decisions de l'opinió creada per canals informals de política comunicativa i que es forma en les arenas polítiques o jurídiques.⁴⁹⁹

Abraham matisa la independència de l'esfera pública a Habermas afirmant que la democràcia és més que un Estat, o un estat amb polítiques progressives socials. Però la democràcia necessita tant l'Estat com l'esfera pública.⁵⁰⁰

El concepte d'esfera pública a Habermas també és diferent conceptualment de l'economia oficial. L'esfera pública no és una arena de relacions de mercat sinó de relacions discursives, un teatre per a debatre i deliberar més que per a comprar o vendre.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 109.

⁴⁹⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit.

⁴⁹⁹ Kenneth Baynes, "Deliberative Democracy and the Limits of Liberalism", a Von Schomberg i Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, op. cit., p. 18.

⁵⁰⁰ David Abraham, "Persistent Facts and Compelling Norms: Liberal Capitalism, Democratic Socialism, and the Law", *Law and Society Review*, 28:4 (1994), p. 944. L'autor observa cert antiestatalisme a l'obra de Habermas, en tant en quant suposadament preten obviar la importància dels òrgans de l'Estat. En aquest mateix sentit destaquem l'article de James Bohman, « *Complexity, pluralism, and the Constitutional State : On Habermas's Faktizität und Geltung* », *Law and Society Review*, 28 :4 (1994), p.906: "El concepte de "people" queda en ficció fins que les societats complexes no tenen el seu centre polític en la Nació Estat per a recabar informació o prendre decisions mitjançant el consens. Les societats complexes són policèntriques i aquest fet canvia la naturalesa de les institucions democràtiques i de la participació política."

⁵⁰¹ Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 109.

El concepte d'esfera pública és diferent als aparells de l'Estat, els mercats econòmics i les associacions democràtiques, aquesta diferenciació és fonamental des de la perspectiva de la teoria democràtica.^{502/503}

Habermas amb el *Faktizität und Geltung* aplica al dret la seua concepció d'esfera pública, i en conseqüència crea una mena d'esfera pública jurídica específica. Els ciutadans lliurement deliberen i acorden el contingut de les normes jurídiques que els seran aplicades. En aquest apartat del treball ens centrarem en l'anàlisi d'aquesta àgora jurídica al *Faktizität und Geltung*, d'aquest *espai públic jurídic*.⁵⁰⁴

L'aplicació del concepte d'esfera pública al conjunt normatiu jurídic a Habermas no és quelcom senzill. Després d'estudiar el Principi de Discurs sembla que Habermas pensa en un submodel d'esfera pública per tal de posar en pràctica el seu principi de democràcia deliberativa aplicada al dret. Però el mateix autor defineix l'esfera pública com un lloc on no és prenen decisions sinó un lloc per formar l'opinió pública.⁵⁰⁵

⁵⁰² Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a *Craig Calhoun, Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 111.

⁵⁰³ En aquest mateix sentit Andrew Arato a Michael Rosenfeld i Andrew Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 32, afirma: "El concepte d'esfera pública a Habermas ha de ser entès des d'una doble perspectiva, diferenciant no només entre l'esfera pública i privada sinó també entre la societat civil i les institucions públiques formals, com ara parlaments o òrgans de govern". Tant Habermas com la resta d'autors que hem treballat a l'hora de definir el concepte d'esfera pública, Benhabib, Fraser, Avio, etc, consideren transcendent separar l'esfera pública dels òrgans "burocratitzats" de L'Estat. Aquesta separació és essencial per a poder considerar l'esfera pública com una institució vertaderament democràtica, deliberativa i potencialment aliena de les influències de poder i interessos particulars.

⁵⁰⁴ L'obra de Habermas en relació al concepte d'esfera pública és molt extensa i és treballada de manera detallada en obres com *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1962, Surhrkamp, 1990. De fet Habermas va realitzar la seua tesi doctoral (Habilitationsschrift) sobre aquest objecte i va intentar que l'assumpció de l'esmentat treball fos sotmés a Max Horkheimer i Theodor Adorno a Frankfurt. Aquest dos autors consideraren que el treball no ostentava suficients elements crítics sobre les il·lusions, perills i tendències del concepte d'Il·lustració, especialment en allò que feia referència a les societats de massa. Finalment Habermas va poder sotmetre la tesi sota la direcció de Wolfgang Abendroth a Marburg. En aquest sentit ens referim al capítol anterior dedicat a l'Escola de Frankfurt i a la seua bibliografia especificada.

⁵⁰⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 440. En aquest sentit destaquem l'article de Kenneth L. Avio, "Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy", op.cit, p. 511, on reafirma aquesta tesi considerant que l'esfera pública són els llocs de formació de l'opinió pública. Sembla evident que no és el mateix la formació d'opinió pública que prendre decisions determinades sobre continguts normatius o polítics. L'esfera pública quedaria reduïda a una mena de xarxa d'opinió i no de coneixement o

L'estudi que realitzem tot i anotar aquesta característica parteix de la pressuposició de què a les esferes públiques no només es forma opinió pública, sinó que s'arriba a delimitar el contingut final de les normes jurídiques que els hi seran aplicades als ciutadans afectats per la norma determinada, tal i com afirma el Principi de Discurs. Habermas defineix l'espai d'opinió pública com un fenomen social com l'acció, l'autor o el grup col·lectiu. L'esfera pública no és una institució ni cap organització, no és un conjunt de normes amb diferenciació de competències i de rols, tampoc representa un sistema, sinó que es caracteritza pels seus horitzons oberts, porosos i desplaçables cap a l'exterior.⁵⁰⁶

decisió, com ara internet. Avio continua afirmant: "L'esfera pública informal constitueix un "complex salvatge" que té la funció social d'identificar els problemes que sorgeixen a la perifèria i atorgar l'espai social per a unir opinions i solucions" L'autor analitza com funcionen aquestes esferes públiques informals comparant l'establert a Habermas amb l'obra de Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, Washington, 1996. Les convencions pre-constitucionals analitzades per Michelman són un exemple d'aquestes esferes públiques informals. L'autor afirma que Habermas atorga una solució innovadora al dret aplicant aquestes esferes públiques informals. Al nostre entendre la innovació habermasiana consisteix en l'increment radical de la democràcia deliberativa, però aquest procés no és pot limitar a esferes de tipus informal, sinó que han de servir per a prendre decisions rellevants i vinculants de manera democràtica. En aquest mateix sentit destaquem l'article de Bohman, Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas's Faktizität und Geltung, op. cit., p. 907, quan fent referència al concepte de democràcia, dret i Estat Constitucional a Habermas afirma: "(al Faktizität und Geltung) la democràcia a les societats complexes ha de seguir el doble model d'institucions formals arrelades en esferes públiques no restringides". En aquest mateix sentit, sobre el paper de l'esfera pública, destaquem l'article de William Rehg i James Bohman "Discourse and Democracy" a Von Scomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, op. cit., p. 18, on afirmen que segons Habermas: "Per a funcionar de manera apropiada en termes de democràcia l'esfera pública no només ha de detectar i indentificar els problemes, sinó que també ha de tematitzar aquests problemes i convenientment atorgar possibles solucions." "La descripció d'esfera pública a Habermas presenta quatre requeriments més o menys realitzables: L'esfera pública ha de ser receptiva als problemes rellevants tal i com són percebuts pels ciutadans al seu dia a dia; en base a aquesta necessitat receptiva, l'esfera pública ha d'estar arrelada en una societat civil forta i oberta al pluralisme cultural; els diferents públics informals generats per les diferents associacions han de ser com a mínim parcialment oberts a altres públics. Aquesta obertura permetrà l'intercanvi de punts de vista al si de l'esfera pública; l'esfera pública ha de mantenir-se relativament lliure de distorsions i bloqueigs en la comunicació; complint aquestes característiques l'esfera pública no exclourà els punts de vista dels ciutadans i aquest podran tenir influència política i jurídica."

⁵⁰⁶Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 440.

Com millor es pot definir l'esfera pública és com una xarxa per a la comunicació de continguts i preses de postura, és a dir, d'opinions, on el fluxos de comunicació queden filtrats i sintetitzats de forma que es condensen en opinions públiques en relació a temes específics.⁵⁰⁷

L'esfera pública per tant crea un espai social d'acció comunicativa. La interacció a l'esfera pública té la potestat de transformar els valors dels participants, preferències i actituds així com la definició de les necessitats.⁵⁰⁸

A l'hora de definir el concepte d'esfera pública a Habermas hem de partir de la base que per a aquest autor, com per autors liberals, la legitimació en una societat democràtica pot resultar només del diàleg públic, on el procés de democratització en les societats contemporànies pot ser concebut com el creixement de les esferes públiques autònomes entre els participants. L'espai de l'esfera pública es distingeix per ser una estructura de comunicació orientada cap a l'enteniment de les persones que hi participen en el seu àmbit i no pels continguts que es tractin o les funcions de la mateixa. A l'esfera pública els actors que hi participen no estan orientats a aconseguir els seus propis èxits sinó que actuen comunicativament en situacions de les que ells mateixos formen part.⁵⁰⁹

D'aquesta manera les estructures de comunicació generalitzades es restringeixen a continguts i preses de decisions que queden desconnectats dels densos contextos de les interaccions simples, de persones determinades i d'obligacions rellevants en referència a la presa de decisions.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 440.

⁵⁰⁸ Kenneth L. Avio, "Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy", op.cit., p. 511.

⁵⁰⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 441.

⁵¹⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 441.

La importància de l'esfera pública està vinculada amb el seu potencial com a mode d'integració social. El discurs públic és un mode possible de coordinació de la vida humana com a poder de l'Estat i economies de mercat.⁵¹¹

L'esfera pública jurídica és per tant la xarxa per a la comunicació de continguts i preses de postura a nivell jurídic, on el fluxos de comunicació quedaran filtrats i sintetitzats de forma que es condensen en opinions públiques en relació a les normes jurídiques que hauran de ser aprovades i aplicades.

La concepció de l'esfera pública és un element nuclear dels processos de democratització contemporània. Per a Habermas (tal i com hem avançat) la llei procedimental suposa la llei superior jeràrquica. Aquesta sobirania dels ciutadans en relació a la positivització de les normes jurídiques es desenvolupa mitjançant el Principi de Discurs. Aquesta sobirania comunicativa es veu canalitzada en l'espai d'esfera pública jurídica com un espai públic autònom.

Els acords dels cossos legislatius que procedeixen democràticament i que tenen responsabilitat política, és a dir, el pluralisme de conviccions i interessos, no es veu reprimit, sinó deslligat i reconegut en les decisions majoritàries susceptibles de transformar-se en compromisos.⁵¹²

Habermas afirma que després de la universalització dels drets civils d'igualtat, l'autonomia privada de les masses no pot mantenir la seua base social en el control envers la propietat. L'autonomia privada ha de quedar assegurada mitjançant les garanties de l'estat de benestar. Aquesta mena d'autonomia privada derivada pot funcionar com a equivalent de l'autonomia privada basada en el control de la propietat privada.⁵¹³

⁵¹¹ Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 6.

⁵¹² Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 254.

⁵¹³ Jürgen Habermas, "Further Reflections on the Public Sphere" a Craig Calhoun. op. cit. p. 434.

La importància de què l'esfera siga el més pública possible, és a dir, que incloga a tothom sense exclusions per raons de nacionalitat, religió, llengua o raça o si té o no “papers” fa de l'esfera pública un factor decisiu per a la concepció de la democràcia deliberativa, i sobretot universal.⁵¹⁴

Tal i com hem avançat en al capítol anterior, Habermas al *Faktizität und Geltung* considera el dret com el mitjà a través del qual el poder comunicatiu és transforma en administratiu en la mesura que pot promoure la creació de lleis.⁵¹⁵

Habermas proposa “considerar el dret com el mitjà a través del qual el poder comunicatiu es transforma en administratiu. Car ja que la transformació de poder comunicatiu en poder administratiu té el sentit d’una facultat o autorització, és a dir, atorgar poder en un marc del sistema o jerarquia de càrrecs establerts per les lleis”.⁵¹⁶ Aquesta característica és quelcom que situa al dret en una mena de pont entre ambdues realitats. El dret per tant es troba a un lloc privilegiat de mediació.

Les persones han de poder participar en les decisions que els afecten i en el procés de transformació del poder comunicatiu en dret administratiu sense exclusions. Aquest dret ha de ser configurat com un dret inherent a la condició de ser humà, ja que tothom que té opinió ha de tenir el dret, els mitjans, i l’àgora per a poder expressar-la.

⁵¹⁴ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy” a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 512. L’autora ens recorda els motius d’exclusió a l’accés a l’esfera pública per motius racials o de genere.

⁵¹⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 254. En aquest sentit Habermas a l’entrevista publicada a Von Schomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas’s Between Facts and Norms*, op. cit., p. 244, afirma que “la influència de les opinions que sorgeixen a l’esfera política, i el poder comunicatiu creat mitjançant procediments democràtics a l’horitzó de l’esfera pública, podran ser efectius només si afecten al poder administratiu sense la voluntat de suprimir-ho”.

⁵¹⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 255.

En aquest sentit compartim l'opinió de Fraser a l'hora de considerar el concepte d'esfera pública de Habermas com un element indispensable de la teoria crítica social i de la pràctica política i democràtica.⁵¹⁷ Considerem per tant que una de les claus de l'èxit de l'esfera pública és que l'accés ha de ser total i garantit per a tothom tant de *facto i com de iure*. Tal i com afirma Fraser la qüestió de l'accés obert a l'esfera pública no pot quedar reduïda a l'accés a l'esfera sinó que ha d'afectar al mateix Principi de Discurs. Per exemple s'han d'impedir qualsevol impediment formal d'una participació que no respecti els criteris de paritat.⁵¹⁸

Aquesta puntualització a l'hora de definir les condicions necessàries que ha de posseir l'esfera pública en quant al seu funcionament és aplicable a les condicions d'igualtat social dels participants.⁵¹⁹

Per tal d'aconseguir el seu propòsit com a element democràtic, s'hauria de poder superar a l'arena pública els efectes de la desigualtat social. Si no s'estableixen els mecanismes necessaris per tal de superar els efectes de la desigualtat social a l'esfera pública, els processos deliberatius tendrien a operar en benefici de les classes o grups dominants envers dels grups subordinats. En aquests casos els membres dels grups subordinats no tindrien arenes per tal de deliberar sobre les seues necessitats, objectius i estratègies. Aquesta objecció afegeix encara més arguments a la perspectiva històrica revisionista de l'esfera pública. Aquesta perspectiva historiogràfica apunta que els membres dels grups socials subordinats, dones, treballadors, minories ètniques, gays i lesbianes han trobat molt beneficiós constituir esferes públiques alternatives. Aquestes esferes alternatives Fraser les anomena "*subaltern counterpublics*" amb la finalitat d'assenyalar l'existència d'esferes públiques paral·leles on els membres dels grups subordinats poden proposar

⁵¹⁷ Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit p. 111. En aquest sentit entenem que Fraser no limita a priori la funcionabilitat de l'esfera pública a arenes d'opinió sinó que també tenen potestad decisoria.

⁵¹⁸ Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 111.

⁵¹⁹ Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy" a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 121.

arguments contradictoris i realitza contradiscursos en relació a elements que afectin a la seua identitat, interessos i necessitats.^{520/ 521}

A aquesta mena d'esferes públiques alternatives es poden aplicar els aspectes jurídics i poden tractar qualsevol aspecte que afecti al grup subordinat determinat en relació tant a la positivització com a l'aplicació de les normes jurídiques. Aquestes esferes alternatives han de tenir les possibilitats i mitjans necessaris per tal d'influenciar en el contingut final de la norma. Una de les apreciacions necessàries que s'han de fer en relació a aquestes “*subaltern counterpublics*” es determinar quins són els grups determinats com a subordinats i quins quedarien exclosos d'aquesta definició. Fraser no estableix criteri objectiu o subjectiu algú, per tant podria entendre que fins i tot l'associació dels amics del Rifle podrien considerar-se una minoria afectada quan una determinada norma jurídica afectés el que ells consideren com a interessos propis. El fet de considerar les apreciacions dels grups minoritaris no significa que s'hagen d'adoptar per força, sinó que poden participar de manera directa en l'esfera pública des d'on es prendrà la decisió final de la norma.

A mode de conclusió, tal i com hem analitzat, Habermas basant-se en l'obra de Hannah Arendt sosté que l'esfera pública és un “espai social que genera l'acció comunicativa”.⁵²² un espai social que es constitueix quan les persones es relacionen mitjançant els actes de la parla i no simplement reaccionant de manera estratègica. En aquest capítol hem analitzat aquesta reformulació de l'esfera pública i les seues principals crítiques amb la intenció d'aplicar les diferents solucions proposades donant virtualitat al concepte d'espai social que utilitza Habermas.

⁵²⁰ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy” a *Craig Calhoun, Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 122.

⁵²¹ Habermas a Von Schomberg i Kenneth Baynes, *Discourse and democracy, essays on Habermas's Between Facts and Norms*, op.cit., p. 252. Davant la qüestió sobre la necessitat a efectes d'Igualtat, de que a l'esfera pública es reconega formalment que tots els ciutadans tinguen el mateix status legal, afirma que “és important assegurar les precondicions de fet per una igualtat d'oportunitats per a exercir formalment igualtat de drets. Això no és només vàlid per a la participació política, sinó també per a la participació social i pels drets privats de llibertat, ja que ningú no pot actuar amb autonomia política fins que les condicions de la seua autonomia privada no siga garantida”.

⁵²² John Sittou, *Habermas and Contemporary Society*, op. cit., p. 190.

5.5 RELACIONS ENTRE MORAL I DRET A L'OBRA *FAKTIZITÄT UND GELTUNG*

Tal i com hem esmentat al llarg del present treball les relacions entre la moral i el dret són una de les principals variacions que estableix Habermas al *Faktizität und Geltung* en relació a la seua obra anterior. Habermas com hem demostrat en capítols anteriors del present treball afirmava que la legitimitat del dret sorgia de la connexió mútua entre la racionalitat moral pràctica i el procediments legals institucionalitzats. El conjunt teòric de la democràcia deliberativa aplicada al dret es basa en una relació de complementarietat entre les normes jurídiques i les normes morals. La teoria democràtica aplicada al dret arriba a tot tipus de normes.⁵²³

Tal i com hem destacat anteriorment, Habermas considera necessària la positivització i racionalització de qualsevol tipus de norma. També hem vist que l'aspecte moral de la llei també estava sustentat des de paràmetres procedimentals. Aquesta característica permet afirmar a Habermas que la Llei envolta dos tipus de racionalitat procedimental, una racionalitat moral pràctica i una racionalitat legal.⁵²⁴

Amb el *Faktizität und Geltung* les relacions entre dret i moral passen a ser co-originals (*Gleichursprünglich*) i les normes jurídiques són capaces de complementar les normes morals.⁵²⁵ Habermas elimina la subordinació del dret a la moral. En aquest sentit, el Principi de Democràcia Normativa afecta tant a les normes primàries o substantives com

⁵²³ En aquest sentit ens referim al capítol anterior del present treball on s'analitza la legitimació del dret a l'obra de Habermas abans del Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., on s'explica les relacions entre el dret i la moral. Destaquem William Regh, "Against Subordination" a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 257. A l'epígraf dedicat al Principi d'Universalitat analitzaven la necessitat que tenen les normes morals de les normes jurídiques per fer imperatiu el seu compliment.

⁵²⁴ William Regh, "Against Subordination" a Rosenfeld i Arato, *Habermas on Law and democracy: Critical Exchanges*, op. cit., p. 258.

⁵²⁵ Kenneth Baynes. "Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung", a Stephen K White, *The Cambridge Companion to Habermas*, op.cit., p. 208.

a les normes secundàries o procedimentals.⁵²⁶ Aquesta aposta per la democràcia deliberativa radical és una de les novetats més interessants del *Faktizität und Geltung*.

Coincidim plenament amb el prof. Ronald Dworkin quan afirma que la norma serà democràtica segons el contingut de la mateixa, a diferència del concepte de norma democràtica basada en el procediment que defensa Habermas. A més del contingut democràtic de les normes, Dworkin afirma que és igual de necessari que el principis generals del dret i les normes fonamentals garanteixin la no discriminació i el respecte dels òrgans públics de les llibertats subjectives privades.⁵²⁷

Tal i com hem defensat anteriorment en aquest treball la nostra posició és situa entre ambdós autors. Si bé com a Dworkin entenem que una norma jurídica serà legítima i democràtica en base al seu contingut i no en base al procediment, i en la necessitat de què el principis generals del dret i les normes fonamentals garanteixin el principis esmentats,⁵²⁸ coincidim amb Habermas en entendre que la “democràcia jurisdiccional” necessita un nou tipus de sustentació teòrica, ja que de per si, les decisions dels Tribunals Constitucionals semblen fora del que entenem per democràcia. Aquestes teories democràtiques estan influenciades i connectades amb les relacions entre el dret i la moral (o normes amb contingut moral) que passem a detallar en aquest apartat.

Les connexions entre ambdós tipus de normes comença en el fet de que tant les normes morals i les lleis serveixen per a regular conflictes interpersonals, i ambdues estan suposades per a protegir l'autonomia de tots els participants i afecten a les persones d'igual manera.⁵²⁹

⁵²⁶ Frank. I. Michelman, *Brennan and Democracy*, op. cit., p. 17.

⁵²⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op.cit., p. 24.

⁵²⁸ En aquest sentit Frank. I Michelman, *Brennan and Democracy*, op. cit., p. 21.

⁵²⁹ Jürgen Habermas, “Proscript to Between Facts and Norms” a Mathieu Deflem., *Habermas Modernity and Law*, op. cit., p. 138.

La complementarietat del dret i la moral a Habermas, parteix de l'enteniment que la validesa del dret es basa tant en la legalitat (principi de positivització) com en la legitimitat (principi de fonamentació) de base moral. El caràcter obligatori del dret positiu no radica només en les propietats formals que el caracteritzen, sinó en la incorporació de propietats morals.⁵³⁰

El principi de fonamentació s'atén a raons d'índole moral i en particular, resulta essencial l'assumpció d'un punt de vista general i desinteressat des d'on les qüestions puguen enjudiciar-se amb imparcialitat, al qual es sol anomenar punt de vista moral.⁵³¹

Una altra vessant de la complementarietat és la necessitat que té el sistema jurídic de superar l'examen d'imparcialitat per a poder ser considerat vàlid normativament.⁵³²

En aquest sentit no podem obviar l'extrema dificultat que suposa requerir el seguiment universal de les normes morals sense la presència d'un aparell coactiu. Aquesta raó fa afirmar a Habermas que la moral ha de menester del dret positiu com una mena de complement pràctic imprescindible. *És el problema de l'exigibilitat dels preceptes morals, el que motiva el trànsit de la moral al dret.*⁵³³

Habermas fa servir la diferenciació entre el Principi d'Universalitat i el Principi Moral per estructurar i dotar de contingut la seua teoria de democràcia deliberativa. Habermas afirma que el realment important és diferenciar el Principi de Discurs del Principi Moral.

⁵³⁰ Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 100.

⁵³¹ Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 100.

⁵³² Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 100. L'autor correctament afirma que si aquesta premisa és certa la radical separació entre el dret i la moral no és tal, ja que l'automatització del dret només és tangible en el nivell de normes concretes, però no en referència al dret en el seu conjunt, que ha d'acreditar coherència amb una moral postradicional.

⁵³³ Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 98.

Al Principi de Discurs on es tractin qüestions de tipus morals, el discurs adopta la forma de Principi d'Universalitat.⁵³⁴

L'estratègia teòrica de Habermas es dirigeix no tant a assenyalar les diferències entre les normes morals i les normes jurídiques, que ja es dóna per suposada, sinó en plantejar-se de quina manera es relacionen ambdós universos normatius en una societat moderna amb una configuració metafísica i postconvencional.⁵³⁵

De totes maneres, destaquem les principals diferències entre les normes morals i el Principi de Democràcia Normativa:

- Mentre el Principi moral opera en un plànol d'estructura interna d'un determinat joc d'argumentació, el principi democràtic es refereix al plànol de la institucionalització externa, és a dir, opera en el que es refereix a l'acció, la participació en una forma discursiva de l'opinió i la voluntat política que s'efectuï en formes de comunicació garantides al mateix temps jurídicament.⁵³⁶
- El principi moral s'estén a totes les normes d'acció que només es poden justificar amb ajuda d'arguments morals, mentre que el Principi de Democràcia Normativa està configurat per a normes jurídiques. D'aquesta diferència s'extreu la conclusió de que el Principi de Democràcia Normativa no només ha de fixar el procediment de producció legítima de normes, sinó que ha de regular i controlar també el propi mitjà que és el dret.⁵³⁷
- La moral racional a diferència del Principi de Democràcia Normativa no pot proporcionar un altra cosa que un procediment per a l'enjudiciament imparcial de

⁵³⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 174.

⁵³⁵ Juan Carlos Velasco Arroyo, Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 98.

⁵³⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 178.

⁵³⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 178.

qüestions en disputa. No pot establir un catàleg de deures sinó que exigeix als subjectes que es formin el seu propi judici.⁵³⁸

- La moralitat racional està caracteritzada per una indeterminat cognitiva. El dret queda absorbit per la pròpia facticitat del dret. Els legislador polític determina quines normes han de valer com a dret i els Tribunals resolen per totes les parts. El sistema jurídic lleva de les persones jurídiques destinataris, el poder de definició en allò tocant als criteris d'enjudiciament del que és just i injust.⁵³⁹

- La moralitat racional no només carrega a l'individu amb el problema de decidir conflictes d'acció, sinó també amb expectatives relatives a la seua pròpia força de voluntat.⁵⁴⁰ En aquest sentit el dret, a diferència de la moral, lliura als destinataris de la tasca problemàtica d'elaborar, fonamentar, i aplicar normes, transferint aquesta tasca als determinats òrgans estatals corresponents.

Tal i com hem esmentat en el capítol anterior, si bé el Principi de Democràcia Normativa explica el sentit de la realització de la pràctica d'autodeterminació dels membres d'una comunitat, el Principi Moral desenvolupa el paper d'una regla d'argumentació per a la decisió racional de qüestions morals.⁵⁴¹

Sense cap mena de dubte, el principal avenç de l'obra de Habermas és atorgar als ciutadans la potestat de legislar de manera directa qualsevol tipus de normes per les quals es veuran afectades. El ciutadans legislen sense intermediaris, ja siguen representants polítics o cossos jurídics que interpretin o alterin el contingut volitiu exacte acordat pels ciutadans, o simplement actuïn en base a un mandat massa abstracte.

⁵³⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 179.

⁵³⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 179.

⁵⁴⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 181.

⁵⁴¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 175.

Per tant Velasco considera que a *Faktizität und Geltung* les normes morals complementen les normes jurídiques com a conseqüència de la implantació d'una democràcia directa i deliberativa també al camp del dret.

Entenem emperò, que aquesta suposada complementació és realment una subordinació de la moral en el dret positiu, ja que Habermas, veu com a quelcom necessari la positivització.⁵⁴²

En aquest mateix sentit Melkevik analitza les relacions entre el dret i la moral en l'obra Habermasiana a partir del *Faktizität und Geltung*. L'autor titula el segon capítol de la seua obra, *Morale ou Démocratie*, on fa una anàlisi parcial de la nova postura Habermasiana, ja que no hi ha cap esment a l'obra de Habermas abans de 1992.⁵⁴³ Melkevik, tal i com fa Habermas, defensa el sistema de democràcia normativa habermasià, on s'exclou a la moral de qualsevol tipus de paper, i on només seran legítimes les normes aprovades mitjançant processos democràtics.⁵⁴⁴ Aquesta postura fa que l'autor tituli el segon capítol de la seua obra *Morale ou Démocratie*, tot i que reconeix el valor moral i moralitzant dels drets universals a la seua teoria. Melkevik afirma que Habermas no renega en absolut del valor moral universal que tenen els drets de l'Home.⁵⁴⁵

⁵⁴² En aquest punt volem destacar l'obra de Jacob Taubes on s'analitza el procés de secularització del Estat i la separació del dret i la moral. L'autor des de l'obra de Nietzsche i Schmitt ens demostra quines són algunes de les conseqüències negatives de la separació del dret i la moral. En definitiva, sense la base del que és bo, dolent, i del iusnaturalisme racional i universal els juristes juguen a ser Deus.

⁵⁴³ Melkevik, *Rawls ou Habermas*, op.cit., p. 82. L'autor afirma que la principal diferència entre Rawls i Habermas radica el paper de la moral en la teories de democràcia normativa, i així afirma: " Dans le domaine du droit, c'est cette différence entre le monde moral de Rawls et les processus démocratiques qui nous intéressera Habermas. Nous croyons néanmoins qu'il est important de souligner notre profonde conviction sur l'erreur que commet Rawls en voulant investir le domaine du droit avec sa conception morale du droit. Il nous semble, en effet, de très courte vue de soumettre la question du droit à une quelconque conception morale du juste". La situació de la moral en la teoria Rawlsiana afirma Melkevik que és deu a la formació religiosa protestant que va rebre Rawls en la seua trajectòria acadèmica. No sabem quina mena de formació religiosa va influenciar a Habermas en la creació de la seua obra abans de 1992.

⁵⁴⁴ Melkevik, *Rawls ou Habermas*, op.cit., pp. 82 i ss.

⁵⁴⁵ Melkevik, *Rawls ou Habermas*, op.cit., p. 140.

Per tant, podríem afirmar que de manera contradictòria Habermas pretén excloure la moral de la seua teoria sense poder aconseguir-ho del tot, ja que ha de menester el paper que desenvolupa la moral en la fonamentació dels drets universals. Aquesta contradicció afecta als drets universals, és a dir, als drets jeràrquicament més elevats i que haurien de ser l'objectiu final de l'obra de Habermas. Tal vegada aquesta mancança esdevé una conseqüència de l'àmbit estatalista de l'obra de Habermas. L'autor pensa en l'Estat com a ens on aplicar la seua teoria i quan pretén fonamentar el dret cosmopolita i fonamentar una mena de constitució universal cau en contradiccions i mancances. Aleshores el capítol podria titular-se *Morale et Droit*.⁵⁴⁶

La posició de la Dra. Boladeras respecte a aquest punt ens sembla molt més coherent ja que parteix del punt en què la teoria de la racionalitat pot exercir el seu potencial reconstructiu en els àmbits del dret i la política, procurant una articulació entre moral, dret i política especialment rellevant.⁵⁴⁷ Aquesta evolució es produeix dintre del context en el què es generen elements que qüestionen la validesa dels nous ordres conceptuals i demanen justificacions rigoroses: entre aquestes, especialment rellevants per a la teoria del dret i de la política.

En conseqüència, a mode de conclusió d'aquest apartat, podríem afirmar que Habermas contravenint el que havia afirmat abans de la publicació del *Faktizität und Geltung*, intenta sense èxit desvincular el dret de la moral, ja que en la legitimació de les normes universals ha de menester el caràcter moralitzant d'aquestes.

⁵⁴⁶ En aquest sentit defensem la inexistència d'un dilema entre "clergue o demòcrata", ja que entenem com afirma Antonio Lastra a, *La Naturaleza de la Filosofía Política, Un ensayo sobre Leo Strauss*, Res Pública, Murcia, 2000, p. 46: "el concepte de democràcia segueix el seu curs de transformació des de les seues pròpies formulacions pseudo-populars fichteanes o schmittianes fins a l'individualisme republicà. El dilema desapareix i en un sentit més il·lustrat, es converteix en la proposició de que tot "demòcrata" al ser portador i reponsable d'uns valors universals, és a la seua manera un "clergue".

⁵⁴⁷ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op.cit., p. 122.

5.6. CONCLUSIÓ

Al present capítol hem complementat l'anàlisi de la teoria processal–positivista de legitimació del dret que Habermas introdueix al *Faktizität und Geltung*. El primer punt analitzat és el Principi d'Universalitat, que com hem demostrat al llarg del capítol, és un requisit necessari de les teories que com la habermasiana són processalistes. El Principi d'Universalitat exigeix que les normes tinguin una validesa universal i que el compliment de les normes serà acceptat per tots els participants, sense coacció o força. Entenem que el Principi d'Universalitat també vol omplir l'espai que deixa l'exclusió de la moral en la teoria de Habermas. Aquest principi a més té una especial transcendència ja que Habermas que en tot moment pensa en L'Estat com a ens d'aplicació de la teoria, ha de cercar una font de legitimació de les normes universals, com ara els drets humans.

El següent principi analitzat és el principi d'Igualtat i les crítiques que ha rebut aquest principi. Tal i com hem fet amb el Principi d'Universalitat, mitjançant l'exposició de les crítiques que ha rebut aquesta configuració volem extreure les conclusions necessàries per a dotar de virtualitat a una igualtat real i no merament jurídica.

El capítol segueix amb el concepte d'esfera pública a l'obra *Faktizität und Geltung*. Aquests concepte ha sigut posteriorment adaptat per Habermas com a conseqüència de les crítiques rebudes i per la impossibilitat d'una aplicació pràctica real tal i com ho va configurar l'autor. El capítol acaba amb una mena de conclusió de les noves relacions que s'estableixen entre el dret i la moral en la nova teoria de legitimació positivista del dret de Habermas.

El proper capítol analitzarem des d'una perspectiva iusfilosòfica l'obra de Bruce Ackerman amb la que complementarem els elements que hem exposats en els dos capítols dedicats a la teoria de legitimació del dret habermasiana. Al proper capítol a més s'analitzen experiments i experiències de democràcia deliberativa que s'han produït al llarg de la història. Un cop analitzades ambdues teories proposem una solució eclèctica que procuri salvar la coherència sistemàtica

TERCERA PART

**ESTUDI DE LA TEORIA IUS-FILOSÒFICA DE
BRUCE ACKERMAN**

CAPÍTOL SISÈ.

COMPLEMENTACIÓ ENTRE LA TEORIA JURÍDICA DE HABERMAS AL FAKTIZITÄT UND GELTUNG I L'OBRA D'ACKERMAN

6.1. INTRODUCCIÓ

D'entre les principals obres del professor Ackerman⁵⁴⁸ que tractarem a la tesi doctoral destacarem els elements que millorin el concepte de democràcia deliberativa dirigida a la legitimació de les normes jurídiques proposada per Habermas. El punt de partida de la tasca de la complementació entre l'obra d'ambdós autors la realitzem partint del esquema introduït per Habermas a la seua obra *Faktizität und Geltung*. Tractem de millorar el sistema habermasià aplicant factors correctors en relació als principis de democràcia deliberativa, principi normatiu, principi d'universalitat, principi d'igualtat, el concepte d'esfera pública i el concepte de ciutadania. Aquesta complementació cerca dotar de més elements el projecte ideal habermasià per tal de consolidar-se com un marc a seguir en la codificació dels drets, encara que mantinga la seva vessant ideal. A més

⁵⁴⁸ El Dr. Bruce Ackerman és professor de dret i ciències polítiques a la Universitat Sterling de Yale des de l'any 1987. Els seus camps d'estudi són el dret constitucional, la filosofia política i legal, el dret del medi ambient, el dret de la propietat i el dret tributari. El professor Ackerman abans d'accedir a la seua actual posició va ser professor de dret públic i anàlisi polític a la Universitat de Pennsylvania (1973-1974), professor de dret i filosofia a la Charles Keller Beekman, Columbia (1982-1987). El prof. Ackerman està considerat com un dels pensadors actuals més importants en teoria política i constitucional dels Estats Units. L'esquema de treball que ha fet servir per tal de desenvolupar la seua teoria en aquests camps ha partit des d'una anàlisi molt depurada i detallada de la història constitucional i política dels Estats Units. Ackerman analitza els moments "constitucionals" que ha sofert la història constitucional nord americana i extreu conclusions i conseqüències que són d'aplicabilitat en l'actualitat. Aquestes conclusions afecten de manera directa a la legitimació del dret, a la interpretació de la Constitució i a les formes de participació democràtiques dels ciutadans, tant a nivell polític com a nivell jurídic. Aquests moments constitucionals es diferencien dels moments "normals" on la ciutadania en general no participa en la vida política i jurídica del país com passa en els moments constitucionals, que hem esmentat anteriorment. El professor Ackerman és un reconegut pensador en història política i constitucional dels Estats Units, ha treballat en diferents projectes constitucionals arreu del món i en l'actualitat està treballant en els efectes a nivell jurídic de les decisions polítiques i jurídiques que prenen els governs en moments d'emergència nacional, com ara davant d'atemptats terroristes, etc.

d'intentar respondre crítiques que provenen del camp del dret i que en moltes ocasions són com a conseqüència de falta de comprensió del projecte habermasià en si mateix.

En aquest sentit, mitjançant l'obra d'Ackerman intentem aportar quelcom al que Boladeras anomena *espais buits* que deixa Habermas entre el discurs sobre principis universals de justificació racional i els sentits de la vida històrica concreta, el pas a pas dels problemes d'interpretació, enjudiciament i aplicació normativa.⁵⁴⁹

Considerem que l'obra d'Ackerman pot suposar una excel·lent contribució al procés de democràcia deliberativa i a l'acció comunicativa engegada per Habermas i a les teories contractualistes des d'una perspectiva liberal. L'aplicació d'aquestes contribucions dotaran de més virtualitat i realisme a la legitimació de les normes jurídiques que realitza Habermas.

L'objectiu bàsic d'aquest capítol, és doncs, la configuració d'una mena de teoria eclèctica entre ambdós autors per tal d'establir un sistema de legitimació democràtica de les normes jurídiques més real. Ackerman analitza aspectes de vital importància en relació a l'objecte d'anàlisi de la tesi doctoral, el concepte de dret legítim a Habermas.⁵⁵⁰

La *democràcia deliberativa* aplicada al camp del dret a l'obra de Habermas *Faktizität und Geltung* s'ha de completar amb conceptes que Ackerman ha treballat des de l'experiència històrica constitucional i política dels Estats Units. Partim d'una sèrie de similituds bàsiques entre les teories d'ambdós autors.

En aquest sentit, ambdós autors proposen un nou examen de les constitucions contemporànies i el seu sistema constituent centrant-se en diferents tipus de justificació democràtica; ambdós autors ofereixen un model procedimental de legitimació democràtica; tots dos autors són d'una mateixa escola de pensament tot i les seues diferències, i finalment en ambdues teories la legitimació va atorgada mitjançant la deliberació pública.

⁵⁴⁹ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op. cit., p. 218.

⁵⁵⁰ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980.

Amb l'exposició de cadascun dels elements de l'obra d'Ackerman analitzarem en quin concepte de l'obra de Habermas tractat al present treball es pot aplicar, i perquè amb la complementació d'ambdues teories es millora el projecte de democràcia deliberativa al camp del dret, atorgant el protagonisme al poble.

Aspectes com la diferenciació dels moments constitucionals i normals, els conceptes de diàleg polític i jurídic i les seues similituds i diferències, la correcció necessària de la segona generació, els principis d'Igualtat i d'Universalitat i les condicions mínimes necessàries per ser considerat un ciutadà, milloren el principi democràtic i de discurs de Habermas.

Al present capítol a més exposem determinades experiències històriques de participació popular en assumptes jurídics com la Dikasteria, i exemples de més actualitat de participació directa dels ciutadans en el camp del dret.

En conseqüència, considerem que el projecte fonamental del professor Habermas, de corregir el dèficit democràtic en l'aplicació i codificació del dret introduint als ciutadans en el procés de legitimació de les normes, ha de ser matisat, i l'obra d'Ackerman ens dona les possibles eines per millorar aquest magnífic projecte. Vorem, tot realitzant aquestes propostes de millora, que seran possibles si ens situem en una perspectiva filosòfica que permeti abraçar i superar les implicacions jurídico – polítiques d'ambdues propostes.

En aquest apartat enunciem i introduïm aquests aspectes destacats que posteriorment desenvoluparem amb molt més deteniment. Aquests conceptes es troben en el conjunt de l'obra d'Ackerman, la qual mencionarem en cadascun dels elements analitzats.

En l'apartat 6.2. (Introducció del concepte de diàleg neutre), vorem com Ackerman, a diferència de Habermas considera que el diàleg entre ciutadans membres d'una societat liberal és un diàleg constrictiu, és a dir, els ciutadans mitjançant el diàleg intenten

convèncer els altres membres de la societat d'una manera competitiva i no de forma neutral i basada en arguments estrictament racionals. Ackerman introdueix el concepte de diàleg neutre un cop analitzat el diàleg a les societats liberals modernes, per tant realitza una mena de depuració d'aquesta “*constrictiveness*”.

Habermas a la seua obra sobre la *Teoria de l'Acció Comunicativa* no analitza aquesta característica del diàleg en les societats liberals i es limita a afirmar que les persones dialoguen en base a principis racionals, sense determinar els caràcters específics del diàleg a l'àmbit jurídic. El diàleg és, a més, la base dels principis democràtic i de discurs sobre els quals Habermas basa la legitimitat de les normes jurídiques. Ackerman acota en el temps el diàleg ja que Habermas considera que les persones poden mantenir el diàleg en el infinit fins que la decisió es prenga per unanimitat entre tots el possibles afectats per la norma.

Ackerman dedica gran part de la seua obra a definir la mena de diàleg necessari per arribar a un enteniment tant en la política com en el dret, a capítols com: “Constrained Power Talk“, “Dialogic Performance” i “Finishing the Conversation”.

En l'apartat 6.3. (Moments normals i moments constitucionals), vorem com Ackerman fa una anàlisi política i jurídica molt completa de la història constitucional americana.⁵⁵¹ Aquests treball és de molta importància en relació amb l'objecte d'anàlisi del treball doctoral, en tant en quant diferencia entre moments constitucionals i moments normals en la història constitucional del seu país. Considerem que la introducció de l'experiència revolucionària americana en el pensament polític europeu és necessària per a comprendre l'abast de la política contemporània.

El moments constitucionals són aquells moments on les persones es veuen afectades per situacions “anormals” que afecten de manera directa el seu estat ànimo i psicològic de ciutadà normal i la seua capacitat de diàleg. Moments constitucionals analitzats per Ackerman són, al llarg de la història dels Estats Units tres: el moment inicial de

⁵⁵¹ Bruce Ackerman, *We the people Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

constitució, les campanyes federalistes i el *New Deal*, tot i que com vorem altres autors aprecien l'existència de més moments que podien ser considerats com a constitucionals. Després d'aquests moments, com ara els efectes d'un atemptat com el de l'onze de setembre a Nova York, els ciutadans segons Ackerman, no estan capacitats per tal de legislar sobre aquests mateixos esdeveniments, tot i que són els moments on s'estableixen els canvis fonamentals que afecten la mateixa naturalesa de la societat política.

En contraposició d'aquests moments constitucionals hi trobem els moments anomenats normals, on els ciutadans no es veuen afectats per esdeveniments extraordinaris, són els que es produeixen de manera quotidiana. És en aquest espai de temps on els ciutadans han de regular, en la mesura del possible, els efectes jurídics i polítics que els produiran als moments constitucionals. Als moments normals els ciutadans no veuen afectada la seua capacitat de diàleg final, tot i que el resultat de la normalitat pot ser una "neutralització" de la política en mans dels agents representatius (partits i "classe" política).

Ackerman proposa que en els moments normals han de regular de forma provisòria com actuar als moments constitucionals.

En l'apartat 6.4. (Concepte de democràcia dualista a l'obra d'Ackerman), exposem com Ackerman defensa una mena de Constitució dualista, que és aquella que cerca la diferenciació entre els dos diferents òrgans de decisió que han de produir-se en una democràcia. La primera decisió és presa pel poble i, la segona, pels seus governants.

La definició feta per Ackerman analitza com el poble dels Estats Units ha decidit en moments constitucionals al llarg de la història dels Estats Units en contra dels seus governants, en clar exemple pràctic i històric d'aquesta mena de democràcia dualista.

La democràcia dualista millora segons Ackerman el concepte de democràcia monista, on són els governants els únics que decideixen, ja que introdueix més democràcia directa en la presa de decisions. Ackerman introdueix aquest concepte de democràcia dualista en nom del realisme i no en base a una mena d'idealisme utòpic i el situa en el centre del sistema democràtic americà on milions de ciutadans privats han de poder dir la seua.

L'anàlisi del sistema dualista és important en relació amb el nostre treball perquè ens permet analitzar com actuen els ciutadans respecte a la legitimació de les normes. Si bé Habermas aposta per un sistema de legitimació on exclusivament participen els ciutadans.

Dins la mateixa definició del sistema de democràcia dualista trobem un dels aspectes més transcendents de l'obra d'Ackerman com és la definició de "Poble" i "d'esfera pública".⁵⁵² Aquesta definició treballada de manera ampla per Ackerman ha de complementar el principi de legitimació democràtica de normes jurídiques a Habermas. Aquest és sense cap mena de dubte un dels elements essencials de la teoria política i democràtica del Prof. Ackerman.

Ackerman analitza determinats fets històrics que han tingut transcendència rellevant en la història constitucional dels Estats Units, com ara la transformació del "*Higher Law Making System*" realitzada per la Presidència dels Estats Units i les transformacions realitzades pel Congrés dels Estats Units.⁵⁵³

Dels aspectes més destacats d'aquesta obra hi podem destacar la crítica que es fa del positivisme i l'anàlisi dels diferents tipus d'iniciativa de sobirania popular, entesa com a quelcom que atorga més contingut a la democràcia dualista.

⁵⁵² Bruce Ackerman, *We the people Foundations*, op. cit.

⁵⁵³ Bruce Ackerman, *We the people Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.

Ackerman ha realitzat conjuntament amb el prof. Fishkin una proposta democràtica en base a experiències empíriques realitzades.⁵⁵⁴ Un dels aspectes més destacables del *Deliberation Day* és vore com s'aplicaria aquest experiment polític des d'una perspectiva pràctica. Els autors consideren qüestions de caràcter econòmic, polític i organitzatiu relacionades amb el concepte de democràcia liberal i la seua posada en pràctica, com ara incentius econòmics i laborals per als ciutadans a l'hora de participar en el procés de decisió el dia de deliberació.

En el següent apartat que exposem, Concepte de discurs jurídic i llenguatge jurídic a Ackerman, destaquem un altre aspecte que té transcendència a efectes de l'objecte tractat al present treball, a saber, l'establiment per part d'Ackerman d'una nova base en la que fundar la reflexió jurídica, que ell anomena constructivisme.

El constructivisme com a forma de reflexió jurídica és d'aplicació directa a l'objecte de la tesi, ja que els ciutadans han de partir d'una reflexió jurídica per tal de codificar les normes que els seran aplicades. En aquest apartat tractarem com actuaria aquesta mena de reflexió jurídica entre els ciutadans que actuen de manera deliberativa per tal d'aprovar una norma jurídica legítima segons els sistema habermasià.

Seguidament a l'apartat 6.6. (Dikasteria), tractarem un altre dels aspectes d'aplicació directa a l'objecte de la nostra tesi doctoral, és l'estudi de la Diskateria com a exemple de deliberació dels ciutadans en relació a aspectes legals. En l'exposició de la Dikasteria que introdueix Ackerman a la seua obra es fa una referència directa a l'obra de Habermas i al concepte de "normative completeness".⁵⁵⁵

La Dikasteria és analitzada de manera detallada en aquest capítol així com el funcionament de l'argumentació en aquests Tribunals populars. La Dikasteria és d'aplicació al nostre treball perquè l'argumentació dels ciutadans en aquests tribunals té una transcendència jurídica evident.

⁵⁵⁴Bruce Ackerman i James Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven, 2004.

⁵⁵⁵Bruce Ackerman i James Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven, 2004.

L'apartat 6.7. (Condicionants de comportament necessaris per a ser considerat ciutadà), estudia com Ackerman limita el concepte de ciutadà a les persones que compleixen determinades condicions i compleixen determinats requeriments de comportament. Són les anomenades "*Necessary Conditions for Citizenship*". Segons Ackerman una societat liberal no és més que una col·lecció d'individus que poden participar al diàleg, on tots els aspectes de la seua posició de poder han de ser justificats d'una manera certa. Per tal de participar en aquest diàleg de justificació, els actors (ciutadans) han de ser intel·ligibles per als altres, ésser comprensible implica que les declaracions pròpies han de poder ser traslladables en un llenguatge comprensible als altres participants.

Així no és suficient un monòleg amb èxit sinó que l'Estat liberal requereix que ambdues parts puguen contestar les qüestions amb legitimitat. En aquest punt, Ackerman introdueix la importància de l'educació a l'Estat Liberal que ha preparar els futurs ciutadans per tal de poder argumentar i legitimar la seua posició a la societat liberal.

Aquesta motivació de legitimació és, a més, un aspecte vinculat amb el principi d'igualtat dels ciutadans, al que Ackerman dedica un capítol sencer de l'obra.

El respecte a les minories, a l'apartat 6.8. resultarà un punt de transcendència major que no és tractat per Habermas al seu principi democràtic. L' autor de l'escola de Frankfurt obvia que uns dels principis rectoris de la democràcia és el respecte de les minories i no el govern de la majoria. Habermas no concep minories en el principi democràtic aplicat al camp del dret ja que les normes s'adopten per unanimitat, quelcom que fa impossible l'aplicació de la teoria habermasiana.

Ackerman tracta aquest aspecte dintre dels condicionants necessaris per tal de ser considerat ciutadà en un sentit liberal. En aquest capítol tractarem com s'han de respectar les minories segons Ackerman i com han d'actuar les minories en un sentit de respecte democràtic a les decisions preses per la majoria. Sempre des d'una perspectiva de legitimació de les normes jurídiques.

Així mateix, les segones generacions, és una qüestió que Ackerman analitza com afecta el diàleg neutre i les decisions preses pels ciutadans liberals a les generacions posteriors que no han participat en la presa de la decisió determinada. Tal i com exposarem en aquest capítol, Ackerman, a més de plantejar aquesta ommissió comesa pels pensadors liberals, estableix un sistema per tal de possibilitar aquesta necessària participació de les següents generacions en relació al contingut de la norma que els serà aplicada com a conseqüència d'un procés de legitimació democràtica deliberativa directa.

Habermas al *Faktizität und Geltung* obvia aquest punt fonamental a l'hora de definir el seu principi democràtic de legitimació de normes jurídiques. En conseqüència, els ciutadans es veurien vinculats pel contingut de normes jurídiques on no han pogut participar en la seua codificació. L'aplicació al sistema de legitimació democràtica de les normes jurídiques de la correcció, en relació a les "segones generacions" que proposa Ackerman, dona més virtualitat al Principi democràtic i, definitivament, estén la legitimació necessària entre les diferents generacions.

Finalment, en l'apartat 6.9. (Tensió entre facticitat i validesa del dret), destaquem l'anàlisi dels diferents textos constitucionals que realitza Ackerman, i en especial el capítol de les llibertats públiques establertes en aquestes cartes magnas, i les interpretacions que es fan d'aquests textos per part dels òrgans judicials.

Ackerman compara els diferents models de Tribunals Constitucionals, el lloc dintre del principi jeràrquic legal on s'han de situar els jutges, fent una referència directa a l'obra de Carl Schmitt en relació a la interpretació del text constitucional.⁵⁵⁶ Aquesta anàlisi està relacionada amb l'objecte del nostre treball ja que s'analitzen drets fonamentals de les persones, com ara igualtat i llibertat que han de ser considerats per part dels ciutadans quan participen en el procés de legitimació de normes jurídiques.

⁵⁵⁶ Bruce Ackerman, "The emergency Constitution", *The Yale Law Journal*, 2004, 113, 955-1024.

Un altre element que esmentarem serà la proposta que realitza Ackerman en relació a una nova separació de poders. Aquesta separació no és limitada als tres poders convencionals sinó que s'afegeixen d'altres dintre del que l'autor anomena "*The integrity branch*" i "*The regulatory branch*".⁵⁵⁷

Ackerman analitza com afecta la nova separació proposada als drets fonamentals i al principi de justícia distributiva. L'anàlisi parteix d'un complet estudi dels diferents sistemes democràtics unicamerals i bicamerals. L'autor, a més, fa un atac al problema de la burocràcia que afecta als poders de l'Estat i com aquest problema afecta a les decisions i accions finals d'aquests poders. El problema de la burocràcia també s'omet al sistema de legitimació normativa d'Habermas.

Ackerman treballa el paper del diàleg a la societat liberal i la seua transcendència real. L'autor es demana si realment es pot parlar de diàleg jurídic, i si en cas afirmatiu, aquest podria ser semblant al polític. Aquest article és fonamental per comparar el concepte de diàleg jurídic i polític amb l'obra habermasiana.⁵⁵⁸ Ackerman fa menció directa a la concepció del diàleg polític i al concepte de veritat moral de Habermas.

En aquesta part de la tesi ens centrem en analitzar els aspectes que entenem que millor complementen ambdues teories i que ens permetrà establir la teoria de legitimació de normes jurídiques eclèctica, que tot i ser ideal com ambdues teories d'origen, puga ser un marc de referència en el camp de la legitimació de les normes jurídiques. És el que sintetitzarem en l'apartat que clourà el capítol (6.10): Conclusions.

⁵⁵⁷ Bruce Ackerman, "The new separation of powers", *Harvard Law Review*, 2000, 113, 3, 633-727.

⁵⁵⁸ Bruce Ackerman, "Why Dialogue", *The Journal of Philosophy*, 1989, 86, No. 1, 5-22.

6.2 CONCEPTE DE DIÀLEG NEUTRE

Ackerman, tal i com Habermas, atorga una importància especial al concepte i funcions del diàleg al conjunt de la seua obra. Per a aquest autor el diàleg és la primera obligació que adquirim com a ciutadans⁵⁵⁹. El diàleg és un dels elements nuclears de les societats liberals i aquestes han de possibilitar llocs on es pugui practicar el diàleg públic entre els ciutadans.⁵⁶⁰

A més de les funcions socials que té el concepte de diàleg, el mateix és un element fonamental per a la nostra autodefinició moral, ja que és l'eina mitjançant la qual podem tenir en consideració els altres conciutadans.⁵⁶¹

Ackerman parteix de la base que el diàleg entre ciutadans d'una societat liberal és de tipus constrictiu, és a dir, els ciutadans mitjançant el diàleg intenten convèncer els altres membres de la societat d'una manera competitiva i no de forma neutral, basada en arguments estrictament racionals. Aquesta és una característica definidora del concepte de diàleg a Ackerman. Habermas al seu concepte de diàleg parteix d'una mena de diàleg pla, subjecte a principis argumentals racionals. Habermas, al *Faktizität und Geltung*, no analitza com és el diàleg que s'ha d'aplicar al dret, sinó que el sotmet al filtre de la racionalitat.

⁵⁵⁹ Bruce Ackerman, "Why Dialogue?" op.cit., p. 6.

⁵⁶⁰ Bruce Ackerman a James Fishkin i Peter Laslett, *Debating Deliberative Democracy*, op.cit., p. 8, "We have a public dialogue that is ever more efficiently segmented in its audiences and morselized in its sound bites. We have had ever more tabloid news agenda dulling the sensitivities increasingly inattentive citizenry. And we have mechanisms of feedback from the public, from viewer call-ins to self-selected internet polls that emphasize intense constituencies, unrepresentative of public at large. If we have to preserve and deepen our democratic life, we must take the future into our own hands. We must create institutions that sustain citizen engagement in a shared public dialogue".

⁵⁶¹ Bruce Ackerman. "Why Dialogue?" op.cit., p. 5-22, L'autor continua afirmant: El valor moral de la meua vida no depèn exclusivament en com el racionalització en la conversació, sinó en el valor intrínsec dels pensaments morals i el meu èxit de viure d'acord amb aquests. Per a Ackerman la veritat moral és ni més ni menys que el nom que li donem a les conclusions a les que arribariem en una situació de diàleg ideal. En aquest sentit fa una referència directa al concepte de diàleg a l'obra de Habermas.

Ackerman analitza com és el diàleg i les funcions que té en el nostre món, és a dir, en una societat. Entre aquestes funcions destaca el fet que el diàleg serveix per a controlar de manera sensible el poder de repressió que es pot exercir en una societat per part de determinats estrats socials.

Ackerman considera que el diàleg és central a la vida pública, tot i que la pràctica política no siga el lloc més idoni per cercar la veritat moral mitjançant el diàleg. Amb independència d'aquest handicap, el diàleg serveix per a altres qüestions transcendents, com el fet d'organitzar la vida en conjunt incloent-hi les persones que estan en desacord sobre la veritat moral determinada.⁵⁶²

L'establiment de la veritat moral tant a nivell individual com col·lectiu, és quelcom determinant a l'hora de posar en pràctica els marcs legals que regularan l'Estat o determinades normes que han de servir de principis generals del dret. En conseqüència, aquest procediment té una transcendència directa i rellevant en el procés d'aprovació de les normes jurídiques i dels principis generals del dret.

Ackerman afirma que com millor s'entén la tradició liberal és justament amb l'esforç de definir i justificar una ampla força en el poder de la parla. La noció de conversació constrictiva pot ser considerada com el principi organitzador del pensament liberal.⁵⁶³ La conversació política a l'Estat Liberal és un aparell necessari per a organitzar persones, les quals són lliures d'entendre de diverses maneres el concepte del bé.⁵⁶⁴ La idea de conversació constrictiva proveeix una clau més satisfactòria a la teoria liberal ja que el concepte de diàleg a l'obra d'Ackerman no és el tipus de conversació idealitzat amb els que parteix Habermas al seu principi de democràcia deliberativa.

⁵⁶² Bruce Ackerman, "Why Dialogue?" op. cit., p. 8.

⁵⁶³ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 10., En aquest apartat Ackerman fa esment a l'article de Ronald Dworkin "Liberalism", a Stuart Hampshire, *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, pp 113-143, per tal d'entendre i completar els arguments del poder constrictiu del diàleg a les societats liberals i analitza els nous signes d'aquesta mena de diàleg. Ackerman a més esmenta en contraposició la teoria de Habermas, a *Legitimation Crisis*, op. cit, com a exemple de la tradició dels pensadors marxistes en aquest sentit.

⁵⁶⁴ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 359.

Ackerman afirma que en un diàleg liberal els ciutadans no es senten lliures d'introduir arguments morals en el camp de la conversa, sinó que intenten arribar a una victòria conversacionals lluny de la situació ideal de diàleg.⁵⁶⁵

L'autor considera que tot i aquesta característica limitadora és possible governar el món mitjançant el diàleg, tot i que és un diàleg determinat. Després d'analitzar la importància del diàleg a la societat moderna, l'autor introdueix el concepte de diàleg neutre, que és el que hauria d'imperar a les societats liberals modernes. En aquest tipus de societats es realitza una mena de depuració de la "*constrictiveness*" arribant a trobar un diàleg neutre.

Aquest tipus de diàleg neutre ha d'assegurar els següents aspectes fonamentals de l'Estat Liberal, que permetran una mena d'igualtat d'oportunitats i una mena d'igualtat real al punt de partida dels ciutadans:

- Cap ciutadà genèticament és superior a un altre. Un dels requisits bàsics per a poder parlar de diàleg en condicions de neutralitat, és afirmar que no existeix cap tipus de diferència en base a la genètica. En aquest sentit podríem ampliar el concepte a qualsevol altre aspecte com raça, religió o llengua.
- Cada ciutadà rep una educació liberal. L'educació, que té un paper central a l'obra d'Ackerman, ha de proveir la base dels principis liberals als ciutadans de l'Estat. En relació a l'educació, descartem en aquest punt les consideracions dels riscos d'una educació racionalitzada i normalitzada en el sentit foucaultà expressat en la primera part del present treball.
- Cada ciutadà comença la seua vida adulta sota les condicions de la igualtat material; segons certs crítics aquest requisit per a poder parlar de diàleg neutre és el més utòpic de tots i situa la teoria d'Ackerman al mateix nivell que el vel de la ignorància de Rawls, o el diàleg infinit de Habermas, tot i que la resolució de la igualtat material es fa més factible considerada com a necessitat de garantir les condicions per a una igualtat

⁵⁶⁵Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 19.

d'oportunitats d'ací la importància que dona a la justícia social. Amb el *Faktizität und Geltung*, Habermas considera superada aquesta mena de crítica.

- Cada ciutadà pot canviar lliurement els seus títols inicials mitjançant una xarxa de transacció flexible;
- Cada ciutadà, en el moment de la seua mort, pot afirmar que ha complert les seues obligacions de confiança liberal, passant a la següent generació una estructura no menys liberal que la que va rebre i gaudir. Aquest requisit fa que les següents generacions puguen aplicar el mateix sistema que les anteriors en condicions d'igualtat d'oportunitats.^{566/567}

Ackerman es concentra en el desenvolupament dels principis de justícia des de la conversació constrenyida pel principi de neutralitat. Ackerman considera que els ciutadans d'una societat liberal han d'estar sotmesos a un diàleg neutre.⁵⁶⁸ El concepte de diàleg neutre es pot analitzar des de dos àmbits:

- a) El principi de neutralitat com a argument filosòfic. Ackerman considera que existeix cert paral·lelisme entre el rol de la conversació política a l'Estat liberal i el rol de la conversació filosòfica en defensa de l'Estat liberal. La funció de la conversació filosòfica és fer possible a una persona raonar segons el principi de neutralitat sense declarar que el camí que ha triat siga intrínsecament millor que qualsevol altre camí del liberalisme.⁵⁶⁹ Ackerman no considera que la justificació del diàleg liberal haja de

⁵⁶⁶ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 28. El desenvolupament d'aquests punts són la base temàtica de l'obra en el seu conjunt. Aquests punts són a l'hora els objectius i les condicions necessàries per a poder construir un Estat Liberal ideal.

⁵⁶⁷ En relació al principi d'igualtat d'oportunitats que Ackerman, Habermas i Rawls estableixen com a element bàsic de les seues teories de la justícia es configura com un dels principis bàsics de la teoria liberal igualitària. Aquesta igualtat d'oportunitats és emperò insensible a les possibles desigualtats derivades de circumstàncies de les que la gent no és responsable, com nàixer a un determinat país, en certa família o tradició cultural. En aquest sentit destaquem l'obra recopilària de Gargarella i Félix Ovejero, *Razones para el Socialisme*, Piados, Barcelona 2001, pp. 34 i ss. Coincidim amb el concepte d'igualtat d'oportunitats radical, establert per G.A Cohen, a Gargarella i Ovejero, i que implica corregir totes les desigualtats degudes a diferències de naixement o aquelles que apareixen com a conseqüència de viure sota condicions socials desafortunades i no escollides. En aquest mateix sentit destaca l'obra de John Elster, *Making Sense of Marx* op.cit. en relació a un concepte d'igualtat en un sentit més ample.

⁵⁶⁸ Robert B. Thigpen i Lyle A. Downing, "Liberalism and the neutrality principle", *Political Theory*, Vol.11, No. 4 (Nov. 1983), pp. 585 – 600.

⁵⁶⁹ Robert B. Thigpen i Lyle A. Downing, "Liberalism and the neutrality principle", op.cit. p. 585.

menester per a la seua justificació respostes a les principals controvèrsies a les “Grans Qüestions”. La justificació última del liberalisme és haver trobat en aquesta estratègia la localització d’una xarxa que permeti la convergència des de les diferents direccions.⁵⁷⁰

b) El segon enigma davant del que ens trobem és els mitjans de socialització del principi de neutralitat a l’Estat liberal. Ackerman considera que la socialització del principi de neutralitat és farà mitjançant l’educació a l’Estat Liberal. L’autor considera que l’educació en un Estat Liberal ha de desenvolupar-se en dues etapes, l’educació primària – socialització realitzada pels pares - que ha d’ajudar als al·lots a controlar el seu comportament agressiu; i l’educació secundària – part de la qual ha de ser portada a terme per part de l’escola i complementada per part dels pares. Ackerman considera que els al·lots necessiten coherència cultural i l’existència de límits a la diversitat cultural que ha de ser tolerada en una primera etapa de socialització.⁵⁷¹

Per a Ackerman la neutralitat és un principi bàsic, fins al punt de ser considerat com a punt de partida de la seua teoria liberal. El concepte de neutralitat, juntament amb els principis de consistència i racionalitat, han de guiar el diàleg liberal. Tot i això l’autor no deixa de reconèixer l’absurd abús que ha fet el liberalisme d’aquest concepte en la cerca d’una política lliure de valors, la qual cosa comporta que la seua filosofia pot romandre del tot superficial.⁵⁷²

L’autor assumeix de manera plena la definició de neutralitat establerta per Ronald Dworkin per la qual una teoria liberal de neutralitat és aquella que analitza les qüestions relacionades amb la justícia amb total independència de qualsevol idea d’excel·lència humana o de bona vida.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Robert B. Thigpen i Lyle A. Downing, “Liberalism and the neutrality principle”, op.cit., p. 587.

⁵⁷¹ Robert B. Thigpen i Lyle A. Downing, “Liberalism and the neutrality principle”, op.cit., p. 588.

⁵⁷² Bruce. Ackerman, “What is Neutral about Neutrality?”, *Ethics*, 93, 2 (1983), 372-390.

⁵⁷³ Bruce. Ackerman, “What is Neutral about Neutrality?”, *Ethics*, 93, 2 (1983), 372-390.

Totes les discussions sobre la legitimació de les relacions de poders han de ser sotmeses al principi de neutralitat. El Principi de neutralitat limita els tipus d'arguments que són acceptables al debat liberal, cap raó és bona si requereix de la força per afirmar: a) que l'argument determinat és millor que un altre expressat per un altre conciutadà, b) que, a pesar de la concepció de bé, (l'argument) és intrínsecament superior a un altre o altres arguments dels conciutadans.⁵⁷⁴

El principi de neutralitat desenvolupa a la teoria liberal d'Ackerman el mateix rol que el vel de la ignorància i la posició original fan a la teoria de la justícia de John Rawls. Tot i que Ackerman considera que el principi de neutralitat estableix una condició hipotètica superior a l'establerta per Rawls, ja que aquest darrer manipula una barreja entre ignorància i coneixement per a afavorir conclusions que justifiquin les seues preferències. Ackerman considera que la seua proposició és més realista que la de Rawls i a més permet a les persones saber quins són els seus plans de vida.⁵⁷⁵

En aquest sentit, James S. Fishkin fa una excel·lent comparació entre Rawls i Ackerman.⁵⁷⁶ Hi han òbvies similituds entre ambdós treballs. Ambdós cerquen la solució pel problema de la justícia distributiva sota condicions ideals, ambdós parteixen d'una mena de procediment de decisió imparcial. Per a Rawls aquest procediment és la posició original, i per a Ackerman és el principi del diàleg neutral sota condicions ideals de tecnologies perfectes de justícia.⁵⁷⁷

Ackerman assumeix que molts ciutadans de les societats desenvolupades occidentals accepten el principi de neutralitat. A la seua obra *Social Justice on Liberal State* l'autor ens pretén demostrar que les conseqüències de les seues pressuposicions possibiliten un igualitarisme que seria acceptat a les societats liberals. Una aplicació correcta del

⁵⁷⁴ Bruce. Ackerman, "What is Neutral about Neutrality?", *Ethics*, 93, 2 (1983), 372-390.

⁵⁷⁵ Bruce. Ackerman, "What is Neutral about Neutrality?", *Ethics*, 93, 2 (1983), 372-390.

⁵⁷⁶ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", *Ethics*, 93, 2 (1983) 348-356. A l'obra Fishkin equipara en importància i originalitat les obres de Bruce Ackerman i de John Rawls. A l'article és realitza una comparació crítica entre ambdues teories i es destaquen la seua vulnerabilitat i dificultat fonamental.

⁵⁷⁷ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", op.cit., p. 348.

principi de neutralitat tindria com a conseqüència una igualtat no dominant que es configuraria com a norma d'exercici legítim del poder.⁵⁷⁸

A més d'aquestes similituds existeixen determinades connexions entre ambdues obres, necessàries de ser destacades:

a) Les dues teories ofereixen principis estructurals de justícia. Aquests principis són una mena de criteris ètics que comparen l'estat de les determinades situacions en termes de resultats (*payoffs*). Per a "*Payoff*", Fishkin es refereix a una determinada caracterització sobre què és avaluable. (Per exemple, béns de primera necessitat, utilitat, sanitat, etc) per part dels individus. El principi estructural haurà de tenir en compte aquests criteris de resultats i quin valor atorguen als diferents valors els individus. En relació a aquests criteris ambdues teories prescriuen un tipus de valoració.⁵⁷⁹

b) Ambdues teories aspiren a ser úniques (*uniqueness*). La caracterització de la posició original de Rawls està configurada per a regular únicament els principis propis de la seua teoria. Ackerman de manera similar aspira a aquesta característica, tot i que no s'admet al llarg del seu llibre, la garantia d'aquesta afirmació seria que les seues assumpcions no haurien de poder ser aplicades per ningú més al futur per a proveir arguments en qualque principi semblant.⁵⁸⁰

c) Ambdues teories intenten mantenir la neutralitat. Tal i com hem demostrat, la neutralitat juga un rol més important a l'obra d'Ackerman. Fishkin al seu article afirma que el principi de neutralitat a l'obra d'Ackerman és tan estricte que la seua aplicació podria tenir conseqüències devastadores per a la igualtat.⁵⁸¹ Aquestes conseqüències són analitzades al llarg del treball de Fishkin. D'entre d'aquestes raons hem de destacar que les conseqüències negatives i devastadores afecten als principis estructurals anteriorment definits i al concepte de neutralitat aplicat al diàleg.

⁵⁷⁸ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", op.cit., p. 348.

⁵⁷⁹ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", op.cit., p. 348.

⁵⁸⁰ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", op.cit., p. 349.

⁵⁸¹ James S. Fishkin, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?", op.cit., p. 350.

Ackerman va contestar les crítiques realitzades per Fishkin sobre el seu concepte de neutralitat. L'autor afirma que aquestes crítiques venen predeterminades per una mena d'analogia entre la teoria de Rawls i la seua pròpia. Fishkin, sempre segons Ackerman, cau en diferents confusions i equívocs quan analitza el concepte de neutralitat i diàleg neutre. L'article és realment interessant perquè vincula el concepte de neutralitat amb el del diàleg en el que ell anomena una mena de gir lingüístic. Per tal de sustentar aquest gir Ackerman esmenta l'obra de Habermas i la seua insistència en vincular comunitat i comunicació.⁵⁸²

El Diàleg neutral marca els límits de les formes de diàleg en comunitat, incloent els participants en un esforç mutu per a controlar el poder. La qüestió essencial radica en com es comunica el participant independent al diàleg neutral definint una solució legítima al poder.⁵⁸³

En relació al principi de neutralitat de l'Estat, considerem un exercici molt interessant recórrer a l'obra de Cal Schmitt.⁵⁸⁴ L'autor analitza el concepte de neutralitat i les funcions que aquest concepte pot tenir a l'Estat.

L'obra és de molt interès ja que pot aplicar-se al concepte de neutralitat a l'obra d'Ackerman i al concepte de diàleg neutre. Schmitt en relació al concepte de neutralitat afirma que hi ha dos conceptualitzacions diferents, la neutralitat com a negativitat i la neutralitat com a positivitat.

En relació al sentit negatiu de la neutralitat pot afectar els següents aspectes:

1- Neutralitat en el sentit de no intervenció de desinterès, de Laisser passer, de la tolerància passiva, etc. En aquest apartat Schmitt inclou la neutralitat de l'Estat en front

⁵⁸² Bruce Ackerman, "What is Neutral about Neutrality?", op.cit., pp. 372-390.

⁵⁸³ Bruce Ackerman, "What is Neutral about Neutrality?", op.cit., pp. 372-390.

⁵⁸⁴ Carl Schmitt, *Corollarium 1: Übersicht über die verschiedenen Bedeutungen und Funktionen des Begriffes der innerpolitischen Neutralität des Staates*, publicat conjuntament amb l'obra *Des Begriff des Politischen*, op.cit., pp. 97 i ss.

a les religions i confessions. L'autor analitza com el procés de neutralitat en aquest sentit es va anar introduint. Schmitt afirma que en darrera instància aquest principi ha de situar l'Estat en una neutralitat total enfront de totes els punts de vista i problemes, fent que els principis religiosos no continuïn estant protegits, fent de l'Estat un ens ateu. Schmitt conclou que aquest Estat neutral no es diferencia d'un Estat *mínim neutral i agnòstic* sense contingut o amb un contingut mínim com a Estat. Aquest principi de neutralitat, és aplicat per Ackerman quan demana la neutralitat absoluta enfront a totes les religions, que exclouria de l'Estat qualsevol classe de connotació religiosa, qualsevol referència a la religió o als principis religiosos, festes de caràcter religiós que al llarg de la història s'han anat introduint als Estats. En l'actualitat cap Estat del món ha pogut establir una separació de la religió en aquest sentit radical. Les Constitucions dels Estats liberals tenen influències o bé directes o bé indirectes de contingut o arrel religiosa. En el cas de l'Estat Espanyol, es pot veure en la regulació d'aspectes com l'avortament o l'eutanàsia, o en el manteniment de festes com la Pasqua o el Nadal. No cal, per tant, una referència expressa com fa la Constitució de la República Argentina en el seu article 2 on declara: "*El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*", per a dir que els Estats aconfessionals encara mantenen ingerències d'arrel religiosa. Com regularia l'Estat liberal d'Ackerman en base a una neutralitat negativa en el sentit expressat, l'avortament o l'eutanàsia, quan els principis morals – religiosos estan arrelats en la ciutadania?, Suprimiria la festa de Nadal pel seu origen religiós?

2- Neutralitat en el sentit de concepcions instrumentals de l'Estat, per als qui l'Estat és un mitjà tècnic que ha de funcionar amb càlcul objectiu i donar una oportunitat d'ús igual a tothom. Schmitt quan estableix la neutralitat de l'Estat com a mitjà tècnic es refereix a la possibilitat dels ciutadans d'emprar els aparells burocràtics en condicions de neutralitat, a més de fer servir els mitjans tècnics possibles en condició de neutralitat. Schmitt està pensat en la força i la transcendència de les tecnologies a l'any 1931, es refereix al telègraf i el telèfon, i considerem que l'Estat ha de mantenir-se al marge de l'ús polític d'aquests mitjans. En l'actualitat aquests mitjans s'han multiplicat exponencialment elevat el risc de politització dels mateixos i de l'ús que l'Estat fa d'ells, com ara tota la informació privada dels ciutadans que l'Estat i les companyies

multinacionals utilitzen per a determinar grups d'opinió o tendències de consum. La teoria d'Ackerman hauria de mantenir als ciutadans aïllats d'aquests mitjans i de les informacions que atorguen per tal d'assegurar una neutralitat real al diàleg entre dos ciutadans liberals confrontats.

3- Neutralitat en el sentit de l'oportunitat igual en la formació de la voluntat estatal.⁵⁸⁵ Schmitt afirma que aquesta és una de les essències del pensament liberal que, com vorem, coincideix amb el que afirma Ackerman. La neutralitat en aquest sentit consisteix en la igualtat de drets i la igualtat dels ciutadans davant la llei. L'Estat ha de proporcionar les mateixes possibilitats de "guanyar". En aquest sentit, Ackerman estableix una de les seues condicions de neutralitat.

4- Neutralitat en el sentit de paritat, és a dir, admissió igual de tots els grups i direccions entrant en consideració sota igual condicions i igual atenció en l'assignació de beneficis o d'altres prestacions estatals.⁵⁸⁶ La neutralitat, a més, té connotacions qualificades com positives. La neutralitat en sentit positiu significa la determinació dels significats conceptuals de la neutralitat: (a) Neutralitat en el sentit d'objectivitat i imparcialitat en base a una norma reconeguda. Aquesta és la neutralitat que se li ha d'exigir als jutges quan han de resoldre conflictes en base a la interpretació de la llei. Schmitt afirma de manera correcta que aquesta neutralitat afecta a les decisions judicials però no a les decisions polítiques. Ackerman sembla que pensa en aquest tipus de decisió i neutralitat quan els ciutadans participen a l'hora de determinar el contingut de les normes jurídiques. (b) Neutralitat en base a un coneixement sense interès egoista. Aquesta neutralitat és la que han de posseir els perits i assessors que participen en un procediment ja que no representen els interessos d'una part concreta. (c) Neutralitat com a expressió d'un conjunt i una totalitat que compren les agrupacions oposades i per això relativitza totes aquelles divergències. (d) Neutralitat de l'estranger aliè a l'assumpte que com a tercera persona en cas necessari ocasiona la decisió i amb això la unió per fora. Schmitt afirma que aquesta és l'objectivitat de l'emparament dels homes enfront dels diferents grups i colònies, com ara els anglesos enfront els hindús i els mahometans a la

Índia. Aquest punt difereix amb qualsevol teoria liberal que no justifiqui la defensa del colonialisme i la jerarquització de cultures.

En aquest sentit i com destacarem a continuació existeix un clar lligam entre l'obra de Schmitt i la de Bruce Ackerman. Segons Ackerman aquests elements necessaris del seu Estat Liberal "ideal" només poden ser garantits mitjançant el diàleg neutral i, per tant, l'efectivitat del mateix estat liberal dependran del grau de compliment d'aquests requisits. El principi de neutralitat comporta més efectes legals i determinacions de drets i obligacions, "jo sóc al menys tan bo com tu, és a dir, tinc els mateixos drets i obligacions que qualsevol altre ciutadà perquè partim en condicions d'igualtat real.

Ackerman dedica gran part de la seua obra a definir la mena de diàleg necessari per arribar a un enteniment, a capítols com: "Constrained Power Talk", "*Dialogic Performance*", "*Finishing the Conversation*".

Els ciutadans de la societat liberal han d'aprendre a dialogar amb els altres ciutadans de diferent manera, de forma que els permeti suprimir la condemna a la moralitat d'altri com a dolenta o falsa, sinó l'avenç de la conversació pragmàtica quedaria buida.⁵⁸⁷

Una de les principals diferències a l'hora de configurar el diàleg entre ambdós autors es troba en com solucionar els desacords entre els ciutadans. Tal i com hem definit anteriorment en aquest treball, Habermas mitjançant el seu principi de democràcia deliberativa sembla constituir una mena de diàleg intemporal on les persones han d'arribar a decidir sobre qüestions jurídiques o morals en base a arguments racionals.⁵⁸⁸

Ackerman, a diferència de Habermas, afirma que en cas de desacord entre els ciutadans hem d'aplicar el principi del "*Conversational Restraint*". Aquest concepte significa que en cas de que els ciutadans es trobin en desacord sobre les dimensions de la veritat moral, no hem de cercar cap valor comú que ajudi a superar el desacord, simplement no

⁵⁸⁷ Bruce Ackerman, "*Why Dialogue*", op. cit., p. 12.

⁵⁸⁸ En aquest sentit en referim a l'exposat en els dos capítols anteriors del present treball.

hem de dir res sobre aquest desacord i traure les idees morals que ens divideixen fora de l'agenda conversacional de l'Estat Liberal.⁵⁸⁹

Aquesta mena d'autolimitació no ha de suposar que perdem la possibilitat de parlar uns amb els altres sobre els nostres més profunds desacords morals en un context més privat. Fent aquesta mena de restricció a la conversació fem un ús més pragmàtic del diàleg que es centrarà en propòsits més productius.⁵⁹⁰

Ackerman entén el liberalisme com una manera de parlar sobre poder, com una cultura política de diàleg públic basada en determinats tipus de constriccions conversacionals.⁵⁹¹

Ackerman mitjançant aquest principi considera que en la conversació liberal no s'haurà de dir res que siga afirmativament fals. En conseqüència, el diàleg servirà per supòsits de tipus pragmàtics i productius. El principi, a més, permet identificar les premisses normatives que tots els participants trobaran raonables.⁵⁹²

El principi de constricció conversacional no s'aplica a les qüestions que els ciutadans es demanen sinó a les respostes que legítimament donen a altres qüestions.⁵⁹³

Ackerman afirma que és possible concebre un món on un determinat grup de ciutadans puguen solucionar els problemes relacionats amb el poder enterament basat en un concepte de diàleg neutre.⁵⁹⁴ La qüestió que es planteja Ackerman és si els arguments filosòfics transcendents poden ser avançats per a justificar un o altre mitjançant el

⁵⁸⁹Bruce Ackerman, "Why Dialogue", op. cit., p. 16.

⁵⁹⁰Bruce Ackerman, "Why Dialogue", op. cit., p. 16.

⁵⁹¹Seyla Benhabib a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op. cit., p. 81.

⁵⁹² Bruce Ackerman, "Why Dialogue", op. cit., p. 17.

⁵⁹³ Ackerman en aquest punt diferencia entre dos plànols diferents a nivell de diàleg, la transcendència del diàleg varia si es centra en les qüestions que els ciutadans es plantegen i les respostes que donen a aquestes qüestions. Aquesta diferenciació permet segons Ackerman clarificar el projecte de Rawls basat en diferenciar entre la vida política liberal d'un simple *modus vivendi*.

⁵⁹⁴ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 65.

poder de la parla.⁵⁹⁵ Resulta però que la major constricció conversacional al liberalisme és la neutralitat.

Ackerman ens defineix la neutralitat com allò on: “Les normes que no venen proposades mitjançant la raó en un discurs de legitimació, poden ser una bona raó per al posseïdor del poder, per afirmar que la seua concepció del bé és millor que l’afirmada pels seus conciutadans, o que la seua concepció del bé sense justificació és superior a la d’un o més dels seus conciutadans”.⁵⁹⁶

La divisió entre aspectes que s’han de tractar en una mena d’esfera pública més oberta, i els aspectes que s’han de tractar en esferes més privades fa que Benhabib afirmi que el “Conversational Constraint” a Ackerman no siga neutre, ja que suposa una justificació implícita entre l’esfera pública i l’esfera privada, així com quines qüestions s’han de silenciar. En relació a aquesta consideració, coincidim plenament amb Seyla Benhabib quan afirma que el principi de neutralitat no és de molta utilitat a l’hora de guiar els nostres pensaments, ja que es limita a afirmar que la Llei ha de ser de tipus neutre.⁵⁹⁷

Com a conclusió podem afirmar que el concepte de diàleg neutre tal i com l’estableix Ackerman no és viable en el camp de la política o del dret ja que no ens trobem davant d’una ciència exacta. Al camp del dret quan dues posicions s’oposen es fan servir tot tipus d’argumentacions possibles i per tant parlar d’una mena de diàleg neutre no sembla factible. Qualsevol posició eclèctica que es pretenga adoptar establirà en major o en menor mesura alguns dels arguments que són contradictoris. La impossibilitat pràctica és encara més gran quan volem legislar en base a les conclusions que es puguem adoptar com a conseqüència del diàleg neutre.

⁵⁹⁵ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 8.

⁵⁹⁶ Bruce Ackerman, *Social Justice in The Liberal State*, op.cit., p. 11.

⁵⁹⁷ Seyla Benhabib a Craig Calhoun, *Habermas and the public sphere*, op.cit., p. 84.

La positivització de la norma implica sempre una presa de decisió, o es regulen causes de despenalització dels supòsits d'interrupció de l'embaràs o no, o es penalitza un determinat supòsit de fet o no, o s'atorga el dret a les parelles del mateix sexe a l'adopció o no, o es reconeix el dret a l'autodeterminació a una nació o no, tanmateix, hi ha possibilitat de regulació eclèctica en determinats supòsits, però en d'altres no.

Tot i les condicions que estableix Ackerman per assegurar un diàleg neutre en condicions determinades no ens pot assegurar la seua practicabilitat i efectivitat real, si que pot ser aplicat a la teoria normativa de Habermas per tal de millorar-la en aquests sentits, perquè aquesta aplicació que proposem, pot suposar un avenç a l'hora d'arribar a conclusions determinades i acotades en el temps per part dels ciutadans reunits a l'esfera pública, per tant, podria atorgar cert realisme al Principi de Democràcia Deliberativa aplicada a la legislació de les normes. Sense suposar com hem dit la solució definitiva al problema en relació a la concepció del diàleg aplicada a la teoria habermasiana.

6.3. MOMENTS CONSTITUCIONALS I MOMENTS NORMALS

Ackerman estableix unes determinades categories analítiques que defineixen el sistema constitucional americà i les seues transformacions en base a la seua pròpia experiència històrica. Ackerman afirma que el sistema democràtic americà s'ha vist molt influenciat per la teoria política europea, tot i que els nord-americans han creat un nou sistema constitucional que a diferència del model britànic o l'alemany diferencia entre dos tipus de moments polítics.

Aquesta diferenciació que estableix Ackerman entre aquests dos tipus de moments polítics és uns dels aspectes més importants a destacar a la seua obra i a més aplicable a la teoria de legitimació de normes jurídiques de Habermas i, en especial, al procés de codificació de les normes. Segons el tipus de moment polític davant del qual ens trobem, el diàleg dels ciutadans serà d'una manera o d'una altra amb la seua corresponent transcendència jurídica.

Els moments constitucionals es donen rarament, es donen quan “*We the People*” parlem de manera directa. En aquests períodes, el poble parla mitjançant vies extraconstitucionals, moments en què els ciutadans volen realitzar canvis a la Constitució.⁵⁹⁸

Aquests moments són aquells moments que estan caracteritzats per distintes circumstàncies; primer, pel fet que un nombre extraordinari de ciutadans està convençut de la seriositat de l'assumpte que es discuteix, seriositat molt més gran que la seriositat que s'atorga a les decisions polítiques normals; segon, pel fet de que tots els ciutadans han tingut la possibilitat d'organitzar-se per expressar la seua forma de vore el problema que es discuteix, i, tercer, pel fet de que existeix una majoria partidària d'una determinada forma de solucionar el problema en qüestió.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Jennifer Nebelsky, “The Puzzle of Modern Constitutionalism”, *Ethics*, Vol. 104, (Apr., 1994), pp. 500 – 515.

⁵⁹⁹ Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 16.

Als moments constitucionals la societat es mobilitza per a debatre assumptes fonamentals. En aquests moments existeix un grau de reflexió i de deliberació popular inusual per part de la ciutadania que pretén realitzar una transformació de tipus constitucional.

Ackerman defineix de manera excel·lent com actuen les persones davant d'aquests moments constitucionals. Partint de l'anàlisi de la història constitucional dels Estats Units, l'autor ens explica de manera completa com els ciutadans actuen, es mobilitzen i dialoguen en els moments constitucionals que transformen la constitució americana. Els tres moments que Ackerman considera com a constitucionals són l'establiment del marc bàsic a la dècada dels 1780, les reformes de la "*Reconstruction*" feta pels Republicans als 1860, i l'anomenat "New Deal" provocat pels Demòcrates a l'any 1930. Aquests moments constitucionals van provocar una reinterpretació de la Constitució dels Estats Units mitjançant resolucions del Tribunal Suprem i esmenes constitucionals.⁶⁰⁰

En aquesta mena de moments, els ciutadans es troben en un estat d'exaltació enorme i es genera una mena de necessitat d'actuació directa que sol contradir els propòsits d'actuació del govern de torn. Aquesta contradicció entre la decisió del govern i la voluntat popular és el que genera l'exaltació.

Els acords als quals arriben la ciutadania en els moments constitucionals, sota circumstàncies excepcionals es troben, segons Ackerman, en el mateix esglau jeràrquic que les reformes formals de la Constitució.

Perquè, en definitiva, el que atorga valor a les normes constitucionals no té a veure amb la qualitat personal dels seus autors o el moment particular en què varen ser dictades, sinó per l'extraordinari nivell d'acord ciutadà que les recolza.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Bruce Ackerman, *We The people transformations*, op.cit.

⁶⁰¹ Bruce Ackerman, *We The people transformations*, op.cit.

Ackerman, a diferència d'altres autors, considera que els moments constitucionals es produeixen exclusivament en moments convulsius. No hem d'oblidar que a la formulació original d'Ackerman, els moments constitucionals són breus i estranys (només tres en dos-cents anys d'història dels Estats Units d'Amèrica) com ens recorda Walker.⁶⁰² Els Prof. Balkin i el Prof. Levinson no consideren com a *conditio sine qua non* aquest estat convulsiu. Per aquests professors els moments constitucionals es produeixen mitjançant un procés que anomenen, “*partisan entrenchment*” pel qual un partit (Poble, President del Govern, Partits polítics o Poder judicial) agafa el control, normalment de manera sobtada, però en ocasions gradualment, de les tres branques del govern.⁶⁰³

En aquest sentit hem d'aclarir que per a Ackerman, el punt fonamental de la separació de poders als Estats Units és que cap branca del govern pot reclamar per si sola parlar en nom del poble.⁶⁰⁴

En aquest mateix sentit, Tushnet posa com a exemple de moments constitucionals sense que s'haja donat aquesta convulsió, determinades sentències judicials produïdes al *New Deal*.⁶⁰⁵ En aquest mateix sentit Nebelsky afirma que les transformacions “dramàtiques” que produeixen els moments constitucionals no tenen en compte suficientment els importants canvis que els jutges han introduït a la significació dels drets constitucionals. L'autora continua desenvolupant al seu treball casos determinats com ara “*Grinswald and Brown*” o “*Plessy vs Fergusson*” on els jutges han redefinit drets fonamentals com

⁶⁰² Neil Walker, “After the Constitutional Moment”, The Federal Trust for Education & Research, Online Paper 32/03.

⁶⁰³ AAVV, J.M Balkin, i Sanford Levison, *Legal Canons*, New York University Press, New York. 2000. En especial els capítols de la part III, “The Canon and Groups”.

⁶⁰⁴ Jennifer Nedelsky, “The Puzzle and Demands of Modern Constitutionalism”, op. cit., pp. 500- 515.

⁶⁰⁵ Mark Tushnet, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, New Jersey. 2003. En especial destaquem el capítol segon del llibre: “The Supreme Court and the New Constitutional Order” on s'analitzen un conjunt de decisions judicials podien considerar-se com a moments constitucionals provocats pel poder judicial sense que la ciutadania dels Estats Units s'hagi trobat en un moment convulsiu determinant. L'autor considera que el nou ordre constitucional ha estat consolidat amb les eleccions presidencials dels EEUU de l'any 1994 que provocaren la majoria republicana.

la igualtat. Segons Nebelsky, el poder judicial amb aquestes “*constitutional adjudication*” estableixen canvis equivalents als moments constitucionals.⁶⁰⁶

Sobre la necessitat de que es produeixi un moment convulsiu a la societat per tal que es produeixi un moment constitucional, no podem oblidar que si bé la Constitució és una norma de concòrdia, les normes constitucionals són essencialment lleis de discòrdia.⁶⁰⁷ En conseqüència, els moments constitucionals que pretenen el canvi en un determinat dret constitucional apareixen de la discòrdia.

Ackerman estableix una mena de criteri formal que determinarà si ens trobem davant d'un moment constitucional o no. Aquest criteri formal, amb independència de l'estat de convulsió de la ciutadania, és determinant. Tal i com afirma Tushet, les obligacions de fidelitat a la Constitució s'accentuen en els moments constitucionals i els ciutadans requereixen claredat sobre en quines precises ocasions es troben davant d'un moment constitucional de les quals sorgirà l'obligació de fidelitat.⁶⁰⁸ El criteri formal que estableix Ackerman ens permet identificar quan un moment constitucional substitueix un altre.

Ackerman, estableix dos criteris bàsics que ens poden ajudar a diferenciar els dos tipus de moments. Els moments polítics normals es donen mitjançant els representants mentre que els constitucionals per la ciutadania per ella mateixa; els moments normals no són una particularitat reflexiva, els constitucionals sí que ho són. A més Herzog afegeix un tercer criteri consistent en què els moments normals estan relacionats amb la persecució plural dels grups d'interès, els constitucionals estan vinculats amb principis i amb el bé comú.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Jennifer Nedelsky, “The Puzzle and Demands of Modern Constitutionalism”, op. cit., p. 515.

⁶⁰⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid. 2005, p. 115.

⁶⁰⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid. 2005, p. 115.

⁶⁰⁹ Don Herzog, “Democratic Credentials” *Ethics*, Vol. 104, No.3 (Apr. 1994), pp. 467-479.

Els moments constitucionals també es caracteritzen pel seu rol en alterar el marc pel qual els moments ordinaris es desenvolupen, és a dir, que el moment constitucional no només es diferencia per si mateix del moment normal que l'ha precedit i que el seguirà, sinó que a més, ha d'assegurar que les dues fases del moment ordinari, abans i després, són totalment diferents una de l'altra. El moment constitucional està marcat per tant per la discontinuïtat i la transformació.⁶¹⁰ Si acceptem aquesta anàlisi estem introduint a més un criteri que ens ajudarà a determinar quan ens trobem davant d'un moment constitucional i quan no.

Per tant, podem caracteritzar els moments constitucionals com altament infreqüents, es limiten a moments abruptes de la política, tenen una repercussió constitucional considerable i tenen efectes duradors, tot i que el moment constitucional no és perdurable per si mateix, i la dada més important a efectes del present treball, la ciutadania que pretén realitzar una transformació de tipus constitucional actua de manera directa.

En contraposició dels moments constitucionals trobem els anomenats *moments normals*. Dintre d'aquests moments normals incloem les decisions que pren a diari el govern, són moments corrents. En aquests moments no hi ha debat ni mobilització popular. L'electorat confia al govern la gestió dels negocis jurídics, i el govern, legitimat per aquest mandat, adopta les decisions que creu més convenients.⁶¹¹ Als moments normals una població "deslligada" permet als grups d'interès democràticament escollits prendre decisions polítiques.⁶¹²

Un element realment important dels actes polítics normals és el fet que en aquests moments polítics els representants prenen decisions en nom dels ciutadans, són els moments on l'involucrament cívic en la presa de decisions és baix. Tot i que semblaria que l'estudi dels moments normals és menys interessant en relació a l'objecte de la

⁶¹⁰ Neil Walker, "After the Constitutional Moment" op.cit.

⁶¹¹ Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 16.

⁶¹² Kirkus Reviews, 1991, Kirkus Associates, L.P. comentaris a "We the People" – www.amazon.com

present tesi, Ackerman afirma, entenem que de manera correcta, que cal ser molt respectuosos amb el que succeeix als moments normals, és a dir, la decisió del poble de retirar-se de la política, delegant la presa de decisions en els seus representants.⁶¹³ No en va, “El poble” pot decidir lliurement retirar-se de la política i delegar en els seus representants, que per una altra banda, poden ser substituïts mitjançant els medis democràtics oportuns.

Els moments normals per tant són igual d'importants com els constitucionals, per l'estabilitat i continuïtat necessària que ha de menester qualsevol ordenament jurídic. Tal i com hem avançat anteriorment, la finalitat dels moments constitucionals és afectar de manera directa un moment normal determinat, per produir un altre de diferent.

Ackerman destaca dels moments normals que la manca de debat i de participació popular no vicia necessàriament la legitimitat de les decisions preses pel govern si determinades condicions institucionals són satisfetes. Aquestes condicions són, per exemple, que els representants del poble puguin ser responsables de les seues decisions; segon, que l'estructura institucional obligue als representants del poble a prendre decisions en base a una visió ampla de l'interès públic; tercer, si existeix una legislació que impedeix que grups d'interessos facin el govern per a obtenir avantatges deslleials. Aquestes condicions demostren que és possible fer una teoria menys utòpica que la habermasiana a l'hora d'atorgar més contingut democràtic a la vida política en general.

La teoria i experiència dels moments constitucionals ha de ser estudiada amb deteniment si volem posar en pràctica la teoria habermasiana de democràcia deliberativa, ja que els ciutadans tenen accés directe a la promulgació de les normes fonamentals del seu Estat sense intermediaris. L'estudi de com “*el poble*” ha actuat de manera directa en aquests moments ha de partir però de la diferenciació del tipus de normes que es codificarà, d'ací la importància de la distinció entre moments normals i moments constitucionals, i les característiques que es donen en ambdós moments.

⁶¹³ Roberto Gargarella, “El constitucionalismo según John Rawls”, *Revista Araucaria*, nº14, 2005, p. 3.

Ackerman analitza com la ciutadania obliga les seues branques representatives a actuar o legislar d'una determinada manera, tot i que aquest procedir siga contrari a la constitució del país. Als moments constitucionals els ciutadans, per tant, fan servir els medis habituals de codificació, és a dir, mitjançant els òrgans representatius, Parlament, President, Poder judicial, per tal de canviar el contingut dels preceptes constitucionals. En conseqüència, “El poble” no actua en una àgora imaginària, de manera directa, i mitjançant un diàleg pacífic i neutre, ans al contrari.

L'esquema d'Ackerman a diferència de la teoria de Habermas es basa en una experiència històrica real que ha de tenir-se en compte a l'hora d'aplicar el principi de democràcia deliberativa aplicada al dret. L'autor nord-americà legitima el sistema de democràcia directa basant-se en l'experiència constitucional americana. Als moments anomenats constitucionals els ciutadans participen de fet de manera directa en la presa de decisions polítiques. En situacions excepcionals, com ara el moviment en contra de la guerra il·legítima i il·legal ⁶¹⁴ d'Iraq a l'Estat Espanyol, milions de persones en una situació extraordinària exigien al govern de l'Estat un canvi en les seues posicions, moviment constitucional que no va tenir l'èxit esperat.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Coincidim plenament amb el que afirma Luigi Ferrajoli a la seua obra *Razones jurídicas del Pacifismo*, Trotta, Madrid 2004, contradint la doctrina general del *Ius ad bellum* i el *Ius in bellum*, o l'afirmat per Habermas o Bobbio entre d'altres, no existeix cap guerra legal, ja que el dret i la guerra són conceptes que s'oposen, el dret és un concepte de mediació i de pau, un altre judici serà el considerar la guerra legítima o no, però mai legal.

⁶¹⁵ Podem considerar com un altre cas de moment constitucional la reacció que es va produir a L'Estat Espanyol davant la decisió del govern d'enviar tropes militars espanyoles a la guerra d'Iraq, contradint el mandat constitucional de l'article 63 que estableix un procediment formal de declaració d'hostilitats (a càrrec del rei i amb anuència de les Corts). A més els articles 15 i 169 de la Constitució Espanyola estableixen una sèrie de conseqüències jurídiques a l'existència d'un estat de guerra. Tampoc podem obviar el fet de que la invasió d'Iraq no comptava amb l'autorització de Nacions Unides i quebrantava les directrius i convencions d'aquest organisme internacional, com ara l'article 2.4 de la Carta de la ONU que prohibeix l'amenaça de l'ús de la força, 2.3, prohibeix el monopoli de l'ús de la força. Tal i com afirma Pisarelo, en aquest cas la presentació de la col·laboració militar espanyola com un simple compliment d'obligacions amb l'OTAN o com missions humanitàries ha permès escamotejar els preceptes constitucionals i un debat públic a l'alçada d'aquest tipus de decisions. El cert emperò és que una lectura sistemàtica de la Constitució obligaria, en consonància amb les tesis de Ferrajoli, a excloure la possibilitat de tota intervenció militar no estrictament defensiva. Òbviament les argumentacions del govern espanyol es centraven en el fet de que ni *de facto* ni *de iure* l'Estat Espanyol es trobava en una situació de guerra. Desgraciadament ja sabem com es van desenvolupar els fets.

Un altra novetat introduïda per Ackerman, i que podria millorar els propòsits empírics de la teoria de Habermas, és que el primer acota el diàleg en el temps. Tal i com hem demostrat anteriorment, Habermas considera que les persones poden mantenir el diàleg en el infinit fins que la decisió es prenga per unanimitat entre tots el possibles afectats per la norma. Ackerman limita el marc del diàleg en moments determinats acotats en el temps. Fins i tot als moments de molta intensitat (constitucionals) el moviment ciutadà és determinat en el temps. Seguint els criteris de diferenciació que fa servir Ackerman entre moments constitucionals i moments normals podem observar certa analogia entre els moments constituents i els moments no constituents.

Zagrebelky, seguint la línia d'Ackerman afirma que el vertader moment constitucional és només l'inicial, és a dir, el moment constituent. L'autor afirma que és molt més senzill crear una constitució del no res que modificar el contingut substancial d'una constitució ja existent. Aquestes reformes "complicades" poden ser causa de la convulsió que es genera als moments constitucionals no constituents. El "moment constitucional" és per definició el moment de cooperació general, té unes característiques completament excepcionals a la vida política d'un poble, ja que una Constitució no es pot crear i recrear a plaer.⁶¹⁶

Als moments constituents, les voluntats polítiques dels subjectes polítics es coordinen per a la consecució d'un objectiu comú; dictar uns principis que es situen per sobre dels interessos particulars de cadascú d'ells, possibilitant la convivència de tothom.⁶¹⁷ Un exemple actual de moment constituent el trobem a la refundació de l'Estat de Bolívia, on després d'una mena de moment constitucional generat per la població originària del país andí sembla que donarà lloc a una nova constitució política que reconeixerà aquests pobles i llurs cultures en un plànol d'igualtat.

⁶¹⁶Zagrebelky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 116. Contra aquesta afirmació entenem que les constitucions o bé les normes que desenvolupen el contingut constitucional, com a normes jurídiques que són, han de poder reformar-se per a poder actualitzar el marc que regulen i no quedar obsoletes.

⁶¹⁷Zagrebelky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 116.

Un altre element en comú entre els moments constitucionals i els moments constituents, és que en ambdós tipus d'esdeveniments es produeixen en forma “d'*événement*” en sentit foucaultià. És a dir, és produeix una discontinuïtat al discurs jurídic, si bé, als moments constituents aquesta discontinuïtat prové d'una revolució, tal i com afirma Hannah Arendt, i els moments constitucionals succeeixen un estat de convulsió, tal i com afirma Ackerman.⁶¹⁸

Habermas a l'hora de configurar el seu principi de democràcia deliberativa no diferencia entre cap tipus de moments. En conseqüència, el poble no atorga cap mena de mandat als seus representants per gestionar els negocis polítics o jurídics, ja que els ciutadans mitjançant el Principi de Democràcia Deliberativa decideixen sobre tots els aspectes polítics o jurídics.

Entenem que la teoria i experiència dels moments constitucionals i normals ha de ser estudiada amb deteniment si volem posar en pràctica la teoria habermasiana de democràcia deliberativa, ja que els ciutadans tenen accés directe a la promulgació de les normes fonamentals del seu Estat sense intermediaris. L'estudi de com “*el poble*” ha actuat de manera directa en aquests moments ha de partir però de la diferenciació del tipus de normes que es codificarà, d'ací la importància de la distinció entre moments normals i moments constitucionals, i les característiques que es donen en ambdós moments. A partir d'aquesta diferenciació podem entendre que el diàleg entre els ciutadans variarà segons quin tipus de norma jurídica, fet a codificar o estat de convulsió de la població determinada, i que per tant no es pot establir un sotmetiment general al principi del discurs sense tenir en consideració aquests elements.

⁶¹⁸ Hannah Arendt, *On Revolution*, Penguin Classics, New York, 2006. En aquest punt, vegeu la comunicació de Josep Monserrat i Antoni Abad Ninet, “*Las influencias de la obra de Hannah Arendt en el concepto de revolución de Bruce Ackerman*”, defensada al congrés internacional. Centenario Hannah Arendt: Entre el presente y el futuro (Universidad Autónoma de Madrid, 29 de noviembre – 1 de diciembre de 2006), on destaquem les influències del concepte de revolució de Arendt sobre en la dialèctica constitucional i la diferenciació entre els moments constitucionals i normals. En relació al concepte “d'*événement*” i la teoria de la discontinuïtat destaquem les obres de Michel Foucault, *Dits et écrits II*, pag. 140-149, Éditions Gallimard, Paris, 2001; *Les Mots et les Choses*, Éditions Gallimard, Paris, 1990. També destaquem, les influències del concepte “d'*evenement*” que empra Foucault i les influències que té en el concepte de revolució d'Ackerman, tal i com destacarem a la ponència “*Influencias de la obra de Hannah Arendt en el concepto de revolución de Bruce Ackerman*”.

6.4. DEMOCRACIA DUALISTA

La diferenciació entre ambdós tipus de moments polítics exposada en l'apartat anterior, s'emmarca dintre de l'anàlisi del concepte de democràcia dualista. La democràcia dualista consisteix en diferenciar entre les decisions preses pel poble mateix, de les decisions preses pel govern. Per tant, el concepte de democràcia dualista descansa sobre la diferència entre moments constitucionals i moments normals abans introduïda. La teoria dualista de la democràcia es contraposa davant de la teoria monista. Ackerman defineix aquestes dues aproximacions contradictòries per tal de suplementar-les. El monisme segueix la tasca de la teorització constitucional de reconciliar l'autoritat dels poder públics no electes, en especial en el sistema de divisió de poders (poder judicial). La solució monística és una presumpció de validesa legislativa.⁶¹⁹

La democràcia monista consisteix bàsicament en la idea que la democràcia requereix que governin aquells representants escollits pel poble, a qui se'ls ha atorgat el ple poder de dictar lleis, en tant i en quant aquesta elecció ha sigut lliure. La conseqüència institucional més important del monisme és que durant el període que va d'elecció a elecció, qualsevol control que intenti retallar les atribucions del govern és vist com un acte antidemocràtic.⁶²⁰

La idea del monisme és molt simple i atractiu per a qualsevol que crega en la democràcia i la representació popular i, en conseqüència, en el caràcter antimajoritari de les decisions judicials. Per al monisme no hi ha més autoritat democràtica que un Parlament democràticament escollit. Per aquesta teoria la distinció bàsica del dualisme que diferencia entre les decisions del poble i les decisions dels representants del Poble, no té sentit.⁶²¹

⁶¹⁹ Richard. A. Posner, "Democracy and Dualism", *Transition*, No. 56. (1992), pp. 68-79.

⁶²⁰ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

⁶²¹ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

El monisme no estableix diferències en quant a la legitimitat i validesa d'ambdós tipus de decisions.⁶²² Per aquesta visió de la democràcia, si un projecte de llei obté la majoria a Washington o Buenos Aires és suficient per a considerar-lo legítim com si fos el producte de la mobilització, participació i debat dels ciutadans argentins o estatunidencs.⁶²³

La introducció i el desenvolupament de la democràcia dualista envers de la democràcia monista és un dels aspectes fonamentals tractats al llarg de l'obra de Bruce Ackerman. L'autor analitza quin tipus d'actes i decisions polítiques poden ser considerades com a dualistes i quan es produeixen aquesta mena d'actes. Tal i com hem esmentat anteriorment, els moments constitucionals es donen rarament quan el poble parla directament, d'altra banda trobem els moments normals, quan només parla el govern.

Ackerman ens recorda que la democràcia ha sigut pensada per als ciutadans i el sistema ha de poder permetre la participació directa dels ciutadans.⁶²⁴ Al llarg de la història i especialment als darrers dos segles la societat ha recuperat el terme "democràcia" per a transformar-lo en quelcom banal. Aquesta reconceptualització ha desplaçat la imatge de la Polis grega com a model de govern popular a l'edat moderna i com a centre del pensament i la pràctica democràtica.⁶²⁵

Votant als polítics normals, els ciutadans privats no consideren que els seus vots poden significar un canvi fonamental en els principis; si aquesta possibilitat de canvi pot arribar a ser apreciada, s'ha d'informar al ciutadà en general i s'ha de donar l'opció de deliberar sobre les proposicions transformatives, en cas contrari, els polítics escollits presumeixen

⁶²² Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

⁶²³ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

⁶²⁴ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 295.

⁶²⁵ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 295.

que han rebut el consentiment del Poble per a mantenir el seu status i les seues concepcions sobre el principis.⁶²⁶

En aquest sentit, la manca d'expectatives i possibilitats de canvis reals són causes de la falta de participació dels ciutadans en les eleccions democràtiques. Aquesta falta de participació és un factor que ha de ser resolt si és vol considerar com a legítims determinats resultats electorals.

Ackerman considera que mitjançant el sistema de democràcia dualista es pot oferir una mena d'alternativa a aquesta involució democràtica. El sistema de democràcia dualista pretén captar la iniciativa privada dels ciutadans a les societats liberals i canalitzar-ho a la vida pública.

Un dels elements fonamentals de la teoria dualista d'Ackerman és el concepte de ciutadà actiu, és a dir, els ciutadans que actuen de manera activa a la vida pública de la ciutat. No podem obviar el fet que els conceptes de democràcia dualista i de moment constitucional, en tant en quant depenen de l'actuació directa dels ciutadans, descansen en el concepte de ciutadà actiu. En aquest sentit, Ackerman considera que molts dels ciutadans dels Estats Units són ciutadans privats, no ciutadans públics o ciutadans privats perfectes.⁶²⁷

El "ciutadans públics" són aquells ciutadans devots del bé públic i les seues formes primàries de vida són polítiques. Els ciutadans privats perfectes persegueixen exclusivament objectius no polítics, i fan servir el procés polític per a aconseguir aquests objectius. Un privatista necessita no perseguir un objectiu purament egoista, un ciutadà devot de l'església catòlica romana pot perseguir béns socials sense tenir en compte l'interès nacional.

⁶²⁶ Bruce Ackerman, *We The People, Foundations*, op. cit., p. 307.

⁶²⁷ Kent Greenawalt, "Dualism and Its Status", *Ethics*, Vol. 104, No. 3 (Apr., 1994), pp. 480-499.

Els ciutadans privats normalment actuen de manera privada, votant i complint algunes responsabilitats mínimes com a ciutadans, però atenent de manera primària aspectes personals i tractant el procés polític com una manera d'aconseguir interessos individuals i de grup. En ocasions els ciutadans privats actuen donant-li molta més atenció al bé públic, com per exemple als anys 60 quan molts ciutadans privats actuaren com a ciutadans en la defensa dels drets civils i oposant-se a la guerra de Vietnam.⁶²⁸

Segons aquest disseny, la Constitució dels Estats Units d'Amèrica funciona de manera ingènua en relació als ciutadans privats.⁶²⁹ La majoria de les institucions polítiques estan establertes pels períodes ordinaris. En aquests períodes, on la majoria dels ciutadans no estan concentrats en el bé públic, les accions legislatives i executives no reflecteixen al Poble en la seua capacitat col·lectiva. La representació disminueix les possibilitats d'una simple facció de ciutadans de guanyar el control o ajudar a la producció legislativa.⁶³⁰ Els canvis constitucionals dràstics són possibles quan el Poble, durant els moments constitucionals demostren el seu fort suport durador als canvis constitucionals. En aquests períodes els ciutadans *privats* esdevenen *ciutadans* privats.⁶³¹

El concepte de democràcia dualista es configura en base a la concepció de ciutadà privat, que es manté entre el privatisme cívic i l'esperit públic comprensiu que la teoria d'Ackerman urgeix.⁶³² Ackerman considera equivocada el sil·logisme de partida de molts ciutadans privats que afirmen: “el que és bo per a mi és bo per al meu país”. Ackerman considera que la segona part d'aquesta afirmació és la “realment” important, és a dir, en cas de que aparega una mena de conflicte d'interessos prevaldrà el que és bo pel país.⁶³³

⁶²⁸ Kent Greenawalt, “Dualism and Its Status”, op.cit., pp. 480-499.

⁶²⁹ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 240.

⁶³⁰ Kent Greenawalt, “Dualism and Its Status”, op.cit., pp. 480-499.

⁶³¹ Kent Greenawalt, “Dualism and Its Status”, op.cit., pp. 480-499.

⁶³² Miriam Galtson; William A. Galston. “Contemporary Critics of Liberalism”, *Ethics*, Vol.104, No.3. (Apr., 1994), pp. 446-466.

⁶³³ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 297.

L'autor ens detalla com saber quan divergeixen els interessos públics dels privats i acaba afirmant de manera correcta que un ciutadà no pot considerar-se com a ciutadà privat sinó pot deliberar sobre els béns públics.⁶³⁴

Ackerman considera que el dualisme es donarà tard o d'hora al sistema democràtic, a més ha d'existir una mena de tracte entre la llibertat personal i la història constitucional (revolucionària) dels Estats Units d'Amèrica. El tracte es basa en dos arguments o pressuposicions bàsiques:

a) El primer sorgeix de la mateixa concepció de ciutadà privat: tots els ciutadans privats en qualque moment passen per un moment de voluntat de participació en la vida pública. Els ciutadans no es troben sempre de manera passiva davant del que passa a la societat. Aquesta passivitat varia i és, en aquest període, on el ciutadà ha sigut assessorat de la necessitat de preservar del llenguatge i la pràctica dualista que faran possible l'exercici de la deliberació dels ciutadans actius.

b) El segon argument no tracta tant de com els ciutadans esdevindran en un moment determinat. Ackerman valora els elements que distrauen els ciutadans en relació al bé públic de la nació com un tot, aquests aspectes són la seua feina, la seua família, els seus amics, la seua religió, la seua cultura. Ackerman afirma que aquesta diversitat d'experiències de vida és un dels èxits fonamentals d'Amèrica i no es podria haver aconseguit si tothom hagués situat sempre la ciutadania nacional com a prioritat.⁶³⁵ Amb aquesta afirmació, Ackerman ens torna a demostrar la necessitat de moments de passivitat en la ciutadania, és a dir, torna a destacar la necessitat dels moments normals en el sistema dualista. Ackerman considera que la vinculació de les persones en la vida pública ha de ser entesa com un preu que es paga per la llibertat sense interferències del poder.

⁶³⁴ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 297.

⁶³⁵ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 299.

Una de les crítiques rebudes de la concepció d'Ackerman és en relació a la falta de consciència del Poble a l'hora de fer una reforma constitucional. És a dir, tot i produir-se una reforma constitucional, esdevingut per un moment constitucional, el poble no té consciència directa de les reformes de principis constitucionals que provoca la seua actuació.⁶³⁶

Aquesta consciència és transcendent des d'una perspectiva històrica en l'exercici de la sobirania popular en moments revolucionaris, i com aquests afecten a l'hora de determinar la fonamentació dels drets.⁶³⁷

Ackerman completa el concepte de democràcia dualista basada en una nova carta de drets, és a dir, en una igualtat d'oportunitats efectiva que afecti els col·legis, els treballs i els llocs públics.⁶³⁸ La idea de democràcia dualista és compartida per Rawls i té efectes semblants als cercats per Habermas mitjançant el seu principi de democràcia deliberativa.

En aquest sentit Gargarella afirma que: "Rawls mostra la seua pròpia teoria en confluència amb la visió desenvolupada per Bruce Ackerman en els seus estudis sobre el constitucionalisme. Com aquest, Rawls considera que la democràcia és "dualista" (es a dir, una democràcia on es diferencia "el poder constituent del poder ordinari, tant com la llei superior del poble, de la llei ordinària dels cossos legislatius".⁶³⁹

Gargarella continua afirmant que la teoria de democràcia dualista d'Ackerman té determinats inconvenients i afirma que: "La visió dualista va fallar per no reconèixer els infinits matisos existents entre decisions aprovades en "moments constitucionals" i decisions aprovades en moments corrents. Si algú volgués prendre seriosament la lògica

⁶³⁶ Richard. A. Posner, "Democracy and Dualism", *Transition*, 56, (1992), 68-79.

⁶³⁷ Benjamín R. Barber a Seyla Benhabib, *Democracy and Difference*, op. cit., p. 352.

⁶³⁸ Bruce Ackerman, *We The People Foundations*, op.cit., p. 319.

⁶³⁹ Roberto Gargarella, "El constitucionalismo en John Rawls", op.cit., p. 3.

que l'esmentada proposició ofereix, aleshores, faria bé en distingir entre decisions democràtiques de distint tipus de importància”⁶⁴⁰

En aquest mateix sentit, Morton afirma que: “Tant conceptualment com sociològicament, els models de democràcia deliberativa i dualista es centren en el procés d'interdependència recursiva i hermenèutica que existeix entre la política democràtica i el poder constituent”.⁶⁴¹

Un dels altres temes fonamentals de la divisió entre un sistema democràtic monista i un sistema dualista és com afecten cadascuna de les teories a la tensió existent entre democràcia i revisió judicial constitucional.⁶⁴²

Resulta evident que la tasca del Tribunal Suprem i tota la qüestió del control constitucional diferirà enormement segons Hom crega que el monisme o el dualisme és la millor concepció de la democràcia. Pel monisme el control constitucional és bàsicament un acte antimajoritari, i conseqüentment la justificació del control de constitucional per part del Tribunal Suprem, si es dóna, vindrà legitimada per l'especial rol del Tribunal Suprem o de la naturalesa procedimental, respecte al procés democràtic dels drets involucrats.⁶⁴³

De manera contrària, el dualisme veu el Tribunal Suprem i el control de constitucionalitat, com una institució de preservació d'una societat democràtica ben ordenada que, *serveix per a protegir la democràcia protegint les decisions d'una*

⁶⁴⁰ Roberto Gargarella, “El constitucionalismo en John Rawls”, op.cit., p. 3.

⁶⁴¹ Morton J. Horwitz a “The Constitution Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism” Harvard Law Review 107 (1993); 32-117.

⁶⁴² Michelman, *Brennan and Democracy*, op.cit. En aquest punt destaquem els comentaris anteriorment esmentats a aquest treball del prof. Michelman.

⁶⁴³ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

*ciudadania mobilitzada contra les decisions dels representants que no han obtingut la classe de recolzament requerida per a obtenir la màxima legitimitat.*⁶⁴⁴

Aquest és sense cap mena de dubte un dels elements més problemàtics de la construcció de la teoria dualista, que atorga la potestat de reforma constitucional als ciutadans mitjançant el poder judicial, sobretot tenint en compte, que el poder judicial no accepta que la Constitució siga esmenada per vies diferents a les establertes de la forma clàssica.⁶⁴⁵

La concepció dualista no afirma que qualsevol decisió del Tribunal suprem pugui ser justificada en termes preservacionistes, és a dir, la idea de que el Tribunal Suprem ha d'intervenir per a preservar les decisions del Poble adoptades en “moments constitucionals”. Per a determinar quan el Tribunal Suprem està legitimitzat per a “preservar” les decisions del Poble hem d'enfrontar el problema preliminar i determinar quines són les iniciatives que han obtingut la més alta legitimitat per a ser consagrades per una ciudadania mobilitzada i activa de recolzament.⁶⁴⁶

En aquest punt tornem a destacar la diferència entre moments constitucionals i normals desenvolupada a l'apartat anterior d'aquest treball, i en especial, els criteris de diferenciació entre ambdós tipus de moments. Òbviament, aquesta distinció és intrascendent pels partidaris de la concepció monista de la democràcia i de l'adjudicació constitucional. Des de la concepció monista, es creu que el Tribunal està realitzant una activitat presumptament antidemocràtica quan aquest òrgan jurisdiccional invalida una llei aprovada per majoria parlamentària democràtica.

⁶⁴⁴ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

⁶⁴⁵ Kent Greenawalt, “Dualism and Its Status”. *Ethics*, Vol. 104, No. 3 (Apr., 1994), pp. 480-499.

⁶⁴⁶ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p. 19.

Ackerman és conscient que la seua formulació incloent-hi les esmenes no formals de la Constitució no s'inclou entre les teories jurídiques "habituals". La seua connexió entre la justificació judicial i una teoria constitucional més ampla és una de les qüestions crucials de la seua obra.⁶⁴⁷

Les teories monistes es centren en una idea de justícia que ha de servir per a qualsevol tipus de disputes. Els dualistes seguint a Aristòtil, afirmen que la justícia es presenta de dues maneres: correctiva i distributiva. Ackerman intenta incorporar elements d'ambdues escoles a una concepció de justícia més complexa.⁶⁴⁸

Per tal de possibilitar aquest accés, Ackerman fa servir el concepte de "*Corrective Justice*". Aquest concepte aplicat als individus fa que les persones abandonin les seues experiències pròpies de vida, centrant-se en comprendre el problema de la justícia en termes que donin sentit sense l'afectació de temporalitats per la qual la vida es veu afectada dia a dia. El principi de justícia correctiva es centra de manera implacable en les persones que interrompen experiències particulars en moments particulars. La cerca d'un actor responsable comença amb la interrupció d'una experiència de vida particular, que no hauria d'haver acabat en aquell moment determinat.⁶⁴⁹

Aquest darrer moment determinat segueix sent el punt de vista decisiu a l'hora de valorar el punt d'experiència de partida i, per tant, on haurà d'actuar el principi de justícia correctiva.

La teoria de justícia eclèctica que afecta als ciutadans es tracta d'un tipus de justícia relacional, és a dir, basada en les relacions entre les persones. En aquest sentit les experiències particulars de les persones tenen una transcendència limitada. Allò realment

⁶⁴⁷ Carlos Rosenkraft i Bruce Ackerman, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, op.cit., p.19.

⁶⁴⁸ Bruce Ackerman, "Temporal Horizons of Justice", *The Journal of Philosophy*, Vol. 94, No 6 (jun. 1997), 299-317.

⁶⁴⁹ Bruce Ackerman, "Temporal Horizons of Justice", op.cit., pp. 299-317.

important és la valoració que donem a aquestes experiències i com afecta al principi de justícia.⁶⁵⁰

La idea fonamental que expressa Ackerman a l'article és que la justícia requereix el respecte mutu i la possibilitat que han de tenir els altres d'expressar les seues pròpies històries sobre les nostres relacions contínues. A més, el principi de justícia relacional, requereix el nostre reconeixement a les contribucions realitzades pels altres als camps on participen.⁶⁵¹

En aquesta tasca Ackerman pretén establir un context determinat mitjançant el qual els ciutadans puguen seguir la realització de la justícia en una societat democràtica.⁶⁵²

Ackerman amb aquest article afirma que tot i la immensa diversitat existent entre els ciutadans a la societat moderna, els ciutadans i l'existència dels tres horitzons temporals de cada persona, (experiència de vida, relacions significatives i història vital) es pot arribar a una teoria de justícia establint un factor correctiu i connectant aquest aspecte metafísic amb el tema en qüestió plantejat.)

Tal i com hem avançat anteriorment, en relació a la democràcia dualista existeixen grans similituds entre la teoria d'Ackerman i la teoria de Habermas. En aquest sentit, ambdós autors proposen un nou examen de les constitucions contemporànies i el seu sistema constituent centrant-se en diferents tipus de justificació democràtica; ambdós autors ofereixen un model procedimental de legitimació democràtica, i finalment en ambdues teories la legitimació va atorgada mitjançant la deliberació pública.⁶⁵³

⁶⁵⁰ Bruce Ackerman, "Temporal Horizons of Justice", op.cit., pp. 299-317.

⁶⁵¹ Bruce Ackerman, "Temporal Horizons of Justice", op.cit., pp. 299-317.

⁶⁵² Bruce Ackerman, "Temporal Horizons of Justice", op.cit., pp. 299-317.

⁶⁵³ Mariela Vargova, "Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas", *Ratio Juris*, Vol. 18. Issue 3. p. 365.

La diferència entre ambdós autors radica en què Ackerman proposa una estricta separació entre l'experiència constitucional i els aspectes polítics ordinaris dels ciutadans. Habermas, en contrast, estableix una teoria més dinàmica i oberta a les deliberacions públiques dels ciutadans.⁶⁵⁴

Segons Vargova, la teoria d'Ackerman diferenciant entre moments constitucionals i normals permet dividir estrictament entre diferents esferes públiques, política, dret i la vida social de la democràcia liberal, construint una jerarquia normativa, política i una societat dividida socialment, mentre que Habermas estableix un concepte de dualisme dinàmic, distingit entre varis tipus de discursos formals i informals de deliberació pública, accentuant el rol democratitzador de l'esfera pública i la societat civil per a la legitimitat de la deliberació constitucional.⁶⁵⁵ En aquest sentit Vargova aplica la teoria de les esferes públiques de Habermas a l'obra d'Ackerman, aplicant el factor corrector de Fraser.

Vargova afirma que la teoria dualista d'Ackerman té el dèficit important d'atorgar únicament a moments estranys l'exercici de deliberació de la ciutadania democràtica.⁶⁵⁶ Com abans hem esmentat, només en tres ocasions al llarg dels darrers dos-cents anys d'història dels Estats Units. Segons l'autora, Ackerman infravalora l'activitat pública dels ciutadans i els esforços diaris que duen a terme mitjançant els procediments ordinaris. Al sistema dualista d'Ackerman, els ciutadans són tractats sota una mena d'estereotip polític. Als moments normals la ciutadania o no vol o no pot participar en les discussions públiques i que els seus judicis siguin considerats. Ackerman, per tant, menysprea el dia a dia dels ciutadans i els seus esforços de autoregulació democràtica.⁶⁵⁷ No coincidim amb el diagnòstic fet per Vargova.

⁶⁵⁴ Mariela Vargova, "Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas" op.cit., p. 365.

⁶⁵⁵ Mariela Vargova, "Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas" op.cit., p. 365.

⁶⁵⁶ Mariela Vargova, "Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas" op.cit., p. 365.

⁶⁵⁷ Mariela Vargova, "Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas" op.cit., p. 365.

Amb la formulació original de la teoria dualista, Ackerman fa un diagnòstic de com ha reaccionat el poble al llarg dels dos-cents anys d'història als Estats Units. L'autor separa clarament els moments constitucionals on la ciutadania vol canviar principis o normes de rang constitucional dels normals, on els ciutadans, mitjançant les vies establertes poden canviar normes de rang inferior. Ackerman a més en tot moment denota la importància dels moments normals com hem demostrat a l'apartat anterior del present treball. Entenem que la ciutadania pot participar en la vida política del país, sense que necessàriament haja de produir-se un moment de tipus constitucional.

Només recordar que els moments constitucionals succeeixen i precedeixen a moments normals, que es veuran afectats pel contingut del moment constitucional, és a dir, per la voluntat del poble de manera directa.

Un crítica diferent és que s'hagen donat més moments constitucionals als darrers dos segles d'història dels Estats Units dels que destaca Ackerman a la seua obra, o que determinades resolucions judicials han provocat el mateix efecte que els moments constitucionals sense que s'haja produït l'estat de convulsió pública que predica Ackerman.

Vargova defensa el concepte d'esfera pública i el procediment de deliberació democràtica de Habermas, per considerar-lo més plural, dinàmic i inclusiu que l'arena que estableix Ackerman, i en conseqüència l'únic sistema que no menysprea als ciutadans és una mena de monisme a la inversa, és a dir, els ciutadans actuen de manera directa en tots els casos. Amb independència d'estar d'acord o no amb la formulació, no és l'objecte de la teoria d'Ackerman.

Coincidim en aquest sentit tot i que la nostra proposta és eclèctica entre ambdós autors, partint d'elements en comú, pretenem proposar una teoria eclèctica entre ambdós autors i no establir una mena de jerarquització entre ambdues teories, a més proposem des de la nostra perspectiva filosòfica, l'estudi de l'afectació al dret distingida de l'esfera política.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ En aquest sentit considerem necessari destacar la diferència existent entre el llenguatge jurídic i el llenguatge polític, així com la diferència entre la ciència política i la ciència jurídica. Habermas sembla confondre ambdós camps en la seua obra. Aquesta apreciació també es compartida per Ackerman, tal i com m'ho corroborà en una de les reunions que mantingueren al seu despatx de Yale a l'agost del 2.005. La confusió entre els dos camps té repercussions importants en la teoria de Habermas, ja que aplica paràmetres polítics al dret i a la inversa.

6.5 CONCEPTE DE DISCURS JURÍDIC I LLENGUATGE JURÍDIC A ACKERMAN (REALISME JURÍDIC)

Una de les novetats més sorprenents que Habermas introdueix amb el Principi de democràcia radical aplicat a la legislació del dret és la manca d'especialització del llenguatge jurídic. Habermas a l'hora de configurar la seua teoria i, en especial, el seu principi de discurs no menciona les peculiaritats i característiques pròpies que té el llenguatge estrictament jurídic. La teoria de legitimació del dret omet qualsevol tipus de diferenciació entre cultura jurídica externa i cultura jurídica interna, i acaba amb qualsevol tipus d'especialització del discurs al camp del dret. Semblaria que Habermas aplica un discurs aliè al dret per legitimar normes jurídiques i principis generals del dret amb independència del seu rang jeràrquic.

Entenem que qualsevol persona que vulga participar en el procés de legitimació d'una norma jurídica de manera directa, ha de poder mantenir el seu dret i la igualtat d'oportunitats amb independència de la seua formació jurídica. Únicament es demana que en la seua exposició faci servir arguments de tipus racional.

Lawrence Friedman, caracteritza el sistema legal entès com l'univers dels requeriments que enfronten les institucions jurídiques, les seues respostes i els efectes d'aquestes respostes, els seus components estructurals (les institucions jurídiques, la seua estructura i el mode en que procedeixen), els seus components substantius (les normes jurídiques, generals o particulars, que el sistema produeix com a resultat enfront a las demandes de la societat), i els seus components culturals, entenent per aquests, les actituds i els valors que amb respecte al dret prevalien en una societat en un cert moment històric (es refereix, per exemple, a l'entrenament i als hàbits de jutges i advocats, a les expectatives de les persones al recórrer a un advocat, etc).⁶⁵⁹ Aquesta xarxa d'actituds, valoracions i creences compartides és el que conforma una cultura jurídica.

⁶⁵⁹ Lawrence Friedman, "Legal culture and social development", a L. Friedman i S. Macaulay, *Law and the behavioural sciences*, Indianapolis, 1969, pp. 1000 i ss.

Quan distingim entre aquelles actituds, valors, creences, d'aquelles que són compartides pels que es relacionen professionalment amb el dret, parlem de *cultura jurídica interna*. Cultura jurídica externa és, en canvi, aquella que comparteixen les persones que es relacionen només de manera esporàdica i ocasional amb el sistema legal, el públic.⁶⁶⁰

Considerem que les característiques del llenguatge jurídic poden tenir repercussions directes al principi democràtic i al principi del discurs. Habermas no estableix cap tipus d'especialitat al llenguatge dels juristes perquè redueix el concepte de dret simplement a llenguatge, sense entendre que el llenguatge del dret té una sèrie de característiques pròpies que el diferencien del altres tipus de llenguatges. En conseqüència, tal i com Pattaro assevera podem afirmar que Habermas al *Faktizität und Geltung* redueix el concepte de discurs jurídic a la lingüisticitat.⁶⁶¹

El llenguatge que s'expressa al dret és un llenguatge de característiques molt especials. No és només un llenguatge tècnic, especialitzat, i en aquest sentit existeix en si mateixa una expressivitat i un intent de rigor, sinó que és, a més, el camp semàntic de multitud de termes jurídics, on una mateixa paraula no es correspon amb el seu camp semàntic al llenguatge normal. El realment important és assenyalar que al llenguatge jurídic, si bé és un llenguatge especial o tècnic, s'utilitzen en ocasions multitud de paraules que corresponen a l'ús normal del llenguatge però de vegades amb un camp semàntic molt diferent.⁶⁶²

Habermas omet el fet que paraules com persona, vida, ésser humà o multitud de definicions bàsiques tinguen una significació diferents al camp jurídic i a la vida normal. En conseqüència les persones que entrin a participar al Principi de Democràcia

⁶⁶⁰ Lawrence Friedman, "Legal culture and social development" op.cit., pp. 1000 i ss.

⁶⁶¹ Habermas segueix el punt de vista d'Enrico Pattaro a "Filosofia del Diritto. Diritto. Scienza giuridic", CLUEB, Bologna, 1978 i *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, CLUEB, Bologna 1987, on l'autor parteix de l'axioma que el dret és només llenguatge. L'autor oblida com diu Gregorio Robles a la seua obra *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid. 1982, p. 51: "El derecho no es solo texto; es también contexto". L'autor continua afirmant que hi ha un llenguatge que és dret i altre que no, s'ha d'imposar una delimitació en virtut de la qual es pugui discernir quan ens trobem davant dret i quan no.

⁶⁶² Gregorio Robles, *Epistemología y Derecho*, op. cit., p. 54.

Deliberativa de manera directa i sense cap mena de formació jurídica, no tindran la consciència efectiva dels efectes jurídics i reals d'allò que puguen arribar a acordar, si no reben una formació o informació adequada a la finalitat determinada.

Aquesta mancança pot afectar de manera directa a la igualtat d'oportunitats i d'armes en la conversació, ja que els ciutadans que tinguen una formació jurídica tindran consciència dels resultats que és produiran i actuar conforme als mateixos.

Al dret no només ens trobem proposicions que poden qualificar-se de metalingüístiques respecte del llenguatge normal. També es troben proposicions que fan referència a com ha de realitzar-se l'anàlisi lingüística (metallenguatge) en què consisteix la interpretació.⁶⁶³

⁶⁶³ Gregorio Robles, *Epistemología y Derecho*, op. cit., p. 55. En aquest mateix sentit no podem deixar d'esmentar els treballs del grup de recerca sociolegal de la Universitat Autònoma de Barcelona, (GRES) dedicat a l'estudi d'esquemes cognitius, models ontològics, mecanismes de discurs semàntic i pragmàtics, organitzacions procesals i xarxes administratives amb continguts institucionals i legals. Dels treballs del grup de recerca relacionats amb l'objecte del nostre treball destaquem de Mara Poblet, "Las formas retóricas del discurso jurídico. Una descripción etnográfica", Working Paper n. 147, Barcelona 1998, En aquest treball Poblet fent servir com a exemple un acte de judici d'un procés penal comú, analitza les formes retòriques del llenguatge i del discurs jurídic i les inferències, analogies i la semàntica del discurs jurídic. Aquestes formes retòriques són conegudes per tots els operadors jurídics que hi participen en el discurs. Operadors jurídics que normalment es coneixen professionalment i que estan avessats a fer servir aquesta mena de semàntica i llenguatge específic. Aquesta mena de discurs retòric i les relacions de coneixença entre els participants haurien de ser tinguts en compte per part dels autors a l'hora d'incentivar una participació massiva en el discurs jurídic. Un altre treball de recerca publicat per aquest grup i que volem destacar és de Pompeu Casanovas, "Pragmatics and legal culture: a general framework", Working Paper núm. 159, Barcelona 1999. En aquest treball el prof. Casanovas destaca elements que formen part del discurs jurídic que no són esmentats per Habermas a l'hora de configurar el seu discurs jurídic universal. L'autor afirma que els estudis realitzats pel GRES en etnografia demostren que no és possible pensar en l'existència d'una cultura legal homogènia entre els professionals del dret, sinó que hem de parlar d'una cultura barrejada o mixta entre el llenguatge legal, arguments comuns i els diferents codis morals que es veuen involucrats en una mena de comportament corporatiu i raonament col·lectiu que es dona a les institucions i organitzacions legals, tant en situacions formals com informals. En aquest mateix sentit destaquem les següents publicacions del grup de recerca (GRES) relacionades amb l'objecte tractat: Casanovas, P; Moreso J.J (eds), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de Historia del pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994; Casanovas, P. (ed). *Per una cultura democràtica. Les dimensions polítiques de la moral contemporània*. Edició i presentació dels text per J.L·L Aranguren, Eduardo L. Aranguren, Victòria Camps, Xavier Rubert de Ventós, Salvador Giner, Antoni Domènech, Félix Ovejero, Javier Muguerza i Pompeu Casanovas, Ed. Fundació la Caixa de Sabadell, Aula de Ciència i Cultura, N°1, 1997, p. 110. També volem destacar en aquest punt els Col·loquis de Vic en relació al dret, Col·loquis de Vic VI, Edit.Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

L'anàlisi del llenguatge de les normes jurídiques és entre d'altres coses la interpretació de les normes jurídiques.⁶⁶⁴ No podem obviar que les mateixes normes jurídiques estableixen els seus criteris interpretatius propis, diferenciant entre les normes jurídiques interpretatives i les normes no interpretatives, el Principi de democràcia deliberativa afecta ambdós tipus de normes.⁶⁶⁵

Considerem que seria un bon exercici teòric l'aplicació de la teoria constructivista del llenguatge jurídic d'Ackerman al Principi de discurs de Habermas per tal de millorar el principi democràtic i la legitimació democràtica de les normes jurídiques. Veiem-ho seguidament.

Abans d'analitzar el concepte de realisme jurídic a Ackerman, qui introdueix un nou element, (constructivista) en la que basa la reflexió jurídica, volem aclarir que en la seua teoria dualista els ciutadans forcen el govern de torn a actuar d'una manera determinada, aquest impuls ciutadà és de tipus polític i farà reaccionar al Govern en paràmetres polítics i/o jurídics segons els casos. A diferència de la teoria de Habermas, els ciutadans no es reuneixen i legislen sinó que expressen la direcció política que ha de portar el govern en un moment determinat.

Com a conseqüència d'aquesta estructura els ciutadans no suplantem al govern en el procés de creació legislativa i, per tant, el discurs jurídic queda intacte, ja que els membres dels òrgans de l'Estat jurídicament competents, seran qui plasmaran la iniciativa popular del moment constitucional en termes jurídics.

⁶⁶⁴ A diferència d'allò afirmat per Norberto Bobbio a G. Giappichelli, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, on s'afirma que el llenguatge de les normes jurídiques és, i no pot ser un altra cosa que la interpretació de les mateixes i que això atorga científic de la ciència del dret. Bobbio atorga per tant la científicitat al camp del dret en base a la jurisprudència. La jurisprudència és l'autèntica ciència del dret ja que aquesta consiteix en la interpretació de les normes jurídiques. Considerem que el dret és més que la interpretació de les normes, com es pot vore en els camps nous creixents que han d'obtenir una nova jurificació o els casos d'anòmia o al·legals.

⁶⁶⁵ En relació a la interpretació de les normes en el món del dret hi ha una extensa literatura i doctrina que degut a l'objecte del present treball no podem detallar. Si volem remarcar que són normes jurídiques – positives en molts dels casos o principis generals del dret els que determinen el sentit o el valor de les interpretacions de les normes legals. En conseqüència podem afirmar que el camp del dret i el discurs jurídic formen una mena de dicotomia hermenèutica i tancada a altres tipus de lògiques o discursos.

Tot i el que hem expressat, Ackerman defineix el concepte de discurs jurídic a l'hora d'explicar la seua teoria dualista, analitza els canvis que pateix aquesta mena de llenguatge al llarg del temps, especialment en els moments especials que ell anomena constitucionals, com ara la fundació dels Estats Units o el *New Deal*. Canvis motivats per la ciutadania però realitzats pels òrgans públics de l'Estat que dominen el discurs jurídic.

Ackerman a l'hora de definir el concepte de diàleg o discurs jurídic estableix dos tipus diferents de discursos, el discurs jurídic de la legislació reactiva i el discurs jurídic de la legislació intervencionista.⁶⁶⁶ Un o altre tipus de discurs dependrà del paper que s'atorga al dret en la societat.

La legislació reactiva és aquella que es genera a partir de determinats acords socials, econòmics o polítics que es produeixen a la societat. En aquest tipus de legislació cap debat legal és acceptable si exigeix que el jurista es qüestioni la legitimitat dels acords socials esmentats.⁶⁶⁷ Per tant, el jurista, fent servir els termes habermasians es guia plenament per la facticitat de l'acte social i no per la seua validesa o legitimació de l'acord social determinat.

Aquesta categoria de discurs legal simplement reacciona davant els acords socials, no intervé o els genera. El consens al diàleg a Ackerman no està arrelat en la comprensió sociològica de les distorsions contextuais causades pel poder instrumental i institucional. En aquest tipus de debat jurídic es limita a l'imperatiu reactiu i es limita a valorar les accions particulars sota el rerafons d'una pràctica social vigent, la legitimitat d'una pràctica global mai arriba a convertir-se en una qüestió jurídica.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, op.cit., p. 44 i ss

⁶⁶⁷ Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, op.cit., p. 44 i ss

⁶⁶⁸ Kenneth Casebeer, "Paris is closer than Frankfurt: The North American Exceptionalism", op.cit., p. 934.

A la legislació basada en un discurs reactiu, en referència a la llei l'única qüestió decisiva que es planteja és si l'acció recusada s'allunya de les normes positives institucionalitzades, per tant no es plantegen la legitimitat de les normes legals en si. El sil·logisme que es produeix és directe: acord social com a premissa i discurs legal com a conseqüència sense que pugui mai alterar-se l'ordre o el contingut de la premissa inicial.

Enfront d'aquesta mena de discurs jurídic trobem el discurs basat en una legislació intervencionista. Aquest discurs no es veu limitat a la valoració de fets individuals contra el rerefons de la presumiblement legítima pràctica social. Mentre la legislació reactiva està exclusivament interessada en determinar la infracció individual, el jurista intervencionista està interessat també en identificar accions que semblin innocents però que requereixen una modificació en el cas que la pràctica global hagi de funcionar d'un mode políticament acceptable.⁶⁶⁹

Tant Habermas com Ackerman s'alineen en una mena de discurs legal intervencionista, ja que les normes legals amb la seua intervenció es plantegen la legitimitat dels acords de tot tipus. Aquest tipus de discurs legal és el que afecta a les normes fonamentals de l'Estat. Ackerman afirma la necessitat d'una revisió radical del discurs legal, partint de la base d'una nova manera de descriure els fets importants.

Enlloc de valorar accions individuals contra el rerefons de la pràctica social concreta, hem d'aprendre a jutjar el grau en que la pràctica concreta conforma els ideals socials afirmats pels principis legals intervencionistes vigents.⁶⁷⁰

Ackerman afirma que el jurista intervencionista enlloc de lloar el judici pel jurat, considerarà la legislatura com el fur més important per a l'expressió popular. És allà on el poble, mitjançant els seus agents políticament responsables, discuteix sobre les millors maneres de revisar les pràctiques socials existents.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, op.cit., pp. 44 i ss.

⁶⁷⁰ Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, op.cit., p. 51.

⁶⁷¹ Bruce Ackerman, *Del realismo al constructivismo jurídico*, op.cit., p. 55.

En aquesta vessant del llenguatge jurídic que consisteix en la interpretació de les normes jurídiques, Ackerman coincideix amb Habermas, tot i que aquest darrer a més fa que l'expressió popular no tinga intermediaris qualificats. Per tant és a la legislació i no només a la Dikasteria on el jurista intervencionista considera la representació popular.⁶⁷²

Els dos tipus de legislacions especificats poden vincular-se a la participació de la ciutadania en els moments constitucionals i el moments normals. La legislació reactiva seria en tot cas la que es produeix en els moments normals i la legislació intervencionista suposaria la dels moments constitucionals tot i que pot afectar els moments normals.

Per tant, a mode de conclusió d'aquest apartat, podríem afirmar que si bé la idea d'accedir de manera directa a la legislació i interpretació de les normes jurídiques, amb independència del seu rang i del tipus de norma de que es tracti (interpretativa o no interpretativa) és una idea que incrementa el procés democràtic i elimina els intermediaris, i que ha de servir com a model a seguir, el procés s'ha de completar establint o bé criteris generals d'interpretació o bé informant o formant als ciutadans sobre els efectes dels seus actes a l'àgora determinada. Un altre possible solució seria una mena de "traducció" fideligna del que acorden els ciutadans, tot i que aquesta traducció podria resultar erosiva del mateix procés democràtic.

6.6. DIKASTERIA

El Tribunal del Poble és una traducció de la paraula grega *Dikasterion* que per si mateixa significa *Tribunal de llei*, però va ser utilitzada a Atenes per als grans jurats que van ser la característica distintiva de la democràcia.⁶⁷³ A Atenes hi havien molts Tribunals de Justícia populars, per això la referència a aquestes institucions s'ha fet més comuna en plural, és a dir, fent servir el vocable *Dikasteria*. Als Estats – Ciutats democràtiques la *Dikasteria* va ser l'òrgan democràtic més important amb independència de l'Assemblea. La transcendència arriba al punt que Aristòtil a la seua obra *Política* defineix el ciutadà en una democràcia com aquell que té el dret de ser un membre del jurat (*Dikasterion*) i participant a l'Assemblea (*ekklesiastes*). Aquesta anàlisi es mantinguda per Aristòtil a *La Constitució d'Atenes*, on a la introducció sistemàtica de la Constitució classifica la democràcia d'Atenes com aquella on el poder és exercit per l'Assemblea que passa els decrets i pel Tribunal Popular que realitza judicis.⁶⁷⁴

La *Dikasteria* estava dirigida pels ciutadans sobre els tercers. Els anomenats *Dikastai* no representaven una secció de ciutadans d'Atenes, sinó que eren seleccionats per sorteig entre els ciutadans més adults i madurs.⁶⁷⁵ Els atenesos veien la *Dikasteria* com el

⁶⁷³ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Bristol Classical Press, London, 1999, p. 179.

⁶⁷⁴ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 179. Existeixen altres referències a la *Dikasteria* a l'obra d'Aristòfanes, on un dels deixebles de Sòcrates exposa un mapa del món assenyalant un lloc fora d'Atenes i s'assenyala un punt fora d'Atenes on podrien torbar-se deixebles, Strepsiades no el creu, perquè no hi ha tribunals populars. A Tucídides al preludi de l'obra *Història de la guerra del Peloponés Vol.I*, Bernat Metge, Barcelona, 1984. En relació a l'obra d'Aristòfanes destaquem l'obra, *Còmèdies, vol III: les vespes, la pau*, Bernat Metge, Barcelona, Tampoc deixar d'esmentar l'obra de Leo Strauss, *The City and Man, University Press of Virginia, 1964*, nosaltres hem treballat amb l'obra *La Ciutat i l'Home*, Barcelonesa d'edicions, Barcelona, 2000, i del mateix autor Leo Strauss, *El problema de Socrates*, Portic, Barcelona, 2006. També volem destacar els treballs del grup de recerca de la Facultat de Filosofia de la Universitat de Barcelona, Hermenèutica i Platonisme, i en especial les obres de Josep Monserrat, *El polític de Plató. La gràcia de la mesura*. Edit. Barcelonesa d'edicions, Barcelona, 1999, on es pot vore el lloc que en la dièresi del polític ocupa la dimensió jurídica i també el paper de la fonamentació popular de la llei. Destaquem en aquest sentit les comunicacions presentades per Josep Monserrat, *Law and Liberty, Ethics and Philosophy for the XXI Century*, 2005: “*La segunda navegación: de los legisladores a la doble fundamentación de la ley*”.

⁶⁷⁵ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 336.

vertader Tribunal de Justícia Popular (en contraposició de l'*Areopagos*), i com un cos unificat de govern (no una simple conglomeració de tribunals de Justícia).

La *Dikasteria* va ser un cos separat i independent de govern, on el *Demos* exercia la seua capacitat judicial de forma directa, el seu poder no depenia de l'assemblea popular on tots els homes adults tenien dret a votar (*Ekklesia*).⁶⁷⁶

La *Dikasteria* es reunia entre 175 i 225 dies a l'any. La majoria dels assumptes judicials públics eren atesos per 501 *dikastai*; només els casos més importants (*graphe paranomon*, *eisangelia* i *apophasis*) eren a vegades jutjats per un jurat compost per 500 panells amb forma de nous posats conjuntament. Comparats amb els Tribunals de justícia actuals, la *Dikasteria* centrava la majoria de la seua tasca judicial en la revisió judicial de les lleis o reglaments i en el control dels líders polítics i oficials.⁶⁷⁷ Això demostra la transcendència real d'aquesta figura i la rellevància que pot tenir la seua experiència per a una teoria de democràcia deliberativa universal que determina el contingut de les lleis.

⁶⁷⁶ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 336. *Ekklesia*, a l'època de Demostenes es reunia quaranta vegades l'any i ateniens normalment uns 6.000 homes. A l'assemblea els homes votaven a mà alçada en l'elecció dels magistrats, tractats amb altres Estats, assumptes de política domèstica atenesa, i qualsevol altre aspecte d'importància individual. L'Assemblea fou emplaçada pels *Prytaneis* i presidida pels *Proedroi* on es podia debatre només aspectes que havien sigut considerats primer pel Consell dels Cinc-cents. En aquest mateix sentit volem destacar els articles de Alan Tarr, "*Direct Democracy and State Legislatures*" publicat a la pàgina web del *Center for Constitutional Studies*, de la Universitat Rutgers, The State University of New Jersey, on s'analitzen com les diferents legislacions dels Estats Federals han propiciat polítiques de democràcia directa. www.camlaw.rutgers.edu/statecon/personnel.html. D'aquest mateix autor destaquem l'article, "*For The People: Direct Democracy in The State Constitutional Tradition*", també publicat en la pàgina web del centre d'estudis constitucionals. www.camlaw.rutgers.edu/statecon/personnel.html Aquest article analitza l'evolució de les mesures relatives a la democràcia directa des del segle XVIII fins a l'actualitat. Resulta realment important l'anàlisi que fa de la *Bill of Rights*, on es desprèn que *The People*, té un dret incontestable, inalienable de reformar, alterar o canviar total o parcialment el govern, quan la seua protecció, salvaguarda o felicitat així ho requereixi. L'article analitza de manera detallada com les constitucions estatals del segle XIX concentraven el poder en la legislatura estatal. Tarr a més analitza la constitució de Pennsylvania de 1776 que entenia la representació com un mal necessari acceptable únicament per la distància i la dimensió de la població. Pennsylvania havia de facilitar i possibilitar al màxim la redirecció cap a la democràcia directa. Tarr, recorda al seu article la frase de Toqueville que diferencia Anglaterra dels Estats Units en com els Americans entenen la democràcia directa. L'article continua analitzant l'evolució de la democràcia directa al segle XIX i al segle XX i com les legislacions constitucionals dels Estats han tractat el tema de l'accés directe a la vida política.

⁶⁷⁷ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 336.

Tal i com feien els *dikastai*, els ciutadans a les teories de justícia liberals proposades per Ackerman, Habermas o Rawls han de determinar el contingut dels principis i normes que s'aplicaran.

El sistema judicial d'Atenes no estava organitzat en base a les categories de llei substantiva, és a dir, per un criteri d'atribució de competència en base al tipus de llei aplicable al cas, civil, penal, laboral o administrativa, sinó en relació als magistrats que presidien el tribunal als diferents procediments.⁶⁷⁸

Al context judicial, l'oposició entre l'àmbit públic i privat, es determinava en criteris com els actuals, és a dir, segons si la llei regulava relacions entre particulars (privat) o relacions jurídiques entre particulars i la Polis o diferents administracions públiques (públic).

La Dikasteria tenia un control il·limitat sobre l'Assemblea, el Consell, els Magistrats i els líders polítics. Els judicis de caràcter polític tingueren molta importància en aquesta institució, per això els Tribunals Populars van ser considerats un organ polític de la mateixa importància que l'Assemblea. En ocasions, la Dikasteria va ser descrita com l'òrgan polític més important de l'Estat.⁶⁷⁹

Una de les característiques més singulars dels Tribunals populars d'Atenes era la completa absència de treballadors professionals o d'experts. Aquest caràcter era conseqüència directa de la voluntat de fer una administració de justícia democràtica. Si tots els ciutadans havien de poder participar, tot el sistema havia de ser dissenyat per a amateurs i, si tots els ciutadans havien de tenir igual influència, no era possible la participació de professionals ja que el sistema en s'hauria pogut esdevenir en una oligarquia.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 336.

⁶⁷⁹ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 181.

⁶⁸⁰ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 181.

Per tant, a) el judici no era realitzat per jutges professionals sinó per un jurat de centenars de persones; b) L'administració dels Tribunals estava en mans dels magistrats; c) no existia Ministeri Fiscal i tots els càrrecs havien de ser realitzats i conduïts per ciutadans ordinaris actuant en interès propi o en interès de l'Estat; d) les parts estaven obligades a portar les seues actuacions judicials en persona i es considerava una ofensa punible el fet de pagar alguna altra persona per a que actués com un advocat davant del Jurat.

Per tant un cas judicial a Atenes era un joc amb tres actors personatges, tots amateurs: la persona que portava la càrrega, el magistrat que preparava el cas i presidia el Jurat, i el jurat que escoltava el cas i emetia un judici. Els membres del jurat de la Dikasteria havien de ser ciutadans atenencs amb més de trenta anys d'edat, haver estat escollit a principis d'anys com a membre d'un pannel de 6.000 ciutadans del qual el jurat de cada cas serà escollit, haver realitzat el jurament heliàstic i ésser triat d'un lot d'un dia determinat per a servir tot el dia.⁶⁸¹

Una de les altres característiques és el pagament de diners per la realització del servei. El pagament va ser instaurat als Tribunals cent anys abans que a l'Assemblea. Aquest pagament a més de ser una remuneració és una mena d'incentiu per a la participació ciutadana, que, com vorem posteriorment adopten algunes teories de democràcia deliberativa.

La democratització del sistema judicial i l'acostament del poder judicial als ciutadans són encara avui en dia un dels principals objectius del sistema judicial. A l'Estat Espanyol es va poder viure un debat molt interessant entre pro i antijuradistes amb l'aprovació de la Llei Orgànica del Tribunal de Jurat 5/1995, de 22 de maig. L'exposició de motius d'aquesta llei és una clara expressió política d'aquest debat, i comença per

⁶⁸¹ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, op.cit., p. 181. En relació a l'edat, la Constitució d'Atenes establia el dret a ser membre del jurat pertany a les persones de més de trenta anys que no estiguen en deute amb l'Estat i no hagi perdut el seus drets. Per ser membre de l'Assemblea s'havia de tenir més de vint anys. En relació al jurament Heliàstic (*ho heliastikos horkos*) consistia en afirmar: "Emetré el meu vot en consonància amb les lleis i els decrets aprovats per l'Assemblea i pel Consell, però, si

recordar el mandat constitucional que estableix l'article 125 de la Constitució Espanyola de 1978: "els ciutadans poden participar en l'Administració de Justícia mitjançant la institució del jurat".

A l'exposició de motius es recorda una constant històrica del dret constitucional espanyol; cada període de llibertat ha significat la consagració del Jurat; així va passar a la Constitució de Cadis de 1812 i a les Constitucions de 1837, 1869 i 1931, i, pel contrari, a cada època de retrocés de les llibertats públiques s'ha eliminat o restringit considerablement aquest instrument de participació ciutadana, en paral·lel a les restriccions del conjunt de drets i llibertats públiques dels ciutadans.

La Constitució Espanyola de 1978 enllaça l'instrument del Jurat amb dos drets fonamentals; la participació dels ciutadans als assumptes públics (Art. 23.1 C.E) i el dret a un Jutge predeterminat per la Llei (24.2 C.E). Com bé assenyala l'Exposició de motius, amb la Llei del Jurat ens trobem amb una modalitat de l'exercici del dret subjectiu a participar en els assumptes públics, pertanyent a l'esfera del *status activae civitatis*, on l'exercici es porta a terme de manera directa no mitjançant representants (tal i com passava a la *Dikasteria*).

La Llei parteix de la concepció de que l'Estat democràtic es caracteritza per la participació del ciutadà als assumptes públics. Entre ells no hi ha raó per a excepcionar els referits a la justícia, ans al contrari, s'ha d'establir un procediment que pugui satisfer aquest dret constitucional.

El Tribunal del Jurat és un dels mecanismes de participació ciutadana en el poder judicial, ara s'ha de possibilitar que no només es limiti a un marc de casos penals i amplii la seua esfera competencial per poder fer més activa i atractiva la participació de la població. En compliment d'aquest dret - deure constitucional de participació ciutadana als assumptes públics, s'han d'establir mecanismes que possibilitin als

no hi hagués Llei en consonància amb el sentit del què és més just, (ho farà sense favor o enemistat. Votaré només en les aspectes tractats a la causa, i escoltaré imparcialment tant als acusadors com als defensors".

ciutadans participar en la legislació i legitimació de les normes. Des del món acadèmic tenim el deure d'establir aquests mecanismes per a poder millorar i fer efectius els nostres sistemes de llibertats públiques allargant els períodes de llibertat.

En el marc d'aquesta tasca acadèmica podem emmarcar l'obra de Bruce Ackerman i James Fishkin "*Deliberation Day*".⁶⁸² En Aquesta obra els autors estableixen un experiment de tipus deliberatiu i tenint en consideració elements de la Dikasteria. L'obra planteja una nova idea original de pràctica democràtica intentant motivar l'interès dels ciutadans per la política. La idea es constitueix en base a petites experiències que han involucrat ciutadans ordinaris en la deliberació de polítiques i assumptes públics.

El *Deliberation Day*, *Deliberative Polls* i altres projectes en democràcia deliberativa que han atorgat als autors confiança en la capacitat de posar en pràctica aquest projecte de democràcia deliberativa. Aquests projectes han revelat que els ciutadans ordinaris són capaços d'actuar amb èxit com a ciutadans i són remarcablement bons en l'intercanvi productiu, escoltant els diferents arguments de les altres parts i intercanviant els seus pensaments en base a nous arguments.⁶⁸³

La principal diferència entre el projecte d'Ackerman i Fishkin amb les *Deliberative Polls* radica en que el *Deliberation Day* cerca crear un microcosmos d'una nació sencera. El *Deliberation Day* es posaria en pràctica en una sèrie de dies festius i en base a una estructura que afectaria comunitats de veïns a centres comunitaris i a reunions de ciutadans. Ja des d'una primera etapa es pot dialogar sobre les principals qüestions polítiques que afecten els ciutadans. El Capítol segon de l'obra desenvolupa aquesta estructura i com el sistema afecta a tota la població.⁶⁸⁴ Un dels aspectes que vincula el *Deliberation Day* és el pagament als ciutadans per exercir el seu dret. Els autors també analitzen les repercussions econòmiques d'establir dies de vacances i pagaments extres

⁶⁸² Bruce Ackerman i James S. Fishkin, *Deliberation Day*, op.cit., L'obra segueix la idea iniciada per Ackerman al seu article "*Debating deliberative Democracy*". Però afegint-li una vessant molt més empírica atorgada per l'experiència en projectes de democràcia deliberativa reals posats en pràctica per Fishkin.

⁶⁸³ Bruce Ackerman i James S. Fishkin, *Deliberation Day*, op.cit., p. 5

⁶⁸⁴ Bruce Ackerman i James S. Fishkin, *Deliberation Day*, op.cit., p. 5.

als ciutadans que participen al projecte. Aquesta novetat és una altra clara vinculació amb la Dikasteria.

L'obra parteix des d'un "Trilema" que ha de respectar: deliberació, participació de les masses i igualtat política. El *Deliberation Day* realitza aquests tres valors. L'experiment engloba l'esforç d'incrementar la capacitat d'influència de moltes més persones que directa o indirectament determinaran les polítiques de govern.⁶⁸⁵

Tot i que l'obra tracta de deliberació en assumptes estrictament polítics, entenem que podria ser aplicable a continguts de tipus jurídic com passava a la Dikasteria. L'obra inclou diferents experiències de democràcia deliberativa que han funcionat als Estats Units d'Amèrica i a Gran Bretanya, experiències que també han de ser presentades com un èxit dels ciutadans i de les persones que creuen en les seues capacitats.

En aquesta obra, Ackerman i Fishkin fan menció a l'obra de John Stuart Mill i a les referències directes a la *Dikasteria*.⁶⁸⁶ Tampoc hem de deixar d'esmentar altres exemples de Tribunals populars amb certes similituds a la *Dikasteria* com eren el Tribunals populars de la revolució xinesa per tal de comprendre el potencial davant del que ens trobem.

A mode de conclusió en el present capítol hem volgut fer esment de la institució de la Dikasteria per tal d'analitzar l'experiència d'institucions jurídiques on s'aplicat un funcionament semblant al principi de democràcia deliberativa i poder extreure conclusions pròpies i útils per al projecte iniciat per Habermas. També hem esmentat la Llei del Jurat i les motivacions polítiques de la instauració de procediments que permeten la participació directa dels ciutadans en les institucions jurídiques. L'apartat acaba fent referència a parts dels experiments de democràcia deliberativa que es posen

⁶⁸⁵ Bruce Ackerman i James S. Fishkin, *Deliberation Day*, op.cit., p. 203.

⁶⁸⁶ Bruce Ackerman i James S. Fishkin, *Deliberation Day*, op.cit., p. 257. En relació a John Stuart Mill, "Considerations on Representative Government" a *On Liberty and Other Essays*, Oxford World's Classics. Oxford, 1991. (1861) Aquesta obra Mill afirma: "Tot i els defectes del sistema social i les idees morals de la antiguitat, la pràctica de la Dikasteria i l'Ecclesia va fer sorgir un nivell intel·lectual dels ciutadans d'Atenes molt superior a qualsevol exemple de masses d'homes, modernes o antigues. La prova d'això apareixen a qualsevol de les pàgines de la nostra gran història grega".

en pràctica en l'actualitat i que considerem que hauríem de ser estudiats amb deteniment si volem elaborar una teoria amb efectes pràctics reals. Seguidament analitzarem altres elements analitzats per Ackerman que entenem que poden ser d'utilitat en el projecte de democràcia radical de Habermas, començant pels condicionants necessaris per a ser un ciutadà en sentit liberal.

6.7 CONDICIONANTS NECESSARIS PER A SER CONSIDERAT UN CIUTADÀ (EL CONCEPTE DE CIUTADANIA ACTIVA)

El concepte de ciutadà liberal és nuclear al conjunt teòric del prof. Ackerman, ja que només els ciutadans d'un Estat Liberal participen en el procés de diàleg neutre que servirà per determinar els drets individuals de les persones. L'educació ha de ser liberal i en igualtat de condicions, i tot el conjunt teòric descansa en una societat de tipus liberal.

Els conciutadans que no compleixen els requisits que a continuació detallarem no poden participar en la determinació dels drets subjectius públics que regiran la seua persona i la seua societat, i queden sotmesos a les decisions dels seus conciutadans amb dret i vot.

L'objectiu fonamental d'Ackerman és demostrar que a l'Estat Liberal aquestes persones excloses també veuran respectats els seus drets i rebran la protecció de l'Estat Liberal.

El fet de definir el ciutadà com a liberal suposa segons Ackerman una sèrie de característiques i qualitats que permeten excloure del concepte de ciutadà aquells individus que no compleixin amb aquests requisits.

Ackerman exclou de manera explícita del concepte de ciutadà liberal a les persones que no puguin participar en un diàleg neutre. El principi de neutralitat i el concepte de diàleg neutre es constitueixen com a característiques necessàries per a considerar els ciutadans com a liberals. Ackerman exposa al llarg de la seua obra les condicions necessàries relatives al Diàleg (*Dialogic Performance*) i relatives al comportament (*Behavioral Requirements*) que faran que els ciutadans puguin tenir una participació activa en la societat.⁶⁸⁷

⁶⁸⁷ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., pp. 69-103.

a) En relació a la “*Dialogic Performance*”

Ackerman per tal de definir les condicions necessàries per a ser considerat ciutadà liberal, fa servir l'exemple d'un hipotètic diàleg entre una persona depressiva, una persona maníaca i el director de la conversa.⁶⁸⁸

Al llarg d'aquesta hipotètica conversa, l'autor demostra que aquestes persones no poden arribar a participar en el procés de decisió i determinació de les normes legítimes ja que les seues especials mancances provocarien el fracàs del procés de legitimació.

La condició necessària per a poder ser considerat un ciutadà liberal i participar en qualsevol acte de democràcia deliberativa o legitimació de normes jurídiques, és la de tenir una aptitud al diàleg.⁶⁸⁹

Ackerman defensa a la seua obra el diàleg enlloc del monòleg en el camp de liberalisme, afirmant que el mètode dialògic serà retòricament efectiu, induint a alguns a adoptar el liberalisme, que d'altre banda ha fallat en reconèixer la seua atracció. La conclusió liberal en relació al concepte de diàleg a és que el diàleg només té un valor pedagògic.⁶⁹⁰

En conseqüència la tasca dialèctica en nom del liberalisme esdevindrà molt complicada, ja que no podem obviar que el diàleg que atorga les relacions de poder de manera legítima en una societat liberal, i que promou la participació dels conciutadans liberals, ha de ser un diàleg i no un monòleg. Els ciutadans que no poden participar en aquest diàleg no poden ser considerats com a ciutadans en termes liberals.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., pp. 69-103.

⁶⁸⁹ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 70. Ackerman en sentit negatiu afirma que el ciutadà “depressiu” no pot ser considerat com a ciutadà liberal ja que: “By virtue of its dialogic incompetence, Depressive cannot conceivably function in a way that will permit the formation of a liberal community with other entities”.

⁶⁹⁰ Tot allò important ha de ser dit en un monòleg del que es deduirà el concepte de diàleg neutral

⁶⁹¹ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 70. “Perhaps the dialogic method would be rhetorically effective, inducing some to adopt the liberalism who might otherwise have failed to recognize its attraction. But once they had reached the liberal conclusion, they would recognize that the dialogue only had a pedagogic value, that everything important could be said in a monologue that deduces the concept of Neutral dialogue from neo-Kantian first principles.”. “Then the dialectical labour on behalf of liberalism is a good

Tal i com hem afirmat anteriorment, Ackerman considera que el fet d'excloure del concepte de ciutadà liberal a les persones que no poden participar en un diàleg en els termes expressats, no suposa que aquestes persones quedin excloses de la protecció que atorga l'Estat Liberal.⁶⁹²

Els drets dels "no-ciutadans" quedaran sotmesos a les opcions dels ciutadans que participen en el diàleg neutre. Ackerman considera que la constitució d'una democràcia liberal ha de garantir els drets bàsics del ciutadans encara que aquest governi una majoria hostil.⁶⁹³

L'Estat liberal no és més que un grup d'individus que poden participar en un diàleg on tots els aspectes de la seua posició han de poder ser justificats d'alguna manera. Per a poder participar en aquest procés de justificació, els participants han de ser intel·ligibles l'un a l'altre, i per a ser intel·ligibles, les manifestacions pròpies han de poder ser traslladades en un llenguatge comprensible pels altres participants. La cadena consisteix en unir la teoria de la ciutadania amb la teoria del "trasllat".⁶⁹⁴

Per tant, l'Estat liberal es basa en el diàleg i en una teoria de comunicació efectiva entre els seus ciutadans. Els ciutadans que no puguin participar en aquest diàleg constructiu,

deal more complicated. Even you tell me what you find troubling about Neutrality, I no longer need to force your words down to preordained path to knowledge. Instead, I must actually listen to what you are saying and try to lead you down the paths of argument that you are saying and try to lead you down the paths of argument that you will think the most persuasive, given the understanding of the world that your initial responses reveal. So long as the path leads you to conclude that power should be regulated by liberal principles, my defence of liberalism will have come to a successful conclusion so far as you concerned. Predictably there will be somebody out there who is persuaded by arguments that not only contradict your arguments for liberalism but also strike you as mean, brutish perverse. Nonetheless, despite this disagreement both of you must recognize that you have something in common. And that is precisely your common ability to find a dialogically satisfying path to the liberal state."

⁶⁹² Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 70.

⁶⁹³ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 71. És a dir el Principi bàsic de la democràcia no és el govern de la majoria sinó el respecte a la minoria.

⁶⁹⁴ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit. p., 72. La teoria del trasllat consisteix en una teoria d'acció comunicativa.

no podran legitimar la seua posició a l'Estat i en conseqüència no podran participar en les relacions de poder que han de ser justificades mitjançant aquest diàleg constructiu.

A l'Estat liberal els ciutadans han de legitimar les seues respostes a les qüestions plantejades per l'altri de manera legítima. En conseqüència, l'únic motiu vàlid per a excloure un determinat ciutadà de les relacions de poder és degut a la seua falta de legitimació argumental.

En aquest punt podem trobar similituds amb la teoria de Habermas, ja que encara que el seu principi de democràcia radical no exclou a priori a ningú en base al Principi d'Universalitat, els ciutadans que no legitimin les seues posicions des d'un punt de vista racional no obtindran cap èxit en la defensa dels seus interessos, ja que ni tan sols s'escoltaran els arguments no legitimats amb la raó. El paper de la raó un cop iniciat el procediment a Habermas supliria la limitació apriorística d'Ackerman.

Adicionalment, Habermas de manera implícita requereix que els participants en la presa de decisió concreta tinguen la capacitat de comunicació i la voluntat d'arribar a un acord. En conseqüència els "Depressive" i "Maniac" d'Ackerman quedarien exclosos del diàleg o bloquejarien el mateix de manera irremeiable.

Ackerman, una vegada exposada la necessitat d'una comunicació específica que qualifica la societat i els seus ciutadans com a liberals, analitza què passa amb els ciutadans amb els que no pot existir-hi comunicació alguna o que tenen una ideologia contrària als drets humans, com ara, els ciutadans d'ideologia nazi.⁶⁹⁵

Ackerman supera aquestes possibles situacions afirmant que la mateixa conversació liberal filtra les qüestions que es consideren intranscendents o inconsistents a la condició de ciutadà.⁶⁹⁶ Segons quins arguments es puguen exposar en un diàleg entre ciutadans liberals queden automàticament filtrats, com ara una jerarquitzaació dels ciutadans.

⁶⁹⁵ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., pp. 73-79.

⁶⁹⁶ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 78.

El mateix concepte de diàleg liberal exclou segons quin tipus d'arguments, el problema és saber quins arguments quedarien exclosos, ja que les societats anomenades liberals, mantenen les seues llibertats i privilegis econòmics a costa d'excloure arguments bàsics com per exemple, la fam, la misèria i la falta de perspectives de futur de milions de persones. Aquesta connivència dels ciutadans del primer món sembla que si que estaria acceptada a la societat liberal ideal, ja que exclou aquests “*grans temes*” del debat liberal.

A diferència de Habermas, la teoria d'Ackerman sembla estar pensada per les nacions – estats i no per a un univers més ampli. Qualsevol sistema incentivador de la democràcia deliberativa ha de venir recolzat pel contingut imperatiu dels drets humans, filtre fonamental bàsic però, tant pels participants en el projecte de democràcia deliberativa com per a les persones que han nascut fora de les fronteres mantingudes per interessos estatals.

b) En relació a la “*Behavioral requirements*”

Ackerman afirma que l'Estat Liberal només existeix si les relacions de poder es poden racionalitzar mitjançant el diàleg neutral. Les accions dels ciutadans han de ser en conformitat amb el seu parlar, configurant-se una mena de test basat en el comportament necessari per a ser considerat ciutadà en un estat liberal. En conseqüència hem d'estudiar la manera en què les persones es comporten en les seues relacions socials, si es manté el contingut amb el poder limitat que es pot reivindicar mitjançant el diàleg liberal, aleshores es pot qualificar sota el test de comportament, en cas contrari, no.⁶⁹⁷

El que ve a dir Ackerman imposant aquesta característica, és que les persones han de ser conseqüents entre el que diuen i com actuen, han de justificar el seu poder quan és qüestionat per un altre. El problema d'aquesta mena de test és que els ciutadans poden tenir diferents comportaments en diferents situacions socials. Ackerman afirma que els

⁶⁹⁷ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 81.

drets derivats del comportament determinat de cadascun dels ciutadans no depèn de com intentem agradar als nostres conciutadans.⁶⁹⁸

Tots els ciutadans que compleixen amb les condicions de comportament i diàleg tenen un dret incondicional a demanar un reconeixement com a ciutadà de l'Estat liberal.

Ackerman a l'hora de definir el concepte de ciutadà liberal i les condicions necessàries, inclou igualment una mena de principi de racionalitat, tot i que no ho afirma de manera explícita. Els requeriments exposats provoquen que els arguments empleats pels ciutadans siguin finalment racionals, tal i com afirma Habermas.

Ackerman acaba la seua exposició del concepte de ciutadà liberal comparant la seua definició amb les teories contractualistes i utilitaristes.⁶⁹⁹

En contrast amb les teories contractualistes i utilitaristes, els ciutadans a l'Estat liberal observen el procés dialògic d'una manera menys instrumental, arriben a tenir consciència pròpia participant en un procediment social. Cada ciutadà a diari es busca a si mateix exercint poder sobre els recursos limitats, i ha de poder justificar la seua situació de poder a la situació davant dels seus conciutadans.⁷⁰⁰

El mètode dialògic permet a més d'aquesta autoafirmació la seua pròpia limitació. Ja que l'Estat liberal no és més que una estructura de poder regulat per diàleg neutral, els ciutadans no poden protestar contra les restriccions especials, quan el seu comportament agressiu és inconsistent al poder de la parla. Per a poder realitzar la protesta de manera adequada han de fer servir el test de la conversació liberal.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 83.

⁶⁹⁹ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., pp. 99 i 103.

⁷⁰⁰ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 100.

⁷⁰¹ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 100.

Ens podem demanar que resultaria de la comparació de la teoria de l'Estat Liberal amb les teories utilitaristes (Bentham), destacant el fet que per a les teories utilitaristes l'objectiu principal no és fonamentar els drets individuals en un procés de diàleg neutral, sinó tractar qualsevol conversació de drets individuals en quelcom instrumental. La teoria de diàleg neutre té moltes diferències dels termes utilitaristes. Aquestes diferències són apreciables en com les teories utilitaristes analitzen de manera obtusa el problema del concepte de ciutadania.⁷⁰² Les teories utilitaristes fallen en la definició dels límits que separen els membres d'un Estat Liberal i en connectar els drets individuals als processos comunitaris.⁷⁰³

Ackerman acaba la seua exposició de requeriments que passen de ser condicions necessàries a suficients. La conseqüència primera és que totes les persones que compleixin les condicions de comportament i de diàleg tinguen un dret incondicional a demanar un reconeixement com a ciutadà ple de l'Estat liberal. Aquests fonaments conversacionals pretenen establir l'ideal d'una ciutadania universal.⁷⁰⁴

La teoria d'Ackerman té una mancança de generositat elemental. El concepte de ciutadania no es pot restringir, ja que és un dret aconseguit després de moltes lluites socials. La ciutadania com a element bàsic de la igualtat dels homes no es limitable, és un dret adquirit i per tant inalienable.

La ciutadania entesa de manera universal és una conquesta social i irrenunciable i ha de ser entesa de manera extensiva. Amb independència del factor de racionalitat que implicaria uns condicionants com els establerts per Ackerman a l'hora d'adquirir el dret a la ciutadania.

Les úniques limitacions que poden ser admeses al dret de ciutadania dels membres de la societat han de ser basades en les limitacions de la personalitat, és a dir, incapaços en

⁷⁰² Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 101.

⁷⁰³ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 100.

⁷⁰⁴ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 100.

base a la incapacitat civil. La ciutadania la determina el naixement de l'individu i no es limitable per comportaments o mancaça d'aquests.

La mateixa societat limita suficientment els drets de ciutadania i polítics a les persones, mitjançant els cada cop més desenvolupats mitjans de racionalització i control social. Tenim l'exemple dels immigrants sense papers, que sense drets bàsics i drets de ciutadania poden ocupar el lloc que corresponia als esclaus la Democràcia grega.

6.8 RESPECTE A LES MINORIES I A LES SEGONES GENERACIONS

Una de les principals innovacions que estableix la teoria de Bruce Ackerman respecte del Principi de Democràcia Deliberativa a Habermas és el seu treball sobre les “segones generacions”. Entenem que el problema de les herències és de molta transcendència teòrica i ha de ser solucionat de manera eficient si es vol donar virtualitat al sistema de diàleg neutral en el seu conjunt.

Ackerman de manera encertada afirma que els acords als que puguem arribar els meus avantpassats, els seus arguments i els seus valors no tenen perquè ser coincidents amb els meus i, per tant, cada generació tindrà el dret de dir la seua sobre els acords i les lleis positives aprovades mitjançant el principi de democràcia deliberativa. Qualsevol mena de teoria ha d'incloure la possibilitat d'introduir al diàleg a les següents generacions en mateixes condicions que els seus avantpassats, en cas contrari és vulnerable la neutralitat necessària.

Els ciutadans són al menys igual de bons que els altres ciutadans amb independència de la data de naixement, i, per tant, hauran de poder participar en iguals condicions que els seus avantpassats a l'hora de participar en la legitimació de les normes polítiques i jurídiques.

Aquestes segones generacions han de poder permetre a les posteriors generacions l'entrada al diàleg en les mateixes condicions que a ells se'ls atorgarà. Pensem però que el punt de partida de la segona generació no és igual a l'anterior. Per això és important per a la primera generació determinar la seua política de confiança.

El mateix Ackerman, relativitza la transcendència d'aquest punt perquè afirma que al llarg de la història de la humanitat mai ens hem trobat en un moment concret, on una generació determinada estableixi el punt de partida.⁷⁰⁵ Ackerman per donar cert contingut pràctic a la seua teoria de les segones generacions proposa com a solució que

⁷⁰⁵ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 202.

la nostra generació es puguen definir com a la generació zero, establint els fonaments determinats de la societat i deixant a la generació dels nostres fills la generació ú.⁷⁰⁶

La solució que s'atorga a aquesta possible necessitat és una renovació del diàleg. En la pràctica real hi ha moments temporals on conviuen ambdues generacions, és en aquest moment de coexistència on s'ha de desenvolupar tot el contingut del diàleg neutral. En aquest moment la primera generació confirma el seu dret de determinar cada moment inicial de benestar dels seus xiquets.⁷⁰⁷ Tal i com afirma Ackerman, no hi ha cap argument possible contra el dret de la segona generació a començar des del mateix punt de partida que la generació anterior. La llibertat intrageneracional està relacionada amb la confiança intergeneracional.⁷⁰⁸

El Principi de Democràcia deliberativa aplicat al dret de Jürgen Habermas, si bé cerca una aplicació universal del principi, no fa esment a la problemàtica de les segones generacions. Tal i com hem detallat en l'apartat anterior del present treball, Habermas no estableix un límit temporal al seu Principi de democràcia deliberativa i, per tant, les diferents generacions podríem confluïr en la hipotètica discussió. El problema sorgiria en el cas de que s'arribés a un acord determinat i les següents generacions volguessen alterar el contingut pactat pels seus avantpassats, alguns dels quals encara romandran vius. El problema s'agreuja encara més per l'exigència d'unanimitat en tot el procés i que podria fer inviable, en la pràctica, el conjunt de la teoria de democràcia deliberativa.

⁷⁰⁶ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 202.

⁷⁰⁷ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit. p. 203. En aquest punt volem destacar la comunicació d'Adrià Rodés i Antoni Abad, "Asymmetry in the Spanish State's model of Territorial organisation", *VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 june 2007*. On analitzem la Constitució Espanyola des de la teoria del respecte a les minories de Bruce Ackerman.

⁷⁰⁸ Bruce Ackerman, *Social Justice in Liberal State*, op.cit., p. 203.

En conclusió, l'estudi de les herències intergeneracionals (les segones generacions) a Ackerman pot ser aplicat al Principi de democràcia deliberativa, tenint sempre en consideració la diferenciació entre les normes jurídiques que regulen moments constitucionals i moments normals, ja que en el primer dels casos les normes són de caràcter estructural i les segones generacions haurien de tenir veu i vot de manera directa.

6.9 TENSÍO ENTRE FACTICITAT I VALIDESA DEL DRET A L'OBRA D'ACKERMAN

El darrer punt que volem tractar en el present apartat és l'anàlisi per part d'Ackerman en relació a la tensió existent entre la facticitat i la validesa del dret que Habermas es qüestiona a la seua obra amb aquest mateix títol.

Ackerman soluciona la tensió existent entre la facticitat del dret i la seua validesa situant el Tribunal Suprem en el paper de mediador entre allò que es consideraria ideal i la realitat.⁷⁰⁹ En conseqüència, podem afirmar que Ackerman en certa manera coincideix amb la definició del dret que fa servir Bobbio, ja que considera que el llenguatge del dret es limita a la interpretació de les normes i, per tant, la jurisprudència és la base del dret⁷¹⁰. Mitjançant aquesta interpretació el Tribunal Suprem rebaixa la tensió i atorga validesa o no a la facticitat de les normes.

Ackerman atorga un alt grau de confiança al Tribunal Suprem del seu país i fa servir com a argument l'actuació que l'alt Tribunal ha tingut en els moments constitucionals que analitza a la seua obra. A cadascun dels moments analitzats per Ackerman, s'estudia com el Tribunal Suprem dels Estats Units va reaccionar davant la iniciativa popular o del President del País segons els casos.

Així, dels exemples fets servir per Ackerman podem apreciar com amb la interpretació i aclariment dels preceptes constitucionals la jurisprudència del Tribunal Suprem intervenia en moments com "*The Founding*", "*Reconstruction*" o el "*New Deal*".

Habermas analitza la diferència entre els moments constitucionals i normals a Ackerman i afirma de manera correcta que la versió d'Ackerman fa una lectura vitalista de l'autodeterminació democràtica i introdueix una contraposició entre la voluntat popular,

⁷⁰⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, op. cit., p. 351.

⁷¹⁰ Norberto Bobbio a G. Giappichelli, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, op.cit.

adormida durant els llargs processos dels moments normals i l'activitat legislativa institucionalitzada dels representants escollits pel poble.⁷¹¹

La intervenció dels òrgans jurisdiccionals en el sentit que estableix Ackerman, és, com a mínim, qüestionable des d'un punt de vista de democràcia real. No podem obviar el fet de que els òrgans jurisdiccionals no són escollits directament pel poble i el rol que els atorga Ackerman és nuclear, tal i com estableixen les Constitucions dels nostres països.

Ackerman afirma que el Tribunal Suprem dels Estats Units ha actuat de manera responsable al llarg de la història d'aquell país, que en els moments constitucionals ha reaccionat de manera correcta i que no s'ha de posar en qüestió la tradició i bona fe dels membres del Tribunal Suprem Nord- americà. Aquesta afirmació no justifica emperò el rol que Ackerman atorga a l'alt Tribunal dels Estat Units.

Comparar el cas del Tribunal Suprem dels Estats Units amb qualsevol Tribunal Europeu és quelcom difícil degut a la diferent composició, mandat, i grau d'independència de la resta dels poders públics. El que sí que podem afirmar és que el paper del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem espanyol en el "moment constitucional" de l'oposició a la guerra d'Iraq, va deixar palesa la politització de l'alt tribunal de l'Estat i la manca d'implicació social en un moment on la ciutadania esperava quelcom més.

El Tribunal Suprem dels Estats Units, tenint en compte la seua autoritària interpretació respecte a conceptes com propietat, valor i llibertat ocupa, com s'ha dit, "una posició singular en tota la història universal",⁷¹² continua essent emperò un òrgan amb normes d'elecció polítiques i duració vitalícia dels càrrecs.

⁷¹¹ Norberto Bobbio a G. Giappichelli, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, op.cit.

⁷¹² Carl. Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*, op.cit., p. 44.

No podem obviar, però, que a la majoria de Constitucions segueixen essent dominants els mecanismes institucionals contramajoritaris i, en general, els frens a la participació directa dels ciutadans.⁷¹³ El sistema de revisió judicial de constitucionalitat és el que millor simbolitza i segueix simbolitzant les aspiracions contramajoritàries del liberalisme.⁷¹⁴

La posició d'Ackerman és concordant a la presa pels liberals igualitaris, que és com defineixen Gargarella i Ovejero una mena d'*elitisme epistemològic*. El que consagra aquest control és l'autoritat superior d'un grup selecte d'individus, aparentment amb major preparació tècnica i, per tant, amb major capacitat de discerniment jurídic que la majoria. L'*élite* judicial i no la majoria és la que té, així, la darrera paraula institucional en quasi totes les democràcies que coneguem.⁷¹⁵

Habermas completa l'anàlisi de la teoria dualista d'Ackerman afegint el rol que atorga Michelman al Tribunal Constitucional. El paper de l'alt Tribunal apareix com la representació de l'autogovern del poble i no com a representant de la voluntat declarada del poble.⁷¹⁶ Així, el Tribunal Constitucional, apareix com a l'encarregat republicà de guardar el lloc de les llibertats públiques, que els mateixos ciutadans, com a portadors nominals d'aquestes llibertats, no poden exercir.

Com podem veure és tracta d'una qüestió transcendent a nivell de qualitat democràtica, la posició dependrà de si es confia plenament en la ciutadania i se li atorga la responsabilitat de manera directa, o si es necessita la tutela d'uns senyors no escollits pel poble que es suposen millor preparats que els seus conciutadans.

⁷¹³ Gargarella i Felix Ovejero, *Razones para el socialismo*, op. cit., p. 47.

⁷¹⁴ Gargarella i Felix Ovejero, *Razones para el socialismo*, op. cit., p. 47. En aquest mateix sentit destaquem l'obra de Simon Tormey, *Agnes Heller, Socialism, autonomy and the postmodern*, Manchester University Press, Manchester, 2001.

⁷¹⁵ Gargarella i Felix Ovejero, *razones para el socialismo*, op. cit., p. 47.

⁷¹⁶ Gargarella i Felix Ovejero, *razones para el socialismo*, op. cit., p. 47.

Nosaltres ens situem en la banda de qui creu en una democràcia de tipus deliberatiu i directe que promogui la participació dels ciutadans en tots els àmbits i estrats, sense intermediaris ni “salvadors” que tinguem la darrera paraula en els assumptes realment transcendents pel poble (en els moments constitucionals). Entenem, per tant, que s’ha de treballar pel camí iniciat per Habermas, millorant la seua teoria en els aspectes que fan impossible la seua aplicació real.

Apostem per suprimir els frens o contrapesos a la lliure voluntat del poble. Posats a establir teories de democràcia deliberativa utòpiques defensem un concepte de poble en sentit ample, és a dir, no limitat per fronteres, com a ciutadà del món, on l’únic límit que ha de trobar-se és un respecte escrupulós als drets humans.

Tal i com afirma Bénéton, la present època està caracteritzada per la racionalització procedimental del món, on el divorci entre llei i natura, raó i vida, coneixement i fe, societat i amistat és manifest. La societat moderna està feta per homes que no estimen als altres.⁷¹⁷

Els sistemes de democràcia deliberativa directa i de confiança en la ciutadania han de tenir en consideració aquests aspectes, combatre aquesta racionalització i intentar afavorir solucions des d’una perspectiva universal. És a dir, treballar amb un concepte de ciutadà universal, ja que els nois i noies que han nascut a qualsevol indret del món han de tenir les mateixes oportunitats que els nascuts “al primer món”.

El primer pas és la no exclusió de les tres quartes parts de la humanitat en les teories de democràcia deliberativa. En aquest sentit volem reivindicar el concepte d’esfera pública global, democràcia internacional o Govern Mundial com fa servir Ferrajoli, entre altres autors.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Philippe Beneton. “The Languages of the Rights of Man”. *First Things*. 37 (November 1993); 9-12

⁷¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del Pacifismo*, op.cit., pp.81-109.

En el sentit expressat per Boladeras, sense un concepte d'universalitat planetària real,⁷¹⁹ les institucions habermasianes exposades en aquesta tesi doctoral hauran de ser substituïdes per unes altres, de no ser així, la fallida de l'existència humana en les seues dimensions continuarà garantida. No podem obviar que la democràcia deliberativa és un sistema pensat per a societats que tenen les necessitats bàsiques cobertes, societats que es tanquen en fronteres i no atorguen solucions a les “*Big questions*”, que condemnen a l'esclavitud als immigrants que entren sense papers a les seues nacions “civilitzades” o permeten que tres quartes parts del planeta visqui en condicions de misèria i cada cop hi haja més diferències entre països rics i pobres, entre persones riques i pobres. Potser la qüestió radica, tal i com afirma Proudhon en què la democràcia més que la sobirania del poble és la majoria nacional, amb tot el que impliquen els conceptes “nacional” i “majoria” en aquest sentit.⁷²⁰

Si bé, és cert que la democràcia permeti aquests aspectes no té perquè ser la causa dels mateixos. Que se'n senti responsable no és en virtut de cap *culpa* sinó en virtut de la bondat dels seus principis fonamentals de llibertat, igualtat i recerca de la felicitats universalistes.

⁷¹⁹ Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, op.cit., p.10

⁷²⁰ P.-J. Proudhon. *Qu'est-ce que la propriété?*, Tops / H. Trinquier. Antony. Paris, 1997, p. 47. (1840)

6.10. CONCLUSIÓ

En aquest capítol hem definit els aspectes principals de l'obra de Bruce Ackerman relacionats amb la filosofia normativa (la definició, exposició de les característiques i crítiques dels conceptes de diàleg neutre i neutralitat) que entenem que podrien millorar i donar més virtualitat al Principi de Discurs de Habermas aplicats al dret.

La diferenciació entre moments constitucionals i normals en base a l'experiència constitucional dels Estats Units d'Amèrica, considerem que també hauria de ser tinguda en compte a l'hora d'establir un marc pel discurs jurídic i la seua aplicació en la legislació de normes jurídiques legítimes, especialment si es tracta de normes fonamentals.

El Principi de discurs aplicat al dret també hauria de preveure les especialitats lingüístiques que posseeix el llenguatge jurídic, especialitats que els ciutadans sense una formació jurídica no coneixen i que en moltes ocasions impliquen significats contradictoris i repercussions jurídiques transcendents.

Amb aquests aspectes tractem d'aclarir que no es pot pretendre establir un principi de discurs que afecti a continguts jurídics i maneres de legitimació de les normes sense tenir en compte determinades consideracions bàsiques.⁷²¹

En aquest apartat també hem tractat aspectes com el necessari respecte a les minories i el tractament que s'ha de donar a les segones generacions. Aquests aspectes necessaris

⁷²¹ Tal i com esmentem en el cos de la tesi doctoral, una crítica anàloga també es va realitzar per part dels economistes en experiments com el foro de Porto Alegre, i sorpresivament per als escèptics, la ciutadania sense formació de Porto Alegre s'en va sortir a l'hora de confeccionar un pressupost i ajustar la despesa. En aquest sentit volem destacar la revista electrònica que dirigeix el Dr. Pere Fabra, *Revista Internet, Dret i Política (IDP)*, idp.uoc.edu. En aquesta publicació electrònica depenent dels estudis de dret i ciència política de la UOC, entre d'altres aspectes s'analitza la participació electrònica i la democràcia. Internet pot esdevenir un mitjà de participació democràtica ideal. En aquest sentit les legislacions dels Estats treballen en qüestions de seguretat i autenticitat dels usuaris. Destaquem la llei del Carnet d'Identitat electrònic i la seua implementació.

tampoc han sigut treballats per Habermas a l'hora d'establir un principi democràtic deliberatiu intemporal i universal.

Entenem que aplicant aquestes correccions el projecte de Habermas, aquest guanyaria en qualitat democràtica, i fins i tot en universalitat.

En aquest capítol de la tesi doctoral hem volgut exposar experiències modernes i antigues de democràcia deliberativa com les exposades per Fishkin i Ackerman o com la Dikasteria. En aquest sentit volíem exposar el fet de que s'han posat en pràctica moltes experiències de democràcia deliberativa aplicades al dret al llarg de la història. D'aquestes experiències els autors haurien d'extreure conclusions i informació per a intentar dur a terme les seues propostes de manera millorada i renovada.

Entenem que compaginant aquests aspectes de l'obra d'Ackerman a la teoria de legitimitat de normes jurídiques proposada per Habermas aconseguirem un projecte de democràcia radical més coherent i més eficaç. Sense aquestes consideracions i correccions, considerem que l'obra de Habermas es definiria més com una intuïció especial d'un filòsof moral o com una teoria especulativa deontològica – universal, més que una teoria que encaminada a ajudar a prendre les decisions adequades de caràcter jurídic i intenti col·laborar en l'eradicació de les quatre tares político-morals del nostre temps.

L'obra d'Ackerman ens demostra que l'Estat anímic de la població és variable, és tracta de saber si realment defensem la idea de que la població de manera directa legisla sobre tots els continguts que ens afecten i si estem disposats i preparats per assumir totes les conseqüències i riscos d'aquesta decisió. Hem de tenir sempre en compte com deia Plató que la democràcia és el govern de l'opinió i no de la coneixença.

El capítol que conclou el text central de la tesi doctoral tanca el projecte emmarcat en la mateixa, realitza un anàlisi des d'una perspectiva iusfilosòfica dels orígens de l'obra de Habermas, analitzant la teoria de legitimitat de les normes al llarg de la seua obra, tant

abans de la publicació del *Faktizität und Geltung* com després i acaba proposant una complementació amb l'obra de Bruce Ackerman, fent servir determinats elements que considerem necessaris per a poder fer més pràctic el projecte habermasià. En la tasca de la complementació i crítica d'ambdues teories també hem volgut recuperar elements del "primer" concepte de dret legítim de Habermas, entenent que el projecte de democràcia radical no té perquè excloure elements morals, per molt que aquesta validesa moral estiga inclosa en els preceptes del Principi del Discurs i en les normes fonamentals universals.

Hauríem de demanar-nos si la ciència jurídica i el dret, són elements de coneixement, d'opinió o ambdues coses, la resposta que donem pot determinar el pes i el camp d'actuació de la democràcia normativa. Perquè com diu Tarr, som els filòsofs qui hem de discernir i debatre la qüestió de la democràcia directa i si la aquesta és un element desitjable.⁷²²

⁷²² G.Alan Tarr, *For The People: Direct Democracy in the State Constitutional tradition*, op. cit. Center of Constitutional Studies, State University of New Jersey. 2006.

CAPÍTOL SETÈ.

CONCLUSIONS

Després de l'estudi de l'objecte de la present tesi doctoral, hem pogut arribar a les següents conclusions:

I - El concepte de dret legítim a les primeres obres de Habermas (fins a l'any 1992, amb la publicació de l'obra *Faktizität und Geltung* i la seua manera de legitimar el dret, constituïen una teoria de contingut iusnaturalista i universalista.

II. Existeix un lligam entre les normes jurídiques i els principis de caràcter ètic i moral, que atorguen legitimació a les normes.

III - La teoria filosòfica normativa de Habermas es veu marcada per una gran influència de l'obra Max Weber i la seua teoria racionalització. Habermas considerava que el procés de positivació del dret natural era quelcom que afavoria la racionalització del món de vida.

IV - Habermas entén la racionalització com una teoria amb elements positius i negatius i amb conseqüències jurídiques fonamentals. Per al "primer" Habermas, el procés de codificació és un element que limita la llibertat d'hom. La codificació ha de trobar-se recolzada per normes de tipus ètic i moral per tal de poder aconseguir normes jurídiques legítimes. Per tant la legitimació de les normes jurídiques no dependrà exclusivament de criteris jurídics, sinó que a més ha de respectar principis de caràcter ètic i moral independents de la racionalitat jurídica interna.

Aquests principis ètics i morals de validesa universal, es situen per sobre de les mateixes normes jurídiques a l'escala jeràrquica elaborada pel "primer" Habermas.

V - El concepte de Llibertat i les seues transcendències jurídiques a Habermas, es veuen clarament influenciades per les teories dels diferents autors de la primera generació de l'escola de Frankfurt.

VI - El "primer" Habermas entén que els elements negatius del procés racionalitzador poden acabar per convertir-se en un nihilisme absolut.

VII - La crítica al positivisme en general i al positivisme jurídic en particular, que rubriquen Marcuse, Horkheimer, Adorno, Otto Kirchheimer i Franz Neumann respectivament, també és adaptada a la primera obra de Jürgen Habermas.

VIII - Habermas defineix el procés de juridificació i el positivisme com quelcom vinculat a la cosificació o la teoria de la negativitat.

IX - Habermas situa el dret natural en una posició més alta, dintre dels estrats jeràrquics de la seua teoria normativa, que el dret positiu, ja que no fa dependre la seua validesa de la seua positivització, i pel caràcter universal del dret natural. El dret natural està format pel conjunt de normes d'actuar conforme a la moral i l'ètica.

X - Amb la publicació del *Faktizität und Geltung*, Habermas varia la seua teoria filosòfica normativa, i farà dependre la validesa de les normes factors exclusivament jurídics i procedimentals. El principal objectiu de Habermas amb *Faktizität und Geltung* és reconciliar el concepte de llei amb la justícia així com la democràcia amb els drets.

Habermas assumeix que al món modern resulta ineludible recórrer de forma massiva a normes de dret positiu, i en conseqüència adopta una postura positivista envers al dret a la seua obra "*Faktizität und Geltung*."

Habermas considera que la font de tota legitimitat del dret radica en el procés democràtic de producció del dret; i aquest procés al mateix temps apel·la al principi de sobirania popular.

XI - Els principis que apareixen com a necessaris per a considerar totes les normes legítimes al *Faktizität und Geltung* són el *Principi de Discurs* i el *Principi Democràtic Normatiu*. Aquests dos principis s'han d'aplicar i de combinar conjuntament en el procediment d'aprovació de qualsevol norma jurídica que es pretenga legítima.

XII - El Principi de Discurs és aquell pel qual només són legítimes aquelles normes d'acció acceptades per tots els possibles afectats per aquestes mateixes normes com a participants de discursos racionals. El principi de democràcia normativa o forma jurídica és aquell que es refereix als continguts positivitzats.

XIII - A l'hora de positivitzar aquestes normes de validesa universal, tots els éssers del món hauríem de participar en el procés de tipificació, en una mena de mega àgora, fent servir arguments racionals i adoptant les normes per unanimitat.

El Principi de Discurs és una aplicació de la teoria de l'acció comunicativa en termes jurídics. Habermas mitjançant aquest principi pretén aplicar la raó comunicativa al camp jurídic atribuint als afectats per la norma determinada, el protagonisme en el procés de legitimació de les normes enlloc de l' Estat.

La validesa de la norma queda supeditada a la seua justificació i no depèn per tant de com s'apliqui. Una vegada la norma és vàlida des d'una perspectiva de justificació procedimental, la seua aplicació s'ha d'emmarcar en un plànol valoratiu diferent, en una mena de judici independent que no afecta al judici de justificació de la norma.

Aquest sistema d'aprovació de normes fa que el ciutadà no pugui concebre el sistema legal com a quelcom que depenga d'ell de manera directa i, conseqüentment provoca que l'ordenament jurídic no s'entengui com a quelcom propi. Tot i que la societat occidental es regeix mitjançant la il·lusió jurídica d'equiparació entre llei i justícia, són conceptes i termes diferents. Habermas, equiparant llei positiva i justícia, tal i com feia

Kelsen, no ha de menester una teoria de la justícia, ja que la llei és justa a l'esdevenir positiva.

XIV - Des d'un plànol teòric, mitjançant el principi democràtic normatiu, Habermas regenera democràticament l'ordenament jurídic. L'autor considera que tota llei requereix una justificació de tipus directe.

XV - En la teoria jurídica de Habermas que apareix a *Faktizität und Geltung*, el concepte de dret natural varia la seua situació dintre de la piràmide jeràrquica del dret, s'atribueixen noves funcions a la moral i es varia completament el sistema de legitimació del dret. Habermas acaba entenent la racionalitat del dret com quelcom inevitable.

XVI - Un dels elements crítics de l'aplicació de la teoria normativa habermasiana és l'augment considerable de la racionalització en el dret.

XVII - Habermas imposa la unanimitat entre els participants per tal de considerar legítima una norma jurídica. Aquesta característica, a més de mantenir la teoria normativa habermasiana en un marc ideal, podria semblar que la norma de consens basada en el criteri de la unanimitat es complirà pagant el cost de silenciar punts de vista minoritaris.

XVIII - Els ciutadans afectats pel contingut normatiu a positivitzar poden esgrimir els seus arguments sense límits en el temps (intemporalitat) tot i que no es vagin produint avenços a l'hora de determinar el contingut positiu final.

El fet de que Habermas no estableix cap tipus de pauta argumental, a excepció de que els arguments estiguen justificats racionalment, impossibilita determinar cap tipus d'ordre competencial o jeràrquic.

Sense establir cap pauta d'ordenació temporal els arguments amb independència del seu contingut o justificació s'igualen sense tenir en compte la seua possible transcendència

real en el contingut final a positivitzar. Per tant semblaria que el que realment preocupa a Habermas és garantir l'accés de tots el ciutadans a l'àgora on es decidirà la norma positiva, més que articular un sistema acotat de manera argumental i temporal.

XIX - Els ciutadans afectats per les normes jurídiques que estan codificant poden parlar del que vulguen durant el temps que vulguen. La inviabilitat o impossibilitat pràctica des d'una perspectiva jurídica de la tesi de Habermas es deu a la mateixa naturalesa de l'idealisme normatiu de la seua teoria, però d'altra banda ha de ser possible que aquest ideal siga patró de mesura. Tal i com Habermas va configurar la seua teoria és difícil. Considerem que l'obra d'Ackerman, tot i ser també una obra ideal, pot contribuir a fer de la teoria de Habermas patró de mesura també en el camp jurídic.

XX - La idea d'autolegislació dels ciutadans no es veu limitada. Aquesta característica principal del ciutadà exigeix que aquests estiguen sotmesos al dret com a destinataris seus i puguen entendre's a l'hora com autors del dret. Aquesta mancança en quant als límits de contingut, fa possible que els ciutadans regulen principis generals del dret i drets humans.

XXI - Mitjançant el Principi d'Universalitat Habermas pretén assolir la validesa universal de les normes jurídiques que són aprovades mitjançant el Principi de Democràcia Normativa. Les normes aprovades en base al Principi de Democràcia Normativa que hauran de ser aprovades i complides per tots els possibles afectats.

XXII - Habermas proposa un principi ètic universal que concerneix explícitament a la dimensió de la justícia, sobre la base de l'*apriori* pragmàtic del discurs enunciat en la formulació del Principi del Discurs.

XXIII - El Principi d'Igualtat sorgeix del mateix Principi d'Universalitat, element clau del sistema de legitimació de normes a Habermas. Així, *tothom* en condicions d'Igualtat té la possibilitat de participar en el procés legitimador de la norma.

El terme *tothom* que es fa servir al Principi d'Universalitat, no diferencia entre els participants pels seus coneixements determinats, per les seues dots argumentals o per qualsevol altre aspecte objectiu o subjectiu, com ara gènere, raça, condició social o mèrits. Aspecte aquest que garanteix una democràcia radical aplicada al dret i semblaria garantir la igualtat entre els participants.

Tots els ciutadans en plena igualtat tenen el mateix dret (formal) a dir la seua opinió fonamentada racionalment sobre la norma que serà aprovada i posteriorment serà aplicada.

XXIV - L'aplicació d'un sistema com el Principi d'Igualtat suposaria com a conseqüència traslladar diferents necessitats a iguals drets, i aquesta implantació és com a mínim qüestionable en termes de respecte a l'equivalència.

XXV - Aquest Principi d'Igualtat ha de ser una norma inclusiva de les persones que pensen de manera diferent o tenen diferents pensaments als nostres i que són discriminades com a resultat de prejudicis.

XXVI - En base a un Principi d'igualtat tampoc s'han de tolerar actuacions que vulnerin els drets humans. L'Estat Constitucional i els organismes internacionals han de tenir mitjans efectius per poder tutelar aquests drets, si no la igualtat tornarà a quedar en un element merament formal.

XXVII - En l'evolució de la separació entre l'espai públic i l'espai privat sorgeix la idea de societat civil. Aquest concepte és bàsic per a poder entendre el concepte d'esfera pública a Habermas.

L'esfera pública per a Habermas és l'arena discursiva que alberga el debat entre els ciutadans, la deliberació, l'acord i l'acció. Per tant l'esfera pública a Habermas és el lloc públic on s'aplica el seu model discursiu.

Aquesta arena és conceptualment diferent de l'Estat, és un lloc per a la producció i circulació de discursos que poden en principi ser crítics amb l'Estat.

XXVIII - L'esfera pública no és una arena de relacions de mercat sinó de relacions discursives, un teatre per a debatre i deliberar més que per a comprar o vendre.

El concepte d'esfera pública és diferent als aparells de l'Estat, els mercats econòmics i les associacions democràtiques, aquesta diferenciació és fonamental des de la perspectiva de la teoria democràtica.

Hem d'entendre l'esfera pública com un lloc on no es prenen decisions sinó un lloc per formar l'opinió pública.

XXIX - Per tal d'aconseguir el propòsit d'element democràtic de superar a l'arena pública els efectes de la desigualtat social s'han d'establir els mecanismes necessaris per tal de superar els efectes de la desigualtat social a l'esfera pública. En cas de no introduir aquests mecanismes, els processos deliberatius tendrien a operar en benefici de les classes o grups dominants envers dels grups subordinats.

En aquests casos els membres dels grups subordinats no tindrien arenes per tal de deliberar sobre les seues necessitats, objectius i estratègies. Aquestes esferes alternatives són aquelles on els membres dels grups subordinats poden proposar arguments contradictoris i realitzar contradiscursos en relació a elements que afectin a la seua identitat, interessos i necessitats.

XXX - El conjunt teòric de la democràcia deliberativa aplicada al dret es basa en una relació de complementarietat entre les normes jurídiques i les normes morals.

L'aspecte moral de la llei també està sustentat des de paràmetres procedimentals. Aquesta característica permet afirmar a Habermas que la llei envolta dos tipus de racionalitat procedimental, una racionalitat moral pràctica i una racionalitat legal.

XXXI - Amb *Faktizität und Geltung* les relacions entre dret i moral passen a ser co-originals (*Gleichursprünglich*) i les normes jurídiques són capaces de complementar les normes morals. Habermas elimina la subordinació del dret a la moral.

XXXII - Considerem que l'obra d'Ackerman pot suposar una excel·lent contribució al procés de democràcia deliberativa i a l'acció comunicativa engegada per Habermas. L'aplicació d'aquestes contribucions dotaran de més virtualitat i realisme a la legitimitat de les normes jurídiques que realitza Habermas.

XXXIII - Ackerman, a diferència de Habermas, considera que el diàleg entre ciutadans membres d'una societat liberal és un diàleg constrictiu, és a dir, els ciutadans mitjançant el diàleg intenten convèncer els altres membres de la societat d'una manera competitiva i no de forma neutral i basada en arguments estrictament racionals.

Ackerman afirma que en un diàleg liberal els ciutadans no es senten lliures d'introduir arguments morals en el camp de la conversació, sinó que intenten arribar a una victòria lluny de la situació ideal de diàleg.

XXXIV - Entenem que la possible aplicació del concepte de diàleg neutre i la neutralitat, tal i com defineix Ackerman, a la teoria de Habermas podria suposar un avenç a l'hora d'arribar a conclusions determinades i acotades en el temps per part dels ciutadans reunits a l'esfera pública, per tant, podria atorgar certa practicitat al Principi de Democràcia Deliberativa aplicada a la legislació de les normes.

XXXV - Ackerman diferencia entre els moments constitucionals i moments normals. Els moments constitucionals són aquells on les persones es veuen afectades per situacions "anormals" que afecten de manera directa el seu estat anímic i psicològic de ciutadà normal i la seua capacitat de diàleg.

En contraposició d'aquests moments constitucionals hi trobem els moments anomenats normals, on els ciutadans no es veuen afectats per esdeveniments extraordinaris i que

són els que es produeixen de manera quotidiana. És en aquest espai de temps on les ciutadans han de regular, en la mesura del possible, els efectes jurídics i polítics que es produiran als moments constitucionals. Als moments normals els ciutadans no veuen afectada la seua capacitat de diàleg final.

XXXVI - Ackerman, estableix dos criteris bàsics que ens poden ajudar a diferenciar els dos tipus de moments. Els moments polítics es donen mitjançant els representants mentre que els constitucionals per la ciutadania per ella mateixa; els moments normals no són una particularitat reflexiva, els constitucionals sí que ho són.

XXXVII - Habermas a l'hora de configurar el seu principi de democràcia deliberativa no diferencia entre cap tipus de moments. En conseqüència, el poble no atorga cap mena de mandat als seus representants per gestionar els negocis jurídics, ja que els ciutadans mitjançant el Principi de Democràcia Deliberativa decideixen sobre aquests aspectes.

XXXVIII - Ackerman defensa una mena de Constitució dualista, que és aquella que cerca la diferenciació entre els dos diferents òrgans de decisió que han de produir-se en una democràcia. La primera decisió és presa pel poble, i, la segona, pels seus governants.

La democràcia dualista millora segons Ackerman el concepte de democràcia monista, on són els governants els únics que decideixen, ja que introdueix més democràcia directa en la presa de decisions. Ackerman en aquest punt fa una definició del concepte de "Poble", transcendent a efectes de democràcia deliberativa. L'autor nord-americà ens recorda que la democràcia ha sigut pensada per als ciutadans i el sistema ha de poder permetre la participació directa dels ciutadans.

XXXIX - Ackerman completa el concepte de democràcia dualista basada en una nova carta de drets, és a dir, en una igualtat d'oportunitats efectiva que afecti els col·legis, els treballs i els llocs públics. La idea de democràcia dualista és compartida per Rawls i té efectes semblants als cercats per Habermas mitjançant el seu principi de democràcia deliberativa.

XL - Qualsevol persona que vulga participar en el procés de legitimació d'una norma jurídica de manera directa té el seu dret amb independència de la seua relació personal amb el dret. Únicament es demana que en la seua exposició faci servir arguments de tipus racional.

XLI - Habermas aplica de manera directa la seua teoria d'acció comunicativa al camp de la teoria del dret, sense analitzar les particularitats que ostenta el llenguatge jurídic. Les característiques del llenguatge jurídic poden tenir repercussions directes al principi democràtic i al principi del discurs. Habermas no estableix cap tipus d'especialitat al llenguatge dels juristes perquè redueix el concepte de dret simplement a llenguatge, sense entendre que el llenguatge del dret té una sèrie de característiques pròpies que el diferencien del altres tipus de llenguatges. En conseqüència podem afirmar que Habermas al *Faktizität und Geltung* redueix el concepte de discurs jurídic a la lingüisticitat.

XLII - El realment important és assenyalar que llenguatge jurídic, si bé és un llenguatge especial o tècnic, s'utilitzen en ocasions multitud de paraules que corresponen a l'ús normal del llenguatge però de vegades amb un camp semàntic molt diferent.

XLIII - Considerem que seria un bon exercici teòric l'aplicació de la teoria constructivista del llenguatge jurídic d'Ackerman al Principi de discurs de Habermas per tal de millorar el principi democràtic i la legitimació democràtica de les normes jurídiques.

Ackerman defineix el concepte de discurs jurídics a l'hora d'explicar la seua teoria dualista i estableix dos tipus diferents de discursos, el discurs jurídic de la legislació reactiva i el discurs jurídic de la legislació intervencionista. Un o altre tipus de discurs dependrà del paper que se l'atorga al dret en la societat.

XLIII - Si bé la idea d'accedir de manera directa a la legislació i interpretació de les normes jurídiques, amb independència del seu rang i del tipus de norma de què es tracti (interpretativa o no interpretativa) és una idea que incrementa el procés democràtic i elimina els intermediaris, el procés s'ha de completar establint, o bé criteris generals d'interpretació, o bé informant o formant als ciutadans sobre els efectes dels seus actes a l'àgora determinada.

XLIV - Al llarg de la història hi han hagut diferents maneres d'introduir procediments democràtics a la teoria normativa i al camp del dret. A la tesi destaquem entre d'altres la Dikasteria. També analitzem propostes actuals que incentiven la participació dels ciutadans al dret. Entenem que qualsevol projecte de democràcia deliberativa aplicada al dret ha de tenir en compte aquestes experiències històriques i actuals, si no vol quedar en una simple declaració d'intencions utòpica.

XLV - La ciutadania entesa de manera universal és una conquesta social i irrenunciable i ha de ser entesa de manera extensiva. Amb independència del factor de racionalitat que implicaria uns condicionants com els establerts per Ackerman a l'hora d'adquirir el dret a la ciutadania.

Les úniques limitacions que poden ser admeses al dret de ciutadania dels membres de la societat han de ser basades en les limitacions de la personalitat, és a dir, incapaços en base a la incapacitat civil.

XLVI - Una de les principals innovacions i millores que estableix la teoria de Bruce Ackerman envers el Principi de Democràcia Deliberativa a Habermas és el seu treball sobre les "segones generacions".

XLVII - Els ciutadans són al menys igual de bons que els altres ciutadans amb independència de la data de naixement, i, per tant, hauran de poder participar en iguals condicions que els seus avantpassats a l'hora de participar en la legitimació de les normes polítiques i jurídiques.

XLVIII - Qualsevol mena de teoria ha d'incloure la possibilitat d'introduir al diàleg a les següents generacions en mateixes condicions que els seus avantpassats, en cas contrari és vulneraria la neutralitat necessària.

XLIX - No podem obviar que la democràcia deliberativa és un sistema pensat per a societats que tenen les necessitats bàsiques cobertes, societats que es tanquen en fronteres i no atorguen solucions a les *Big questions*, que toleren bosses d'excepcionalitat respecte dels drets civils a les seues nacions "civilitzades" o permeten que tres quartes parts del planeta visqui en condicions de misèria, i que cada cop hi haja més diferències entre països rics i pobres, entre persones riques i pobres.

L - Realment defensem la idea de què la població de manera directa legisla sobre tots els continguts que ens afecten? Estem preparats per assumir totes les conseqüències d'aquesta decisió?

BIBLIOGRAFIA

Aquesta bibliografia recull el conjunt d'obres de Habermas on s'analitza la seua teoria iusfilosòfica del dret, els seus canvis i variacions. A més s'exposa la bibliografia de Bruce Ackerman relacionada amb les formes de legitimació jurídica i la manera d'incentivar la participació dels ciutadans en els assumptes jurídics.

La present bibliografia està composta per un llistat únic per tal de facilitar la consulta de les obres emprades, a més fem esment de traduccions en llengua castellana amb les que també hem treballat.

El llistat incorpora obres relacionades directament amb l'obra de Habermas i amb la seua filosofia moral, a més de les obres secundàries tractades al treball, ordenades alfabèticament.

A més la present bibliografia, com a darrer punt, recull de les diferents pàgines Web consultades i relacionades amb els diferents autors tractats.

Per tal de complementar aquest recull, es poden consultar les bibliografies dedicades a la filosofia moral de Habermas i que ens han servit per tal de centrar la nostra recerca, destaquem la bibliografia de Michael Zilles, a *Universalism and Comunitarism*, David Rasmusen, pag. 268 –294, MIT Press edition, 1990, 2^a edició 1995, també destaquem la bibliografia de Seyla Benhabib i Fred Dallmayr a *The Communicative Ethics Controversy*, Edit. MIT Press edition, 1990, Mathieu Deflem, *Habermas, Modernity and Law*, SAGE Publications, London, 1996, *Discourse and Democracy, Essays on Habermas's Between Facts and Norms* de René Von Schomberg i Kenneth Baynes, edit. States University of New York Press, Albany, 2002, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchange*, Michael Rosenfield i Andrew Arato, University of California Press, Berkeley, 1998 i l'obra de Margarita Boladeras, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1993.

- Ackerman, Bruce, *Social Justice in The Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980.
- Ackerman, Bruce, "What is Neutral about Neutrality?" *Ethics*, Vol.93, No 2 (Jan.1983) pp. 372-390.
- Ackerman, Bruce, "Why Dialogue", *The Journal of Philosophy*, Vol 86, No. 1, 5-22, 1989.
- Ackerman, Bruce i Rosenkraft, Carlos, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Ackerman, Bruce, *We the people Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.
- Ackerman, Bruce, *We the people Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.
- Ackerman, Bruce "The new separation of powers", *Harvard Law Review*, Vol. 113, num.3, 633-727, 2000.
- Ackerman, Bruce i Fishkin, James, *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven, 2004.
- Ackerman, Bruce, "The emergency Constitution", *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 955 – 1024, 2004
- Adorno. Th, *Negative Dialektik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1966, 4a edició 1973.
- Adorno, Th. *Asthetische Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970
- Adorno. Th *Einleitung in die Soziologie*, Surkamp, Frankfurt am Main, 1993. Obra traduïda al castellà *Introducción a la Sociología*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Adorno Th i Benjamin W. "*Briefwechsel 1928 – 1940*", Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994. Obra traduïda al castellà a l'editorial Trotta. 1998, traducció realitzada per Jacobo Muñoz Veiga i Vicente Gómez Ibañez, amb introducció de Jacobo Muñoz.
- Albert, Hans, *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973.
- Albert, Hans, *Transzendente Träumereien, Karl –Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott*, Hoffman und Campe, Hamburg, 1975.

- Albert, Hans *Aufklärung und Steuerung. Aufsätze zur Sprachphilosophie und zur Wissenschaftslehre der Sozialwissenschaften*, Hoffman und Kampe, Hamburg, 1976.
- Albert, Hans *La miseria de la teología*, Alfa, Barcelona, 1982.
- Albert, Hans *Traktat über rationale Praxis*, Mohr, Tübingen, 1982.
- Albert, Hans *Freiheit und Ordnung*, Mohr, Tübingen, 1987.
- Albrow, M, *Max Weber Critical Assessments*, Tom III, (Legal Positivism and Bourgeois Materialism: Max Weber's View of the Sociology of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1971.
- Albrow, M. *Max Weber's Construction of Social Theory*, Palgrave Macmillan, New York, 1990.
- Alexy Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber, Freiburg, 2002.
- Alexy, Robert, *Theorie des Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005.
- Arendt, Hannah, *On Revolution*, Penguin Classics, New York, 2006.
- Arendt, Hannah, *The origins of Totalitarianism*, Harcourt, New York, 1976.
- Aristòfanes, *Còmèdies, vol III: Les vespes, La pau*, Bernat Metge, Barcelona, 1984.
- Aristòtil, *Política*, Gredos, Madrid, 1994.
- Ashenden, Samantha i Owen, David, *Foucault contra Habermas: Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*, SAGE publications, Ca, 1999.
- Avio, Kenneth L, "Three problems of social organisation: institutional law and economics meets Habermasian law and democracy", *Cambridge Journal of Economics*, 2002, vol. 26, 501-520.
- Balkin, J.M, i Levison, Sanford, AAVV, *Legal Canons*, New York University Press, New York, 2000.
- Baxter, Hugh, "System and Lifeworld in Habermas's Theory of Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 23.2, pp. 473 i ss.
- Benhabib, Seyla i Dallmayr, Fred, *The Communicative Ethics Controversy*, MIT Press edition, Cambridge, Massachusetts, 1990.
- Benhabib, Seyla, *Democracy and Diference, contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 77.

- Bendix, Reinhard, *Marx Weber's interpretation of Conduct and History*, University of California Press, Berkeley, 1977.
- Bénéton, Philippe "The Languages of the Rights of Man", *First Things*. 37 (November 1993); 9-12.
- Bénéton, Philippe, "Sur les impasses du positivisme juridique" a *Colloquis de Vic VI, sobre el Dret*, Universitat de Barcelona, 2001.
- Bierhoff, Burkhard, *Erich Fromm*, VS Verlag, Frankfurt am Main, 1993.
- Bohman, James, "Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: On Habermas's Faktizität und Geltung", *Law and Society Review*, 28.4, 1994, p. 903.
- Boladeras, Margarita, *Comunicación, Ética y Política, Habermas y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Boladeras Margarita, i Campillo, Neus, *Filosofía Social*, Síntesis, Madrid, 2001.
- Boladeras, Margarita, *L'escola de Frankfurt*, UOC, Barcelona, 2006.
- Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Surhkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1991.
- Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporanea*, Cátedra, Madrid, 1984.
- Calhoun, Craig, *Habermas and the public sphere*, The MIT Press, Cambridge, 1993.
- Canto – Sperber, Monique, *Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale*, Presse Universitaires de France, Paris, 1996.
- Carcova, Carlos María, "Habermas: La validez como construcción discursiva", *Anuario de Filosofía jurídica y social, asociación Argentina de derecho comparado*, Vol. 21, Buenos Aires, 2001, pp.73 – 103.
- Casanovas, Pompeu, "Pragmatics and legal culture: a general framework", Working Paper núm. 159, Barcelona, 1999.
- Casanovas, P; Cachon, M; Riba, C; Ardèvol, E, *Informe sobre el projecte "Videos als Tribunals de Justicia" (1992-1993)*. Informe per al I.C.E – U.A.B; 1993, pp.200 i ss.
- Casanovas, P; Moreso J.J (eds), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de Historia del pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.

- Casanovas, P. (ed). *Per una cultura democràtica. Les dimensions polítiques de la moral contemporània*. Edició i presentació dels text per J.L·L Aranguren, Eduardo L. Aranguren, Victòria Camps, Xavier Rubert de Ventós, Salvador Giner, Antoni Domènech, Félix Ovejero, Javier Muguerza i Pompeu Casanovas, Fundació la Caixa de Sabadell, Aula de Ciència i Cultura, N°1, 1997, p.110.
- Casebeer, K. "Paris is closer than Frankfurt: The North American Exceptionalism", *Law and Social Review*, 28:4, 1994.
- Chambers, Simone, *Reasonable Democracy Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1996.
- Cohen, Joshua i Fung, Archon, *Constitution, Democracy, and State Power: Promise and Performance*, four volumes, The Institutions of Justice, 4, Cheltenham, 1996.
- Cortina, Adela, *Crítica y utopía: la escuela de Frankfurt*, Cincel, Madrid, 1985.
- Danneman, Rüdiger, *Georg Lukács zur Einführung*, Junius, Hamburg, 1997.
- Deflem, Mathieu, *Habermas, Modernity and Law*, SAGE Publications, London, 1996.
- Dews, Peter. *Habermas a Critical Reader*, Blackwell Critical Readers, Oxford, 1999.
- Dördert, Rainer, Max Weber Handlungstheorie und die Ebenen des Rationalitätskomplexes, a l'obra *Max Weber Heute*, Surhkamp, Frankfurt am Main, 1989.
- Durkheim, Emile, *De la division du Travail Social*, Quadrige Presses Universitaires de France, Paris, 1930, (edi. 1998).
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambrigde, Mass, 1977. (edició 1999).
- Dworkin, Ronald, *A matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 1985, (3^a ed. 1996).
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambrigde, MA, 1986, (Belknap Press 1988).
- Elster, Jon, *Making Sense of Marx*, Cambrigde University Press, Cambrigde, 1999.
- Elster, Jon, *Logic and Society. Contradictions and Possible Words*, John Wiley & Sons, Chichester, West Sussex, 1978.
- Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del Pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.

- Fishkin, James, S, "Can There Be a Neutral Theory of Justice?". *Ethics*, Vol. 93, No.2. (Jan, 1983) pp. 348-356.
- Fishkin, James, S, *Democracy and Deliberation: New directions for democratic reforms*, Yale University Press, New Haven 1993.
- Fishkin James, S, i Laslett Peter, AAVV, *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell Publishers, Oxford, 2003.
- Flego, Gvozden i Schmied – Kowarzik, Wolfdietrich *Herbert Marcuse Eros und Emanzipation- Marcuse symposium 1988 in Dubrovnik*, Germinal Verlag, Giessen, 1989.
- Foucault, Michel, *L'archéologie du savoir*, Éditions Gallimard, Paris, 1969.
- Foucault, Michel, *Surveiller et Punir*, Éditions Gallimard, Paris, 1975, (ed.1993).
- Foucault, Michel, *A verdae e as formas jurídicas*, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1978, traduïda al castellà per Enrique Lynch *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona 2001.
- Foucault, Michel, *Dits et écrits II*, Éditions Gallimard, Paris, 2.001.
- Foucault, Michel, *Les Mots et les Choses*, Éditions Gallimard, Paris, 1990.
- Fromm, Erich, *Die Furcht vor der Freiheit*, Steinberg Verlag, Zürich, 1945.
- Friedman L. i Macaulay, S, *Law and the behavioural sciences*, Indianapolis, 1969.
- Fromm, Erich, *Beyond The Chains of Illusion. My encounter with Marx and Freud*, Continuum Intl Pub Group, New York, 1962. (ed. 2002).
- Fromm, Erich, *Die Furcht vor der Freiheit*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1996.
- Fromm, Erich, *Haben oder Sein*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2001.
- Fromm, Erich, *Die Kunst des Lieberns*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1956.
- Fromm, Erich, *Die moderne Mensch und seine Zukunft*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1960.
- Funk, Rainer, *Erich Fromm, His Lilife and Ideas*, Continuum Intl Pub Group. New York, 2003.

- Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de America Latina*, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- Galston, William, Galston Miriam, "Reason, Consent, and the U.S. Constitution: Bruce Ackerman's "We the People". *Ethics* 104: 446 *Ethics*, Vol.104, No.3. (Apr., 1994)
- Giappichelli, G, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, TGD, Torino, 1960.
- García Amado, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Gargarella, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires, 2005.
- Gargarella, Roberto, "El constitucionalismo según John Rawls", *Revista Araucaria*, nº14, 2005, pag. 3.
- Greenawalt, Kent, "Dualism and Its Status", *Ethics*, Vol. 104, No. 3 (Apr., 1994).
- Haber, Stéphane, *Habermas y la sociología*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1998
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gessellschaft*, Hermann Luchterland, Darmstadt, 1962.
- Habermas, Jürgen, *Theorie und Praxis*, 1ª ed. Hermann Luchterland Verlag GmbH, Berlin, 1963, (3º ed. 1969), Existeix una traducció en llengua castellana d'aquesta obra, *Teoria y Praxis*. "Estudios de Filosofía Social", Tecnos, Madrid 2000, traducció Salvador Mas Torres (introducció i capítols 1 a 7) i Carlos Moyá Espí (capítols 8 a 11 i anexos).
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gessellschaft.*, Neuwied/ Darmstadt, 1962.
- Habermas, Jürgen, *Philosophisch – politische Profile*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1971. Traduïda al castellà de Manuel Jiménez Redondo, "Perfiles filosóficos políticos", Taurus, Madrid, 2000.

- Habermas, Jürgen, *Legitimationprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973.
- Habermas, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Heinemann Educational Books, London, 1976.
- Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.
- Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.
- Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983.
- Habermas Jürgen, *Rationalität: Philosophische Beiträge*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984.
- Habermas, Jürgen, *Der philosophische Diskurs der Moderne : Zwölf Vorlesungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985.
- Habermas, Jürgen, *Die neue Unübersichtlichkeit, Kleine politische Schriften V*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1985. Existeix una traducció castellana, Ramón García Cotarelo, “Ensayos Políticos”, Península, Barcelona, 1988.
- Habermas, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.
- Habermas, Jürgen, *Die nachholende Revolution: Kleine politische Schriften VII*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990.

- Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.

- Habermas, Jürgen, *Recht und Moral* (Tanner Lectures 1986), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992. Edició traduïda al Francés, *Droit et Morale*, Traces Écrites, Paris, 1997.

- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992. Obra Traduïda al castellà, Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* Trotta, Madrid, 2001.

- Habermas, Jürgen, *Die Normalität einer Berliner Republik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.

- Habermas, Jürgen, *Israel o Atenas, ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, Trotta, Madrid, 2001.

- Habermas, Jürgen i Derrida, Jacques, *Le Concept du 11 septembre, Dialogues à New York*, Galilée, Paris, 2004.

- Habermas, Jürgen, *Zwischen Naturalismus und Religion, Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005.

- Habermas, Jürgen; *Der gesplittene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, traduït al castellà per José Luis López de Lizaga, *El occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.

- Hegel, G. W *Phänomenologie des Geistes*, Reclam, Ditzingen, 1807, (ed.1988), també hem treballat amb la versió castellana traduïda per Wenceslao Roces, *Fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1.ª edició en espanyol 1966, (7^a reimpressió, 2000)
- Hegel, G. W *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolafachen Buchandlung, Berlin, 1821. Al present treball hem fet servir la versió publicada per Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.
- Heller, Agnes, *Critica de la Ilustración*, Península, Barcelona, 1984.
- Heller, Agnes, *Can Modernity survive?* University California Press, Berkeley,1990.
- Hennis, W, *Modernity and Politics in the work of Max Weber*, Routledge, New York, 1992.
- Hansen, Mogens Herman, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Bristol Classical Press, London, 1999.
- Herzog, Don, “Democratic Credentials” *Ethics*, Vol. 104, No.3 (Apr. 1994), pp. 467-479.
- Horkheimer, Max, *Der neueste Angriff auf die Metaphysik*, ZfS VI, I (1937).
- Horkheimer, Max, *Eclipse of Reason*, Oxford University Press, 1947, Hem fet servir la publicació en anglès de Continuum International Publishing Group, New York, 1974.
- Horkheimer, Max, *Kritische Theorie*, Vol I, Fischer, Frankfurt am Main, 1968. (ed. De Europäische Verlagsanstalt, 2002).
- Horkheimer, Max, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, S. Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1969, (ed. 1995).
- Horwitz, Morton J, “The Constitution Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism” *Harvard Law Review* 107 (1993); 32-117.
- Ibáñez i Puig, Xavier, “Yves Charles Zarka, Hobbes et la pensée politique moderne” *Anuari de la Societat Catalana de Filosofia*, Vol. 12, 200, p. 81-95.
- Jay, Martin, *The Dialectical Imagination, A history of the Frankfurter School and the Institute of Social Research, 1923-1950*, University of California Press. Berkeley, 1973.
- Jimenez Redondo, AAVV, *Teoria de la racionalidad en la obra de Jürgen Habermas*, Fundación de investigaciones Marxistas, Madrid, 1988.

- Jiménez Redondo, Manuel. En Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. introducción y traducción, Trotta, Madrid, 2001.
- Jiménez Blanco, José, AAVV, *Sobre la disputa del positivismo en la sociología alemana*, Tecnos, Madrid, 1978.
- Jiménez Blanco, José y C. Moya, *Teoria Sociológica Contemporanea*, Tecnos, Madrid, 1978.
- Kellner, Douglas, Introducció a l'obra Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man*, Beacon Press, Boston, 1991.
- Kettner, Matthias, *Zur Anwendung der Diskursethik in Recht, Politik und Wissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- Kettner, Matthias, *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.
- Kelly, Michael, *Critique and Power, Rescating the Foucault/Habermas debate*, MIT Press, Boston, 1994.
- Kymlicka, *Multicultural Citizenship, A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press Inc, New York, 1995.
- Kymlicka, *Liberalism Community and Culture*, Oxford University Press, New York, 1989.
- Kymlicka, *A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, New York, 1995.
- Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, New York, 2001.
- Lamo de Espinosa, Emilio, *Teoria de la cosificación, de Marx a la escuela de Frankfurt*, Alianza. Madrid, 1981.
- Lamo de Espinosa, E. i J. E. Rodríguez Ibáñez, *Problemas de teoría social contemporánea*, CIS, Madrid, 1994.
- Lastra, Antonio, *La Naturaleza de la Filosofía Política, Un ensayo sobre Leo Strauss*, Res Pública, Murcia, 2000.
- Lorenzen, A, "Story's Commentaries on the Conflict of Laws: One Hundred Years after", *Harvard Law Review*: Vol. 48, N°.1 (Nov. 1934) pp. 15-38.

- Lübbe, Weyma, Legitimität kraft Legalität, Sinnverstehen und Institutioneanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1991.
- Lukács, Georg, *Geschichte und Klassebewusstsein. Frühschriften II, Ban II'*, Luchterhand, Darmstadt, 1968, (ed. 1977).
- Lukács, Georg, *Gelebtes Denken*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, (ed. 1997).
- Luni, Gregorio, *El neoconservadurisme americà*, Angle – Idees, Barcelona, 2006.
- Marcuse, Herbert, *One – Dimensional Man*, Beacon Press books, Boston, 1968, (ed. de 1991).
- Marcuse, Herbert, *Reason and Revolution. Hegel and the rise of Social theory*, Humanity Books, Boston, 1960, (ed. 1999)
- Marcuse, Herbert, *Eros and Civilization. A philosophical inquiry into Freud*, Beacon Press, Boston, 1953. (ed. 1978).
- Marcuse, Herbert, *Kultur und Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1965. D'aquesta obra hi ha una traducció en català de Jordi Moners i Sinyol, Edicions 62, Barcelona, 1971.
- Mc Carthy i AAVV, *Habermas y la Modernidad*, Catedra, Madrid, 1998.
- Meier, H, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, Luchterhand, Nieuwied, 1976.
- Melkevik, B, *Rawls ou Habermas, une question de Philosophie du droit*, Bruylant, Les Presses de L'Université Laval, Saint Nicolas (Québec), 2001.
- Michelman, Frank I, *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- Michelman, Frank I, “ The Problem of Constitutional Interpretative Disagreement: Can Discourses of Application Help? In Habermas and Pragmatism” a M. Aboulaflia, M. Bookman i C.Kemps eds. 2002
- Michelman, Frank I, Morality, Identity, and “Constitutional Patriotism a Habermas and Pregamatism 113, a M. Aboulaflia, M. Bookman i C.Kemps, Routelegde, New York 2002.
- Michelman, Frank I, “The rule of law, Legality and the Supremacy of the Constitution” *Constitutional Law of South Africa* 11-4, Juta, 2005.
- Monserrat Josep, *El polític de Plató. La gràcia de la mesura*, Barcelonesa d'edicions, Barcelona, 1999.

- Monserrat Josep, “Bartomeu Forteza, L’objectivitat a la filosofia lingüística de Thomas Hobbes”, *Anuari de la Societat Catalana de Filosofia*, Vol. 12, 2000, P. 97 – 110.
- Moya, C, *Razón dialéctica y razón analítica en las ciencias sociales*, Teorema, Barcelona, 1971.
- Muguerza, j, *Teoría Crítica y razón práctica- A proposito de J. Habermas*, Sistema, 3, Madrid, 1973.
- Muguerza, *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977.
- Nebelsky, Jennifer, “The Puzzle of Modern Constitutionalism”, *Ethics*, Vol. 104, (Apr., 1994), pp. 500 –515.
- Negri, Antonio i Hart, Michael, *Empire*, Havard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- Neumann, Franz, *Behemoth: The structure and practice of national Socialism, 1933-1944*, New York.(1944)
- Outhwaite, William, *The Habermas Reader*, Cambrigde Polity Press, Cambrigde, 1996.
- Ovejero Felix y Gargarella, R, *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Poblet, Marta, “Las formas retóricas del discurso jurídico. Una descripción etnográfica”, Working Paper, núm. 147, Barcelona, 1998.
- Pont Vidal, J. “El model sistèmic de C. Offe i J. Habermas. Elements per a l’estudi analític i comparatiu dels moviments socials” *Perspectiva Social*, núm.39, pp. 15-39.
- Pont Vidal, J.“La Concepció dels Moviments Socials en la teoria de Jürgen Habermas”a www.iecat.net.
- Proudhon, P-J, *Qu’est-ce que la propriete?*, Tops / H. Trinquier. Antony. Paris, 1997. (1840).
- Posner, Richard. A., “Democracy and Dualism”, *Transition*, No. 56., pp. 68-79, 1992.
- Rasmusen, David, *Universalism and Communitarism*, MIT Press edition, Cambrigde, Massachusetts, 1995.

- Rawls, John, *The Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.
- Regh, W, "Discourse and the moral point of view: Deriving a Dialogical Principle of Universalization", *Inquirí*, 34, 1994, pp 27-48; Id., *Insight and Solidarity, The idea of a Discourse Ethics*, Doctoral Thesis, Northwestern University, Evanston, 1991
- Ritzer, G, *Teoría sociológica contemporánea*, McGraw-Hill, Madrid, 1993.
- Robles, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid, 1982.
- Rorty Richard, i AAVV, *Habermas y la Modernidad*, Cátedra, Madrid, 1988.
- Rosenfeld, Michael i Arato, Andrew : *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchange*, University of California Press, Berkeley, 1998.
- Schluchter, W, *Wertfreiheit und Verantwortungsethik, zum Verhältnis von Wissenschaft und Politik bei Max Weber*, Mohr, Tubinga, 1971.
- Schluchter, W., *Max Webers Studie über das antike Judentum*, Surhkamp. Frankfurt am Main, 1981.
- Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncler & Humblot, Berlin, 1988 (3ª Edició).
- Schmitt, Carl, *Politische Theologie, Bd.1, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Schmitt, Carl, *Der Hutter der Verfassung*, Duncler & Humblot, Berlin, 1931, (8ª edició 1996).
- Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politische*, Duncler & Humblot, Berlin, 1932, (7ª edició 1996).
- Schmitt, Carl, *Die Verfassungslehre*, Duncler & Humblot, Berlin, 1928, (22ª edició 1996).
- Schmitt, Carl, *Legitimität und Legalität*, Duncler & Humblot, Berlin, 1932, (4ª edició 1996).
- Schmitt, Carl, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncler & Humblot, Berlin, 1922, (7ª Edició 1996).
- Schmitt, Carl, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Duncler & Humblot, Berlin, 1970, (4ª Edició 1996).

- Simon, J, “Between Power and Knowledge: Habermas, Foucault, and the Future of Legal Studies”, *Law and Social Review*, 28.4 (1994), p. 947 i ss.
- Sitton, John, *Habermas and Contemporary Society*, Palgrave Macmillan, Nova York, 2003.
- Smith, Steven B, *Reading Leo Strauss, Politics, Philosophy, Judaism*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- Strauss, Leo, *La Ciutat i l’Home*, Barcelonesa d’edicions, Barcelona, 2000.
- Strauss, Leo, *El problema de Socrates*, Portic, Barcelona, 2006.
- Strauss, Leo, *Socrate et Aristophane*, L’Éclat, Paris, 1993.
- Stuart Mill, John, “*Considerations on Representative Government*” a *On Liberty and Other Essays*” Oxford World’s Classics. Oxford. 1991. (1861)
- Tarr, G. Alan, “Direct Democracy and State Legislatures”, presentat a meeting anual de la National Conference of State Legislatures, Nashville, TN. 2005.
- Tarr, G. Alan, “For the People: Direct Democracy in The State Constitutional Tradition”, publicat pel *Center of Constitutional Studies*, de la Rutgers, State University of New Jersey. 2006.
- Taubes, Jacob, *Teologia política de Pau*, Barcelonesa d’Edicions, Barcelona. 2005. *La Théologie politique de Paul, Schmitt, Benjamín, Nietzsche et Freud*, Édition du Seuil, 1999.
- Taylor, Charles, *Sources of the Self, the Making of the Modern Identity*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989.
- Teubner, G, “901 De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics”, *Cardozo Law Review*, 901, 1996. p. 2.
- Tormey, Simon, *Agnes Heller, Socialism, autonomy and the postmodern*, Manchester University Press, Manchester, 2001.
- Thigpen, Robert B. i Downing, Lyle A. “Liberalism and the neutrality principle”, *Political Theory*, Vol. 11, No 4 (nov. 1993).
- Tucídides, *Història de la guerra del Peloponés Vol.I*, Bernat Metge, Barcelona.
- Tushnet, Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2003.

- Vargova, Mariela, “Democratic Deficits of a Dualist Deliberative Constitutionalism: Bruce Ackerman and Jürgen Habermas”, *Ratio Juris*, Vol. 18. Issue 3. pag. 365.
- Velasco, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho, sistema jurídico y democracia en Habermas*, Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Villa, Dana R. "Postmodernism and the Public Sphere." *American Political Science Review*, Vol. 86, No. 3,1992.
- Von Schomberg, René i Baynes, Kenneth: *Discourse and Democracy, Essays on Habermas's Between Facts and Norms*, States University of New York Press, Albany, 2002.
- Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Walker, Neil, “After the Constitutional Moment”, *The Federal Trust for Education & Research*, Online Paper 32/03.
- Weber, Max., *Wirtschaft und Gessellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1922. Traducció en llengua castellana, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura económica. Buenos Aires. 1944
- Weber, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*”, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1904, Edició traduïda al castellà “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- Wellmer, *Praktische Philosophie und Theorie der Gessellschaft. Zum Problem der normativen Grundlagen einer kritischen Sozialwissenschaft*, Univ. Verlag, Kontanz, 1979, (edi. 1993).
- Wellmer, *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985.
- Wellmer, Albrecht, “Models of freedom in the Modern World”, *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, Michael Nelly, MIT Press, Cambridge, Mass., 1990,
- Welmer, Albrecht, *The Persistente of Modernity*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 1991.
- Wiggerhaus, Rolf, *Die Frankfurter Schule, Geschichte Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung*, Deutsche Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1988.
- White, Stephen K. *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

- Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, New Jersey, 1990.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid. 2005.

ENTREVISTES I ALTRES DOCUMENTS

- “*Political Culture in Germany since 1968*”. Entrevista de Jürgen Habermas amb el Dr. Rainer Erd, publicada al diari “*Frankfurter Rundschau*”.
- Carta que Habermas dirigeix a Tito, a l’any 1974, publicada per “*The New York Review of Books*”, vol. 22, número 1, Febrer de 1975.
- Habermas a Enrico Pattaro a “*Filosofia del Diritto. Diritto. Scienza giuridic*”, CLUEB, Bologna, 1978
- Entrevista a Jürgen Habermas, publicada al Diari “*Die Neue Gesellschaft: Frankfurter Hef*” t 4, April, 1989, publicada per David Rasmussen. *Universalism vs. Communitarism Comtemporany Debates in Ethics*, al capítol de l’obra “*ethics, politics and history an interview with Jürgen Habermas conducted by Jean Marc Ferry*”, pp. 209 i ss, the MIT Press 1990, Cambridge, Massachusetts.
- “Towards a Communicative – Concept of Rational Collective Will Formation: A Thought – Experiment”. *Ratio Juris*, 2: 144-154.
- Article a publicat a *New German Critique*, núm. 52, “Yet Again: German Identity – A Unified nation of angry DM – Burghers?”, 1991.
- Entrevista d’Adam Krzeminski i Jürgen Habermas, a “*The New York Review of Books*”, vol. 41,. Numero 6, de 24 de març de 1994. Entrevista que va aparèixer

publicada per primera vegada el 12 de desembre de 1993, al diari alemany Die Zeit i a la revista polonesa *Polityka.*, i que ha sigut traduïda de l'alemany a l'anglès per Rodney Livingstone.

- “Israel y Atenas o ¿a quién pertenece la razón anamnética? Sobre la unidad en la multiplicidad multicultural”, *Isegoría*, 1994, nº10, pp. 107-116.
- Habermas, Jürgen “Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung”. Article publicat a la revista *Neue Rundschau*, núm. 108. 1997. “Dialektik der Aufklärung Glanz und Elend eines Buches”, p. 60 i ss.
- Habermas, Jürgen, “On law and Disagreement. Some Comments on Interpretative Pluralism”, *Ratio Juris*. Vol. 16, núm 2, 2003, pp. 187-194.

COMUNICACIONS

Josep Monserrat, “La segunda navegación: de los legisladores a la doble fundamentación de la ley”, defensada al congrés *Law and Liberty, Ethics and Philosophy for the XXI Century*”, Barcelona 2005.

- Josep Monserrat i Antoni Abad i Ninet, “Las influencias de la obra de Hannah Arendt en el concepto de revolución de Bruce Ackerman”, defensada al congrés internacional. Centenario Hannah Arendt: Entre el presente y el futuro (Universidad Autónoma de Madrid, 29 de noviembre – 1 de diciembre de 2006).
- Josep Monserrat i Antoni Abad i Ninet, Presentació del projecte sobre «La Identitat Col·lectiva Catalana» a la Jornada Científica de l'Institut d'Estudis Catalans «Filosofia i ontologies culturals». El projecte «Philosophy and Catalan Intellectual History» (desembre 2005).

- Adrià Rodés i Antoni Abad i Ninet, “Asymmetry in the Spanish State’s model of Territorial organisation”, *VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 june 2007*.
- Josep Monserrat i Antoni Abad i Ninet, “*Sobre la Identitat Catalana*”, acceptada per al *Training Seminar 2007*, 29 i 30 d’octubre, *¿Producción y Reconocimiento o apropiación de lo cultural?*, CIDOB, Barcelona, 2007.

PÀGINES WEB

- www.habermasonline.org/
- www.habermasonline.net
- www.helsinki.fi/~amkauppi/hablinks.html
- www.msu.edu/user/robins11/habermas/
- www.csudh.edu/dearhabermas/default.htm
- www.habermas.org/
- www.philosophenlexikon.de/habermas.htm
- www.unimagdeburg.de/iphi/aktuelles/Habermas2.html
- idp.uoc.edu
- lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/habermas.htm
- www.erraticimpact.com/~20thcentury/html/habermas.htm
- home.cwru.edu/~ngb2/Authors/Horkheimer.html
- history.berkeley.edu/faculty/Jay/
- plato.stanford.edu/entries/adorno
- www-camlaw.rutgers.edu/statecon/frontpage.html
- www.cudenver.edu/~mryder/itc_data/postmodern.html
- www.erich-fromm.de

- www.instfromm.org
- www.lukacs-gesellschaft.de
- www.marxists.org/archive/lukacs
- www.marcuse.org/
- www.marxists.org/reference/archive/marcuse/
- www.phillex.de/frankf-m.htm
- www.philosophypages.com/dy/f9.htm
- www.ucm.es/info/eurotheo/bibliografia/teoriacritica.htm
- www.uta.edu/huma/illuminations/
- www.tu-harburg.de/rzt/rzt/it/kritik/node6.html
- www.uni-potsdam.de/u/paed/Flitner/Flitner/Weber/ 1999
- <http://psicomundo.com/foros/psa-marx/teoriacritica/generacion2.htm>
- www.un.org
-
- http://www.auswaertigesamt.de/www/es/aussenpolitik/vn/vereinte_nationen/d_im_sicherheitsrat/vetorecht_html.
- Kirkus Reviews, 1991, Kirkus Associates, L.P. comentario a "We the People" – www.amazon.com