



ANÁLISIS, CRÍTICA Y LEGITIMIDAD DEL DERECHO MODERNO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA HABERMASIANA*

GERARDO A. DURANGO ÁLVAREZ**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA-SEDE MEDELLÍN

Recibido el 3 de julio y aprobado el 4 de septiembre de 2008

“En el derecho moderno opera un desplazamiento por el que lo que antes se exigía normativamente a los individuos, los cuales de este modo quedan, por así decir, moralmente exonerados, se transforma en exigencias que ahora se hacen a las leyes, las cuales han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción. Éstas reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo que se apoya a su vez en el principio de soberanía popular”.
Habermas

RESUMEN

La crítica y análisis del derecho moderno es realizado por Habermas a partir de su *Teoría de la acción comunicativa*; allí plantea que la acción comunicativa se erige en una de las principales fuentes de integración social. Esto es posible cuando los individuos utilizan el lenguaje como mecanismo de coordinación de las acciones tendientes al entendimiento mutuo y a la integración social, cuando los actos del habla introducen idealizaciones que permitan atribuir a las expresiones significados idénticos, por ejemplo, asociar a sus manifestaciones o elocuciones una pretensión de validez que trasciende el contexto, al reconocer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, esto es, autonomía y veracidad, tanto frente a sí mismos como frente a los demás. Se trata de presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico, tal como los denomina Habermas, cuestiones éstas que influyen notoriamente en la legitimidad y legalidad del derecho moderno.

* Este artículo es producto de la investigación en curso: incorporación, inclusión y evolución de las “acciones afirmativas” en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. Estudio comparativo con el constitucionalismo español. Llevada a cabo en la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

** Doctor en Derecho: Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid – España. Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid – España. Especialista en Derechos Humanos, Universidad Autónoma Latinoamericana. Profesor asociado e investigador de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Departamento de Ciencia Política. Líder del grupo de investigaciones de posgrados GIP-UNAULA, clasificado ante Colciencias. E-mail: gerardodurango@yahoo.es

PALABRAS CLAVE

Teoría de la acción comunicativa, principio discursivo, Habermas, facticidad y validez, mundo de la vida, procedimiento democrático, derechos fundamentales, legitimidad, legalidad.

ANALYSIS, CRITICISM AND LEGITIMACY OF MODERN LAW FROM THE PERSPECTIVE OF THE HABERMASIAN COMMUNICATIVE ACTION

ABSTRACT

The criticism and analysis of modern law is carried out by Jürgen Habermas in his *Theory of the communicative action*, where he proposes that the communicative action is one of the main sources of social integration. This is possible when individuals use language as a coordination mechanism of the related actions to mutual understanding and social integration, when the acts of speech introduce idealizations that permit attributing identical meanings to the expressions; for example, associating to their manifestations or elocutions a pretension of validity that exceeds the context, when recognizing in their addressees the capacity of responding to their acts, that is to say, autonomy and veracity, regarding themselves as well as others. This article deals with pragmatic counterfactual assumptions, as denominated by Habermas, questions that greatly influence the legitimacy and legality of modern law.

KEY WORDS

Theory of communicative action, discursive principle, Habermas, facticity and validity, lifeworld, democratic proceeding, fundamental rights, legitimacy, legality.

METODOLOGÍA

La metodología empleada en el presente artículo se centró en el análisis teórico proporcionado por la *Teoría de la acción comunicativa*, en tanto ésta ofrece elementos críticos y analíticos para cuestionar la legitimidad de los actuales estados de derecho. Para ello se partió (I) de la reconstrucción habermasiana del derecho moderno hasta llegar a la propuesta teórica del principio discursivo, eje central para la elaboración que el autor realiza de su teoría jurídica-discursiva de los derechos fundamentales (II).

1. LAS CONDICIONES DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA

La necesidad de conseguir un referente para su teoría racional-normativa lleva al autor a la construcción de su *Teoría de la Acción Comunicativa*¹. La legitimidad² para los acuerdos normativos lleva a Habermas a configurar su teoría comunicativa como aquel espacio al que pueden recurrir los individuos para abordar los conflictos mediante acuerdos dialógicos. Dice el autor: “Llamamos racional a una persona que se muestra dispuesta al entendimiento y que ante las perturbaciones de la comunicación se muestra reflexivo sobre las reglas lingüísticas” (HABERMAS, 1987c : 42). Para Habermas, la razón comunicativa no es una acción subjetiva asignada a un actor individual; por el contrario, la práctica comunicativa cotidiana proporciona el modelo de la racionalidad discursiva que, al mantener el debate dentro de los procedimientos discursivos, garantiza la imparcialidad de las normas.

Para justificar lo anterior, Habermas apela a la estructura dialógica del lenguaje como fundamento del conocimiento y de la acción, participando así de la corriente del denominado ‘giro lingüístico’ en filosofía³. Como resultado deduce la categoría de ‘acción comunicativa’, en ésta la racionalidad está dada por la capacidad de entendimiento entre ‘sujetos capaces de lenguaje y acción’ mediante actos de habla cuyo trasfondo es un ‘mundo de la vida’ de creencias e intereses no explícitos y acríticamente aceptados por las comunidades de comunicación. La *Teoría de la acción comunicativa* es, para Habermas, el principio explicativo de una teoría de la sociedad fundada en una teoría del lenguaje y en el análisis de las estructuras generales de la acción; de allí que el rasgo característico de los seres humanos será la racionalidad manifestada ‘objetivamente’ en el ‘lenguaje’.

Como afirma Habermas, la acción comunicativa se apoya en un modelo que, por así decirlo, está implícito desde el principio en el intento de establecer un entendimiento lingüístico. “La interacción lingüísticamente mediada exige el establecimiento de consenso y con la función de coordinar la acción mediada por normas. El entendimiento lingüístico funciona como mecanismo coordinador de la acción de modo que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo

1 En las páginas finales de *Teoría de la acción comunicativa* –segundo tomo–, Habermas manifiesta que el propósito de su investigación es introducir la teoría de la acción comunicativa para dar razón de los fundamentos normativos de una teoría crítica de la sociedad. Es crítica por cuanto busca afirmar la racionalidad y la autorreflexividad de las prácticas comunicativas en busca de la obtención de consensos. *Teoría de la acción comunicativa* es, además, el marco teórico para el proyecto de análisis y de estudios interdisciplinarios sobre la racionalización capitalista moderna desde una perspectiva filosófica.

² Habermas se inscribe teóricamente en las propuestas del contrato social de Rousseau, del proyecto de eticidad de Hegel y del imperativo categórico de Kant, entre otras. Al respecto, S. Benhabib afirma que, siguiendo las huellas del imperativo categórico de Kant, el modelo procedimental de una práctica argumentativa reemplaza el silencioso experimento-pensante que sigue la idea kantiana de la universalidad. (BENHABIB, 1992: 24).

³ En este sentido ver Lafont (1993, y una versión ampliada en 1999).

sobre la validez que pretenden para sus actos de habla, es decir, se reconocen intersubjetivamente pretensiones de validez susceptibles de crítica” (HABERMAS, 1987c: 482). Ahora bien, para el autor en mención, fuera de la acción comunicativa, existe también la acción instrumental y la estratégica⁴. La primera es insuficiente para lograr acuerdos perdurables socialmente, ya que la imposición que ejerce la lógica de medios y fines, que en su intento por imponerse no tiene presente la “legitimidad” social, es lo que genera la pérdida por el sentido político, la democracia y los derechos fundamentales. Esta legitimidad “instrumental” aísla el entendimiento de los sujetos y no permite una racionalidad comunicativa. La acción “estratégica”, por su parte, domina y promueve relaciones de dominación orientados al éxito y es controlada por el sistema administrativo y político, no por el mundo de la vida, que, todo lo contrario, se basa en acciones comunicativas. En el mundo de la vida, los sujetos han de buscar el entendimiento. Este se comprende, según el autor en mención, como “la obtención de un acuerdo entre los participantes acerca de la validez de una emisión”. (HABERMAS, 1985a : 125-128, 175).

La acción comunicativa resulta, de esta manera, especialmente relevante para la búsqueda de la integración social en aquellas sociedades donde el componente conflictivo es demasiado alto y excluyente. Ahora bien, es de recordar que la comunicación no es la panacea para todos los males sociales referentes a la integración social, pues a medida que se avanza en la evolución social, aumenta la posibilidad del disenso en la comunicación, porque va operando internamente en la sociedad una creciente diferenciación entre los individuos y la ‘pluralización de las formas de vida’ que generan una constante y permanente tensión entre los

⁴ Hay una acción estratégica del lenguaje en las siguientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana:

1. C-320 de 1997. Con la Expresión “transferir jugadores”. Parece ser que con esta expresión, los jugadores son cosificados por los clubes deportivos. Dice la Corte que los jugadores no son cosas que se intercambian cual mercancías.

2. C-007 de 2001. Con la expresión “robo violento”. En este caso la norma acusada fue el numeral 6 del art. 140 del Código Civil que establece lo siguiente: *Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consientan en él, estando fuera del poder del raptor*. Para la Corte, robar significa quitar o tomar para sí con violencia o con fuerza lo ajeno. Ello instrumentaliza la dignidad de la mujer como tal. En este sentido el lenguaje no puede ser utilizado con un fin estratégico, sino con un fin comunicativo-constructivo.

3. En la Ley Estatutaria de la administración de justicia se utiliza la expresión “recurso humano de la rama judicial”. La Corte Constitucional declaró inexecutable esta expresión por atentar contra la dignidad humana. Este término degrada los principios esenciales del estado social de derecho. Es paradójico que la Constitución utilice en su art. 334 la misma expresión.

4. Sentencia C-1088 de 2004 –locura furiosa y loco-. Acá la Corte analiza el caso de estas expresiones utilizadas por el legislador en el Código Civil, art. 548, y concluye que son expresiones “peligrosas” para los individuos a los que se hace referencia y por contradecir abiertamente el art. 13 de la Constitución Política, que ordena proteger especialmente a estas personas. Dijo la Corte en esta ocasión que: “Al poder político ya no le está permitido aludir a los seres humanos sea cual sea su condición, con una terminología que los despoje de su dignidad, que los relegue al derecho de cosas”. Una descripción detallada de éstas y otras sentencias puede verse en: AGUIREE, JAVIER ORLANDO. “La relación lenguaje-Derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico, Revista Opinión Jurídica, 2008 vol:7 fasc: 13 págs: 139-162

intereses particulares y el conjunto de formas de vida que pretenden universalizar determinadas condiciones de convivencia. Por tanto, la acción estratégica será deudora, de una u otra manera, de las comprensiones básicas de la convivencia social, pues ésta no puede dirigir las interacciones sociales sólo en las acciones tendientes al cálculo y a las expectativas individuales.

De esta manera, la búsqueda de criterios normativos críticos y analíticos que le sirvan de soporte en su análisis social lleva a Habermas a preguntarse por la legitimidad, aproximándose de esta manera a *Problemas de legitimación del capitalismo tardío* (HABERMAS, 1975a), donde explica la crisis del capitalismo para dotarse de legitimación. En ella denuncia la contradicción insuperable entre la lógica manejada por el capital –que busca el interés privado– y las cuestiones normativas manifiestas en los procedimientos democráticos, lo que lleva a que el poder del Estado se imponga coactivamente y sin las bases necesarias para su justificación tanto democráticas como comunicativas. La dominación económica se ve en la necesidad de una legitimación controlada por el Estado, que compense las disfunciones del mercado. Pero el Estado se ve sobrecargado de las demandas sociales y sin posibilidad de atención, ocasionando una crisis de legitimación; además, se orienta más por las cuestiones técnicas que por la realización de las normas práctico-morales y la participación política real de los ciudadanos en su conformación. Ante tal situación, Habermas se inclina a plantear que el poder sólo puede legitimarse mediante discusiones públicas razonables en las cuales los ciudadanos puedan contener el papel privatizador que ha adquirido el Estado. Se vale para ello del papel que cumple la moral y el derecho en la justificación de principios universales⁵ como, por ejemplo, el principio discursivo⁶.

Ahora bien, valdría una pregunta esencial sobre el anterior planteamiento –el de la legitimidad del orden social por medio de la acción comunicativa y del consenso–: ¿cómo, a partir de procesos de formación de consenso que vienen amenazados por una tensión explosiva entre facticidad y validez, puede surgir algo así como el orden social, el Estado democrático de derecho y los derechos fundamentales?

Este interrogante surge porque siempre existe y existirá la posibilidad o el riesgo del *disenso* en toda formación de interacción social, así vaya dirigida a la búsqueda del entendimiento mutuo. Es menester aclarar que el papel atribuido al disenso no siempre puede entenderse negativamente; por el contrario, el disenso es condición necesaria dentro de una sociedad pluralista y democrática. En este sentido, cuando en el proceso de entendimiento se presenta el disenso, sólo se dispone de pocas alternativas. Éstas serían:

⁵ (HABERMAS, 1975: 156). La pretensión de *rectitud normativa* funciona como garante ilocucionario de los intereses generalizables en las prácticas comunicativas, ello –a mi modo de ver– sirve de base para que Habermas reacomode su teoría comunicativa hacia el universalismo moral; soporte esencial del principio discursivo.

⁶ Un trabajo detallado sobre el principio discursivo en la teoría de Habermas puede verse en: Durango Álvarez, Gerardo (2006a).

- Recurrir a operaciones sencillas de reparación.
- Dejar a un lado las pretensiones de validez controvertidas.
- Pasar a discursos costosos con resultado incierto y perturbadores efectos de problematización.
- Romper la comunicación y abandonar los espacios que conllevan al consenso.
- Pasar a la acción estratégica, orientada al propio éxito de cada uno.

El componente del disenso, propio de las relaciones sociales, lleva a comprender que no todas las acciones comunicativas llevan al consenso –como siempre se le ha criticado injustamente a Habermas–, ya que en la búsqueda de parámetros de regulación del orden social también existe la posibilidad de poder disentir o de poder decir “no”. El disenso ha sido uno de los temas objeto de crítica en la teoría habermasiana. Javier Muguerza, por ejemplo, le asigna al papel del disenso en la historia de la conquista de los derechos humanos, un papel central en cuanto, como él mismo lo expresa, dicha historia “es una historia de los esfuerzos de individuos que lucharon por ellos integrados en movimientos disidentes: primero, la burguesía emergente; luego, las clases trabajadoras; después, los pueblos colonizados; más tarde, las minorías étnicas de las metrópolis; hoy, en fin, las mujeres, los homosexuales y otros sectores marginados de la sociedad, etc.; un proceso en marcha, a lo largo del cual el objetivo del disenso ha sido siempre la ruptura de algún consenso antecedente con vistas a lograr, sobre sus ruinas, la edificación de nuevos consensos”. (MUGUERZA, 1997: 83).

El mismo autor a renglón seguido, precisa que si bien estas reivindicaciones producto del disenso pueden considerarse como la génesis del reconocimiento de los derechos humanos que proclamaron, o en otras palabras, lo que denomina “contexto genético”, no pueden confundirse con el “contexto justificatorio”, es decir, asignarle al disenso también el papel de fundamentación de tales derechos. Al respecto, continúa diciendo, no es posible hablar de una “fundamentación” disensual de los derechos humanos, sin entender esa fundamentación en sentido anárquico, es decir, en sentido “declaradamente antifundamentalista, de hacer descansar sobre la pura y simple autonomía de los sujetos concernidos la reivindicación de cualquier clase de derechos humanos, comenzando por el derecho a ser sujetos de esos mismos derechos”. (MUGUERZA, 1997: 84).

Siguiendo lo que Muguerza quiere señalar con sus planteamientos, de lo que se trata es de estudiar hasta qué punto los intereses en conflicto y generadores de disenso del sujeto considerado como moralmente autónomo, quedan privados de su pretensión de ser universalizables, si se acepta el planteamiento habermasiano de la existencia de falsos universalismos.

Habermas, en respuesta a las críticas presentadas por Muguerza, afirma citando a Kant que “es libre aquella voluntad que vincula, mediante intelección, el arbitrio

propio con aquello que es interés de todos, es decir, que es igualmente bueno para todos” (HABERMAS, 1997a: 265).

Menciona igualmente que Kant integra, por un lado, “lo “autorizante” del libre arbitrio –que fundamenta la subjetividad– y por otro, la intelección de una ley que deberíamos darnos a nosotros mismos. (...) la voluntad libre se caracteriza por el hecho de que el arbitrio puede quedar vinculado a la intelección de lo que es igualmente bueno para todos y cada uno, lo universal; es decir, puede vincularse a la intelección de una ley de la que, sin embargo, al mismo tiempo se exige que nos la hayamos dado a nosotros mismos”. (HABERMAS, 1997a: 266).

Lo anterior es el recurso al cual acude Habermas para explicar que no es posible –como al parecer sí lo hace Muguerza– separar la autonomía del individuo y la pretensión normativa de universalización. Lo que sí es legítimo reconocer en la crítica de Muguerza, es la defensa de la individualidad de cada persona, frente a la trama discursiva, pretensión que en palabras de Habermas puede satisfacerse mejor si se asume que “existe una doble dimensión en la que se reconocen los sujetos, es decir, el reconocimiento como miembros de una comunidad y como individuos únicos e insustituibles”. (HABERMAS, 1997a: 267).

Ahora bien, una sociedad que se mueve siempre por acciones estratégicas, –en materia penal se podría, por ejemplo, posibilitar que las personas que han sido víctimas, tomen decisiones relevantes sobre la futura sanción al ofensor–, haría imposible cualquier acuerdo normativo necesario y fundamental para el desarrollo del derecho y de la misma sociedad. Así lo expresa Habermas cuando señala:

La motivación racional conducente al acuerdo, la cual descansa siempre en un poder-decir-que-no, tiene ciertamente la ventaja de una estabilización no coactiva de expectativas de comportamiento. Pero el alto riesgo de disenso, que recibe siempre nuevo nutrimento de experiencias, es decir, de contingencias que nos sorprenden, haría totalmente improbable la integración social a través de un empleo del lenguaje orientado al entendimiento si la acción comunicativa no estuviese inserta en contextos del mundo de la vida que le proporcionasen respaldo mediante un masivo consenso de fondo. (HABERMAS, 1997a: 279).

El consenso de fondo al que alude Habermas se entiende como aquel acuerdo normativo necesario al que llegan los individuos en la práctica comunicativa cotidiana o mundo de la vida⁷. Dicho de otra forma, se trata de convicciones

⁷ Habermas introduce el concepto de “mundo de la vida” como un entramado de acciones comunicativas, ramificado en el espacio o espacios sociales y en el tiempo o tiempos históricos; y esas acciones se nutren de las fuentes que representan las tradiciones culturales y los órdenes legítimos, no menos de lo que dependen de las identidades de los individuos socializados. Los tres componentes del mundo de la vida: cultura, sociedad y personalidad, se presuponen recíprocamente. (HABERMAS, 1998a: 145-146).

comunes respecto de las cuales en principio no hay desacuerdo o disenso, tales como la prohibición de la tortura, los derechos fundamentales de los niños, la no discriminación a las mujeres, etc. Este tipo de consenso se ha convertido en los actuales estados de derecho en un saber tematizado⁸, es decir, aquel tipo de saber que es capaz de soportar y sobrepasar pretensiones de validez susceptibles de crítica que no puede ser falseado. Habermas así lo expresa nuevamente en su texto *Facticidad y validez*: “El saber de fondo no puede ser falsado como tal; pues se descompone tan pronto como, al volverse temático, cae en el remolino de las posibilidades de problematización” (HABERMAS, 1998a: 85). Esto es, existen ciertos acuerdos normativos que no pueden darse ni lograrse si presuponen de entrada la negación y conculcación desmedida de derechos fundamentales.

De esta manera, la *Teoría de la acción comunicativa* hace posible someter a juicios de falibilidad estos saberes de fondo y llevarlos a las discusiones propias del mundo de la vida. Este tránsito hace que los acuerdos sociales legitimen las instituciones, los órdenes sociales y la “pluralización de las formas de vida” que generan una constante y permanente universalización de las condiciones de convivencia que opera a través de las “operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente”. (HABERMAS, 1987b: 167).

Por tanto, dice Habermas, una sociedad que se presenta con estas características y profundamente desarraigada de patrones religiosos, sacros o metafísicos –secularizada–, tendrá necesariamente que regularse por un orden jurídico normativo, cuyo propósito debe estar referido a la compatibilización, por un lado, de las acciones guiadas por intereses y, por el otro, de las acciones orientadas por el entendimiento, ya que los procesos de interacción dirigidos por los intereses de actores o participantes no pueden por sí mismos configurar órdenes estables, razón por la cual la acción comunicativa debe cumplir su función socio-integradora, dejando al derecho la función de “estabilizador de las expectativas de comportamiento normativas orientadas al bien común” .

2. ACCIÓN COMUNICATIVA Y DERECHO MODERNO

Para Habermas el derecho moderno es el mecanismo que posibilita las interacciones comunicativas propias del mundo de la vida. Constituye un orden legitimador e integrador de las decisiones sociales al que pueden traducirse todos los planteamientos posibles dados en el mundo de la vida. El derecho bebe de la

⁸ Serían saberes tematizados los de las instituciones de las sociedades tribales, protegidas siempre por algún tipo de tabú, expectativas cognitivas y normativas que se afianzan indivisas formando un complejo de convicciones asociado con motivos y con orientaciones valorativas. La autoridad de esas instituciones, dotadas así de poder, sale al encuentro de los agentes dentro del mundo social de éstos y les establece una serie de categorías y concepciones acriticas.

política, la moral, lo pragmático y lo ético, de allí su fuerte crítica a Luhmann y a Kelsen, por desconectar el derecho de sus entornos políticos y morales, lo que lleva a que el derecho sea autopoiético y autorreferencial.

Es claro, por tanto, que para Habermas el Estado democrático de derecho deriva de la “la institucionalización que discurre a través del Derecho⁹ y de los presupuestos comunicativos para una formación de la opinión y la voluntad, la cual hace factible una producción legítima de normas” (HABERMAS, 1998a: 299). Por tanto, el derecho moderno es entendido por Habermas como paradigma discursivo que busca explicar cómo pueden entenderse y dirimir conflictos, en sociedades altamente complejas, individuos y grupos que deben deliberar y acordar qué derechos deben y quieren reconocerse mutuamente con el fin de establecer aquellos principios básicos del acuerdo social. De esta manera, las acciones comunicativas deben poder criticar, analizar y legitimar el derecho moderno, teniendo presente, por un lado, su carácter integrador de las conductas y acuerdos sociales y, por el otro, las condiciones propias que ejerce el derecho positivo, esto es, su sola coercibilidad. En este sentido, una vez abordados los diferentes pasos que conducen a la integración social –entre ellos el derecho y la acción comunicativa–, Habermas introduce el concepto de Derecho Moderno como recurso para explicar que la función de integración social que al derecho le corresponde en las sociedades contemporáneas, sólo puede realizarse si las normas poseen un elemento de legitimidad que esté por encima de su capacidad coactiva y sancionadora y que paralelamente posibilite la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Lo anterior sólo es posible si el procedimiento de creación de normas es “transido” por la acción comunicativa, por la deliberación basada en argumentos racionales y por la institucionalización del principio democrático.

El derecho adquiere entonces una importancia capital dentro del funcionamiento de sociedades complejas, las cuales no podrían transmitir los mensajes de contenido normativo sin la juridificación de los mismos que opera a través del derecho positivo que ha funcionado tan sólo con la fuerza coercitiva del derecho. Frente a lo expuesto parece que Habermas se ubica en dos planos ante el derecho, así: 1) un plano descriptivo, cuando señala las condiciones reales de funcionamiento de las actuales sociedades –facticidad–, y 2) un plano prescriptivo, cuando presenta un ideal regulativo, un deber ser del funcionamiento de la sociedad contemporánea,

⁹ “El lenguaje del Derecho da a comunicaciones provenientes de la esfera de la opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, a comunicaciones provenientes del mundo de la vida, una forma en que esos mensajes pueden ser también entendidos y asumidos por los códigos especiales de los sistemas de acción autorregulados, y a la inversa. Sin este transformador el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad”. El autor hace referencia al “mundo sistémico” integrado por los subsistemas económico y administración o burocracia, lo cuales forman parte del componente sociedad del “mundo de la vida”, pero se ha independizado al configurar sus propios códigos, a saber: dinero y poder, respectivamente. (HABERMAS, 1998a: 434).

en donde la acción comunicativa se basa en las reglas del discurso¹⁰, es decir, en donde la fuerza de las argumentaciones racionales se erige como instrumento regulador e integrador de la sociedad –validez–. Dicho de otra manera, “(L) a razón moderna se ha vuelto procedimental, los procedimientos que se aplican para resolver conflictos sociales tienen una carga de racionalidad que se trasluce en la forma de procedimientos que validan (o falsean) enunciados sobre el mundo o consideran normativamente válidos (o injustos) acuerdos sobre nuestras relaciones sociales” (THIEBAUT, 1999: 25).

De esta manera, la tensión inmanente entre *Facticidad* y *Validez* se puede reducir con la función que presenta el derecho moderno. Este puede funcionar como un reductor de la complejidad social, como un sistema de señales y sanciones, es decir, se presenta con un código o medio que tiende a paliar las manifestaciones estratégicas y busca la integración social a través de los acuerdos racionales como aquellos que se dan en la aplicación de las normas.

Pero esta integración social a través del derecho, surge de una legitimación normativa diferente a la que funcionaba en las sociedades tradicionales, donde la simple tradición que se daba a partir de contextos de transmisión atemática ofrecía la carga legitimadora necesaria. Ahora, cuando se ha pasado a lo que Habermas denomina una conciencia postradicional, caracterizada por la distinción entre acciones autónomas y heterónomas, precisa un presupuesto obligado, la justificación de las normas, que en este contexto, sólo puede ser dada a partir del principio democrático y el discursivo.

Este último se transforma en principio democrático mediante la institucionalización jurídica de los procedimientos de producción de normas; a través de dicho principio discursivo la soberanía popular adquiere forma jurídica al institucionalizar aquellos mecanismos democráticos de producción de normas –el referéndum, el voto, plebiscito, cabildo abierto, la iniciativa legislativa, los derechos de las minorías, entre otros mecanismos de participación democrática–, espacios éstos que posibilitan que los sujetos sean miembros activos de la comunidad jurídica,

¹⁰ El autor que más ha desarrollado el tema de la teoría de la argumentación jurídica –que retoma de la propuesta habermasiana del principio discursivo–, ha sido R. Alexy. Para este autor, las reglas de la argumentación son las siguientes: la exigencia de no contradicción, el principio de universalidad, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias y el análisis de la formación de las convicciones morales; y otras como: “quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso”, “todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma”, “quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra está obligado a fundamentarlo”, o “quien afirma una proposición normativa debe aceptar las consecuencias en el evento que le fuera aplicable”. (ALEXY, 1989: 293). Así, dice Alexy, la teoría del discurso otorga, en situaciones específicas, un criterio para la racionalidad de procesos y decisiones que en ellos se producen (1989: 37).

De manera muy similar, expresa S. Benhabib la participación en la deliberación: 1) está gobernada por las normas de igualdad y simetría; todos tienen las mismas posibilidades de iniciar discursos, de hacer preguntas, de responder y de abrir los debates; 2) todos tienen derecho a cuestionar los tópicos de la conversación; y 3) todos tienen derecho a iniciar argumentos reflexivos sobre las reglas del discurso, su procedimiento y el modo como éstos se aplican o se llevan adelante. (BENHABIB, 1996: 70).

reconociéndose coautores de las normas jurídicas y de los derechos que han de regir su modelo democrático. Ahora bien, el hecho de ser coautores de las normas se torna muy difícil y complejo de aplicar y ejercitar en espacios con alto déficit democrático como algunos países latinoamericanos. Piénsese, por ejemplo, en Perú y Argentina, donde leyes permisivas dieron lugar a la impunidad continua y favorecedora de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad. En Colombia, uno entre muchos ejemplos existentes, se tiene la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y paz; con esta ley los paramilitares –uno de los principales actores del desplazamiento y la desaparición forzada– han sido favorecidos, en cuanto a las penas privativas de la libertad que oscilan entre los cinco y los ocho años. Tal reducción de las penas chocan con aquellas normas internacionales de derechos humanos y del DIH vigentes en Colombia y recepcionadas por el bloque de constitucionalidad. Esto conllevó a un rechazo generalizado de la sociedad colombiana –a excepción de la ultraderecha–, que percibe en esta norma, una manera clara por parte del gobierno, de favorecer a un grupo al margen de la ley que ha perpetrado crímenes de lesa humanidad. En este proceso de creación de las normas, y en su aplicación, las víctimas directas del conflicto armado no han tenido una participación activa en el proceso de búsqueda de la verdad, de acceso a la justicia y a la reparación, razón por la cual la inclusión social entre víctimas, victimarios y sociedad colombiana, se tardará más de la cuenta, haciendo aún más lento todo intento de solucionar un conflicto tan largo y doloroso como el colombiano.

Llegados a este punto se plantea un interrogante: ¿cuáles son los presupuestos que señala Habermas para que los sujetos puedan participar como colegisladores en igualdad de condiciones? La respuesta está en la necesidad y posibilidad de que el ejercicio de autolegislación o colegislación de los sujetos, implicados en las disposiciones normativas, tengan mayores y mejores espacios deliberativos, así como en los derechos garantizados y protegidos por el Estado democrático de derecho, en la facultad de exigir sus pretensiones legales y de hacer uso de las libertades políticas definidas jurídicamente. Esto es, para poder participar como colegisladores, los ciudadanos han de poder actuar activamente en la producción de normas, los individuos han de poder examinar, criticar y proponer si la norma en cuestión ha contado con el asentimiento de todos los afectados. Por tanto, la conexión interna que se busca, dice Habermas, entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en institucionalizar jurídicamente los derechos fundamentales a través de las condiciones deliberativas democráticas. Así, el buscado nexo interno entre derechos fundamentales y soberanía popular consiste en que a mediante los primeros deben cumplirse las exigencias de una institucionalización jurídica y de una praxis ciudadana del uso público de libertades comunicativas.

Ahora bien, como se expuso anteriormente, la institucionalización de los derechos y garantías se logra con la introducción al mundo jurídico del principio

del discurso o Principio “D”. Que en términos habermasianos dice: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (HABERMAS, 1998a: 172). Es con dicho principio que los ciudadanos juzgan y analizan si el derecho que se dan a sí mismos es legítimo o es sólo legal –entiéndase sólo coactivo–. Llegados a este punto es necesario precisar cada uno de los conceptos que trae el principio del discurso, pues una cosa son las normas de acción y otras son las normas jurídicas. Por eso, a partir del principio del discurso se justifican los derechos fundamentales, en tanto éste se convierte en principio democrático en virtud de su juridificación. Esto es, para Habermas el predicado “válido” al que hace referencia el “Principio D”, se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales. Esta validez es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad.

Por *normas de acción*, Habermas entiende las expectativas de comportamiento generalizadas que buscan una justificación normativa para dichas acciones desde la moral, el derecho, la política y lo pragmático. *Afectado* es cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Finalmente, por *discurso* racional, el autor, entiende toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en un espacio público, comunicativo y libre de coacciones externas desmedidas.

Por consiguiente, el derecho discursivo pretende orientar aquellas acciones hacia la búsqueda de las garantías propias de un Estado de derecho que protege derechos fundamentales, ya que “como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados” (HABERMAS, 1998a: 169). Este planteamiento se conecta indiscutiblemente con el principio democrático–procedimiento de producción legítima de las normas sociales– como mecanismo que complementa el principio del discurso –procedimiento imparcial de la fundamentación de normas– para la configuración y legitimidad de los derechos en los cuales todos los actores han ayudado a construir, lo que conlleva a una interrelación entre los reclamos jurídicos de los ciudadanos y la legitimidad de las normas producto de la deliberación pública.

Ahora bien, el “principio democrático” se presenta como la forma jurídica del “principio del discurso”, y es en virtud de aquel que la abstracción operante en el ejercicio que posibilita el “Principio D”, empieza a adquirir concreción, pues el “principio democrático” dota de justificación, no sólo moral, a las normas jurídicas. Esto es, el “principio democrático” resulta de una especificación del “principio del discurso” para aquellas normas de acción que se presentan en

forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales. –En Kant, por ejemplo, las normas de acción dependen sólo de las normas morales–. Por tanto, la teoría discursiva del derecho ha de dotarse a sí mismo de leyes y normas validez conseguidas a través de la colegislación democrática. Este es uno de los grandes aportes de Habermas al derecho moderno.

Lo anterior es corroborado por el autor cuando dice: “Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido” (HABERMAS, 1998a: 320). Con todo esto, se puede decir que el procedimiento democrático legitima el sistema y crea normas, pues por medio de las acciones comunicativas, los individuos han sido autores racionales de esas normas. De esta forma, el derecho adquiere su validez al imponer su cumplimiento cuando socialmente se hace necesario para articular tejidos sociales complejos que precisan para su convivencia de la “efectividad” de las normas plenamente legalizadas en un Estado democrático de Derecho.

De allí que el Estado democrático de derecho cobra importancia cuando genera situaciones y espacios vinculables para individuos y grupos libres e iguales que buscan permanecer en condiciones imparciales de producción de normas. Si las normas son promulgadas por sujetos que han deliberado y si posteriormente se aplican desde procedimientos democráticos, se necesitará, por ende, en menor medida, la coacción del Estado para el cumplimiento de las mismas.

Esto lleva nuevamente a la importancia de analizar el derecho moderno desde la propuesta comunicativa, que en términos habermasianos consiste en aquellos mecanismos y espacios deliberativos necesarios para explicar cómo en el Estado de derecho “los derechos positivos con los que se construye el orden jurídico moderno, tienen el sentido de desvincular de manera nueva a las personas jurídicas de los mandatos morales. Con la introducción de los derechos subjetivos, que conceden a los actores espacios para una acción conducida por las propias preferencias, el derecho moderno, en general, da validez al principio de que todo está permitido, si explícitamente no está prohibido. Mientras que en la moral, por su entidad, se da una simetría entre derechos y deberes, las obligaciones jurídicas se muestran como una consecuencia de lo justificado de las limitaciones legales de las libertades subjetivas”. (HABERMAS, 1997b: 26).

En este punto se plantea el problemático tema del Derecho y la Moral y se parte con Habermas de la premisa de que entre los mismos existe, no una relación de subordinación, sino de complementariedad. Lejos de abordar aquí un debate entre iusnaturalistas y positivistas, de lo que se trata es de mostrar una visión panorámica de las relaciones que en el Derecho Moderno se da entre el derecho y la moral. Para ello es necesario recurrir al concepto de derechos subjetivos, en

tanto que los mismos brindan la valiosa oportunidad de mostrar claramente que las obligaciones jurídicas lo son en tanto que operan como consecuencia de las limitaciones legales de las libertades subjetivas, en tanto que se justifican para salvaguardar esas mismas libertades.

En la propuesta habermasiana, los derechos subjetivos no se rigen solamente por la libertad de arbitrio de los sujetos que buscan el éxito, sino también por la capacidad que se les atribuye de ejercer su autonomía. Los derechos subjetivos los entiende Habermas como aquellos que fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Los sujetos son portadores de derechos por tener estatus de persona jurídica. Por consiguiente, los derechos subjetivos de acción serían tanto los que protegen la esfera individual –autonomía privada–, como también los derechos políticos –autonomía pública–. El derecho integra, de forma comunicativa, por medio de procedimientos democráticos, aquellos ámbitos esenciales que componen el mundo de la vida y del sistema, permitiendo que los individuos puedan autodeterminarse racionalmente. Se trata del intento que realiza Habermas por explicitar mecanismos de fundamentación imparcial del derecho para una comunidad que pueda contar con el consentimiento de todos, con opciones de entenderse como sujetos morales y capacidad de diálogo.

Una comprensión de los derechos subjetivos en Habermas puede remitirse a su justificación cuando señala que éstos no se encuentran referidos por su propio concepto a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Por el contrario, si se parte de la idea de que los derechos subjetivos son elementos del orden jurídico, presuponen no una pugna entre sujetos individuales, sino más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. A su vez, este reconocimiento recíproco integra un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible.

Estos argumentos son los que permiten manifestar que el fundamento de los derechos fundamentales en Habermas deriva de la concepción de derechos subjetivos que el mismo autor presenta en su doble dimensión, es decir, considerados en tanto derechos que son recíprocamente reconocidos por los sujetos a partir de una relación intersubjetiva, dialógica y comunicativa que entre sí establecen, y en cuanto esos derechos atrás reconocidos terminan integrando un orden jurídico que los recoge y los juridifica o positiviza. Derechos subjetivos y derecho positivo se entrelazan mutuamente, pero sólo en la medida en que ese derecho positivo es legítimo, donde la fuente de legitimidad sólo puede recaer en el proceso democrático de producción de ese derecho y en donde el principio de soberanía adquiere forma jurídica. De aquí deviene el entrelazamiento que Habermas hace de derechos fundamentales

y soberanía popular, sin que los derechos puedan reclamar un primado frente a la soberanía popular, ni ésta frente a aquéllos.

Los derechos subjetivos tal como son presentados por Habermas, han merecido algunas críticas, principalmente aquellas que aducen que terminan confundiendo con la noción de derechos fundamentales, al proponerse la comprensión de los derechos subjetivos como los elementos a través de los cuales se canaliza el autorreconocimiento de los sujetos¹¹.

3. LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales¹² presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión: 1) son condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos, y 2) son construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas –esto es, autolegisladores– y miembros de una comunidad jurídica. Esto posibilita el ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica, pues, como afirma Habermas, sin democracia es muy difícil que exista Estado de Derecho. De esta manera, introduce cinco categorías de derechos fundamentales que conforman “el sistema de los derechos”; además, pretende integrar en su esquema la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos, razón por la cual el sistema de derechos al que se alude habrá de contener todos aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente si desean con los medios del derecho positivo regular en términos legítimos su convivencia en sociedades plurales y altamente complejas.

Cuando Habermas sostiene que la autolegislación de los ciudadanos no puede reducirse a la autolegislación moral de personas particulares, lo que está diciendo es que a los sujetos jurídicos, que son a su vez políticamente heterónomos porque están sometidos al imperio de la ley, el derecho coercitivo del cual son destinatarios no puede forzarlos a renunciar al ejercicio de su libertad comunicativa¹³, ni tampoco

¹¹ Esta es la postura de la profesora María del Carmen Barranco, cuando presenta la estructura del derecho subjetivo y señala que: “El problema fundamental al respecto lo constituye el hecho de que mientras la categoría de derecho subjetivo permanece anclada en mayor o en menor medida en el seno de la tradición liberal en la que tiene origen, los derechos fundamentales –que también surgen como producto de esta misma tradición– se alejan hasta cierto punto y en determinadas versiones de aquellos planteamientos con los que provocan o bien el rechazo de la vinculación necesaria entre ambas categorías, o bien la reinterpretación del significado del derecho subjetivo –que sería el caso de Habermas– o bien, por último, la reacción frente a la ampliación del catálogo de derechos más allá de los límites dentro de los cuales es posible articularlos como derechos subjetivos”. (BARRANCO, 2000: 284).

¹² Para un análisis detallado de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana puede verse Durango, Gerardo, (2006b).

¹³ Sobre el concepto de “Libertad Comunicativa” Habermas sostiene: “Con Klaus Günther entiendo por “Libertad Comunicativa” la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa

puede forzarlos a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho por medio del procedimiento democrático.

Por lo anterior, puede afirmarse con Habermas que sólo la producción políticamente autónoma del derecho permite también a los destinatarios del derecho una comprensión correcta del orden jurídico en su conjunto, en la medida en que los motivos racionales de obediencia al derecho se compatibilizan con la coerción jurídica, razón por la cual el derecho adquiere su legitimidad. Su obediencia no se fundamenta solamente en la amenaza de sanción ni a priori por la fuerza de la coerción, sino porque las normas jurídicas de un derecho legítimo siempre ha de tener la virtualidad de ser seguidas por convicción, y esto lo da la posibilidad que otorga el derecho a sus destinatarios de poder participar en su creación, así como de poder asumir una postura crítica frente a los contenidos de las normas jurídicas que lo integran.

Antes de presentar las categorías de Derechos Fundamentales introducidas por Habermas, se considera necesario describir brevemente el proceso reconstructivo previo que fue seguido por el autor para la enunciación de su sistema de derechos. En este proceso Habermas parte del principio del discurso, el cual al ser institucionalizado jurídicamente adopta forma de principio democrático, o como lo dice el mismo autor, “el principio democrático se debe al entrelazamiento del <<principio del discurso>> con la forma jurídica”. Este entrelazamiento –continúa– debe entenderse como una *génesis lógica de derechos*, que puede reconstruirse paso por paso. El primer paso es la aplicación del <<principio del discurso>> al derecho a libertades subjetivas de acción y termina con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política, mediante la que la autonomía privada, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos” (HABERMAS, 1998a: 187).

In abstracto, Habermas introduce, inicialmente, tres categorías de derechos:

1. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*.

Estos derechos exigen como correlatos necesarios:

2. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.

manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo”. (HABERMAS, 1998a: 185).

3. Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar jurídicamente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de protección de los derechos individuales.

Estas tres categorías regulan las relaciones que establecen entre sí ciudadanos libremente asociados, de aquí se puede entender la idea ya explícita de la “socialización horizontal” a la que alude Habermas, en otras palabras, a las relaciones entre libres e iguales que operan en el seno de una sociedad democrática.

Estos derechos sólo garantizan la autonomía privada de sujetos jurídicos, los cuales empiezan reconociéndose mutuamente en su papel de destinatarios de las leyes, otorgándose así un estatus en virtud del cual pueden reclamar derechos y hacerlos valer unos frente a otros. De esta manera, se explica cuando Habermas afirma que estas tres categorías de derechos engendran el código que es el derecho al fijar el estatus de personas jurídicas.

De este modo, la categoría manifiesta en el estatus de personas jurídicas, les habilitan para convertirse, además de destinatarias, en coautores del orden jurídico, que a su vez es complementado por la existencia de la cuarta categoría de derechos. Ésta es:

4. Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en la que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derecho legítimo.

Los derechos políticos, referenciados en esta cuarta categoría, fundan el estatus de ciudadanos libres e iguales para participar en la esfera pública e influir en la construcción y aplicación de las normas por parte de los órganos competentes –input y output–. De esta manera Habermas reafirma lo anterior cuando dice: “No puede darse un derecho autónomo sin democracia”. La idea reiterada de Habermas sobre derechos y democracia ha conllevado al autor, a analizar la autonomía privada y pública. Ésta se expresa conforme al principio de la soberanía popular en los derechos de comunicación y participación, en tanto aseguran la autonomía pública de los ciudadanos. La autonomía privada, por su parte, se manifiesta en aquellos derechos fundamentales, subjetivos de los ciudadanos. Para Habermas, tanto la autonomía privada como la pública han de ser cooriginales, esto es, deben posibilitarse y complementarse mutuamente. La cooriginariedad a la que se refiere el autor entre autonomía privada –ser portadores de derechos y tener capacidad autónoma de hacerlos efectivos desde los derechos subjetivos– y autonomía pública –debatir en la esfera pública cuáles de estos derechos han de regular por medio de los principios y reglas las vidas de los ciudadanos–, explica de nuevo las

frases “ser destinatarios de derechos” y “darse a sí mismo sus propias leyes”. Los derechos que los sujetos se reconocen mutuamente se concretizan y ejercitan por medio de leyes provenientes del Estado de Derecho, de tal forma que potencialice la autodeterminación política de los sujetos entendidos como libres e iguales.

Finalmente, Habermas presenta la quinta categoría de derechos:

5. Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente asegurados en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados en 1 a 4.

A continuación se analizará cada una de las categorías señaladas por el autor. Así, en la *primera categoría* de derechos, a la cual Habermas le anexa el carácter de legitimidad y que presenta como los derechos fundamentales que resultan del desarrollo *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*, señala que resulta imprescindible determinar cuáles de las normas de acción que aparecen en forma de derecho y que autorizan a los actores a tornar efectivas sus libertades subjetivas de acción son legítimas, pues señala que la legitimidad de esas leyes no puede resolverse atendiendo sólo a la forma de derechos subjetivos. La razón es que se hace imprescindible recurrir al principio del discurso, el cual establece que cualquier persona tiene derecho a la mayor medida posible de iguales libertades de acción. ¿Por qué posible? Porque los derechos de cada uno se encuentran limitados por los iguales derechos de todos, razón por la cual se hace necesario contar con una regulación que satisfaga la compatibilidad entre estos derechos.

Se trata de proteger la esfera privada de los individuos por medio de la legitimidad que representa el Estado democrático de Derecho. Por esto Habermas les anexa el carácter de legitimidad a las tres primeras categorías de derechos y afirma que no hay derecho legítimo sin éstos. Son derechos que le sirven al legislador como principios y que los jueces han de tener presente a la hora de aplicarlos en concreto.

La segunda categoría de derechos, es decir, aquellos que resultan del estatus de miembros de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica, tiene una doble dimensión. Por un lado hacen referencia a todos aquellos derechos que regulan la pertenencia a una determinada asociación de sujetos jurídicos y, por tanto, establecen diferencias entre miembros y no miembros de esa comunidad jurídica, es decir, entre ciudadanos y extraños –como lo señala Habermas–. Las condiciones de ciudadano o de nacional, tal como son presentadas, sólo se diferencian si son vistas desde un punto de vista interno o externo –aquí la doble dimensión a la que se aludía–, y muestran los derechos que les son inherentes según la condición de la que se trate. En el segundo caso, es decir, desde el punto de vista externo,

estaríamos frente a los derechos de “nacionalidad”, en el sentido de derechos que regulan la pertenencia a un determinado Estado y cuyo reconocimiento como Estado se efectúa en términos del derecho internacional, pero de los cuales Habermas no se ocupa abiertamente. Por su parte, la visión interna conduce a la condición de ciudadano¹⁴, la cual puede ser entendida como el estatus de ciudadanía política ligada a un determinado Estado en cuanto dota al sujeto de posiciones jurídicas formales y materiales.

La tercera categoría nos trae las garantías de protección de los derechos, mediante la institucionalización de los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones. Con todo, lo que significa es que en caso de conflicto, debe garantizarse a las personas jurídicas la posibilidad de ejercicio de una acción y la aplicación del derecho positivo vigente en condiciones de igualdad, bajo las formas y los procedimientos previamente señalados en la ley, por el juez natural autorizado por la ley, entre otras garantías.

Habermas lo resume cuando dice: “A la luz del <<principio del discurso>> pueden fundamentarse entonces derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley, etc.” (HABERMAS, 1998a: 191). Son los tribunales¹⁵ y los jueces en su independencia, los encargados de actuar con efectividad ante la violación de un derecho, esto es, desde procedimientos jurídicos válidos para ello. Así, no hay derechos legítimos sin estos derechos, y éstos tienen la potestad de poder ser accionados por cualquiera de los miembros de la comunidad jurídica.

El derecho a iguales libertades subjetivas de acción –derechos individuales– se concretiza en derechos fundamentales que se hacen efectivos un Estado democrático, en tanto garantice y proteja los derechos fundamentales de todos. Esto es, en mayor o menor medida, la posibilidad que tengan los ciudadanos de

¹⁴ Estos derechos hoy en día se encuentran muy limitados y restringidos, como por ejemplo los derechos de los emigrantes. Como se sabe, éstos no tienen los mismos derechos de las personas nacionalizadas del país de acogida y son tratados como ciudadanos de segunda y tercera categoría. Así, son frecuentes las acciones discriminatorias y las aptitudes xenofóbicas a las que cotidianamente son sometidos. En España, por ejemplo, la Constitución señala que los derechos de participación en los asuntos públicos (Art. 23.1) y los derechos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Art. 23.2) sólo están reservados para los nacionales españoles, con la excepción del derecho del sufragio en las elecciones municipales para los casos de reciprocidad entre España y el país determinado.

¹⁵ Con relación a los tribunales constitucionales, manifiesta que éstos son garantes de los mecanismos participativos y de los derechos fundamentales políticos y, su labor por tanto, consiste en someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas, ya que la falta de una democracia deliberativa afecta los espacios de participación. Así, tal comprensión procedimentalista de la Constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia.

recurrir al derecho va a marcar los procesos de producción de normas. Dentro de esta categoría podríamos encontrar los siguientes derechos: derecho a la libertad y seguridad jurídica, derecho a no ser detenido ilegalmente –*habeas corpus*–, tutela efectiva, principio de legalidad, juez natural.

La cuarta categoría de los derechos hace alusión a los derechos políticos de participación, los cuales se enmarcan dentro de las posibilidades de deliberación en los procesos de formación de las normas. Estos derechos son importantes, en cuanto son los que sirven de medio para concretar el “principio discursivo”, es decir, con esta categoría se obtienen y concretan los derechos políticos, pues permiten a los ciudadanos alcanzar autonomía entendiéndose y actuando a la vez como autores de los derechos a los que quieren someterse como destinatarios.

Se muestra aquí cómo el principio discursivo ha obtenido categoría jurídica mediante los procedimientos democráticos. Los derechos de participación precisan de unas condiciones espacio temporales definidas para su ejercicio, de tal suerte que dentro de los procesos democráticos, se recurra a los mecanismos que mejor canalicen el poder comunicativo hacia los procedimientos legislativos tales como: la toma de decisiones deliberativas –y no sólo estratégicas– por parte del Parlamento, los espacios abiertos a la oposición y al pluralismo político, la garantía de una opinión pública informada y autónoma, la regla de las mayorías, etc. Por consiguiente, los derechos políticos tienen que garantizar la participación de los sujetos jurídicos en todos los procesos de deliberación y toma de decisiones relevantes en la producción de normas, pues, en términos de Habermas, sólo mediante los derechos políticos los sujetos jurídicos concretizan su autonomía.

La quinta y última categoría de derechos hace referencia a los derechos quizás más problemáticos de las categorías habermasianas de fundamentación de los derechos. Éstos son los derechos sociales, culturales y ecológicos. Esta última categoría aparece como problemática en la propuesta habermasiana, en cuanto el autor no explica muy bien por qué realiza una tajante clasificación como “*relativamente fundados*”. Como puede apreciarse, da la impresión que éstos no tienen la misma fundamentación que los anteriores derechos, es decir, los de libertad (1), (2) y (3), y los de participación (4), que considera el autor como absolutamente fundados. Tal afirmación se produce por cuanto los derechos para entablar demandas relativas a prestaciones como la seguridad social o demandas de protección frente a peligros ecológicos y frente a riesgos generados por la tecnología, sólo son susceptibles de garantía en cuanto exista la voluntad y las condiciones económicas dispuestas por el legislador. En otras palabras, las primeras categorías son condición imprescindible para la existencia y garantía de los derechos sociales.

Para Habermas, los derechos a recibir prestaciones del Estado se justifican en tanto medios que aseguran el estatus autónomo del ciudadano de poder decidir

qué derechos deben positivizarse mediante el debate político. Ello puede dar lugar a que en ciertos espacios democráticos se obstaculice la participación política de las minorías y de grupos desaventajados socialmente, en tanto no se les permita el acceso a estos espacios deliberativos. Tal competencia desequilibrada puede darse debido a la existencia de una desigual distribución de bienes y oportunidades vitales, lo que perjudica *de facto* la calidad y posibilidad real que tienen los individuos de introducir derechos mediante el debate público como sucede actualmente –en Colombia– con las comunidades afro, indígenas, desplazados, etc. El peligro que puede surgir de esta conclusión es que los derechos sociales –tal y como Habermas los expone– no pueden hacerse derivar sólo del proceso democrático, por cuanto los grupos que ostentan el poder muchas veces no abren los espacios para la configuración, debate público y fundamentación de derechos sociales y culturales. Por tanto, los derechos sociales, económicos y culturales deben tener una fundamentación constitucional, igual, a la establecida para los derechos civiles y políticos. Este es un tema demasiado complejo que deberá ser abordado en un debate público por todos los individuos y grupos.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. (1991). *Lo Racional como Razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ACKERMAN, B. (1991). “Tres concepciones de la democracia constitucional”. En: *Cuadernos y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1999). *La política del Diálogo Liberal*. Gedisa.
- AGUILÓ, J. (2004). *La constitución en el Estado constitucional*. Bogotá: Temis.
- AGUIRRE, J. (2008). “La relación lenguaje–derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico, en Revista Opinión Jurídica, Medellín, Vol.:7 fasc: 13.
- ALEXY, R. (1988). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa*, No. 5. _____ . (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1994a). *El concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (1994b). *Teoría del discurso y derechos fundamentales*. Universidad externado de Colombia.
- _____. (1999). “La tesis del caso especial”. En: *Revista Isegoría*, No. 21.
- _____. (2000). “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. En: *Revista Derechos y libertades*. UC3m.
- _____. (2001a). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad externado de Colombia.

_____. (2001b). “Sobre la constitución del Estado constitucional”. En: *Doxa*, No. 24.

_____. (2002). “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66.

_____. (2003). “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”. En: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo*. Trotta.

_____. (2005). “Prólogo”. En: ARANGO, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

ARAGÓN, M. (1989). *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnos.

ARATO, Andrew & ROSENFELD, Michael (eds). (1998). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: California University Press.

ATIENZA, M. (1997). *Derecho y argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2001). “Entrevista a R. Alexy”. En: *Revista Doxa*, No. 22.

BARRANCO, María del Carmen. (2000). *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

BENHABIB, S. (1992). “Situating the Self. Gender Community and Postmodernism”. In: *Contemporary Ethics*. New York: Routledge.

_____. (1996). “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”. En: *Democracy & Difference*. Princeton University Press.

BOBBIO, N. (2000). *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. F. C. E.

COHEN, J. (1999). “Reflections on Habermas democracy”. In: *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4.

DE OTTO, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Centro de Estudios Constitucionales.

DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A. (2002). “Los derechos fundamentales en la perspectiva habermasiana”. En: *Revista Círculo de Humanidades*, No. 21-22. Medellín-Colombia: Universidad Autónoma Latinoamericana.

_____. (2006a). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.

_____. (2006b). “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”. En: *Revista Opinión Jurídica*, No. 9. Universidad de Medellín.

_____. (2007). “Estado democrático de derecho - Estado constitucional de derecho: ¿tensión entre el desarrollo y garantía de los derechos fundamentales?”. En: *Revista Universidad del Norte*, No. 28. Barranquilla.

_____. (2009). *Los derechos fundamentales de libertad e intimidad en el sistema penal acusatorio*. Universidad Autónoma Latinoamericana.

DWORKIN, R. (1998). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.

_____. (1999). *Los Derechos en serio*. 4ª reimpresión. Ariel.

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.

- _____. (1996). "El Estado Constitucional de Derecho Hoy". En: IBAÑEZ, Perfecto Andrés (ed.). *Corrupción y Estado de Derecho*. Trotta.
- _____. (1999). *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*. Trotta.
- _____. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor. (1997). *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FIORAVANTI, M. (1996). *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Trotta.
- GARCÍA AMADO, J. (1993). "La filosofía del derecho de J. Habermas". En: *Revista Doxa*, No. 13.
- _____. (2003). "¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?". En: *Revista Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 7.
- GARGARELLA, R. (2002). "La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo". En: HERNÁNDEZ, Andrés (ed.). *Republicanismo Contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- HÄBERLE, P. (1996). *Retos actuales del Estado constitucional*. Grafo, S.A, Oñati.
- _____. (2002). *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos.
- HABERMAS, J. (1975). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu.
- _____. (1982a). *Conocimiento e interés*. Taurus.
- _____. (1982b). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gustavo Gili.
- _____. (1984). *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos.
- _____. (1985a). *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Barcelona: Península.
- _____. (1985b). *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus.
- _____. (1987a). "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho". En: *Ensayos políticos*. Península.
- _____. (1987b). *Teoría de la acción Comunicativa*. Madrid: Taurus. Tomo I.
- _____. (1987c). *Teoría de la acción Comunicativa*. Madrid: Taurus. Tomo II.
- _____. (1987d). *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*. Tecnos.
- _____. (1988a). "¿Cómo es posible la Legalidad por medio de la Legalidad?". En: *Doxa*.
- _____. (1988b). "Cuestiones y contracuestiones". En: *Habermas y la modernidad*. Cátedra.
- _____. (1988c). *La lógica de las ciencias sociales*. Tecnos.
- _____. (1989a). *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus.
- _____. (1989b). "Réplica a objeciones". En: *Teoría de la acción comunicativa*:

Complementos y estudios previos. Cátedra.

_____. (1989c). *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, Cátedra.

_____. (1993). "Justice and solidarity". In: FISK, M. (ed.). *Justice and solidarity*. Press, New Jersey.

_____. (1994). *Tres modelos de Democracia. Sobre el concepto de política Deliberativa*. Universidad de Valencia.

_____. (1997a). "Consideraciones Finales". En: GIMBERNAT, José A. (ed.). *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

_____. (1997b). "El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia". En: GIMBERNAT, José Antonio (ed.). *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

_____. (1998a). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.

_____. (1998b). "Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law". En: ARATO, A. & ROSENFELD, M. (ed.). *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley: California University Press.

_____. (1999a). "Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberal y republicana". En: *La Democracia en sus textos*. Alianza.

_____. (1999b). *La Inclusión del Otro. Estudios de teoría política*. Paidós.

_____. (2000). *La Constelación Posnacional*. Paidós.

_____. (2003). "La filosofía en una época del terror". En: BORRADORI, Giovanna. *Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. Taurus.

_____. (2004). *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta.

HABERMAS, J.; DWORKIN, R. & GÜNTHER, K. (1998). "¿Impera el derecho sobre la política?". En: *La política*.

HOYOS, Guillermo. (1995). "Ética Discursiva, Derecho y Democracia". En: MOTTA, Cristina (comp.). *Ética y Conflicto. Lecturas para una transición democrática*. Santafé de Bogotá: Tercer Mundo. Uniandes.

JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*. Trotta.

LAFONT, Cristina. (1993). *La razón como lenguaje*. Madrid: Visor.

_____. (1999). *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Cambridge, Mass.

McCARTHY, T. (1997). "Constructivismo y reconstructivismo Kantianos: Rawls y Habermas en diálogo". En: GIMBERNAT, José Antonio (ed.) *La filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Biblioteca Nueva.

McCORMICK, N., (1990). "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico". En: BETEGÓN, J. & PÁRAMO, J.R. (Dir. y coord.). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel. pp. 20-22.

MARDONES, J. M., (1994). "Teorías de la legitimación del poder hoy. J. Habermas y la teoría del discurso". En: *Revista Sistema*, No. 120.

MORESO MATEOS, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación*

- de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MUGUERZA, Javier. (1997). "De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta? Algunas reflexiones en torno a la teoría de los usos de la razón práctica de Jürgen Habermas". En: GIMBERNAT, José Antonio (ed.). *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- _____. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- TAYLOR, Ch. (1998). *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*. México: FCE.
- THIEBAUT, Carlos. (1999). "Nuevas Aventuras de la Acción Comunicativa". En: *Revista de Libros*, No. 25.
- _____. (2001). "Charles Taylor: democracia y reconocimiento". En: DE MAÍZ, Ramón (comp.). *Teorías políticas contemporáneas*. Valencia: Tiran lo Blanch.
- WALDRON, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford University Press.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho ductil*. Trotta.