



## **Acerca del vínculo entre derecho, el estado y la democracia.**

### **A propósito de Habermas y su aporte a la metodología de la interpretación y aplicación del derecho**

A Relationship Between Law, State and Democracy.

An Appreciation of Habermas and his Contribution to the Methodology of Interpretation and Application of Law

Miguel Eduardo CÁRDENAS RIVERA

*Asesor científico de la Fundación Friedrich Ebert de Colombia, FESCOL*

#### **RESUMEN**

En este artículo se analizarán los siguientes asuntos: El derecho en la democracia moderna según Habermas; la teoría discursiva del derecho; el papel e importancia del vínculo entre democracia y Estado de derecho; el concepto de libertad relacionado con un carácter coercitivo y la relación entre el derecho positivo y la moral autónoma; las relaciones entre la soberanía popular y el dominio de la ley, garantizado por los derechos humanos; la separación entre el Estado y la sociedad, paso de una autonomía privada a una autonomía social; el Estado de derecho para la autoorganización de una sociedad con el sistema de derechos para una sociedad de individuos libres; la influencia de las teorías contractualistas; facticidad y validez en la decisión judicial: la indeterminación del derecho y la racionalidad de la adjudicación; la conexión entre la interpretación de la Constitución y la legitimidad de la Corte Constitucional; la Teoría de Habermas en las sociedades modernas; la aplicabilidad de la teoría de Habermas en el caso colombiano.

**Palabras clave:** Habermas, Derecho, Estado, Democracia, Colombia.

#### **ABSTRACT**

This article analyzes the following matters: law in modern democracy according to Habermas; discursive theory of law; the role and importance of the relationship between democracy and a state of rights, the concept of liberty related with a coercive character and the relation between positive rights and moral autonomy; the relationship between popular sovereignty and legal domain guaranteed by human rights, separation between state and society, the transfer from private autonomy to social autonomy, the state of rights for self-organization in a society with a system of rights for a society of individual freedom, the influence of contractual, facticity and validity in judicial decisions: the indetermination of rights and the rationality of adjudication; the connection between constitutional interpretation and legitimacy in a court of constitutional law; the theory of Habermas in modern societies, and its applicability in the Colombian case.

**Key words:** Habermas, rights, state, democracy, Colombia.

Habermas se opone al positivismo por su falta de crítica dialéctica y sobrevaloración de la realidad, se opone al funcionalismo y a la teoría de los sistemas, por reducir el *mundo de la vida* a fórmulas, por sus esquemas reductivos y su talante normativo. Pero al mismo tiempo intenta recoger aspectos de estas teorías. La obra habermasiana conecta la teoría del lenguaje, la teoría ética y la teoría social. El nuevo paradigma supera la tradición weberiana relativista y el dogmatismo racionalista, pero también recoge el legado de Kant tratando de encontrar un principio universalista del conocimiento y de la ética. Su fuente no está en la razón constante, se encuentra en el discurso apoyado en la intersubjetividad.

Habermas apoya el punto de vista moral en su teoría del lenguaje como discurso práctico. El principio de universalidad se formula en términos de que “una norma es válida cuando todos pueden aceptar libremente las consecuencias y efectos colaterales que se producirán previsiblemente del cumplimiento general de una norma polémica para la satisfacción de los intereses de cada uno”.

El postulado de la ética del discurso presenta la idea fundamental de una teoría moral, pero no pertenece a la lógica de la argumentación, a cuyo ámbito si pertenece el principio de universalidad, que es además fundamento de las demás reglas de argumentación. El principio moral implica, por otra parte, que las normas morales no son sólo cuestión de voluntad o deseo, sino también de conocimiento.

La ética del discurso presenta tres características: (i) cognoscitivismo, (ii) universalismo, y (iii) formalismo. Es universal, porque los que participan en el discurso pueden llegar a aceptar los resultados o normas de acción mediante el principio moral de la universalización. El universalismo se opone al relativismo ético. Es formal, en cuanto contiene reglas de argumentación o procedimiento, y no contiene criterios evaluativos: se refiere a cuestiones morales o de justicia. Pero fundamentalmente, la ética discursiva es esencialmente dialógica, como expresa su propia denominación. Veamos:

### **EL DERECHO EN LA DEMOCRACIA MODERNA SEGÚN HABERMAS**

Habermas analiza el rol del derecho en la democracia contemporánea. Combina los conceptos del marxismo, de la filosofía alemana y angloamericana (realismo, liberalismo, pluralismo y neo-corporativismo, la teoría del Estado de Bienestar, la teoría económica de la democracia) con la teoría de sistemas. Subraya la importancia del derecho como fuerza socio-integrativa de la sociedad moderna.

El punto de partida de la argumentación es la crisis de legitimidad del Estado que trajo la posmodernidad. El Estado se ha separado de la sociedad<sup>1</sup>, y empezó a legitimarse au-

1 Habermas, Jürgen (1998), *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, p. 373. En la tradición del derecho constitucional alemán el *principio de separación entre Estado y sociedad* fue interpretado en términos concretos en el sentido de un Estado liberal de derecho. El principio solo expresa la garantía jurídica de una autonomía social que otorgue a cada uno iguales oportunidades de hacer uso de sus derechos de participación y comunicación políticas. En modo alguno responde solamente al modelo del Estado burgués de derecho que se limita a garantizar la seguridad externa e interna y deja todas las demás funciones a una sociedad centrada en la economía que se gobierna a sí misma de forma ampliamente ajena a regulaciones estatales, con la esperanza de que la autonomía de los individuos asegurada en términos de derecho privado, del libre juego de los fines que subjetivamente se proponen y de las decisiones basadas en sus propias preferencias, surgen espontáneamente tramas de relaciones sociales justas; exige en su versión abstracta una sociedad civil, es decir, una textura asociativa y una cultura política suficientemente desconectadas de las estructuras de clase. La sociedad civil ha de amortiguar y neutralizar la desigual distribución de las posiciones del poder social y

tónomamente. Las élites políticas logran apenas “la aceptación” del sistema cuasi-democrático. “*La lucha de los partidos políticos por el poder carece de toda dimensión de validez*”<sup>2</sup>. Los códigos de valores universales como los del mundo cristiano ya no llegan a ser aceptados por la población, domina más bien la “política secularizada” y la “moral racional”<sup>3</sup>.

El iusfilósofo colombiano Oscar Mejía al comentar a Habermas resalta la “tensión interna y externa entre hechos y normas”<sup>4</sup>. En verdad Habermas lo que subraya es el conflicto actual entre legitimidad y legalidad del Estado. Existe una “dicotomía casi insuperable entre los subsistemas socio-cultural y el económico y político-administrativo (...)”<sup>5</sup>. Esta dicotomía se expresa en la relajación del nexo entre los subsistemas parciales de la sociedad y su mayor grado de autonomía. Esto y las últimas tendencias ideológicas, económicas y culturales condujo a una crisis de cohesión social<sup>6</sup>.

La pérdida de legitimidad del poder tradicional se acompaña del debilitamiento de la cohesión de la sociedad en su conjunto. Esta situación nos lleva a indagar las reglas de juego de la democracia contemporánea, en particular el principio de la decisión mayoritaria.

Actualmente la única fuente metafísica que da legitimidad al legislador político es el procedimiento democrático de producción del derecho, pues en las sociedades pluralistas, en las que las imágenes inclusivas del mundo y las éticas colectivamente vinculantes se han venido abajo y en las que el tipo de moral posttradicional que resta, basado solamente en la conciencia individual, ya no ofrece fundamento suficiente para aquel *derecho natural* que antaño quedaba fundamentado en términos religiosos o metafísicos. La teoría del libre discurso da una respuesta bien simple a la pregunta de qué es lo que confiere a este procedimiento democrático su fuerza legitimadora, pues este posibilita el libre circular de temas y contribuciones, de informaciones y razones, asegura a la formación política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales.

El derecho moderno está formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y garantes de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positiv-

de los potenciales de poder que de ella resultan, de modo que el poder social solo se imponga en la medida en que facilite y no restrinja el ejercicio de la economía ciudadana. La idea de que el poder del Estado podía elevarse como un globo por encima de las fuerzas sociales fue siempre pura ideología. Un proceso político que surja de la sociedad civil ha de cobrar frente a los potenciales de poder anclados en la propia estructura social el grado de autonomía que sea necesario para proteger al sistema administrativo de quedar rebajado y convertido en un partido entre otros partidos, sea en su papel de poder ejecutivo o de poder sancionador.

Los principios desarrollados se ensamblan en una arquitectura en la que subyace una única idea: la organización del Estado de derecho ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad con el sistema de los derechos se ha constituido como una asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica.

2 Véase el análisis del trabajo de W. Becker (1982), “*La libertad que queremos*”, en Habermas (1998), p. 370 y s.s., donde se plantea: “Los conceptos de la discusión y contienda políticas (...) tienen un significado emotivo: tienen la función de establecer lazos en y con la población; correspondientemente, el discurso político tiene ‘una función socio-psicológica, no una función cognitiva’”.

3 *Ibidem*, pp. 389-390

4 Mejía Quintana, Oscar, “La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a *Faktizität und Geltung*”, en: *Ideas y Valores*, N° 103, Bogotá, abril 1997, pp. 33-34.

5 Mejía, p. 34 y Habermas, p. 375.

6 Entre otros: Habermas, p. 438.

dad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho.

El derecho moderno se vuelve entonces a sus destinatarios ofreciendo una doble cara: les deja la libre opción, o bien de considerar las normas jurídicas sólo como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos estratégicos las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de las normas, o bien de considerar esas mismas normas en actitud realizativa como preceptos dotados de validez y obedecerlas [por respeto a la ley]. La validez de la norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las siguientes dos pautas: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida [por respeto a la ley].

### LA TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO

La intención de Habermas es proponer una teoría discursiva del derecho y la democracia, y mostrar el papel mediador e integrador social del derecho en sociedades posliberales. El Estado de derecho es un medio que reduce la complejidad *in crescendo* de la sociedad moderna. A través del derecho se sustituyen los valores y los procedimientos automatizados que se han convertido en inseguros e indeterminados<sup>7</sup>. “La integración social efectuada políticamente ha de pasar por un filtro discursivo. Y cuando fracasan otros reguladores, como (...) los valores, las normas y las formas rutinarias de entendimiento en los que se ha crecido, la política y el derecho elevan (...), por encima del umbral de la conciencia (...)”<sup>8</sup>.

En un primer paso subraya la función contemporánea del derecho como “el único instrumento social que sobrevive después de la racionalización y desencantamiento de las imágenes unitarias tradicionales del mundo”<sup>9</sup>. El derecho –de un lado– garantiza la funcionalidad sistémica, –al otro lado– fundamenta las relaciones abstractas e institucionalizadas de la sociedad. Del derecho emanará la fuerza integrativa de la nueva sociedad.

En un segundo paso Habermas aboga la “reconstrucción del derecho” y la ampliación del sistema de derecho por una reconstrucción dialógica. La diferencia entre legislación y legitimidad y los procesos de formación de opinión pública le exigen una reflexión intensa. El derecho no es por su mismo legítimo sino recibe la legitimidad a través de un *procedimiento legislativo*.

Habermas distingue entre poder comunicativo o social (la expresión), poder político (la manifestación institucional) y poder administrativo (el derecho). Basándose en las investigaciones prácticas de Jon Elster en materia de política deliberativa, Habermas encuentra que el poder comunicativo entra en competencia con los que tienen potencial de poder (poder político) y los que representan un cargo (poder administrativo). El proceso de legis-

7 Habermas, p. 405.

8 *Ib.*, pp. 396-397.

9 Mejía, p. 34

lación es el proceso de conversión del poder comunicativo en el poder administrativo. Para lograr esta transformación se aprovecha, por un lado, los procedimientos democráticos (formales) y, por otro lado, los procesos informales en el espacio público-político<sup>10</sup>.

La formación de voluntad en su modelo depende de tres principios: el moral, el ético-político, y el pragmático. Mientras los últimos dos se derivan de la negociación de intereses en la esfera pública, solamente la moral exige el consenso, la unanimidad de todos los miembros de la sociedad.

Habermas tiene un gran interés por crear una pragmática formal, esto es el análisis de la mediación social del lenguaje, o de las estructuras lingüísticas de la interacción social. La pragmática formal intenta una reconstrucción de las competencias lingüísticas, en cuya virtud cualquier sujeto de habla, participante en el discurso, da por presupuestas tales reglas de la argumentación, en las que es preciso distinguir: (i) la lógica semántica que atiende a las propiedades intrínsecas del lenguaje, (ii) la esfera procedimental que comprende las reglas necesarias para una búsqueda cooperativa de la verdad, y (iii) la esfera procesal que trata de reconstruir las condiciones generales de simetría de los participantes en el discurso. Habermas resume estas reglas en la simetría de los interlocutores en el uso de los actos de habla, en los cuales existen tres postulados: (i) postulado de no limitación, (ii) postulado de no violencia y (iii) postulado de seriedad.

Esta idea significa un gran cambio en la práctica de las democracias contemporáneas en la que se sacrificó la unanimidad por la representatividad. Aquí coloca Habermas su tercer paso. El objetivo es convertir el concepto tradicional de la democracia en un “modelo discursivo-procedimental”<sup>11</sup>. “El derecho no puede, no debe implementarse sentado de forma autoritaria objetivos de control y regulación (...). El derecho funciona como catalizador de cambios que el propio subsistema de que se trate efectúa sobre sí mismo”

Habermas favorece la reconstrucción de la democracia evitando el paternalismo sistémico en el nuevo orden: “(...) la política y el derecho no pueden entenderse como sistemas autopoieticamente cerrados (...). El sistema político de acción está inserto en los contextos del mundo de la vida”<sup>12</sup>.

Con el concepto de Habermas hacia una democracia radical<sup>13</sup> o una política deliberativa, se lograría superar los grandes conflictos; como existen entre la perspectiva individualista-privada o liberal en donde se toma la decisión convencionalmente en la negociación de intereses<sup>14</sup> y, al otro lado, la perspectiva comunitaria o republicana partiendo de un marco cultural común<sup>15</sup>. Otra dicotomía relevante la ve Habermas en el conflicto de la distribución; en que nos encontramos el paradigma burgués-liberal con la igualdad horizontal, y el de la redistribución o la igualdad vertical. Habermas aporta el concepto del Estado de bienestar en la solución de este conflicto.

10 Habermas, p. 384, véase también p. 421.

11 Mejía, p. 41.

12 Habermas, p. 432.

13 La razón pública es ejercida por lo *público*.

14 Esfera de lo ético-político y pragmático.

15 En la esfera de la moral.

Un punto crítico es que la decisión tomada en el proceso discursivo sea satisfactoria para todos los involucrados. De esto depende el funcionamiento de la democracia: lo que decide el conjunto de individuos sale realmente mejor que lo que hace la suma de acciones individuales. La expectativa de la calidad racional es clave en la confianza en la estructura procedimental de la democracia.

La democracia radical supone el *holismo* de la sociedad<sup>16</sup> y la neutralidad del Estado<sup>17</sup>. Estas son condiciones previas inexistentes en cualquier relación entre sociedad y Estado en el mundo, pero vale la pena discutir las. Habermas analiza el modelo de la asociación comunitaria pura y concluye defendiendo “un modo de asociación discursiva de la comunidad jurídica”<sup>18</sup>. El ideal es una sociedad que se organiza por su propia fuerza (“autoorganización de la sociedad en conjunto”). También considera posible la formación de la sociedad civil con el apoyo de un patrocinador<sup>19</sup>.

Habermas presume que la esfera pública esté altamente politizada. La ciudadanía participa activamente y colectivamente. “La sociedad es de por sí sociedad política”. El Estado sí tiene la preponderancia sobre la política, pero en el marco de ciertas restricciones impuestas por la sociedad civil. Estas limitaciones en la toma de decisiones garantizan un cierto grado de neutralidad política.

La decisión que toma la sociedad en el marco normativo puesto por el Estado es óptima, refleja la moral (deontológica) y no lo que prevalece (teleológica)<sup>20</sup>. Según Willke, la política da propuestas, pone a disposición lo que se decide en los subsistemas de la sociedad<sup>21</sup>. Habermas tiende al neocorporativismo pero conoce la problemática del desequilibrio en la formación igual de los intereses. Tematiza la problemática de la distancia de los expertos con el mundo de vida y la exclusión de la periferia<sup>22</sup>.

Habermas explica que el espacio de la opinión pública tiene su lugar en la intermediación entre el sistema político y los sectores privados y “sistemas de acción funcionalmente especificados”<sup>23</sup>. En el caso ideal, la experiencia hecha por el individuo en el espacio privado es el punto de partida del proceso legislativo. El espacio público-político es definido como una “caja de resonancia de problemas que han de ser elaborados por el sistema político (...)” o como “una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura (...)”. Su función se concibe primero en la identificación y segundo en la tematización, problematización y dramatización de problemas<sup>24</sup> del orden público. Las experiencias individuales

16 La sociedad como un cuerpo, está conformada por piezas, pero solamente funciona como la suma de todas las piezas. Se enfoca la sociedad como un todo.

17 Habermas, pp. 386-393.

18 *Ib.*, pp. 399-406.

19 *Ib.*, p. 452.

20 *Ib.*, p. 425.

21 *Ib.*, pp. 422-426.

22 *Ib.*, p. 431.

23 *Ib.*, p. 454. Habermas plantea “que la sociedad civil puede en determinadas circunstancias cobrar influencia en el espacio de la opinión pública, operar a través de opiniones propias sobre el complejo parlamentario (y sobre los tribunales) y obligar al sistema político a retornar a asentarse sobre la circulación oficial del poder”.

24 Habermas, pp. 439-440.

de los ciudadanos se acumulan en la red de la opinión pública, porque se derivan de circunstancias similares de los costos externalizados de la economía o del aparato estatal. Así, los problemas se generan socialmente moviéndose del nivel individual al social. La sociedad civil puede cobrar influencia y presionar al sistema político para alcanzar ciertas medidas. Ella también puede proponer temas en la agenda política por percibir mejor los problemas urgentes en el mundo de la vida (*outside initiative model*)<sup>25</sup>. Sin embargo, la toma de decisiones y la administración de la ejecución se realiza u organiza en el espacio político.

### **EL PAPEL E IMPORTANCIA DEL VÍNCULO ENTRE DEMOCRACIA, ESTADO Y DERECHO**

Habermas es hoy un pensador fundamental en cuestiones relativas al Estado de derecho, a la normatividad, los derechos humanos, la democracia y la justicia. Es necesario hacer un esfuerzo para reconstruir e interpretar la teoría de Habermas respecto al papel de la democracia y el Estado de derecho en nuestras sociedades.

La teoría jurídica comprende hoy dos enfoques: uno tomado de la teoría del derecho y la sociología que trata de explicar una estructura del derecho y el funcionamiento de los sistemas jurídicos en los sistemas sociales, y otro tomado de la filosofía del derecho y las teorías de la justicia, que buscan aclarar términos como validez y legitimidad a la luz de normas jurídicas.

¿Cuál es la importancia del vínculo entre el Estado de derecho y la democracia en el ámbito social y jurídico actual? Resolver este interrogante requiere repasar conceptos como la libertad, el derecho positivo, la autonomía privada, los derechos fundamentales, la soberanía popular, la igualdad, para finalmente llegar a la autonomía social, los derechos entre iguales, el poder social, la justicia, la equidad, que ilustrarán la solución a la pregunta planteada, en un marco de régimen liberal y democrático, como respuesta al vínculo entre el Estado de derecho y la democracia; se hará referencia al movimiento constitucional liberal y a las teorías contractualistas hasta llegar a teorías contemporáneas como la de John Rawls.

Será fundamental y explícita la base conceptual que aporta la teoría sociojurídica de Habermas, como apoyo a la explicación del tema, tomando su teoría como respuesta al interrogante y utilizando a su vez aportes filosóficos y sociológicos de otros autores que permitan complementar la solución al interrogante. Debemos partir de la forma como la cotidianidad relaciona el derecho con la política, y la manera como el derecho, la democracia y el Estado, son tomados como parte de un mismo fenómeno. Sobre esta base será preciso estudiar algunas doctrinas filosóficas y sociológicas para poder diferenciar, o bien relacionar estos conceptos.

¿Cómo ha sido tomada la jurisprudencia en el ámbito del derecho o la democracia en el caso de la ciencia política? ¿Cuáles son las diferencias entre estas dos disciplinas? ¿Cuál es su papel específico en la sociedad y en un ámbito jurídico? Es preciso avanzar en la conceptualización para distinguir dos planos: uno normativo como en el derecho, y otro de carácter práctico como la democracia.

También hay que tener presentes las concepciones sociológicas y jurídicas respecto al Estado social de derecho, a su posibilidad institucional, esto es, a la voluntad política de construirlo, y el papel de la ciencia y del derecho en este proceso.

El Estado de derecho y la democracia son configuraciones distintas dado que toda dominación de carácter político está dada bajo una forma de derecho, y a contrario sensu se dan órdenes jurídicos en donde el poder político no ha sido asumido la denominación de Estado de derecho, de tal manera que existen algunos ordenamientos jurídicos propios de un Estado de derecho, y otros sin una constitución de tipo democrático. Estas razones de tipo práctico, no son incompatibles con un debate intelectual sobre la posible existencia de un Estado de derecho sin democracia, teniendo en cuenta que Habermas afirma la necesidad de “un nexo interno y conceptual entre el Estado de derecho y democracia”<sup>26</sup>.

Habermas propone una relación entre el Estado de derecho y la democracia partiendo del derecho positivo actual, y en el plano conceptual acepta que se puede dar dentro de una igualdad jurídica liberal, es decir, por el Estado social<sup>27</sup>.

### **CONCEPTO DE LIBERTAD RELACIONADO CON UN CARÁCTER COERCITIVO Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO POSITIVO Y LA MORAL AUTÓNOMA**

Los conceptos jurídicos desde Locke, Rousseau y Kant, han tenido un carácter constitucional positivo y garantías de libertad. Por ello, las decisiones políticas en un Estado como consecuencia de la decisión de un legislador, son producto de una legitimidad de un derecho regulado que a la vez va a dar autonomía a todas las personas jurídicas. Por ello, desde el punto de vista normativo, va a existir una relación histórica entre el derecho y la democracia, y no una relación sólo de tipo conceptual.

La validez del derecho se basa en este nexo, en virtud de que la imposición del derecho por el Estado –como problema de carácter fáctico–, se fundamenta en la fuerza de la legitimidad, la cual va a tener siempre un papel relevante en el proceso legislativo, y va a permitir –a la vez– el desarrollo racional de la libertad. Como apunta García Amado:

26 Habermas, Jürgen (1997), “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, en: Gimbernat, José Antonio (editor), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, p. 24. En este trabajo Habermas “trata esta vinculación bajo varios aspectos: 1) Es deducible desde el mismo concepto del derecho moderno; 2) lo es también por la circunstancia de que el derecho positivo no puede ya producir su legitimidad desde un derecho superior. 3) El derecho moderno se legitima en la autonomía acreditada de manera igual para todos los ciudadanos, de forma que la autonomía privada y pública se presuponen mutuamente. 4) Este nexo conceptual rige también en aquella dialéctica entre la igualdad jurídica y fáctica, que frente a la comprensión jurídica liberal, primero ofreció el paradigma jurídico del Estado social y hoy viene exigido por una autocomprensión procedimental del Estado democrático de derecho. 5) Este paradigma jurídico procedimental lo explicita en el ejemplo de la políticas feministas de la igualdad”.

27 El profesor García Amado precisa al respecto lo siguiente: “¿Cuáles son esos contenidos sin los que el procedimiento de creación normativa no es racional por no asegurar la aceptabilidad del resultado y su compatibilidad con el interés general? Habermas los centra en dos postulados: los derechos humanos y la soberanía popular. Bajo esos presupuestos y con los controles procesales adecuados, la clave del asunto puede sintetizarse en el respeto al procedimiento democrático. Cuando las constituciones reconocen a esos derechos el estatuto de inalienables e inviolables no están sancionando un determinado ‘orden axiológico material’. Están simplemente siendo congruentes con los presupuestos procedimentales del Estado de Derecho” (García Amado, J. A. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 92).

(...) en el Derecho Moderno es clara la relación circular entre poder político y derecho. La autorización del poder por el derecho y la sanción del derecho por el poder tienen que acaecer uno acto (sic); no se explica lo uno sin lo otro. Esto genera una situación paradójica: el derecho positivo legitima a un poder político que, sin embargo, puede modificar ese derecho e incluso valerse de sus propios mecanismos de positividad para engendrar normas ilegítimas, sin validez racional. Dos formas de producción de poder se encuentran enfrentadas: la producción de poder comunicativo a través de los cauces del discurso racional institucionalizado y la producción de poder por una administración en consonancia con los presupuestos normativos insertos en la base del habla. De ahí que ese poder comunicativo sólo se produzca ‘en la medida en que las decisiones de la mayoría [...] se verifican discursivamente’, sin que el sistema político deje sin efecto los fundamentos normativos de la comunicación<sup>28</sup>.

Las normas jurídicas deben estar formadas para que expresen un carácter coercitivo y de libertad; aquella libertad proclamada como fruto del movimiento constitucional liberal promovido por John Locke. En las Constituciones de occidente se ha tomado el concepto de libertad acompañado de un carácter coercitivo. Las referencias y regulaciones legales son más amplias que los planteamientos de tipo moral. Al tener acceso al comportamiento externo son sujetos de una coerción jurídica. El derecho como tal se refiere a una regulación de actos personales y por tanto al logro de objetivos y programas de tipo político. Así es posible afirmar que, la regulación jurídica va a tener siempre una vinculación con la moral, la ética y los asuntos de tipo pragmático, siendo así que la legitimidad del Estado va a ser apoyada en las normas jurídicas y no en las morales.

Habermas, considera “errónea la idea difundida por el iusnaturalismo acerca de una jerarquía de derechos de distinta dignidad”<sup>29</sup>, pues prefiere entender el derecho como un complemento de la moral. El derecho puede compensar la debilidad de la moral por su carácter exigente. A su vez el legislador y la justicia deben hacer coherentes el derecho y la moral. Como aclara García Amado:

(...) el derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisorios del discurso moral. Ese es el ‘contenido moral implícito en las cualidades formales del derecho’. Ese es el vínculo que une inescindiblemente derecho y moral precisamente en el tema de la validez jurídica: que sólo se podrá mostrar como racionalmente válido, y por tanto justo, aquel ordenamiento que siente como su propia base y de forma legal a los procedimientos que para el discurso normativo establece la ética discursiva. En consecuencia, la separación entre derecho y moral se manifiesta únicamente a nivel de las normas particulares, no a escala del ordenamiento jurídico en su conjunto, que requiere el mencionado fundamento moral, su congruencia con los postulados procedimentales de la ética discursiva. Con esto el derecho moderno sigue

28 *Ibidem*, pp. 96-97.

29 Habermas, “El nexos interno (...)”, *ibidem*, p. 27.

poseyendo un momento de ‘indisponibilidad’ que le exime de ser mero instrumento de la acción de poder<sup>30</sup>.

Tanto la moral como el derecho brindan una protección total a las personas y a su autonomía. De esta manera, en lo que se refiere a la legitimidad del derecho, es necesario observar la manera como el derecho puede influir en las decisiones de un particular, mientras que en el caso de la moral no ocurre lo mismo. Kant plantea que cada uno en la moral debe hacer caso a las normas que se plantea a sí mismo según su juicio. La referencia a las normas jurídicas no sólo está en la opinión o en el juicio, sino que también en el caso de las conclusiones de carácter colectivo, van a influir en la legislación y en el derecho.

### **RELACIONES ENTRE LA SOBERANÍA POPULAR Y EL DOMINIO DE LA LEY, GARANTIZADO POR LOS DERECHOS HUMANOS**

Además se vinculan otras relaciones como la que existe entre la soberanía popular y el dominio de la ley, el cual es garantizado mediante los derechos humanos. La filosofía política se ha ocupado de explicar temas como las libertades, los derechos fundamentales, y la formación del Estado; pero no ha tratado la relación entre la soberanía popular y los derechos humanos, los cuales van a encargarse de asegurar la autonomía de los ciudadanos.

Para Habermas la autonomía va a ser asegurada por la libertad. La autonomía consiste en la autoorganización de una comunidad para crear sus propias leyes gracias a la voluntad soberana del pueblo. Se trata de una autonomía colectiva. Para el caso de la autonomía privada juegan un papel importante los derechos fundamentales, pues sin éstos no será posible el dominio de las leyes.

La autonomía de carácter público del ciudadano proviene del *republicanismo* de Aristóteles y del *humanismo político* del Renacimiento. El liberalismo de Locke no está de acuerdo con la tiranía de las mayorías y aprueba la importancia de los derechos humanos. Rousseau y Kant han buscado un concepto de *autonomía para la persona jurídica*, que permita unir la voluntad soberana y la razón de tipo práctico, es decir, la vinculación de la soberanía popular con los derechos humanos. Aunque la lectura para cada autor es distinta: Rousseau va a sugerir una lectura republicana (Aristóteles) y Kant una liberal (Locke). El nexo buscado entre la soberanía popular y los derechos humanos, debe darse dentro de la institución jurídica, dentro de una ciudadanía donde se planteen las libertades públicas.

La idea de la autonomía jurídica de los ciudadanos se aplica en el marco de una Constitución de tipo democrático-liberal. Los derechos humanos van a ser considerados como un acto moral previo al que sólo tendrá que aplicársele el reconocimiento positivo. Sin embargo, no debe olvidarse el hecho de que los ciudadanos son colegisladores, y siendo así no pueden elegir el medio en el que pueden ejercer su autonomía.

Así se comienza a relacionar el Estado de derecho con la democracia, dando paso a la “materialización del derecho”, y por tanto “al efecto no deseado del ‘paternalismo’ del Estado social”<sup>31</sup>, expresión del hecho de equiparar las situaciones de la vida a las posicio-

30 García Amado, *ibidem*, pp. 89-90.

31 Habermas, “El nexo interno (...)”, *ibidem*, p. 32.

nes de poder, las cuales con su influencia normativa se benefician en ejercicio de su propia autonomía.

Ahora bien: si se vincula la presencia de un soberano hay que tener en cuenta que los sujetos de derecho, no pueden disfrutar de las libertades subjetivas por carecer de un acuerdo de ser tratados como iguales. Esto es posible explicarlo porque en el liberalismo se ha separado la identidad de los sexos y se ha tratado de dar a las mujeres una seguridad equilibrada, respecto a oportunidades en el trabajo y sobretodo en la formación del poder político. Este aspecto de la igualdad es muy importante por lo siguiente: los ciudadanos de un Estado, –para nuestro caso en un Estado de derecho–, deben considerarse iguales si se va a tener en cuenta una democracia y sobretodo un régimen liberal, que cuenta con libertades y derechos humanos para iguales; si este aspecto no es aclarado no será posible resolver el problema formulado al inicio del trabajo.

Este aspecto es necesario sea resuelto en el campo de la política social, ya que en este campo es donde, se pueden observar los diferentes individuos de cada sexo y la igualdad o desigualdad de oportunidades dentro de la sociedad. Para este caso, hay que tener en cuenta las reglamentaciones dentro del campo del derecho referentes a la familia, el embarazo, la maternidad, el mundo del trabajo, los hijos, la pobreza, etc., y todos los demás aspectos que aquejan una sociedad como resultado de la unión o separación matrimonial.

Es cuando se presenta el tema de la discriminación, que desde el punto de vista jurídico se explica como un fenómeno de falsas clasificaciones de tipo general para todo tipo de grupos, lo cual ha llevado a una normatividad, que ha conducido –a la vez– a una generalización de prejuicios respecto a la pretendida igualdad. Esas clasificaciones se refieren especialmente al surgimiento de un feminismo radical, que ha hecho que sean observadas las diferentes perspectivas de la vida y de situaciones y experiencias de los dos sexos en que se aplica la discriminación.

Es cuando surge la pregunta acerca de ¿cómo mantener la autonomía privada de los ciudadanos cuando existe una desigualdad entre éstos? la única respuesta favorable hasta ahora es que los derechos deben ser iguales; de esta manera quedarán aseguradas la autonomía de los ciudadanos de un Estado, hay que agregar que se trata de un Estado de derecho; ya que la igualdad sólo será posible dentro de un régimen liberal, y éste dentro de un régimen democrático, el cual sólo tiene cabida dentro de los términos de libertad e igualdad entre sus asociados. Esos derechos desde el punto de vista jurídico harán referencia a los derechos subjetivos (facultades que tienen las personas de dar, hacer o abstenerse de hacer) e igualmente para el caso de las libertades, unas libertades de tipo subjetivo; donde las mujeres especialmente verán configurada la autonomía de su vida<sup>32</sup>.

32 Véase el ensayo del profesor Juan Antonio García Amado “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho” (1992). Allí se precisa que “la doctrina feminista detecta que las victorias logradas en el ámbito de la legislación y la jurisprudencia, con normas y decisiones que reconocen igual trato para hombres y mujeres, no impiden que la subordinación de la mujer en la práctica se mantenga o que, incluso, esas mismas medidas normativas tengan efectos paradójicos e inesperados para los intereses femeninos. La conclusión que de tal constatación se extraerá en estos años es que el compromiso del derecho con los intereses masculinos no se expresa única ni principalmente a través de los contenidos de sus normas sino, mucho más sutilmente, a través de los principios, métodos y modos de proceder con que en derecho se opera. Estos, derivados fundamentalmente del racionalismo y la Ilustración y presentados como patrimonio de la imparcialidad y garantes del interés general, serían, sin embargo, intrínsecamente masculinos y discriminatorios para el ser y el interés de la mujer. Semejantes planteamientos formarán parte de un análisis feminista de

### **SEPARACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD, PASO DE UNA AUTONOMÍA PRIVADA A UNA AUTONOMÍA SOCIAL**

Tengamos en cuenta ahora un aspecto importante como es la separación entre Estado y sociedad, donde será verificado el paso de una autonomía privada a una autonomía social. Esta separación es analizada desde el Estado liberal de derecho. Esta separación expresa una garantía jurídica de una autonomía social. Es importante recalcar nuevamente la importancia de la autonomía, no sólo de los ciudadanos sino también en relación con el Estado, –si éste es liberal y de derecho–, se van a contemplar siempre aspectos como las libertades, los derechos individuales, etc.. Esa autonomía es denominada “autonomía social” ya que busca la igualdad de oportunidades entre las personas. Este punto complementa y argumenta la relación con el punto anterior, respecto a la cabida de diferentes grupos en la sociedad, y la igualdad especialmente entre mujeres y hombres, además de los demás sectores subalternos/discriminados de la sociedad.

El principio planteado en el Estado liberal de derecho, que se aplica en su condición de Estado burgués de derecho, sólo garantiza la seguridad externa e interna, y deja a un lado todas las demás funciones de una sociedad, pues parte de considerar que la economía se regula a sí misma, de manera ajena a la regulación propiamente estatal, con el objeto de que a través de la autonomía de los individuos, se tomen las decisiones sociales, basadas en las preferencias de éstos y que se consideren especialmente justas.

Cuando se plantea una separación entre el Estado y la sociedad, es necesario hacer hincapié en la sociedad civil, esto es, esa cultura asociativa y política que está separada de las diferencias de clases, y por supuesto guarda una coherencia con la autonomía social e individual de un Estado de derecho, que a la vez va a corresponder al modelo democrático. Así, el papel de la sociedad civil se va a manifestar porque ofrece una neutralización y seguridad de la distribución del poder en la sociedad, el cual se busca sea impuesto a las personas sin que restrinja –sino que facilite–, el ejercicio de aquella autonomía ciudadana que se busca y que juega un papel fundamental en la sociedad civil.

Se trata también, de la imposición de un “poder social”, lo cual quiere decir que el individuo es considerado como un actor frente a las relaciones existentes en la sociedad, donde se juegan unos intereses y se actúa en torno a ellos; así los intereses individuales girarán en torno a un conjunto o cúmulo de intereses colectivos de la sociedad civil, que van a formar a su vez ese poder social. Hay que aclarar –entonces– que la manifestación del poder social radica en el establecimiento de relaciones de tipo material necesarias para que de manera autónoma se hagan reales las autonomías, y sobre todo, las libertades en la sociedad.

mayor calado, conforme al cual, como dice Benhabib, ‘para explicar la opresión de la mujer es necesario poner al descubierto el poder de aquellos símbolos, mitos y fantasías que atrapan a ambos sexos en el mundo in-cuestionado de los roles asignados al género’. Y el derecho se presentara como un campo abonado para tales planteamientos”, p. 14, y agrega “la igualdad de trato sólo tiene efectos positivos cuando existe una situación de simetría real entre las posiciones de los sujetos, pues, de no ser así, la igualdad formal sólo sirve para perpetuar la desigualdad real”, p. 34.

## **UN ESTADO DE DERECHO PARA LA AUTOORGANIZACIÓN DE UNA SOCIEDAD CON EL SISTEMA DE DERECHOS PARA UNA SOCIEDAD DE INDIVIDUOS LIBRES**

La organización del Estado de derecho sirve para la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de derechos se constituye como una asociación de individuos libres. Esta afirmación ha de explicarse dentro del marco que se ha manejado en la última parte del texto, y es el producto de la igualdad, que a su vez es el resultado de las ideas liberales y del sistema democrático. Las instituciones del Estado de derecho tienen el fin de asegurar el ejercicio de una autonomía política, mientras que la autonomía social –por su parte– se manifiesta en la sociedad civil; la autonomía tiene un carácter político entre los ciudadanos, y al tener un carácter comunicativo se va a ver reflejada en lo administrativo. En ese orden los programas legislativos sirven para la seguridad y estabilidad de la sociedad, en busca –entonces– de la integridad social.

Hay que tener en cuenta la manera como el derecho moderno está formado por normas coercitivas-positivas que garantizan la libertad. Las instituciones del Estado de derecho aseguran la autonomía social, de la misma manera que aseguran la libertad de los individuos, y –se puede deducir– también una libertad colectiva, aplicable a la sociedad civil.

La coerción y el carácter positivo representan propiedades formales que se unen con la pretensión de alcanzar la legitimidad. El hecho de que las normas tengan sanciones estatales y éstas provengan de resoluciones cambiables de un legislador político, se vincula de manera igualitaria con la garantía de autonomía de las personas jurídicas. La legitimidad así expuesta Habermas la relaciona con “la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho”<sup>33</sup>, lo que se refleja en la validez del derecho. Esto significa que la legitimidad al relacionarse con el carácter coercitivo y el resultante de una legislación permite dar un valor al derecho más amplio.

El derecho actual –según Habermas– deja dos posibilidades, a saber: (i) considerar las normas jurídicas como mandatos en el sentido de restricciones fácticas para abordar desde un punto de vista estratégico las consecuencias que se puedan calcular de las transgresiones a las normas, o bien (ii) considerar esas normas como preceptos con un contenido de validez y obedecerlas por respeto a la ley<sup>34</sup>.

33 HABERMAS, Jürgen (1998), *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, Epílogo a la cuarta edición, revisada, p. 646.

34 García Amado, advierte: “Las normas jurídicas han de poseer una dimensión fáctica, que tiene que ver con los dos aspectos interrelacionados de su cumplimiento habitual, por un lado, y de la coacción que lo respalda, por otro. Ahora bien, la función de integración social que al derecho le corresponde en sociedades complejas sólo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Esta legitimidad de las normas ‘es independiente de su imposición fáctica’ y depende del modo en que esas normas sean creadas. Son legítimas cuando sus destinatarios ‘pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas’, es decir, cuando el procedimiento de creación reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones. En suma, ‘la validez jurídica de una norma significa ahora que ambas cosas se garantizan al mismo tiempo: tanto la legalidad de la conducta, en el sentido de un seguimiento generalizado de la norma, el cual en caso necesario puede ser forzado mediante sanciones, como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso en una consideración positiva ante la ley’. Queda así sentada una de las tesis centrales del libro y cabe ya a ese respecto plantear una primera

Siguiendo entonces la teoría de Habermas en *Facticidad y Validez* en el Estado de derecho, hay que tener en cuenta que el derecho cumple unas funciones sociales e integradoras, puesto que la solidaridad, el poder administrativo, etc., son fuentes de integración social, al igual que la estabilización de expectativas de comportamiento, donde el derecho asegura relaciones simétricas con un reconocimiento recíproco entre portadores de derechos subjetivos. Es de importancia fundamental el elemento de los derechos subjetivos ya que son esas facultades y poderes de las personas los que permiten el ejercicio de la autonomía y la libertad en el Estado de derecho.

Con la organización del Estado de derecho, el sistema de derechos forma un sistema constitucional, donde el derecho pueda actuar para transformar e integrar el mundo comunicativamente estructurado. Aquí hay que tener en cuenta dos aspectos: (i) el Estado de derecho institucionaliza el uso público de las libertades comunicativas, y (ii) el Estado de derecho regula la transformación del poder comunicativo-administrativo.

De acuerdo con los dos aspectos recién mencionados, se puede afirmar que el derecho tiene profundas relaciones con las acciones comunicativas, lo cual puede explicarse mediante los discursos, es decir, las formas de una acción comunicativa que se ha vuelto reflexiva y que desempeña un papel fundamental en la producción y aplicación de normas jurídicas.

Pero, entonces la teoría del derecho moderna obtiene su legitimación por la autoterminación, y esto a la vez se vincula con la acción comunicativa de la regulación del derecho, aplicado por la autonomía de los individuos, es decir, los ciudadanos se pueden asumir en la doble condición de autores permanentes del derecho, y a la vez destinatarios del derecho al que están sometidos.

## **INFLUENCIAS DE LAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS**

A esta altura hay que hacer referencia a las teorías contractualistas que pretendieron entender la autonomía del ciudadano teniendo en cuenta categorías de derecho civil procedentes del régimen de contratos, que se aplican en el ejercicio del arbitrio privado de partes que establecen las condiciones y términos de un contrato.

Por lo anterior, hay que explicar que el problema hobbesiano de fundamentar un orden social, no se puede explicar por ese encuentro y concentración de decisiones efectivas

duda: ¿es de índole fáctica o normativa la afirmación de que la función de integración social que el derecho ha de cumplir no se realizaría en un ordenamiento jurídico carente de legitimidad?" Y responde: "(...) la afirmación de Habermas que comentamos posee un sentido normativo, es decir, que equivale a sostener que un derecho sólo cumple *racionalmente* su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo". Cfr. García Amado, J.A. (1997), *La Filosofía del Derecho en Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 19-21.

Consideradas las cosas desde el punto de vista de la lógica de la argumentación, la separación de competencias entre la instancia aplicadora de la ley y la instancia ejecutora, resulta de la distribución de las posibilidades de recurrir a las distintas clases de razones y de las formas de comunicación que de manera correspondiente, esas clases de razones comportan, formas de comunicación que fijan el tipo de trato con esas razones. Recurso ilimitado a razones normativas y pragmáticas, incluyendo las constituidas por los resultados de negociaciones *fair*, lo tiene solamente el legislador político, más ellos solamente en el marco de un procedimiento democrático atenido a la perspectiva de fundamentación de normas.

de tipo racional con arreglo a fines protagonizados por autores independientes; por ello Kant le da al “estado de naturaleza”, al igual que Rawls en la “posición original”, una capacidad genuinamente moral. Así se presenta que un modelo de deliberación sustituye el modelo de contrato: la comunidad jurídica no se constituye por vía de un contrato social sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado.

Ahora, es pertinente explicar el concepto de institucionalización, para entender claramente lo que significa el papel de las instituciones jurídicas en el Estado de derecho. La institucionalización se refiere al comportamiento normativo que se espera, de miembros de una colectividad social. Estos miembros saben qué comportamiento, cuándo y en qué ocasiones pueden exigir unos de otros; esto se puede explicar –entonces– como la aplicación de la interacción entre las personas y de la correlación entre sus actuaciones, que van a ser un producto-reflejo en las diferentes instituciones; obvio que desde el punto normativo, las instituciones pueden regularse mediante procedimientos que van a fijar los comportamientos de las personas frente a diferentes situaciones, *verbi gratia*, los contratos, las asociaciones, las fundaciones, los convenios, etc.

Todas estas transacciones entre las personas son por tanto producto de la regulación de procedimientos por medio de las instituciones que existen en el Estado de derecho. En este contexto se puede afirmar que aquellas transacciones tienen una íntima relación con los contratos en el estado de naturaleza arriba mencionados.

Las negociaciones son también parte de pactos comunicativos, resultado de las autonomías individuales que hacen parte de una regulación normativa y de las instituciones. Así, desde las teorías contractualistas se puede explicar –en términos de pactos comunicativos–, que son producto de la autonomía y libertad de los individuos.

La regulación positiva en un Estado de derecho liberal y democrático de todos esos intercambios entre las personas, y el establecimiento de procedimientos, tiene un fin: la *equidad*; en la realidad social se efectúan compromisos en los que se ponen en juego derechos individuales y personales, se eligen mecanismos de participación, se designan delegados en las agrupaciones, mandatarios que van a desarrollar aquellas negociaciones con base en los principios de derecho: igualdad, justicia y equidad.

También se busca la equidad en los procedimientos para regular compromisos entre las personas como medio de vigilancia entre los mismos, con la finalidad de evitar el abuso del poder y una presencia desigual en una negociación. Todo ello tiene basamento en los principios liberales, como se sabe el movimiento constitucional liberal buscó la igualdad de poderes y los derechos equitativos para los miembros de la sociedad.

Si la argumentación se encuentra dentro del marco de la igualdad y de la equidad hay que tener en cuenta el papel de la justicia en la toma de decisiones en la sociedad, en búsqueda de la verdad. Para ello es necesario apelar a John Rawls quien en su libro *Teoría de la justicia* hace posible una ilustración contemporánea con respecto a la justicia: hay que tomar como referencia el papel de las mayorías. Los parlamentos son un ejemplo importante para la regulación de procesos en materia de derecho procedimental. Es regla de la mayoría buscar fundamentalmente la verdad, lo que indica que una decisión ha sido producto de un estudio calificado, es decir, bajo los presupuestos comunicativos de igualdad y consenso. Claro que la decisión mayoritaria es falible, no es del todo racional, puesto que la minoría

ha sido derrotada y se ha reducido la decisión a la conformidad de la misma y no a la racionalidad del problema<sup>35</sup>.

Así las decisiones mayoritarias han sido restringidas por la minoría articulada en términos de derechos fundamentales. En la realidad la autonomía política de los ciudadanos no transgrede el sistema de derechos de los ciudadanos, que es el que da vida a la autonomía.

En esa forma el procedimiento democrático institucionaliza las formas de comunicación necesarias para la formación racional de la voluntad política, teniendo en cuenta diversas formas de comunicación. La formación de la opinión y de la voluntad política habrá de requerir la formación de compromisos dentro del proceso educativo, la consonancia en las preferencias, y en el ámbito ético político, la formación de cuestionamientos como ¿quiénes somos? y ¿cómo debemos actuar dentro de la sociedad de manera justa? Es entonces cuando la base fundamental del proceso democrático y de la institucionalización es la *justicia*, ya que allí se desenvuelven temas tales como la igualdad, la libertad y la equidad.

Al aceptar que en una sociedad hay un gran conflicto de intereses, no se puede olvidar que la formación de la autonomía individual de los ciudadanos en la sociedad civil, va a buscar la verdad por una autenticidad de carácter global, búsqueda en la que la comunicación va a dejar de estar formada por argumentos artificiales y va a regularse más por formas concretas de comunicación que van a permitir una transparencia entre el parlamento y la opinión pública.

### **FACTICIDAD Y VALIDEZ EN LA DECISIÓN JUDICIAL: LA INDETERMINANCIÓN DEL DERECHO Y LA RACIONALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN**

Desde la perspectiva de la aplicación del derecho, en especial de la aplicación judicial o adjudicación, la tensión entre facticidad y validez se manifiesta en la tensión entre “el principio de certeza legal y la exigencia de una aplicación legítima del derecho, esto es, de preferir decisiones correctas”. Habermas recoge y critica las soluciones hermenéutica, realista y positivista de esta tensión. Recoge la teoría de Dworkin, que concibe como una reacción contra las corrientes aludidas. Los dos sostienen la posibilidad de establecer parámetros de corrección de las decisiones judiciales.

Habermas se apoya en la teoría dworkiniana para rescatar dos elementos centrales: la posibilidad de hacer una interpretación constructiva de las normas, que logre hacer encajar los principios y las reglas dentro de un sistema coherente, y la concurrente posibilidad de obtener decisiones correctas<sup>36</sup>. Para Dworkin, los principios que inspiran el ordenamiento jurídico y que deben guiar la interpretación, coherente de las normas en los casos concretos

35 Oscar Mejía Quintana dice que “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 con el principio discursivo, en el marco de procedimientos legalmente institucionalizados”. Vid., Mejía Quintana, Oscar: *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Editorial Temis, p. 254.

36 Más adelante Habermas y Dworkin se separan en la metodología de la producción de la idealidad mencionada.

deben ser encontrados por un juez con facultades suprahumanas, Hércules. Para Habermas lo que se reclama es una interpretación de las normas jurídicas, particularmente de la Constitución, abierta a todos los miembros de la sociedad. Para Habermas la idea de una “sociedad abierta” se refiere tanto al proceso de producción de legislación como a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

La conexión entre ciudadanía y adjudicación se logra (i) mediante un proceso adecuado de interpretación de las leyes llevado a cabo por el juez, o (ii) bien mediante la suposición de la existencia de un entendimiento común de los ciudadanos de cómo se deben interpretar tales leyes, lo que debe ser seguido por el juez en el caso concreto. Esta segunda opción la rechaza explícitamente Habermas cuando critica la idea de los “paradigmas jurídicos” vigentes en cada sociedad. En el fondo Habermas se aleja de Dworkin en su comprensión de la idea de la “corrección” de una decisión judicial.

Para Habermas la corrección debe ser entendida bajo la luz de la teoría de la argumentación, en forma tal que ella “es medida, en últimas, porque también el proceso de decisión satisface las condiciones comunicativas de la argumentación que hacen posible el juicio imparcial”. Esta es una concepción procedimental de la corrección, a las reglas del derecho procesal. Estas reglas propician las condiciones para la expedición de sentencias imparciales, la posibilidad de todas las partes interesadas en ser oídas, la evaluación de todos los elementos de hecho probados durante el proceso, la independencia del juez frente a las partes involucradas, etc.

### **LA CONEXIÓN ENTRE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Uno de los méritos de Habermas es el de percibir y desarrollar la relación entre el problema hermenéutico y el problema político presentes en la adjudicación constitucional. Para Habermas, el principio de separación de poderes ha sufrido una transformación dramática en el Estado social, que da cabida a la actuación legítima de los tribunales constitucionales; sin embargo, la legitimidad depende de una cierta forma de interpretar la Constitución, que evite la relatividad de los valores y reivindique el carácter deontológico de los derechos. Con esta posición Habermas se enfrenta simultáneamente a dos corrientes de pensamiento: (i) desde la perspectiva constitucional, con el constitucionalismo conservador que ve en la corte constitucional la subversión del esquema clásico de separación de poderes y aboga por la restauración de éste; (ii) desde la perspectiva hermenéutica, con las teorías de la “ponderación” de valores.

En su debate con el constitucionalismo conservador, Habermas resalta las transformaciones sufridas por el derecho en su paso del contexto del Estado liberal al contexto del Estado social. El cambio fundamental en este proceso histórico consistió en la justificación de las relaciones entre los individuos, relaciones que el paradigma liberal había dejado al libre intercambio.

Simultáneamente tuvo lugar una transformación en el contenido de las normas constitucionales y en el papel que dentro de ellas corresponde a los jueces: dado que en las cartas constitucionales de la segunda posguerra se introdujeron normas programáticas el juez constitucional debe mirar “hacia el futuro”, en términos de Habermas, y no sólo hacia el pasado de las normas ya establecidas, de acuerdo con el modo liberal.

La extensión de los derechos fundamentales en el tiempo y en el espacio social dio lugar a la comprensión de tales derechos como *principios de todo el ordenamiento jurídico*,

originada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Esta comprensión del sistema de derechos ha sido articulada en los casos concretos mediante conceptos jurisprudenciales centrales, como la doctrina del “contenido esencial” de los derechos y la de la aplicación de éstos a las relaciones entre particulares.

El derecho, en general, se constitucionaliza. Las interacciones de los derechos con los demás contenidos jurídicos en los casos concretos requieren de conceptos relacionales, como la regla de proporcionalidad, que permitan la conexión entre derecho de libertad y derechos de prestación y entre derechos de libertad y bienes colectivos.

Para Habermas, si bien el poder de control constitucional otorgado a los jueces es justificable bajo las condiciones del Estado social, este poder está atado a los parámetros hermenéuticos de una comprensión deontológica de los derechos básicos. Esta comprensión está basada en una distinción conceptual entre los valores y principios normativos.

Las normas son mandatos de acción, mientras que los valores son bienes preferibles socialmente, alcanzables mediante una acción teleológica. Sin embargo, esta concepción de la obligatoriedad de las normas constitucionales tiene una dificultad fundamental: impide la ponderación de normas del mismo nivel al predicar de ambas una obligatoriedad absoluta. Habermas busca justamente evitar la ponderación dentro del razonamiento jurídico, como quiera que la teoría que critica ha fundado su comprensión en la hermenéutica constitucional sobre la idea de los valores contrapuestos que en los casos que se presentan ante los jueces reclaman un “pesaje”, una ponderación, que fijen su importancia relativa en las circunstancias fácticas concretas.

Habermas afirma que semejante ponderación no se puede controlar racionalmente, mientras que la racionalidad de la aplicación de principios normativos se deriva del carácter universal de éstos: dado que las normas y los principios, en virtud de su carácter deontológico, pueden pretender ser universalmente obligatorios y no sólo preferidos, poseen una fuerza justificatoria más grande que los valores.

Esta afirmación supone que la clasificación de las normas constitucionales entre principios y bienes colectivos es nítida y que, como ya se anotó, no se presentan conflictos entre principios ubicados al mismo nivel. No obstante, los casos constitucionales más difíciles presentan algunos de estos problemas, o ambos a la vez<sup>37</sup>.

En cuanto a la dificultad de distinguir entre derechos fundamentales y bienes colectivos, resultan ilustrativos los casos, comunes en nuestra jurisprudencia constitucional, de restricción de derechos individuales durante los estados de excepción; en todos estos casos, el bien protegido puede ser traducido, como lo ha hecho la Corte Constitucional, en térmi-

37 Véase Alexy, Robert (1997), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, donde se advierte: “La relación entre derechos individuales y bienes colectivos es uno de los temas iusfilosóficos cuya discusión parece no tener fin. Es fácil identificar dos razones para que ello sea así: una es de naturaleza normativa y otra de naturaleza analítica. El problema normativo resulta del hecho de que toda definición de esta relación, en el sentido de una ponderación de los derechos individuales y de los bienes colectivos, requiere decisiones sobre la estructura básica del Estado y la sociedad. Un consenso acerca de su ordenación correcta presupone un acuerdo acerca de lo que es justo. Por ello, mientras exista disenso en la teoría de la justicia, la ponderación de derechos individuales y bienes colectivos seguirá siendo objeto de polémica. El problema analítico tiene su causa en el hecho de que la definición de la relación presupone claridad acerca de los conceptos de derecho individual y de bien colectivo. La falta de claridad de estos conceptos provoca confusiones en la solución del problema normativos”, p. 179.

nos de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser afectadas por las circunstancias de inseguridad pública.

Para Habermas, las decisiones judiciales, incluso en los casos más difíciles, siguen una lógica de todo o nada. Una norma se aplica o no se aplica; el choque entre normas termina indefectiblemente con la exclusión de una de ellas para los efectos del caso concreto. Habermas, llevando a sus últimas consecuencias el carácter deontológico de los derechos, deriva consecuencias hermenéuticas de este carácter y sostiene una teoría problemática del razonamiento jurídico en los casos difíciles: “la norma pertinente y aquellas que ceden no se relacionan entre ellas como valores en competencia que, como prescripciones de optimización, son satisfechos en diferentes grados dependiendo del caso. Más bien, la relación es entre normas apropiadas e inapropiadas”.

Con esta afirmación Habermas da un giro regresivo en la teoría sobre la interpretación de la Constitución, en tanto recurre a la idea de que para cada existe una y solo una norma pertinente y, en consecuencia, una única respuesta correcta, de tal forma que es posible siempre hacer una operación silogística partir de la única aplicable.

La propuesta de Habermas, en conclusión, enfrenta directamente el problema central de la interpretación de la Constitución y la legitimidad del tribunal constitucional y apunta elementos valiosos para una investigación futura. Algunos de esos elementos presentan dificultades que merecen ser tratadas a fondo, como punto de partida para una indagación sobre la conexión anotada. Estos puntos pueden ser, finalmente, esquematizados de la siguiente manera: (i) es necesario indagar el problema de la distinción entre derechos y bienes colectivos, y entre principios normativos y valores; (ii) las distinciones anotadas deben ser puestas a prueba en el estudio de la confrontación de principios, valores, normas y bienes colectivos, para establecer ¿cuál es el tipo de razonamiento indicado para la solución de problemas constitucionales difíciles? Para esto es indispensable profundizar en el modelo de ponderación, por una parte, y en el modelo de exclusión y de respuestas correctas, y (iii) es necesario considerar las teorías sobre el tipo de derechos que deben ser objeto de los tribunales constitucionales, dentro de las teorías procedimentales de la adjudicación señaladas por Habermas y desarrolladas por constitucionalistas norteamericanos como J. H. Ely<sup>38</sup>.

## **LA TEORÍA DE HABERMAS EN LAS SOCIEDADES MODERNAS**

La teoría de Habermas es clave en las sociedades modernas para redimensionar el problema de la legitimidad y el derecho<sup>39</sup>. Retomando la explicación sobre la teoría comunicativa habermasiana, ésta se plantea una ética comunicativa o ética del discurso. Habermas critica los modelos conocidos a lo largo de la historia de Estado de derecho, debido a

38 Véase Ely, John Hart (1997), *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.

39 García Amado aclara que “en la filosofía de Habermas no sólo se contiene una base fundamental para las actuales teorías de la argumentación jurídica, centradas en el análisis de las condiciones de racionalidad de las valoraciones que acontecen en la práctica jurídica, sino que también es posible extraer de su doctrina una teoría de la validez jurídica, que proporciona criterios con los que poder distinguir el derecho válido y merecedor de obediencia del derecho carente de validez racional y que no generaría en modo alguno una obligación racional de obedecer, ya que sería mero ejercicio del poder o la fuerza, sin respaldo moral o racional”, *op. cit.*, p. 76.

que en ellos no se ha tenido en cuenta la ética del discurso en las decisiones políticas. Según Habermas la desobediencia civil es también producto de esa ruptura de la ética del discurso en el orden político; por tanto, lanza una crítica radical al considerar que los modelos democráticos deben ser instrumento de la ética discursiva.

“En este trazado entre la ética discursiva y la democracia participativa, los derechos humanos son los pivotes de dicho puente”<sup>40</sup>, de esta manera afirma el autor que los derechos, libertades adquieren la forma de principios y reglas morales; siendo entonces la democracia participativa y los derechos humanos un ámbito para la extensión de su teoría comunicativa; lógicamente hay que tener en cuenta los derechos humanos como supuestos racionales de la racionalidad (vélgase la redundancia) del Estado de derecho.

Existen numerosas críticas de la teoría de Habermas. Algunas consideran que es demasiado formalista y utópica. Para Freityag no es posible establecer un parangón entre las etapas de la consciencia individual de Piaget, adoptadas por Habermas y las etapas de la evolución de las competencias lingüísticas de la especie humana. Una ética como la que plantea Habermas provoca las mayores resistencias entre las personas que conocen y estudian los comportamientos sociales. Para MacIntyre, partidario de una ética de contenido y no solamente procedimental, los derechos humanos a la Habermas no son otra cosa que ficciones morales. Para Rorty cuando se trata de derechos de lo que se trata es del *ethos* particular de ciertas sociedades. García Amado a más de los cuestionamientos reseñados en la nota 34 *ut supra*, llama la atención sobre la artificiosidad de Habermas al proponer “una vez más una síntesis de contrarios que se nos antoja un tanto artificiosa: ‘Lo que el modo deliberativo de la praxis legislativa ha de procurar no es *sólo* la validez ética de las leyes. Más bien se puede comprender la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas como la pretensión de, por un lado, tomar en cuenta en relación con el bien común los intereses parciales que se defienden estratégicamente y, por otro lado, buscar principios universalistas de justicia en el horizonte de una determinada forma de vida imbuida de constelaciones valorativas particulares’. Y se ayuda Habermas, para salir del dilema, con una diferenciación de las materias sobre las que puede versar cada uno de esos discursos, regidos por lógicas distintas, contextual la una y universalista la otra”. Un poco más adelante García Amado arremete contra una enumeración que presenta Habermas para diferenciar los supuestos del discurso moral en el derecho, de las cuestiones éticas, y dice: “El comentario que se nos ocurre a propósito de esta enumeración es que resulta un tanto complicado comprender su lógica interna, entender, por ejemplo, por qué los problemas ecológicos o de inmigración requieren un discurso menos exigente en cuanto a las condiciones de aceptabilidad de sus resultados que el relativo a la fijación del plazo de prescripción de delitos. La legitimación del derecho sobre la base de que constituye la institucionalización de los procedimientos del discurso racional le sirve también a Habermas para explicar la superioridad de la Constitución sobre la ley. Se debe a que es en la Constitución donde se establece el procedimiento discursivo de la ley”. Superadas las desaveniencias García Amado se reconcilia con Habermas para explicar “que las decisiones judiciales (requieren) se basen en normas legítimas y que, al mismo tiempo, estén racionalmente justificadas”<sup>41</sup>.

40 Soriano, Ramón (1997), *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, p. 157.

41 García Amado, *op. cit.*, pp. 46 y s.s.. Vale traer a colación lo que García Amado llama el “conflicto de racionalidades”, esto es, “el conflicto entre la racionalidad discursiva de la norma y la racionalidad del juez, con-

En América Latina hay quienes tachan a Habermas de etnoeuropeo pero le reconocen cierto aporte al plantear un ideal mínimamente adecuado para el intercambio de argumentos, pero advierten la inexistencia de unas condiciones básicas de igualdad y de libertad para el diálogo y para alcanzar el consenso a través del mismo. Lo descartan al considerar que las reglas de argumentación obedecen a una racionalidad etnoeuropea, que no corresponden con nuestras reglas de argumentación. Para Dussel, por ejemplo, no hay liberación sin racionalidad, pero no hay racionalidad crítica, sin acoger la interpretación del *excludido*, pues de lo contrario sería mera racionalidad.

Habermas plantea que sus críticos distinguen donde el no lo hace o se simplifica su pensamiento. No se opone a una racionalidad propia de las tradiciones culturales, pero entiende que junto a ellas cabe en un plano más general la racionalidad pragmático-formal. Las críticas a Habermas deben afectar al plano de la autorreflexión y no al de la reconstrucción. Las críticas a Habermas se pueden responder en tres sentidos: (i) el acuerdo moral y universal no implica su caricature definitivo y último (en réplica a la concordancia absoluta), (ii) la formación discursiva de la voluntad no implica la colectivización de la autonomía del sujeto, y (iii) la ética del discurso no es meramente procedimental.

### **APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE HABERMAS EN EL CASO COLOMBIANO**

Compartimos con Habermas la idea de la participación como un reto para las sociedades modernas y la democracia. Los actores de la política deliberativa se encuentran en la esfera pública en la que se filtraron los intereses expresados por los movimientos, asociaciones y organizaciones. La introducción de la democracia participativa en Colombia se tiene que entender como un intento de modernizar y legitimar el sistema político existente y de involucrar las masas pasivas en los procesos de la formación de opinión pública y toma de decisiones.

La interpretación y análisis de las teorías por Habermas llega a un nuevo concepto complejo sobre el derecho y la democracia que cuenta con dos premisas fundamentales. Habermas supone para que funcione la política deliberativa “pluralidad, publicidad, privacidad y legalidad”, en síntesis “la existencia de una sociedad civil diferenciada de carácter moderno”<sup>42</sup>. Habla de la participación activa y colectiva de la población en los procesos de deliberación que la afectan. Al otro lado, el autor cuenta con la neutralidad del Estado que encuentra la dinámica de corregirse y organizar adecuadamente los procedimientos legislativos.

Estas condiciones son bastante abstractas. Por ahora solamente es posible acercarse a este ideal. La existencia de una sociedad civil actuando colectivamente en Colombia es más que cuestionable. Por lo menos no es posible suponerla actualmente. Así, las ideas de Habermas se quedan en el plano de lo impracticable, pero pendientes de su aplicabilidad para el futuro. En el caso de Colombia convence el papel del derecho como el cemento de la

flucto que ha de resolverse en favor de la primera, pues mientras la norma legal democrática es fruto de la efectiva articulación de la racionalidad comunicativa como racionalidad intersubjetiva, las valoraciones del juez, por mucho que se pretendan racionales y universalizables, no llevan el aval de ser resultado de un procedimiento discursivo efectivamente desenvuelto y, con ello, fruto del interés general y la neutralidad”, pp. 51-52.

sociedad moderna. Trata a todos los ciudadanos de la misma manera y sirve por eso como instrumento de identidad nacional. Si alguna vez existió la unidad del pueblo colombiano, en la actualidad es patética la pérdida de instrumentos de identidad.

Por eso es tan importante hablar a favor del derecho para que realmente llegue a servir como orientador, protector, como norma en la sociedad colombiana. La actitud de los ciudadanos frente a los derechos y al Estado es crucial para el mantenimiento de los principios democráticos. Estos principios se ven indagados por los factores que están en contra de la implementación de la democracia o el “gobierno del pueblo”, por ejemplo la guerra civil, pero también el bipartidismo, el centralismo y el clientelismo.

El concepto de Habermas da un impulso importante para el fortalecimiento de nuevas formas de democracia y participación ciudadana. La contribución de Habermas es crucial considerando la brecha entre el rol real de la ley en los procesos políticos diarios y el diseño formal de la institucionalidad. En Colombia ha de incorporarse la importancia del derecho en la sociedad moderna.

Habermas critica los modelos en la historia de Estado de derecho que no han tenido en cuenta la ética del discurso al tomar decisiones políticas; ello explica el origen de la desobediencia civil como respuesta a la separación entre la ética del discurso y el orden político.

Habermas propone que la democracia debe ser instrumento de la ética discursiva. El asunto lo explica de tal manera que los “*derechos humanos constituyan los pivotes del puente entre la ética discursiva y la democracia participativa*”<sup>43</sup>, así, los derechos humanos son la forma de expansión de la teoría comunicativa, en tanto y en cuanto son los derechos humanos presupuestos necesarios en la racionalidad del Estado de derecho.

Así, son las libertades y los derechos los que toman forma de principios y reglas morales, puesto que las reglas de moralidad y de eticidad en la vida de los individuos son objeto de fundamentación moral en cuanto intereses generalizables.

De aquí debemos partir para intentar su aplicabilidad al caso colombiano:

(i) los derechos humanos son los elementos necesarios de la moralidad de la ética discursiva, los cuales –a su vez– deben estar vinculados en el derecho positivo, pues sin ellos se supone una privación de legitimidad en el escenario del Estado de derecho;

(ii) si ello es así, en Colombia no hay legitimidad del Estado de derecho, porque no son precisamente los derechos humanos los elementos de nuestra moralidad, si tenemos en cuenta la violencia de los últimos 50 años, y la ausencia de una sociedad civil como tal para la toma de decisiones políticas. Los derechos humanos han llegado a Colombia como influencia de la revolución francesa, el movimiento constitucional liberal, la ONU y otros organismos, pero no se tiene interiorizada en la sociedad una concepción sobre su valor.

Así, ¿en qué queda el tema de la justicia, que para Habermas debe estar acompañada de la solidaridad? La justicia se refiere al igual tratamiento de la libertad de los individuos acompañada de una autonomía legisladora para el bien y felicidad de sus asociados. La justicia no existe sin los acuerdos de universalidad, la justicia y la solidaridad, fundamentales para una comunicación ética.

En Colombia no hay acuerdos, ni hay legitimidad, no se constata el respeto a los derechos humanos, no hay justicia ni solidaridad, tampoco se hace posible un discurso ético. Así cuando Habermas recoge el legado de Kant, según el cual, “actúa de manera que tus propuestas racionales puedan ser susceptibles de un consenso universal”<sup>44</sup>, podemos contrastar para decir: en Colombia cada uno actúa por su propia moral o ética, pero no hay consenso ético de comunicación.

Para concluir es preciso plantear que:

(i) lo importante en la relación entre el Estado de derecho y la democracia es la existencia de unas libertades, producto de una igualdad natural entre los seres humanos. Se dice natural porque se plantea una libre decisión en un estado natural (con base en las teorías contractualistas), de tal manera que allí donde se ha deliberado en un marco de libertad producto de una igualdad natural se darán de hecho unos derechos individuales que a su vez aceptarán una autonomía privada;

(ii) lo anterior en un marco liberal y democrático haría posible la existencia real de una autonomía social, que haría innecesario explicitar formalmente (positivamente) la naturaleza de un Estado de derecho con un régimen democrático, y

(iii) cuando se está en presencia de un Estado con libertades y autonomías privadas se hace posible la plena expresión de la igualdad, la justicia y la equidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1997), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- BOLADERAS; Margarita (1996), *Comunicación, ética y política. Habermas y sus escritos*, Madrid, Ed. Tecnos, cap. V, pp. 122-149.
- ELY, John Hart (1997), *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.
- FROSINI, Vittorio (1991), *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992), “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 13-42.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997), *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 17-101.
- GIMBERNAT, José Antonio (Ed.) (1997), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, en esp. pp. 23-34 y 199-223.
- HABERMAS, Jürgen (1990), *Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social*, Madrid, Ed. Tecnos, cap. I y II, p 49-122.
- HABERMAS, Jürgen (1991), *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Ed. Paidós-ICE Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 149-159.
- HABERMAS, Jürgen (1997), *Mas allá del Estado Nacional*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 27-36.
- HABERMAS, Jürgen (1998), *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, en esp. pp. 239-262 y 645-662.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar (1997), “La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a *Faktizität und Geltung*”, en: *Ideas y Valores*, N° 103, Bogotá, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia.

44 *Ibid.*, p. 153.

- MEJÍA QUINTANA, Óscar (1998), *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, en esp. pp. 205-289.
- RODRIGUEZ, Augusto (1997), "Hermenéutica constitucional y activismo judicial", en: *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, N° 7, pp. 155-170.
- SERRANO GÓMEZ, Enrique (1994), *Legitimación y Racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, México, Ed. Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 53-64.
- WELLMER, Albrecht (1994), *Ética y Diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso. Filosofía Política*, México, Ed. Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.