

# La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En torno a *Faktizität und Geltung*<sup>1</sup>

OSCAR MEJÍA QUINTANA<sup>2</sup>

## Resumen

Este ensayo presenta una interpretación de las teorías sobre ley y democracia desarrolladas por Habermas en *Faktizität und Geltung* (1992), como producto de cuatro estrategias teóricas complementarias. La ley es concebida como único medio postconvencional para reconstruir el vínculo social desintegrado. Por ello, la reconstrucción discursiva de la ley y de la democracia constitucional -fundada en un nuevo paradigma procedimental, reflejo en ambos casos del poder comunicativo de la opinión pública-, constituye la opción más apropiada para resolver las dicotomías entre sistema y mundo de la vida, hechos y normas, así como los problemas de legitimación característicos de las sociedades contemporáneas, liberales y tradicionales.

## Abstract

This essay presents an interpretation of the theories of law and democracy developed in J. Habermas' *Faktizität und Geltung* (1992) as a product of four complementary theoretical strategies. Habermas conceives the law as the only post-conventional medium through which the disintegrated social bond can be remade. The discursive reconstruction of the law and of constitutional democracy -based upon a new procedural paradigm that reflects the communicative power of public opinion in both cases-, constitutes the most appropriate option for resolving the dichotomies between system and lifeworld, facts and norms, and the problems of legitimization characteristic of contemporary societies, both postliberal and traditional.

## 1. TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO.

En su último libro, *Facticidad y Validez: Apuntes para una Teoría Discursiva del Derecho y del Estado de Derecho Democrático*<sup>3</sup>, Habermas ha planteado un nuevo paradigma discursivo-procedimental del derecho, así como un modelo normativo de democracia participativa, el cual complementa en muchos aspectos el paradigma consensual del derecho de John Rawls (Cfr. Mejía, 1996).

En efecto, la importancia de la teoría del derecho de Habermas proviene de la convergencia de tres problemáticas diferentes: en primer lugar, por cuanto

<sup>1</sup> El presente escrito es parte del estudio *Derecho, Legitimidad y Democracia* adelantado por el autor con el apoyo del Programa de Estímulos a Investigadores de COLCIENCIAS.

<sup>2</sup> Exdirector y profesor del Área de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Filósofo (U. Nacional), especialista en Filosofía Contemporánea (Georgetown University, Washington D.C.), M.A. y Ph.D. en Filosofía Política y Filosofía del Derecho (Pacific Western University, Los Angeles, CA). Actual becario del Programa de Estímulo a Investigadores de COLCIENCIAS.

<sup>3</sup> Las citas a la obra en este estudio son una traducción libre de la versión en inglés, con fines netamente expositivos, del autor de este ensayo. El ensayo se apoya también en apuntes y traducciones libres al español de la obra en alemán del profesor Guillermo Hoyos (Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia).

ella representa un giro radical frente a la valoración que la teoría marxista clásica había hecho del derecho, considerándolo como una derivación superestructural de una formación económico-social dada, cuya única función era la de garantizar el dominio de clase y la supervivencia de una estructura económica como la capitalista (Cfr. Hoyos, 1993).

En segundo lugar, porque ella institucionaliza, por decirlo de alguna forma, una discusión filosófica que Habermas se había esforzado por abrir desde los inicios de su obra con la tradición anglosajona y americana, relegada siempre por la discusión continental europea, polarizada entre la “filosofía” alemana y el “pensamiento” francés. Habermas ha roto el cada vez más estrecho círculo de la reflexión filosófica germana para entablar un fructífero diálogo con la teoría jurídico-constitucional, tanto alemana como anglosajona, así como con el pensamiento filosófico angloamericano, en cabeza de varios de sus principales protagonistas entre los que se cuentan Rawls, Dworkin, Perry, Sandel, Walzer, Taylor entre tantos otros.

En tercer lugar, su teoría del derecho resuelve el conflicto mismo que el desarrollo teórico de Habermas no había podido superar entre sistema y mundo de la vida por considerar que la sola acción comunicativa bastaba para resolver las mediaciones dilemáticas entre ambas esferas, sin acudir al derecho como instrumento de reconciliación social. El giro que representa su propuesta de un paradigma discursivo del derecho constituye el reconocimiento de que los procedimientos jurídicos, en tanto sus contenidos garanticen la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida, puede ser el elemento más eficaz para rehacer el lazo social desintegrado desde una posición dialógica que supere los límites del paradigma monológico de la modernidad.

Este ensayo busca reconstruir la propuesta de una teoría discursiva del derecho y la democracia a partir de una interpretación sistemática de los cuatro planteamientos estratégicos presentados en *Faktizität und Geltung* (Cfr. Habermas, 1996.), mostrando respectivamente el papel de mediador e integrador social que el derecho asume en las sociedades postliberales (2), la reconstrucción discursiva que ello supone del derecho (3) y la democracia (4), donde la opinión pública se constituye en el actor principal de la acción política y la interpretación jurídica, y, finalmente, el paradigma discursivo-procedimental sobre el que todo ello se fundamenta (5).

## 2. DERECHO E INTEGRACIÓN SOCIAL.

### 2.1. El derecho como mediador social.

En un primer planteamiento estratégico (Cfr. Habermas, 1996, p. 1-41 y 42-82) [capítulos 1 y 2], Habermas problematiza la relación entre el derecho y la moral en la perspectiva de fundamentación del estado constitucional. Ambos proveen una solución para superar la tensión interna y externa entre hechos y

normas, entre la dimensión coercitiva y la dimensión legitimatoria de la ley, entre la dimensión comunicativa y la dimensión sistémica de la integración social.

El derecho es el único instrumento social que sobrevive después de la racionalización y desencantamiento de las imágenes unitarias tradicionales del mundo. Pero, pese a su acción reguladora del mundo de la vida, su dinámica jurídico-procedimental obedece más a los imperativos sistémicos que a los socio-culturales, lo cual no sólo lo convierte en el medio de colonización interna del sistema por excelencia sino en la causa material del progresivo horadamiento y deslegitimación de las preformas y formas sociales existentes, tanto de sociedades tradicionales como complejas.

La racionalización del derecho y la colonización del mundo de la vida producen la relativización de las estructuras convencionales de legitimación que, ante la desaparición del marco institucional existente, dejan a la sociedad en su conjunto sin elementos de legitimación adecuados. La fórmula weberiana de “fe en la legalidad” no es suficiente para satisfacer los enormes déficits de legitimación de las sociedad contemporánea (Cfr. Habermas, 1996, p. 26 y ss.).

Por su posición onmimediadora en la sociedad moderna, el derecho sigue siendo el único instrumento y el ámbito social exclusivo desde el cual replantear la integración social y reconstruir los presupuestos de legitimidad que fundamenten de nuevo el lazo social desintegrado. El derecho debe ser, pues, concebido como la categoría de mediación social entre hechos y normas o, en otras palabras, entre el mundo de la vida y los subsistemas funcionales económico y político-administrativo. La tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos sólo puede resolverse, en un mundo desencantado postindustrial, a través del derecho, exclusivamente (Cfr. Habermas, 1996, p. 37 y ss.).

Sin embargo, los procedimientos de producción de normas legales, aunque complementarios, deben ser independientes de los procedimientos de racionalidad práctica. De allí la inevitable tensión que el derecho debe soportar y conciliar para lograr la integración social: tensión entre la multiplicidad de formas mundo-vitales y la positividad funcional-sistémica de la ley y sus necesidades de justificación (Cfr. Habermas, 1996, p. 40).

## 2.2. Sociología y filosofía del derecho.

Esta tensión, propia del desencantamiento social del derecho, entre mundo de la vida y sistema se ha puesto de manifiesto en la sociología jurídica en una dicotomía casi insuperable entre los subsistemas socio-cultural y el económico y político-administrativo, en la medida en que el primero queda supeditado a los impulsos funcional-sistémicos de los segundos. Ello no es sino la prueba

de la sobredimensionalización burocrática del estado y la economía modernas, por encima del potencial participativo y democrático de la sociedad, como ya Weber lo había anticipado (Cfr. Habermas, 1996, p. 42).

Entre las perspectivas objetivistas con que esta problemática ha sido abordada, Habermas rechaza la postura autopoética de Luhmann mostrando lo complejo de la relación entre sistema y mundo de la vida. Luhmann ve el derecho, la economía, la política y la moral como diferenciados y autorreferidos mientras que Habermas rechaza su pretendida autonomización, así como la pretensión de que tales subsistemas no requieran fundamentación normativa (Cfr. Habermas, 1996, p.50).

Pero tampoco es en la vuelta al iusnaturalismo racional ni en la proclama kantiana a la moral del deber desde donde puede refundamentarse normativamente la legitimidad de la sociedad moderna, señala Habermas frente a Rawls, como también frente a Dworkin y Rorty, si bien hay que saber desprender de estas propuestas los impulsos postconvencionales de re legitimación de un mundo desencantado como el contemporáneo (Cfr. Habermas, 1996, p. 56 y ss.).

El déficit de legitimación que no alcanza a satisfacerse en la variante weberiana de “fe en la legalidad” del derecho moderno, un derecho en todo caso desacralizado, logra, sin embargo, encontrar en la teoría de Talcott Parsons la dirección de su eventual solución: el derecho como tal, antes que la legitimación procedural o la autolegitimación sistémico-funcional, debe proporcionar la clave de la re legitimación de las sociedades contemporáneas, entendidas estas como tradicionales en transición estructural o postliberales.

Por eso, frente a Weber, y a Marx por supuesto, Habermas considera que Parsons intenta corregir las desviaciones conceptuales de la teoría jurídica de aquellos concibiendo al derecho como la **esfera central de la integración social**, capaz no solo de garantizar la funcionalidad sistémica sino también, por su intermedio, de fundamentar normativa e intersubjetivamente las relaciones abstractas y institucionalizadas de la sociedad:

“Los mensajes normativamente substantivos pueden circular a través de la sociedad solamente en el lenguaje del derecho [el subrayado es mio]. Sin su traducción al complejo código legal que está abierto igualmente al mundo de la vida y al sistema, esos mensajes caerían en los oídos sordos de los medios-guías de las esferas de acción. El derecho entonces funciona como un “transformador” que, antes que todo, garantiza que la red comunicativa de la integración social se tienda a través de la sociedad como un todo tejido conjuntamente” (Cfr. Habermas, 1996, p. 56).

De esta manera, la pluralidad de culturas y subculturas, de clases y fracciones de clase, de visiones omni-comprehensivas, cuya fragmentación exacerba la gobernabilidad de las sociedades contemporáneas, tanto tradicionales en transición como modernas, se ve conciliada a través de un mecanismo común, el derecho, que recoge en su normación el mínimo consenso normativo de la

ciudadanía y lo plasma en regulaciones sistémico-funcionales que, al emanar de su dinámica intersubjetiva, permite reconstruir y consolidar el lazo social desintegrado por la racionalización moderna del derecho.

### 3. RECONSTRUCCIÓN DISCURSIVA DEL DERECHO.

#### 3.1. El sistema de derechos.

En un segundo planteamiento estratégico (Cfr. Habermas, 1996, p. 82-131 y 132-193) [capítulos 3 y 4], el objetivo central será el intento de reconstrucción discursiva del derecho y de fundamentación normativa del estado constitucional a través de un sistema universal de derechos. Se trata de superar la construcción monológica del derecho por medio de una reconstrucción dialógica en la cual el principio discursivo pueda proveer un criterio procedural-argumentativo de validez normativa, en cuyo intento han fracasado varias de las más relevantes teorías filosóficas, jurídicas y sociológicas contemporáneas del derecho.

Aunque se mantiene críticamente arraigado en la tradición de la filosofía práctica kantiana y, en menos intensidad, del contrato social en la línea de Rousseau, Habermas replantea las dos ópticas jurídicas por la necesidad de encontrar parámetros contrafácticos que permitan una reconstrucción adecuada del derecho. De ambas tradiciones iusfilosóficas rechaza la construcción no intersubjetiva de su planteamiento, en particular de la de Rawls sobre la justicia como equidad que traslada el esquema monológico del moralismo kantiano a la teoría del contrato social.

Además, ninguna de estas ha logrado concebir la **dualidad estructural** que posee la validez del derecho y la cual constituye la tensión interna entre hechos y normas, entre legalidad y legitimidad. La validez legal relaciona las dos caras de esta tensión en una interrelación que hace del derecho, por una parte, en tanto hecho social, forzosamente coercitivo a fin de garantizar los derechos ciudadanos y, por otra, en tanto procedimiento para conformar la ley, abierto a una racionalidad discursiva legitimatoria, democraticamente organizada. El procedimiento legítimo de hacer leyes es válido cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos a través de procesos participativos legalmente constituidos e institucionalizados (Cfr. Habermas, 1996, p. 83 y ss.).

La reconstrucción de la teoría del derecho exige la diferenciación de moral y derecho. Las normas morales y las normas legales, aunque diferentes son complementarias, como complementaria es la relación que puede establecerse entre la ley natural y la ley positiva. La teoría del discurso, a través del Principio Discursivo (Principio D), concebido en su grado más alto de abstracción, aborda los conflictos legales, morales y políticos desde una misma perspectiva. Provee en todos los casos un **procedimiento discursivo imparcial** que puede ofrecer soluciones legítimas para todos los participantes en un discurso práctico. Las

diferencias residen en los tipos de argumentos que se requieren en cada dominio: los argumentos morales se resuelven por consenso; los argumentos legales por compromiso y negociación y los argumentos políticos por la regla de mayoría (Cfr. Habermas, 1996, p. 105).

Habermas, con Rawls, amarra al criterio de unanimidad la determinación del principio participativo, concibiendo la regla de mayoría como una derivación de la primera. El **Principio de Democracia** es, pues, supeditado a la unanimidad, es decir, al consenso mínimo normativo, antes que a la mayoría. El acuerdo unánime es una condición para la realización de la ley. El **Principio de Legitimidad** supone, pues, un consenso de la ciudadanía, de acuerdo al principio discursivo, en el marco de procedimientos legalmente institucionalizados (Cfr. Habermas, 1996, p. 108).

En el marco de una teoría del discurso, moral, derecho y política son, pues, mutuamente complementarios. De allí la necesidad de imparcialidad entre las diferentes concepciones de bien existentes en una sociedad. Pero no entre todas las existentes, pues muchas se automarginan de tales procesos, sino entre todas las que se proyecten como representativas en una sociedad multicultural. El procedimiento discursivo es el producto de una visión pluralista del disenso sustantivo entre individuos y grupos sociales.

Este procedimiento postconvencional, que no puede ser limitado al proceduralismo sustancial del derecho sacro tradicional y al iusnaturalismo, como tampoco al proceduralismo procesal de la modernidad y al iuspositivismo, pero que sin embargo los integra en una nueva dimensión, es necesariamente crítico y se fundamenta en un listado de **derechos básicos**, garantizados en y por los mismos procedimientos institucionalizados, y cuyo objetivo esencial debe ser la plena realización de la autonomía política de la ciudadanía, como fuente original de aquellos:

“El principio discursivo intenta asumir la forma del principio de la democracia solamente por medio de la institucionalización legal. El principio de la democracia es lo que entonces confiere fuerza legitimante al proceso legislativo. La idea clave es que el principio de la democracia se deriva de la interpenetración del principio discursivo y la forma legal. Comprendo esta interpenetración como una lógica génesis de derechos... Por lo tanto, el principio de la democracia solo puede aparecer como el corazón de un sistema de derechos” [el subrayado es mio] (Cfr. Habermas, 1996, pp. 120-121)

Los derechos fundamentales emergen como condiciones extrajurídicas jurídicamente institucionalizadas que hacen posible a la ciudadanía -en tanto individuos libres e iguales- la conformación de la ley. Habermas sintetiza así este catálogo de **derechos básicos**:

1. Derechos básicos que resultan de la elaboración políticamente autónoma del *derecho a la más amplia expresión posible de iguales libertades individuales*.

Estos derechos requieren los siguientes corolarios necesarios:

2. Derechos básicos que resultan de la elaboración políticamente autónoma del *estatus de miembro* en una asociación voluntaria de coasociados bajo la ley.

3. Derechos básicos que resultan inmediatamente de la *aplicabilidad* de derechos y de la elaboración políticamente autónoma de la *protección legal* individual.

Estas tres categorías de derechos son el producto, simplemente, de la aplicación del principio discursivo al procedimiento del derecho como tal, esto es, a las condiciones de la forma legal de una asociación horizontal de personas libres e iguales... Los anteriores derechos básicos garantizan lo que se llama la *autonomía privada* de los sujetos legales, en el sentido de que esos sujetos reciprocamente reconocen a cada otro en su rol de *destinatarios* de leyes... Sólo con el siguiente paso pueden los sujetos legales convertirse en *protagonistas* de su orden legal, a través de lo siguiente:

4. Derechos básicos a igual oportunidad para participar en procesos de opinión y formación de voluntad en los cuales los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y a través de la cual generen derecho legítimo.

Esta categoría de derechos está reflexivamente aplicada a la interpretación constitucional y a adelantar el desarrollo político o la elaboración de los derechos básicos abstractamente identificados de (1) a (4), para derechos políticos fundamentados en el estatus de ciudadanos activamente libres e iguales... Este estatus es auto-referente, hasta el punto de que capacita a los ciudadanos a cambiar y expandir su variedad de derechos y deberes, o “estatus legal material”, así como a interpretar y desarrollar, simultáneamente, su autonomía privada y pública. Finalmente, con la mirada en ese objetivo, los derechos designados atrás *implican* los siguientes:

5. Derechos básicos a la provisión de condiciones de vida que sean social, tecnológica y ecológicamente seguras, hasta el punto de que las actuales circunstancias hagan ello necesario para que los ciudadanos estén en igualdad de oportunidades para utilizar los derechos civiles consignados de (1) a (4) (Cfr. Habermas, 1996, pp. 122-123)

Este sistema de derechos, de carácter y validez universales, no define sólo derechos subjetivos: hacen parte, en la aplicación e interpretación que cada pueblo haga de ellos, de la cultura política a través de la cual su ciudadanía los incorpora a su vida cotidiana. La ley tiene su génesis en el poder comunicativo de los multiplicidad de sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida. El sistema de derechos, discursivamente concertado, democraticamente aprobado y legalmente concretado, concilia, a través del derecho comunicativamente concebido, la tensión entre la autonomía pública y privada de la ciudadanía (Cfr. Habermas, 1996, p. 130 y ss.).

### 3.2. Poder comunicativo y derecho.

Pero el anterior “marco metafórico”, expresión de una eventual asociación de ciudadanos en *statu nascendi*, no puede concretarse mientras el poder estatal no sea establecido y puesto en marcha, lo cual supone determinar sus fundamentos y las mediaciones inherentes que le dan sustento a su dinámica. Habermas problematiza el tipo de **relación interna entre el derecho y la política** para mostrar cómo su constitución co-original y su interpenetración conceptual permiten una base de legitimidad más amplia que requiere tanto de

canales legales para su sanción, como de poder ejecutivo estatal para su concreción (Cfr. Habermas, 1996, p. 133 y ss.).

La relación postconvencional entre el derecho y la política viene establecida por el hecho de que el derecho no recibe su sentido legitimatorio ni a través de la forma legal, en sí misma, ni por un contenido moral previamente determinado, sino por un procedimiento legislativo que engendra legitimidad en la medida en que garantiza discursivamente las perspectivas públicas de la sociedad en general. Esto lleva a considerar la vía legislativa, no solo como una rama entre los poderes del estado, sino como el medio por excelencia para la expresión discursiva de la opinión pública. Esta relación discursivo-procedimental entre el derecho y la política concibe el proceso legislativo como un proceso de interacción entre instituciones formales y estructuras comunicativas informales de la esfera pública (Cfr. Habermas, 1996, p. 135).

De esta manera, el derecho permite que el sistema administrativo sea atravesado por el **poder comunicativo de la sociedad**, concepto retomado criticamente por Habermas de Hanna Arendt, convirtiéndose así en un instrumento de integración social: el “sitio pasivo” al estado se transforma en dinámica comunicativa, mientras que el sistema de derechos limita los eventuales efectos patológicos de la integración sistémica. La tensión entre facticidad y validez se concilia a través del derecho.

Todo esto impone una diferenciación entre poder comunicativo, poder político y poder administrativo. El primero es la expresión de la dinámica discursiva de formación de la opinión pública a nivel de las diferentes formas y sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida. El segundo, es la manifestación institucional de ese poder comunicativo por medio de procedimientos democráticos legislativos que garantizan su autonomía discursiva y gracias a lo cual la voluntad pública se convierte, en la forma de leyes y políticas públicas, en poder administrativo de regulación sistémica.

El derecho es, entre las tres instancias, el **medium** que posibilita al poder comunicativo convertirse en poder político y transformarse en poder administrativo, siendo el estado de derecho legitimado tanto por los procesos discursivos de conformación de la opinión pública del primero como por los procedimientos de creación de leyes del segundo. El poder comunicativo se funda en el sistema de derechos que garantiza, jurídica y extrajuridicamente, la deliberación autónoma y la simetría discursiva, individual y colectiva, de la ciudadanía.

Habermas analiza el tipo de relación que se establece entre el **poder comunicativo y la génesis del derecho**. La interpenetración de la producción legal discursiva y el poder comunicativo se explica en la fuerza motivacional que la acción comunicativa de las comunidades posee en sus razones. El derecho, a diferencia de la moral, opera como un medio de auto-organización

legal de la comunidad, en determinadas condiciones sociales e históricas. A través de él, tienen una proyección realizativa muchas convicciones morales, fundidas con proyecciones teleológicas específicas.

Esto lleva a la necesidad de diferenciar tres órdenes, diferentes pero concatenados, que son relevantes para la formación de la voluntad política: además del moral, el ético y el instrumental. Los tres se articulan desde los procesos de formación de opinión de la voluntad pública. Lo cual significa que el derecho, pese a su relativo grado de concrecidad, no sólo concierne al contenido moral, sino también al sentido legal de su validez y al modo de su legislación. Es decir, en él y a través de él se combinan tres diferentes facetas de la razón práctica, tres diferentes maneras de justificación y aplicación del discurso relativo a las cuestiones sociales: el moral, el ético-político y el pragmático (Cfr. Habermas, 1996, p. 162 y ss.).

En esa dirección, el proceso legislativo debe agotar las siguientes instancias: primero, la determinación de **recomendaciones pragmáticas**, cuyo sentido del deber está orientado por la **elección libre** de decisiones instrumentales sobre la base hipotética de intereses y valores preferenciales por parte de los actores. Segundo, la definición de **objetivos ético-políticos**, cuyo sentido del deber está orientado por la realización de los patrones de **vida buena** de una comunidad específica, sobre la base de la interpretación hermenéutica de su cultura, tradición y proyecciones históricas. Tercero, la consideración de un **contexto normativo moral**, cuyo sentido del deber está orientado hacia la **autonomía de la voluntad**, sobre la base de una elección racional de validez universal que no sea contextualmente contingente.

Esto define tres niveles de discurso, argumentación y decisión legislativa: un primero, donde se estudian los aspectos pragmáticos, técnicos, específicos e instrumentales, de los diferentes sujetos colectivos sociales; un segundo, donde se consideran las diversas perspectivas ético-políticas alternativas de estos actores; y un tercero, donde se contrastan las diferentes opciones con un hipotético marco normativo universal. Lo anterior definiría un proceso de decisión legislativa regulado por dos tipos de compromisos argumentativos: el **regateo**, en los dos primeros niveles, y el **consenso**, en el tercero. El regateo se hace necesario para balancear intereses en conflicto aunque Habermas es claro en condicionar el mismo al marco normativo del consenso moral, regulado por el principio discursivo (Cfr. Habermas, 1996, pp. 166-167). Todo este procedimiento legislativo de formación discursiva de la voluntad pública culmina en resoluciones acerca de programas legales que deben ser formulados en el lenguaje del derecho, lo que obliga a una revisión jurídica desde el punto de vista del sistema legal, cerrando así el proceso en su conjunto (Cfr. Habermas, 1996, p. 168).

Lo anterior lleva a tener que precisar, desde la perspectiva de la teoría del discurso, los **principios del estado constitucional y la lógica de la separación de poderes**. Tales principios (principio de la soberanía popular, principio del pluralismo político, principio de la legalidad de la administración y principio de la separación entre estado y sociedad), productos de una opinión y voluntad públicas discursivamente estructuradas, materializan una simple idea: la de que la arquitectura organizacional del estado constitucional está hecha para la auto-organización autónoma de la voluntad política de una comunidad constituida por un sistema de derechos que garantiza la asociación igual y libre de coasociados bajo la ley (Cfr. Habermas, 1996, p. 176).

La clásica separación de poderes se explica, entonces, por la diferenciación de las funciones gubernamentales. De esta forma, la separación funcional de los poderes se basa en la lógica de la argumentación al interior de cada poder, abierta a la formación discursiva de la opinión y la voluntad públicas. Bajo el presupuesto de que el derecho debe ser fuente de legitimación normativa y no sólo un medio de autoridad política, el poder administrativo se mantiene enraizado con el poder generado comunicativamente. El derecho disuelve la esencia irracional de la violencia convirtiéndola en “regla de derecho”, a través de la cual se manifiesta la auto-organización políticamente autónoma de la comunidad (Cfr. Habermas, 1996, p.186).

#### 4. RECONSTRUCCIÓN DISCURSIVA DE LA DEMOCRACIA.

Un **tercer planteamiento estratégico** (Cfr. Habermas, 1996, pp. 287-328 y 329-387) [capítulos 7 y 8], estará dedicado a desarrollar una **teoría normativa de la democracia** por medio de un modelo discursivo-procedimental del proceso democrático que articula las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida.

La teoría del discurso busca mediar e integrar, en un nivel más amplio, dos visiones opuestas de la democracia contemporánea: de una parte, la **perspectiva liberal**, que reduce el proceso democrático a una negociación de intereses en el marco de procedimientos de voto y representatividad legislativa regulados por un catálogo de derechos individuales; y, de otra, la **perspectiva republicana**, que le confiere al proceso de formación de la opinión pública un carácter ético-político particular, delimitando la deliberación ciudadana a un marco cultural compartido.

La reconstrucción racional permite fundamentar la legitimación democrática superando las lagunas de las teorías convencionales, lo cual hace referencia, directamente, a la necesidad de replantear la democracia liberal. Esta -en cualquiera de las dos perspectivas anotadas- ha reducido la democracia a procesos de dominación o de retórica. Su reconstrucción supondría una síntesis entre las concepciones liberal-privada y republicano-comunitarista. Las

elecciones democráticas deben funcionar como instrumentos de racionalización discursiva de la opinión pública en torno a decisiones gubernamental-administrativas fundadas en procedimientos legales. Habermas desarrolla con esto un **modelo de democracia radical** alternativo al liberal y al comunitarista. La razón pública no es ejercida por el estado sino por la esfera de la opinión pública que configura el conjunto de ciudadanos y sujetos colectivos libres e iguales de una sociedad.

Para esto, Habermas se ayuda de un concepto de **sociedad holística** donde el principal papel del estado debe ser la neutralidad frente al conjunto de formas de vida y visiones competitivas del mundo, lo cual impone la necesidad de una reinterpretación discursiva del proceso democrático (Cfr. Habermas, 1996, p. 297 y ss). La categoría central viene a ser la de una soberanía popular proceduralizada y un sistema político anclado en la red de una esfera política pública de una sociedad descentrada. El éxito de una política deliberativa reside no sólo en una ciudadanía colectivamente activa sino en una institucionalización de los procedimientos y condiciones de comunicación públicas, así como en la interrelación de la deliberación institucionalizada con los procesos informales donde se crea y consolida esa opinión ciudadana (Cfr. Habermas, 1996, p. 300).

La **traducción sociológica** que la comprensión de un concepto de política democrática deliberativa requiere exige una reconstrucción diferente a la definición deflacionaria sugerida por Norberto Bobbio en su teoría de la democracia (Cfr. Bobbio, 1987), así como a la interpretación tecnocratizante de la democracia de la teoría de Robert Dahl (Cfr. Dahl, 1989). En ambas se desconocen las condiciones necesarias para un procedimiento democrático de toma de decisiones que integre la esfera comunicacional de la opinión pública como protagonista central del proceso (Cfr. Habermas, 1996, p. 304). Aunque, a diferencia de Bobbio y su definición mínima del proceso democrático, Dahl logra capturar el sentido deliberativo de los procedimientos democráticos contemporáneos, sus conclusiones abogan, no por la profundización deliberativa de la democracia sino, por el contrario, por un paternalismo tecnocrático contrario a la misma (Cfr. Habermas, 1996, p. 317).

Ante esto se impone el desarrollo de un **concepto de política deliberativa de dos vías**. La esfera pública opera, de una parte, como una red plural, abierta y espontánea de discursos entrecruzados de los diferentes actores ciudadanos, garantizada deliberativamente; y, de otra, gracias a un marco de derechos básicos constitucionales. Ambas condiciones posibilitan la regulación imparcial de la vida común, respetando las diferencias individuales de los diferentes sujetos colectivos y la integración social de una sociedad desencantada (Cfr. Habermas, 1996, p. 306 y ss). Esta doble característica de la política deliberativa que la hace oscilar entre la institucionalización democrática de la formación de la

voluntad pública y la formación informal de la opinión pública, exige la necesidad incondicional de que la detentación del poder se mantenga neutral con respecto a las concepciones de vida buena mutuamente incompatibles y en competencia, tal como como Rawls lo ha mostrado al determinar la prioridad de la justicia sobre aquellas (Cfr. Habermas, 1996, p. 314).

La sociedad civil y la opinión pública son el resultado de un proceso circular de poder comunicacional. Las crisis de racionalidad y legitimación se originan en la incapacidad del sistema político para hacer converger y poder preservar la integración social de sus perspectivas y determinaciones. Las decisiones burocráticas, las leyes y las políticas públicas emergen de operaciones dependientes del sistema administrativo y económico, sin relación con la esfera de la opinión pública y sin contemplar los intereses y situación mundo-vitales. El equilibrio de este desbalance depende de cómo la sociedad civil, a través de una esfera pública resonante y autónoma, desarrolle impulsos con suficiente vitalidad para empujar los conflictos desde la periferia hasta el corazón del sistema político.

En confrontación con otras versiones sociológicas de la democracia (Cfr. Elster, 1989; Willke, 1992), Habermas desarrolla un **modelo sociológico de circulación del poder político** que, gracias a las prescripciones constitucionales que garantizan el flujo del poder comunicacional social, permitan a la sociedad civil penetrar el sistema político-administrativo a través de una esfera pública politizada y beligerante. Modelo de política deliberativa cuyo resultado final debe ser un poder generado comunicativamente con una competencia dual sobre los actores sociales involucrados y el poder administrativo de la burocracia<sup>4</sup>.

A partir de una figura metafórica de “esclusas” entre la periferia-sociedad civil y el centro-estado, se trata de concebir toda una serie de mediadores sociales de lado y lado (organizaciones, universidades, medios de comunicación, partidos, elecciones, parlamento, sistema judicial, etc.) que, en la dialéctica entre **periferia externa y periferia interna**, permite ilustrar la idea de una circulación de poder, vital y móvil, la cual posibilita un flujo y reflujo permanente entre sociedad civil y estado y una reconversión de doble vía entre el poder comunicativo y el poder administrativo de la sociedad (Cfr. Habermas, 1996, pp. 355-356).

Todo esto lleva a redefinir las nociones de **sociedad civil, opinión pública y poder comunicativo** con el objeto de interpretar integralmente las estructuras internas de la esfera pública y su intrincada relación con el derecho y el sistema legal en las sociedades complejas.

<sup>4</sup> Modelo desarrollado por Habermas a partir de una revisión crítica de la propuesta de Bernard PETERS, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am Main: 1991.

**La esfera pública** se reconoce a través de las estructuras comunicativas de la sociedad, canalizando las cuestiones sociales políticamente relevantes pero dejando su manejo especializado al sistema político (Cfr. Habermas, 1996, p. 360). En tal sentido, no se refiere tanto a las funciones ni al contenido de la comunicación cotidiana como al espacio social que se genera en esa acción comunicativa. Este espacio social está compuesto por la amplia red de discursos públicos que se manifiestan en todo tipo de **asambleas** donde se van madurando opiniones sobre toda clase de asuntos que conciernen los intereses particulares de la ciudadanía. De allí que no pueda ser mesurable estadísticamente (Cfr. Habermas, 1996, p. 362).

El principal objetivo de la esfera pública es la lucha por expandir **influencia** política dentro de la sociedad, en torno a los asuntos específicos que convocan el interés generalizado de la sociedad en determinados momentos. Cuando tal influencia se ha extendido sobre una porción significativa de la ciudadanía, se evidencia la autoridad definitiva que la audiencia pública posee, en tanto es **constitutiva** de la estructura interna y la reproducción de la esfera pública (Cfr. Habermas, 1996, p. 364). Esta esfera pública sólo puede satisfacer su función de percepción y tematización de los problemas sociales tanto como posibilite la comunicación entre los actores potencialmente afectados. La esfera privada y la esfera pública encuentran su punto de contacto en aquellas experiencias individuales a través de las cuales se expresan las deficiencias sistémicas (Cfr. Habermas, 1996, pp. 365-366).

Por su parte, la **esfera de la sociedad civil** es un fenómeno recientemente redescubierto<sup>5</sup>, en una perspectiva muy diferente a la utilizada por la tradición liberal o marxista. A diferencia de la visión liberal que ve la sociedad como un conglomerado de individuos o de la marxista que la ve como expresión superestructural de una estructura económica, la sociedad civil, más en concordancia con la perspectiva hegeliana, debe interpretarse como

“... compuesta por esas asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente, y, estando atentos a la resonancia de los problemas sociales en las esferas de la vida privada, destilan y transmiten esas reacciones de una manera amplificada en la esfera pública” (Cfr. Habermas, 1996, p. 367).

Contra las interpretaciones dominantes de la ciencia política que reducen la influencia de la esfera pública a un manejo tecnocrático y sesgado de la misma, limitando su expresión a los agentes formalmente reconocidos por el estado y el sistema político, aquí se reivindica la incuantificable riqueza y diversidad de la misma y la infinitud de espacios y discursos a través de los cuales se manifiesta socialmente (Cfr. Habermas, 1996, p. 374).

La existencia de una sociedad civil supone una serie de características que incluyen pluralidad, publicidad, privacidad y legalidad, y las cuales determinan,

<sup>5</sup> Obra de la que Habermas desprende sustanciales planteamientos.

interrelacionadas e interdependientes, la existencia de una sociedad civil diferenciada de carácter moderno. El sistema político debe mantenerse sensible a esta influencia de la opinión pública a través de los partidos políticos y las elecciones generales, los cuales constituyen los canales de entrecruzamiento entre la sociedad civil y la esfera pública (Cfr. Habermas, 1996, p. 373).

La dependencia de los actores del sistema y la eventual manipulación de los medios de comunicación pueden reducir las posibilidades de deliberación autónoma efectiva de la sociedad civil. Los **medios de comunicación** deben operar como un actor fundamental del proceso comunicativo público, lo que los compelle a asumir pautas normativas que garanticen un flujo libre y no coactivado de la comunicación social, autoconcibiéndose como instrumentos de la ciudadanía para transmitir sus sentimientos, pensamientos y tomas de posición ante el poder y preservando su integridad e independencia de cualquier presión externa que pretendiera impedir ello (Cfr. Habermas, 1996, p. 378).

Gracias a la **comunicación descentrada sin sujeto** (Cfr. Habermas, 1996, pp. 184, 299-301, 408-409)<sup>6</sup> que se crea discursivamente, la ciudadanía, dispersa en la esfera pública, penetra los procesos institucionales de gestión pública. Ello remite, una vez más, al rol del derecho interpretado democraticamente, en cuanto sea capaz de traducir el poder comunicativo de la sociedad a leyes, decisiones burocráticas y políticas públicas. La democracia se funda y se legitima en la **participación ciudadana** en la toma de decisiones y su deliberación debe garantizarse en todos los niveles de decisión administrativa, so pena de acudir, de manera plenamente justificada, a la **desobediencia civil** (Cfr. Habermas, 1996, p. 383).

## 5. EL PARADIGMA DISCURSIVO-PROCEDIMENTAL DEL DERECHO.

Todo lo expuesto anteriormente no es sino la expresión de un conflicto de paradigmas del derecho que Habermas desarrolla en un **cuarto planteamiento estratégico** (Cfr. Habermas, 1996, p. 194-237, 238-286 y 388-446) [capítulos 5, 6 y 9]. Los paradigmas jurídicos subyacentes a concepciones y prácticas legales definen una perspectiva de abordaje particular de todo sistema jurídico-legal (Cfr. Habermas, 1996, p. 194 y ss.). Los paradigmas legales convencionales no ofrecen nuevos horizontes a la sociedad en cuanto no permiten la mediación del poder comunicativo de la esfera de la opinión pública. El paradigma procedural alternativo que Habermas presenta no predetermina ningún contenido sino que define el marco de legitimidad discursivo-procedimental de toda ley.

Dos paradigmas jurídicos han determinado la historia del derecho moderno: el **paradigma burgués** de derecho formal y el **paradigma de estado benefactor** de derecho materializado. El primero, que puede denominarse **paradigma**

<sup>6</sup> Sobre este concepto (*subjectless communication*)

**burgués-liberal**, reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse **paradigma de bienestar social**, reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva. En ambos casos, la perspectiva del juez se ha sobredimensionado, de lo que la figura del superjuez Hércules de Ronald Dworkin es un ejemplo fehaciente, imposibilitando a la teoría legal de concebir la opinión pública como fuente de inspiración normativa de los procedimientos legales (Cfr. Habermas, 1996, p. 196).

Ambos paradigmas se expresan al interior de diferentes escuelas iusfilosóficas contemporáneas, haciendo explícita la tensión inmanente entre el principio de validez legal y la demanda de legitimación discursiva de la ley. Tanto la hermenéutica jurídica, como el realismo y el positivismo legales, incluyendo en el primero al modelo dworkiniano, que pretenden dar una solución postiusnaturalista a esa tensión, son inadecuados para una sociedad pluralista con multiplicidad de concepciones del bien.

La **hermenéutica legal** es objetable no solo porque deja la decisión exclusivamente en manos del juez y no posibilita un consenso real, sino porque la precomprensión del marco de tradiciones del que parte, vicia la decisión judicial de un razonamiento acrítico e incuestionable, pese a la contingencia del mismo (Cfr. Habermas, 1996, p. 200). Si bien el **realismo legal** desnuda las inconsistencias de la postura hermenéutica, señalando la relatividad que genera el adoptar un marco cultural particular, su perspectiva tampoco es la apropiada en la medida en que erradica la separación estructural entre derecho y política y no muestra cómo la ley puede estabilizar expectativas particulares, perdiendo así su capacidad de integración social (Cfr. Habermas, 1996, p. 200). Contra esta postura, el **positivismo legal** trata de estabilizar expectativas particulares a través de la ley pero al costo de hacerla impermeable a todo tipo de principios extrajurídicos (Cfr. Habermas, 1996, p. 201).

Tales posiciones son reflejadas por dos perspectivas opuestas de **aproximación a la constitución**: la deontológica y la teleológica. La teoría del derecho de **Ronald Dworkin** (Cfr. Habermas, 1996, pp. 211-222) es un ejemplo fehaciente que representa a la primera y **Michael Perry** (Cfr. Habermas, 1996, pp. 257-258) a la segunda en la jurisprudencia norteamericana. La perspectiva **deontológica** establece lo que es justo mientras que la **teleológica** determina objetivos sociales según una concepción del bien prevaleciente.

Habermas rechaza la segunda y adhiere a la primera como la única legítima en una sociedad pluralista, si bien la metáfora del superjuez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica. El paradigma tendría que mantener la perspectiva deontológica pero a través de un procedimiento dialógico: un diálogo consensualizador, no entre las mismas visiones del bien, sino entre

visiones diferentes y opuestas (Cfr. Habermas, 1996, p. 222).

La perspectiva monológica de Dworkin solo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma criticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy (Cfr. Habermas, 1196, pp. 222-237) (así como las de Toulmin y Pierce, entre otros) para mostrar que sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite sobreponer el “solipsismo” (Cfr. Habermas, 1996, p. 225) del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar argumentativamente “las presuposiciones y procedimientos” del discurso legal como tal (Cfr. Habermas, 1996, p. 229).

Pero la teoría del discurso legal, tanto de Alexy como de otros autores, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis en el dominio del derecho y su discusión y toma de distancia frente al discurso moral le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso y de que manera es a través de ella, es decir, de la expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, que es posible inferir discursivamente los contenidos normativos -no solo legal-argumentativos- de los procedimientos y productos jurídicos (Cfr. Habermas, 1996, p. 233).

La **disolución del paradigma burgués-liberal** y su variante, la del estado de bienestar, se ve justificada en ambos casos, en cuanto la perspectiva ciudadana pretende ser reemplazada o por una separación inflexible de poderes (paradigma liberal) que le arrebata su soberanía sin posibilidad efectiva de recuperarla en el manejo de los asuntos públicos pese a los diques de un poder judicial que por defenderla se extralimita, o en la “materialización” del orden legal (paradigma de estado de bienestar) que al imponerle a la administración pública un contenido social específico “remoraliza”, desde una determinada visión de bien, los contenidos de un discurso legal que debía ser autónomo e imparcial frente a la pluralidad de concepciones sociales de vida buena (Cfr. Habermas, 1996, p. 240 yss.).

La visión discursivo-procedimental es contraria a la pregonada por el neoliberalismo de “retorno a la sociedad civil y su ley” y “redescubrimiento del individuo” provocado por la crisis del estado de bienestar. Habermas, empero, defiende una interpretación crítica de este último, ya que es más sensible que el liberal-burgués al contexto y problemas del mundo de la vida, cuyo formalismo legal lo aisla por completo de la sociedad. De allí la necesidad de profundizar y superar el paradigma del estado de bienestar en un “nivel más alto que permita reflejarlo” (Cfr. Habermas, 1996, p. 410 y ss.).

De ahí que las respuestas de ambos paradigmas, que en sus momentos históricos fueron acertadas, requieran hoy en día una reformulación diferente que le permita al discurso legal inferir contenidos normativos discursiva y comunicativamente desde la esfera de la opinión pública, sin caer en la dictadura del sistema legal o de las mayorías, o en la “tiranía de valores” del superjuez,

sucesiva o indiscriminadamente. En este contexto, se impone la necesidad de un tercer paradigma donde los “condiciones procedimentales para la génesis democrática de los estatutos legales sea garantizada por la legitimidad de la ley promulgada” (Cfr. Habermas, 1196, p. 263).

Todo esto se expresa y se resuelve, una vez más, en un conflicto y controversia entre dos modelos democráticos de ciudadanía, tanto al interior de la Corte Suprema como, en general, de la teoría jurídica: el **modelo liberal** (pasivo) y el **modelo republicano** (activo) y su respectivas concepciones de libertades ciudadanas negativas y positivas (Cfr. Habermas, 1996, p. 267-286). La visión liberal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, donde esta se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de las políticas públicas del estado de bienestar social y de la administración estatal del momento, mientras que la republicana, de otra, al forzar una moralización de la política desde una determinada concepción de vida buena, pese a suponer un concepto altamente protagonístico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre si. Mientras que la visión liberal reduce la ciudadanía a términos legal-procedimentales, la visión comunitarista la entiende más en términos éticos que legales. Y pese a que, contra la visión liberal, un concepto de política democrática deliberativa supondría una referencia concreta a una comunidad ética integrada, es imposible defender la moralización de la política que esta última supone (Cfr. Habermas, 1996, p. 285).

Para Habermas, la concepción discursivo- procedimental del derecho constitucional debe concernir antes que todo con la calidad de la discusión y argumentación democráticas. Esto representa un modelo de democracia discursiva, expuesto anteriormente, que se constituye en alternativa al modelo liberal-individualista y sus patologías inherentes de desinterés y privatismo civil y al republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política y legal de una sociedad (Cfr. Habermas, 1996, p. 282).

En este contexto, el **paradigma discursivo-procedimental** del derecho se impone como vía alterna a la “crisis contemporánea del derecho” que la disputa entre los dos paradigmas mencionados ha generado en el discurso legal y cuya exploración ha dejado de ser una búsqueda “intuitiva” para convertirse en un objetivo explícito de la teoría jurídica (Cfr. Habermas, 1996, pp. 388-409). Objetivo alimentado no sólo por un afán académico sino por la convicción de que sólo un nuevo paradigma del derecho puede lograr la integración social que las sociedades complejas perdieron y evitar, así, las soluciones violentas. El dilema en que se debate el derecho es, pues, de trascendencia histórica (Cfr. Habermas, 1996, p. 391).

Adicionalmente, la **materialización del derecho privado** ha desembocado en la transformación de las libertades clásicas para acomodarlas a los cambiantes contextos sociales que el paradigma del estado de bienestar supone y ello ha afectado la autonomía privada y pública de la ciudadanía. De ahí que sólo una cualificación deliberativa de la ciudadanía puede proporcionar la solución y el contenido mínimo que el nuevo paradigma requeriría para consolidar la integración social y fundamentar una nueva visión de la legitimidad legal (Cfr. Habermas, 1996, pp. 392-409). Todo lo cual demuestra el contenido político de esta deliberación jurídica:

“La disputa sobre la correcta interpretación paradigmática del sistema legal, un subsistema que se refleja en la totalidad de la sociedad como una de sus partes, **es esencialmente una disputa política** [el subrayado es mio]. En una democracia constitucional, esta disputa concierne a todos los participantes y no debe ser conducida solamente como un discurso esotérico entre expertos, aparte del espacio político” (Cfr. Habermas, 1996, p. 395).

El nuevo derecho se fundamenta en el modelo de política discursiva. El paradigma discursivo-procedimental debe conciliar los resultados del paradigma del estado de bienestar y de la perspectiva deontológica. La interpretación constitucional legítima prioriza lo que es igualmente justo para todos más que lo que es bueno para unos desde un punto de vista determinado. La revisión judicial derivada del sentido del paradigma discursivo-procedimental debe apuntar a la rectificación de injusticias antes que a la solución de disfunciones procedimentales. El paradigma procedural compele a que el procedimiento sea filtrado por el principio discursivo pues la ausencia de contricciones antimayoritarias pueden perpetuar oficialmente sanciones contra las minorías sociales, representadas o ausentes, en los espacios legislativos.

Bajo el paradigma discursivo-procedimental la legitimidad de la norma legal es determinada en términos contrafácticos de reconstrucción del proceso legislativo. Desde la perspectiva del juez, la aplicación de una norma legal exige simultáneamente su predicabilidad legal y su justicia. La decisión judicial, para ser legitimada, debe contribuir a la estabilización de las expectativas de los diferentes grupos sociales pero también a propiciar la justicia social entre todos. El criterio de legitimidad cambia así sustancialmente desde la perspectiva discursiva (Cfr. Habermas, 1996, p. 409).

## 6. EL “POSTSCRIPT” A LA EDICIÓN EN INGLÉS.

En el “Postscript” a la edición en inglés (Cfr. Habermas, 1996, pp. 447-462), escrito en 1994, Habermas elabora una síntesis esquemática de su teoría del derecho y la democracia con el objetivo de precisar algunos puntos que la extensión de los argumentos en el texto original hubieran podido oscurecer un tanto.

El derecho moderno tiene un doble rostro de Jano: por un lado acomete funciones estratégico-sistémicas y por otro integra -desde una perspectiva performativa- a la sociedad en su conjunto. Ello se realiza a través de procedimientos democráticos institucionalizados que constituyen la única fuente postconvencional de legitimidad en las sociedades complejas. Esta complejidad, precisamente, impone la necesidad de superar los esquemas contractualistas - basados en meros acuerdos de intereses- por esquemas dialógicos que garanticen consensos normativos amplios. El Principio Discursivo, aplicado al derecho, desarrolla un paradigma procedural que privilegia las condiciones comunicativas y los procesos de formación de la opinión y la voluntad públicas y que, en su aplicación, es el único que asegura la autonomía moral de los diversos sujetos colectivos ciudadanos.

Esto se impone en la medida en que sólo el derecho positivo asegura la autonomía como no puede hacerlo la moral en las sociedades complejas. En efecto, la ley debe ser la expresión simultánea de la elección racional de actores libres y la elección existencial de personas. La autonomía legal afianza a un tiempo las libertades individuales y las comunicativas y ello demuestra la complejización que la estructura del derecho ha sufrido frente a la de la moral en la medida en que, primero, regula y libera los límites de acción de la libertad individual y, segundo, incorpora objetivos colectivos que sobrepasan las consideraciones morales individuales.

Pero este carácter dual del derecho conduce a reconocer y esclarecer su relación interna con la democracia, lo cual se comprende porque las libertades individuales de los sujetos privados solo se garantizan por la autonomía pública de los ciudadanos. La dicotomía entre las “libertades de los modernos” y las “libertades de los ancianos”, entre la visión liberal y la republicana de la democracia, sólo se resuelve cuando el principio discursivo asume la forma del principio de la democracia. Es decir, cuando el código legal se abre y se encuentra disponible para todas las personas de la comunidad, en igualdad de condiciones. Este reconocimiento horizontal de los ciudadanos como libres e iguales garantiza su autonomía privada y pública, establece una relación interna entre derechos humanos y derechos positivos y “doméstica” constitucionalmente el poder gracias a la acción de la ciudadanía.

Como es claro, el derecho positivo no deriva su legitimidad de su altura moral sino del procedimiento autónomo de formación de opinión y voluntad públicas lo cual apuntala el carácter plural que deben connotar las leyes y, con ello, el pluralismo del conjunto de sujetos colectivos al interior de la sociedad. Al transformarse el principio discursivo en el principio de la democracia, el código legal que garantiza los derechos universales y las libertades individuales se ve complementado por la gama de derechos comunicativos y participativos que consolidan la participación simétrica de los diferentes actores sociales.

Ambos principios operan de manera complementaria pero diferente: el principio discursivo -cuyo nivel de abstracción lo hace neutral frente a la distinción entre moralidad y derecho y el cual no se agota en el principio de universalización (U)- no especifica el tipo de normas como el principio democrático no especifica el tipo de argumentación. Las normas legales son respaldadas por todo un espectro de razones que, eventualmente, incluye razones morales, mientras que el principio democrático estructura la práctica discursiva institucional de los ciudadanos (Cfr. Habermas, 1996, p. 459 y ss).

Lo cual comprueba definitivamente -contra Luhmann- que el derecho no es autorreferente y que se alimenta de la cultura política de una ciudadanía democrática. Contra el **empirismo** de la ciencia política que solo concibe la democracia como un juego de intereses y contra el **pragmatismo** de los agentes del sistema jurídico y político (abogados, jueces, parlamentarios, burocratas, etc.) que ven en ello un elemento contestario y desestabilizador al poder del estado, la teoría discursiva presenta a la opinión pública como un factor estructural del derecho y la política, por medio del cual se establece un puente entre la esfera privada y la esfera social, se concilia la pluralidad comunicativa del mundo de la vida con las medidas sistémicas y se asegura una legitimidad amplia y participativa del sistema democrático, disminuyendo los riesgos de disenso y propiciando una integración social verdadera al permitir la racionalización discursiva del conjunto de sujetos colectivos que conforman la opinión ciudadana. Es, en otras palabras, la democratización del derecho y la democracia.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Habermas, Jürgen (1992)**

*Factizität und Geltung. Beiträge sur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag. Traducción al inglés: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1996.

Sobre esta obra de Habermas se puede consultar:

**En castellano:**

**Estevez, José (1994)**

*La constitución como proceso*. Madrid: Editorial Trotta.

**Hoyos, Guillermo (1995)**

“Etica discursiva, derecho y democracia” en: Cristina Motta (ed.). *Etica y Conflicto*, Bogotá: TM-UniAndes, pp. 49-80.

**Hoyos, Guillermo (1994)**

*Derechos humanos, ética y moral*, Bogotá: Viva la Ciudadanía, pp. 69-81.

**En inglés:**

**Baynes, Kenneth (1995)**

“Democracy and the Rechtsstaat” en: Shephen White (ed.), *Habermas*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 201-232.

**Bohman, James (1994)**

“Complexity, pluralism, and the constitutional state” en: *Law and Society Review*. Volumen 28, N. 4, pp. 897-930.

**Michelman, Frank (1996)**

“Between facts and norms” (Book reviews) en: *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, Volume XCIII, Number 6, June, pp.307-315.

**Outhwaite, William (1994)**

“Law and the state” en: *Habermas: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, pp. 137-151.

**Rosenfeld, Michel (1995)**

“Law as discourse: bridging the gap between democracy and right” en: *Harvard Law Review*, Volume 108, pp. II63-II89.

**En francés:**

**Gerard, Philippe (1995)**

*Droit et Démocratie, Reflexions sur la Legitimé du Droit dans la Société Démocratique*, Bruxelles: Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis.

**Otras obras citadas:**

**Bobbio, Norberto (1987)**

*The Future of Democracy: A Defense of the Rules of the Game*, Cambridge.

**Cohen J.L. y Arato A. (1992)**

*Civil Society and Political Theory*, Cambridge: MIT Press.

**Dahl, Robert (1989)**

*Democracy and Its Critics*, New Haven, Conn.

**Elster, J. (1989)**

*The Cement of Society*, Cambridge.

**Hoyos, Guillermo (1993)**

“Jürgen Habermas, filósofo de la modernidad” en: *Humanidades*, Bucaramanga: Revista de la Universidad Industrial de Santander, pp. 67-75.

**Mejía, Oscar (1996)**

“El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia en John Rawls” (Estudio Preliminar) en: *Rawls, John (1996)*.

**Peters, Bernard (1991)**

*Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfur am Main.

**Rawls, John (1996)**

*El derecho de los pueblos*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de los Andes).

**Willke, H. (1992)**

*Ironie des Staates*, Frankfurt am Main.