

El Estado Democrático de Derecho y los derechos fundamentales.

Una aproximación al pensamiento iusfilosófico habermasiano

Gerardo Durango Álvarez*

El objetivo de este ensayo es realizar un acercamiento a los postulados que sobre los derechos fundamentales realiza Habermas, esto mediante un postulado de gran referencia teórico-argumentativa como el esgrimido por el autor, en el “principio discursivo”.¹ Para analizar la legitimación basada en los derechos fundamentales, Habermas parte de un sentido referido a la legitimación de un orden político y, particularmente, al orden político del Estado constitucional democrático. Habermas explica dicha relación a través de un nexo interno entre democracia y derechos humanos. Se pregunta cuáles son los derechos fundamentales que deben otorgarse recíprocamente ciudadanos libres e iguales si quieren regular legítimamente su vida común con los medios del derecho positivo.² En la respuesta a esta pregunta, se particulariza el carácter de la ética discursiva y su

fundamentación racional. Los participantes en el discurso racional ejercen una práctica comunicativa orientada al entendimiento, lo que implica que en tales contextos de discursividad racional se pueden formar una voluntad política racional que justifique la aceptabilidad racional de las normas derivadas de derecho legítimo. “Por este lado el derecho moderno se nutre de una solidaridad que se concentra en el papel del ciudadano y que en última instancia proviene de la acción comunicativa”.³

Llegados a este punto, surge inevitablemente un primer cuestionamiento: ¿En qué marco jurídico-político pueden ser garantizados y realizados los derechos fundamentales? La respuesta que en principio se deriva del presente ensayo, está adelantada en el título que le da nombre al mismo. Para ello se ha tratado de desarrollar aquellos elementos que permi-

ten recurrir necesariamente al principio democrático como principio jurídico, positivizado en las constituciones, y que se proyecta sobre el ordenamiento jurídico y es condición para la fundamentación y la aplicación de normas, donde la introducción de vínculos sustanciales a la democracia y a las normas sobre la producción jurídica, conducen inevitablemente a redimensionar los conceptos de validez y legitimidad. De esta forma queda claramente delimitada la diferencia que con el Estado de derecho y el Estado constitucional de Derecho como sistema garantista se establece entre vigencia y validez de las normas. La validez no cuenta solamente con su condición formal, sino que ahora se reviste de una dimensión sustancial que obliga a redefinir y diferenciar los momentos de existencia y validez jurídica, y así mismo a señalar como legítima la norma y el ordenamiento cuyos

* Profesor de la Facultad de Derecho de Unaula. Filósofo, especialista en cultura política, Magíster en Derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Doctor en derechos fundamentales por la misma Universidad.

¹ Durango Álvarez Gerardo A, Habermas y los derechos fundamentales, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2003.

² Este derecho positivo que tiene en mente Habermas ha de depender para la búsqueda de legitimidad, del consenso de fondo logrado intersubjetivamente y no sólo de acciones estratégicas.

³ Habermas, J, *Facticidad y validez*, Trotta, 1998, pág. 96.

contenidos cuentan con la garantía de la validez jurídica así entendida.⁴

Las reglas para la creación, aceptación de opiniones, fundamentación y aplicación de normas, por parte de todos los implicados por éstas, requieren de contextos lo más amplios posibles para la discusión y posteriormente para la deliberación sobre cuáles son los términos de acuerdo a tener en cuenta, en la posterior toma de decisiones.⁵ Dichas reglas constituyen una garantía de imparcialidad para cualquiera de los afectados por la norma, bien sea en el momento de fundamentación o de aplicación⁶. Las normas, vistas conforme a este componente, permiten que los miembros de la comunidad ideal de comunicación, como gusta llamarla Habermas, lleguen a un acuerdo por medio del diálogo, fruto de la acción comunicativa. Este criterio de legitimidad constituye un elemento fundamental en la construcción, fortalecimiento y racionalidad de la Democracia constitucional,⁷ tema que se tratará en el segundo capítulo.

Esta doble dinámica, presente en el derecho moderno, esto es, la idea de la fuerza: su dimensión coactiva y la parte de la legitimidad; constituyen la parte formal y material de los derechos. La parte material de los derechos —prestaciones y necesidades básicas— implica ciertos derechos que el poder debe respetar y proteger si quiere garantizar los principios propios del modelo de Democracia Constitucional. La parte formal de los derechos se relaciona con la validez y la vigencia de los derechos, dentro de los

ordenamientos modernos. Desde esta perspectiva ha de entenderse los derechos fundamentales, positivizados y configurados, como obligaciones estatales para con los sujetos que comportan el status jurídico. En las constituciones modernas los derechos fundamentales surgen como instrumentos para limitar la actuación de los poderes públicos. El poder se erige, como fundamento de validez del derecho; éste, cuando ha sido construido democráticamente, se manifiesta como racionalización de aquél. El poder adquiere, por consiguiente, un criterio material de validez.

Desde el punto de vista anterior, los derechos básicos fundamentales son condición esencial para el fortalecimiento del estado democrático de derecho. La garantía de aquellos es presupuesto fundamental para una democracia que pretenda ser coherente con los principios constitucionales construidos de acuerdo con procedimientos democráticos y que posibilitan regular legalmente la convivencia de los individuos, por medio del reconocimiento intersubjetivo y la construcción del derecho legítimo. Este derecho legítimo protege, en tanto garante de los derechos, la autonomía tanto pública como privada de los ciudadanos. De esto se deduce el status jurídico de los ciudadanos en tanto miembros activos de una comunidad jurídica. Los derechos fundamentales, elaborados por medio de la participación ciudadana, permiten institucionalizar las demandas relevantes, provenientes de la sociedad civil⁸ y de los espacios

públicos. Como menciona J. Habermas: “sin los derechos básicos que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habrá un medio adecuado para la institucionalización jurídica de las condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública”.⁹

El Estado democrático de derecho presupone, como válido, que los ciudadanos tengan garantizados, dentro del marco institucional vigente, los derechos políticos de participación ciudadana, los derechos individuales y el sometimiento de los poderes públicos a los procedimientos democráticos y a la constitución; lo que lleva, por ende, a que existan ciertos derechos que no pueden ser tocados arbitrariamente. Funcionan como punto de “cierre” del sistema, pues los derechos legitiman o deslegitiman el orden vigente. Como especifica L. Ferrajoli: “Los derechos fundamentales están estructurados desde el punto de vista formal como aquellas expectativas

de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal e indisponible a todos los sujetos en cuanto personas con capacidad de obrar”.¹⁰ En otros términos, adquirir el status de persona jurídica.

Los derechos fundamentales, expresos en la Constitución, permiten fortalecer esferas de discusión y participación ciudadana, funcionan como críticas al modelo vigente. Según Ferrajoli, los derechos son armas de los más débiles para defenderse de los fuertes cuando éstos manejan el poder; es minimizar la opresión que se ejerce contra aquellos que no tienen nada más para defenderse: sus derechos consagrados y garantizados constitucionalmente. Fortalecer los mecanismos democráticos y los derechos fundamentales desde una constitución pluralista, producto del consenso-disenso, es uno de los retos a seguir por débiles instituciones. —Colombia sería un ejemplo—.

dos inicialmente en las deliberaciones públicas, con el fin de hacerlos conocer al Estado(s). En este sentido, la sociedad civil no es simplemente una comunidad ideal; es más bien el espacio de la diferencia, del conflicto de intereses, deliberaciones, disensos y consensos, expectativas y perspectivas en la que se manifiestan grupos diversos. En ella no se disuelven o se finiquitan tales conflictos, divergencias o diferencias, más bien se transforman enriqueciendo y ampliando el proyecto colectivo. La dinámica de la sociedad civil, en este sentido, depende de los niveles de reconocimiento que ejerce el Estado y los diversos grupos de poder, de la construcción y formación de ciudadanía, de la formación para la deliberación, la interlocución y la participación en las diversas esferas sociales. De allí que las acciones ciudadanas como la civilidad, la participación, el trabajo por la garantía de los derechos fundamentales, la formación de ciudadanía y la autonomía, no se adquieran a través del mercado ni de las manifestaciones individuales, sino a través de la participación en organizaciones voluntarias, sindicatos, escuelas, cooperativas, asociaciones de vecinos, etc. Por consiguiente, cada vez es más significativa y determinante la forma como la sociedad civil está ensanchando amplios procesos de democratización, a través de su participación en la búsqueda y concreción de alternativas para enfrentar los complejos problemas a los que están hoy abocados los distintos colectivos societarios. En este orden de ideas, Habermas define la sociedad civil como conjunto de asociaciones y agrupaciones de carácter voluntario que identifica, aborda y tematiza los problemas transformándolos en deliberaciones públicas, evitando de esta manera que el conjunto de ciudadanos degeneren en masa. Afirma que “la sociedad civil se compone de asociaciones, organizaciones y movimientos que recogen la resonancia que los conjuntos de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, los condensan y, elevando su voz, la transmiten al espacio de la opinión pública política que es el ámbito propio para su expresión. El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general en el marco de espacios públicos más o menos organizados”. Habermas, *Facticidad y validez*..., op.cit., pág. 460.

Los autores J. Cohen y A. Arato, han realizado un estudio amplio y exhaustivo acerca de la relación existente entre la sociedad civil y el Estado. Para J. Cohen y A. Arato, la sociedad civil ha de ser entendida como una esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta ante todo de la esfera íntima (en especial la familia), la esfera de las asociaciones (en especial las asociaciones voluntarias), los movimientos sociales y las formas de comunicación pública”. Cohen, J y Arato, A, *Sociedad civil y teoría política*, FCE, 2000, pág. 38.

Precisan de igual forma que la sociedad civil moderna se crea por medio de formas de autoconstitución y automovilización, que se institucionalizan y generalizan mediante las leyes, y especialmente, por medio de los derechos objetivos que estabilizan la diferenciación social.

Mencionan que la sociedad civil ha de entenderse como el conjunto de grupos de individuos organizados que se autoconstruyen continuamente como espacio público, tendientes a discutir, negociar y fundamentar una variada gama de necesidades comunitarias con el Estado. La sociedad civil puede entenderse, desde la perspectiva de estos autores como la esfera de las relaciones entre individuos, grupos y clases sociales que se articulan fuera de las relaciones de poder que caracterizan y estructuran las instituciones estatales; tiene como función hacerle exigencias y propuestas de todo orden al Estado, el cual se encarga de abordarlos, solucionarlos positivizarlos o suprimirlos. Arato, J y Cohen, J, *Teoría Política y Sociedad Civil*, FCE, 2000, pág. 234.

En forma similar N. Bobbio destaca la preponderancia de la dialéctica sociedad civil-Estado; busca con ello, intentar darle salida a la crisis que amenaza la supervivencia de un Estado. Esta debe ser buscada ante todo en la sociedad civil, donde se pueden formar nuevas fuentes de legitimación y por lo tanto nuevas áreas de consenso. N. Bobbio, Mateucci Nicola, *Diccionario de Política*, México: Editorial Siglo XXI, 1997. p.1523.

⁹ Habermas, *Facticidad y Validez*..., op.cit., pág. 365.

¹⁰ Ferrajoli, L, *Derecho y Razón*, Trotta, 1998, pág. 936.

⁴ Para Ricardo Guastini “en los ordenamientos contemporáneos, o en gran parte de ellos, se llama válida a toda norma que: a) haya sido producida formalmente de acuerdo a las normas sobre la producción jurídica —o metanormas— que regulan su producción (validez formal), y b) que no sea materialmente disconforme a las normas jerárquicamente superiores que limitan su posible contenido (validez material)”. Por otra parte, “la pertenencia o existencia de una norma se predica cuando a) incluso a falta de validez material, esté, al menos prima facie, provista de validez formal (es decir, que haya sido producida por una autoridad competente de acuerdo al menos con algunas de las normas procedimentales que regulan la producción normativa. b) cuando incluso a falta de validez formal, de hecho haya adquirido vigencia, esto es, sea generalmente aceptada y observada por sus destinatarios (principio de efectividad)”. Tratándose de la validez del ordenamiento jurídico, Guastini parte de la crítica a la burda definición del ordenamiento jurídico como conjunto de normas válidas. De esta manera, el primer problema que encarna esta definición, viene dado por el ocultamiento de que todo ordenamiento, incluye, junto a las normas válidas, también normas identificadas como “supremas”, “independientes” o “soberanas”, respecto de las cuales no se puede predicar si son válidas o inválidas, porque son ellas las que ofrecen los parámetros mismos de validez. Es el caso de las constituciones en los ordenamientos de constitución rígida, por lo que no sería coherente deducir que esa constitución no es parte del ordenamiento del que es fuente primaria. Otro problema que plantea entender el ordenamiento jurídico como conjunto de normas válidas, está en que no se podría explicar la existencia en los mismos ordenamientos de normas inválidas y que aún no han sido declaradas como tal por el órgano competente, razón por la cual, hasta tanto eso no ocurra, siguen teniendo plenos efectos. R. Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 311 y 380.

⁵ Ver el libro que sobre éste tema ha compilado J Elster, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001.

⁶ Las sentencias de los jueces deben cumplir una doble función: Ser consistentes con el ordenamiento jurídico y ser merecedoras de una aceptabilidad racional. Ver Habermas, J, *Facticidad y validez*..., op.cit., pág. 264.

⁷ Al respecto, vienen hablando sobre esta temática, L. Ferrajoli, J.H Ely, G. Luigi Palombella y J. Habermas, entre otros.

⁸ En la sociedad civil convergen no de manera siempre armónica y pacífica, fuerzas disímiles, tensiones y conflictos, que buscan presionar y/o organizar las instituciones sociales, fomentar la participación sin exclusión de los diferentes grupos e individuos, lograr acuerdos decanta-

Este Estado democrático constitucional, al que se ha hecho referencia anteriormente, asume los derechos como parte resultante de la positivización de éstos, en el sistema jurídico. Deben comportar una garantía de eficacia y servir como límites al legislador y a los demás órganos encargados de su aplicación y garantía. Así, el artículo 16 de la Revolución Francesa afirma: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene una Constitución”. Es por tanto que la democracia en el Estado de derecho sirve como referente para que las normas y principios, creadas por medio de procedimientos democráticos plenamente establecidos, garanticen los derechos que los ciudadanos quieran reconocerse, si han de entender los conflictos de modo distinto, así como si quieren legitimar las instituciones por medio de procedimientos válidos. Tomarse los derechos en “serio”, según la fórmula de R. Dworkin, es condición indispensable para su garantía y eficacia.

El Estado es el encargado de predisponer los mecanismos de protección y garantías que requieren los derechos para que éstos no sean considerados, como afirma R. Guastini “derechos de papel”.¹¹ —Obligación de legislar tanto en su aspecto positivo como negativo a favor de los derechos, de no hacerlo provoca incertidumbres dentro del sistema jurídico y social—. Así pues, los fines que han de guiar al Estado democrático y constitucional, son de un lado el acuerdo intersubjetivo general sobre los derechos, logrado mediante el consenso de todos los interlocutores afectados por las normas y principios, y por el otro lado busca integrar de forma equilibrada la relación entre la parte formal y la parte material, o si se quiere, entre los derechos individuales y el principio democrático. El fundamento democrático de los derechos fundamentales consiste en que se buscará, al máximo, pactar en la deliberación pública que realizan autónomamente los ciudadanos, la no exclusión en la garantía de sus derechos. “Se confirma así el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil y, al mismo tiempo, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los indivi-

duos en cuanto personas y el debido respeto a sus diferencias culturales”.¹²

Es de anotar, en aras de la claridad, que los derechos fundamentales se manifiestan en los ordenamientos como pretensiones de ser colmados como válidos, tanto por parte del legislador como por los operadores jurídicos, aun sin que éstos los quieran reconocer explícitamente. Esto quiere decir que los derechos poseen, en sí, un criterio de justificación que debe ser reconocido por todos. Los derechos como “triumfos” frente a la mayoría —plantado por R. Dworkin— serían un buen ejemplo. Un derecho se presenta de esta manera como válido cuando, al ser reclamado por individuos y colectivos, se le proporciona legítimamente esa pretensión.

Cuando Habermas se refiere al contenido de los derechos fundamentales, plantea que éstos han de ser entendidos como principios y normas aplicables a cada caso en concreto y mediante la ponderación de las circunstancias concretas; pero siempre tratando de preservar la coherencia que el derecho presenta en su conjunto. “Antes, como se ha mostrado, la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomode mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”.¹³ La imparcial producción de normas se ha de manifestar de igual modo imparcial en su aplicación. Creo que esto es lo que afirma Habermas con su tesis de la única solución correcta y por cierto, “una sola para cada caso”, con el fin de asegurar tanto la unidad del sistema como los mismos derechos provenientes de la fundamentación en el procedimiento democrático. Sólo el consenso racional sobre la corrección de una determinada norma, legítima a ésta. El ser copartícipes en la discusión y elaboración de normas, se da cuando la soberanía popular asume su rol discursivo y deliberativo en la esfera pública. Precisamente, de una legitimación que provenga de “abajo”, desde la cultura jurídica, democrática y política engendradas pedagógicamente, se puede vislumbrar un campo de acción, donde los ciudadanos se entiendan entre sí de manera intersubjetiva, teniendo a las instituciones como su referente y constructo.

1. 1 La categoría de los derechos

La intersubjetividad a la que se refiere Habermas tiene como finalidad fijar el procedimiento para la producción de normas legítimas jurídicas; ha de contar con el consentimiento de todos los sujetos que pertenecen a esa comunidad, donde las normas serán aplicadas. Para Habermas, los derechos fundamentales garantizan que los sujetos puedan hacer valer su dimensión de personas humanas, en tanto son portadores de derechos jurídicos. Conforme con lo anterior, se afirma que los derechos fundamentales —Habermas los deduce del principio discursivo— sólo se garantizan a partir de la máxima corrección de las decisiones judiciales y desde un verdadero procedimiento democrático. Por consiguiente, de esta forma es como se debe entender la constitución como una práctica social constructiva.

Con la ayuda del principio discursivo y del procedimiento democrático, Habermas introduce la categoría de los derechos fundamentales; derechos que serán, a partir del derecho positivo, garantizados constitucionalmente. Dichos derechos son:

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, afirma Habermas, 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.
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.
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.
5. Derechos fundamentales, a que se garanticen condiciones de vida que vengán 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.

Estas categorías de derechos propuestas por Habermas, resultan de la aplicación del principio del discurso al medio que representa el derecho como tal. Regulan las relaciones que entablan entre sí ciudadanos libremente asociados.

En las tres primeras categorías de derechos, está haciendo referencia sólo a la autonomía privada de los sujetos jurídicos. La cuarta categoría corresponde a la autonomía pública. Ésta posibilita que los sujetos sean coautores de las normas y, por ende, de los derechos que han de darse. La última categoría resulta del cumplimiento de los derechos anteriormente señalados.

Habermas les anexa carácter de legalidad 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 normas que ha de tener presente a la hora de crear disposiciones y aplicarlos al caso concreto por parte de los órganos competentes, en este caso por los jueces. Al cuarto derecho, Habermas le confiere la categoría de derechos políticos —derechos de participación, donde sustenta la autonomía pública—, de modo que por medio de la deliberación pública, los sujetos pueden convertirse en “legisladores de su propio derecho”. Afirma que, con arreglo al principio discursivo, pretenden validez precisamente aquellas normas que buscan hallar el consentimiento de todos los potenciales afectados, en la medida en que estos tomen parte en discursos racionales.

En (1) trata de establecer derechos de libertad que puedan satisfacer los derechos de cada uno, con iguales libertades para todos. El principio discursivo toma forma jurídica y exige igual autonomía para todos. —Realiza, a mi parecer, una muy parecida descripción de los derechos de libertad que propone en *Teoría de la justicia* y en *Liberalismo Político* J. Rawls—. Se trata de proteger la esfera privada de los individuos de la intromisión arbitraria de los poderes públicos, por medio de la legitimidad que representa el Estado Democrático de derecho.

En (2) reafirma el status jurídico de cada individuo dentro de su contexto específico. Las reglas jurídicas se concretan en una sociedad específica y son aplicadas a un colectivo como miembros de esa comunidad jurídica. En ella, se presupone que la coerción ha de ser legítima. El derecho permite institucionalizar los derechos compartidos por los ciudadanos en ese Estado democrático de derecho en tanto hayan sido previamente decantados en la

¹¹ R. Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, op. cit., pág. 179 y ss.

¹² Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001, pág. 369.

¹³ Habermas, J. *Facticidad y Validez...*, op. cit., pág. 333. Agradezco a Juan Carlos Velasco el haber compartido su apreciación sobre la tesis de la “única solución correcta” que presenta Habermas. Para él, una sentencia correcta (de un juez), sería aquella que podría ser suscrita por cualquier otro en circunstancias similares.

deliberación pública¹⁴. Estos se “positivizan” y son de obligatorio cumplimiento. Se juridifican por medio de procedimientos democráticos y jurídicos, contrario a lo que sucede con las normas morales. Habermas introduce el principio discursivo, de tal forma que le ayude a deducir los derechos fundamentales en condiciones que permitan la simetría de los participantes e insertarlos en el Estado democrático de derecho, con el fin de que “los posibles afectados por las normas”—que son individuos contextualizados para el derecho—se sientan obligados por éstas, no sólo desde la coacción, sino también desde la cohesión. Se ha planteado anteriormente que con *Facticidad y Validez* la relación del derecho cambia con respecto a sus obras anteriores, dado que aquí el derecho pretende ser un integrador entre los sistemas “resquebrajados” que antes se concebían como “colonización” del sistema sobre el “mundo de la vida”. Es, en cierta forma, una manera de alejarse de las posiciones iusnaturalistas y positivistas, anteponiendo para ello el paradigma discursivo del derecho.

En (3) el derecho permite que las personas, a quienes les resulten vulnerados sus derechos subjetivos, puedan hacerlos valer y exigirlos ante un organismo competente para ello y mediante un procedimiento establecido previamente: garantías procesales. Como plantea Habermas “a la luz del <principio discursivo> pueden fundamentarse 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”. Son los tribunales y los jueces, en su independencia, los encargados de actuar con efectividad ante la violación de un derecho. Esto es, conforme a procedimientos jurídicos válidos para ello. Dice Habermas que no hay derechos legítimos

sin estos derechos, pues tienen la potestad de poder ser accionados por cualquiera de los miembros de la comunidad jurídica. Se ha señalado que los derechos fundamentales legitiman el sistema político, en cuanto aparecen como mecanismos de protección de los individuos—recurso de amparo, derecho de defensa, acción de cumplimiento, derechos colectivos, acciones populares, mecanismos de participación política y derecho de huelga—.

El derecho a iguales libertades subjetivas de acción—derechos individuales—se concretiza en derechos fundamentales que hace efectivo un Estado democrático que garantice los derechos, o bien atienda a las vulneraciones que, por acción u omisión, puedan realizarse en contra de éstos. En mayor o menor medida, la posibilidad real que tengan los ciudadanos de recurrir al derecho como mecanismo de integración social, va a incidir positiva o negativamente en los procesos democráticos de producción de normas.

El (4) derecho, supremamente importante para Habermas, lo deduce de los tres anteriores. Como se afirmó, el “principio discursivo” lleva a través de este derecho de participación a la forma jurídica. Son los ciudadanos quienes, al reconocerse mutuamente los derechos, pactan normas de convivencia. El principio del discurso prescribe que puede pretender validez, si todos los afectados participan en discursos racionales. De esto se sigue que los derechos políticos relevantes hayan de estar garantizados por medio de normas jurídicas. “El derecho permite de esta manera que el principio del discurso adopte forma de principio democrático”.¹⁵ De ahí que el principio democrático tenga que fijar el procedimiento de producción de normas jurídicas por un lado, y por otro, regular y controlar—en palabras del autor—al propio medio que es el derecho.

¹⁴ Los derechos fundamentales han de servir de garantía para que el espacio público pase su máxima prueba. Esto es, el respeto en condiciones simétricas de poder debatir cuáles son los derechos que como ciudadanos han de darse y a la vez han de exigir que el Estado les garantice. Ratifica Habermas que “el espacio público tiene, por su parte, que poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social”. Cabe preguntarse, en este punto, a qué sociedad en específico se refiere, pues es muy difícil precisar, sobre todo en sociedades altamente discriminatorias, que los derechos sociales se den en igualdad de condiciones para inmigrantes y residentes de un determinado país, pues nadie puede negar la dura realidad a que nos vemos abocados hoy, especialmente por las políticas neoliberales que zanján cada día más la distancia entre ciudadanos de determinados países y los que no lo son. Adicionalmente, Habermas no determina a cuáles derechos sociales en específico se refiere. Las condiciones de mayor amplitud y desarrollo de los derechos de libertad y participación política, subordinan los sociales y económicos a éstos, comúnmente conocidos como derechos de prestación y que están vinculados a lo que el legislador pretenda en sus campañas políticas. Si bien Habermas les da relevancia a los derechos sociales desde la participación ciudadana hay que recordar que frente a las manifestaciones “subterráneas” de los grupos de presión, las decisiones tomadas no han sido siempre las más democráticas. Como bien se especificó al inicio de este trabajo, el objetivo principal se decanta por el principio discursivo en una democracia constitucional, de allí que no nos detendremos en el estudio de los derechos sociales y económicos.

¹⁵ Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, op.cit., pág. 192.

Se integran, de esta forma, soberanía popular y derechos subjetivos. Por consiguiente, sin soberanía popular no hay derechos fundamentales para Habermas, ni derecho democrático legítimo. El primero entre ellos, el derecho a igual libertad individual de participación política, supone la protección legal de los derechos de los individuos, entendidos como libertades subjetivas de acción.

El derecho positivo recibe su legitimidad en el proceso democrático de producción del derecho, desde una doble perspectiva: primero el individuo como sujeto con capacidad de autonomía y, segundo, como sujeto con capacidad de autodeterminación. En palabras de Habermas, derechos del hombre y soberanía popular. Los derechos de participación política remiten a la justificación jurídica de una formación pública de la opinión y la voluntad, que termina en resoluciones acerca de políticas y leyes¹⁶. Los derechos políticos permiten a los sujetos alcanzar el anhelado status de ser coautores de las normas jurídicas, así como realizar las tres categorías de derechos anteriormente expuestas. Los derechos de participación se convierten, de esta manera, en condiciones que hacen posible ejercitar la autonomía política en concreto¹⁷. De este modo, los derechos fundamentales dejan de ser límites exclusivamente ante el Estado y adquieren una dimensión política participativa que ayudan en la organización e institucionalización de la vida social y política.

En su artículo “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”¹⁸, Habermas afirma que en el modo de “validez” (norma legal, vigencia fáctica del derecho y legitimidad de las leyes) propia del derecho, se abrazan la facticidad que supone la imposición del derecho por el Estado y la fuerza fundante de la legitimidad, que caracteriza un procedimiento legislativo con pretensiones de ser racional,

puesto que se fundamenta en la libertad e igualdad de todos los sujetos. Con la ayuda de los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política, ha de poder explicarse el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad o, como dice Habermas, en su artículo: “¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?”.

Con (5), Habermas plantea que las pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades, han de entenderse y analizarse en cuanto que son condiciones materiales para el disfrute de los derechos subjetivos. Según parece, la categoría de derechos propuesta, si bien les da una importancia trascendente a los derechos individuales y políticos, deja en un segundo plano y a decisión del legislador, algunos derechos sociales y culturales como los referidos al medio ambiente. Al referirse a los derechos sociales argumenta: “Esta dinámica de actuación, operación e influjo sobre sí misma queda acelerada al introducirse <derechos sociales> que fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política”¹⁹. En este punto, Habermas entiende los derechos culturales, no como derechos colectivos, sino como derechos subjetivos que han de venir protegidos por un reconocimiento jurídico y político. Así pues, se reconocen los derechos culturales de grupo, en tanto sean exigidos por los individuos concretos de las comunidades y no por las exigencias que de ello hagan éstas como “derechos colectivos”. Últimamente Habermas ha venido debatiendo sobre este tema con algunos autores comunitaristas, entre ellos Ch. Taylor. Veamos algunos detalles.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 218.

¹⁷ Dentro de las críticas dirigidas contra Habermas, se encuentran aquellas que le cuestionan la falta de solidaridad en el principio discursivo para aquellos contextos donde algunos sujetos deben no sólo empeñar sino hipotecar su autonomía política para poder sobrevivir. Dice con razón Amartya Sen que los derechos políticos, incluyendo la libertad de expresión y discusión, son fundamentales; pero que en espacios donde los derechos sociales y económicos no están garantizados, los primeros quedan esquematizados sólo hipotéticamente.

¹⁸ Habermas, “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, en José Antonio Gimbernat, (ed.) *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997. La validez de una norma se da cuando el Estado garantiza la vigencia fáctica y la imposición del derecho por medio del Estado de Derecho. La validez necesita de la legitimidad de las leyes. T. McCarthy; en “Constructivismo y reconstructivismo Kantianos: Rawls y Habermas en diálogo”, en José Antonio Gimbernat, (ed.) *La filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca nueva, 1997 pág. 34. Afirma “Habermas utiliza en generalidad el concepto validez tanto referido a la verdad de las aserciones como a la corrección de las normas. La validez construida como aceptabilidad racional no es algo que pueda ser certificado en forma privada.”

¹⁹ Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, op. cit., pág. 201.

1.2 Excursus sobre los derechos colectivos: la discusión con Charles Taylor

Un reto que se le presenta a la modernidad y dentro de ella al derecho, a las democracias y a la moral, es la referida a las cuestiones sobre el pluralismo y las identidades colectivas, los derechos individuales y los derechos colectivos. Este y otros planteamientos refuerzan las constantes críticas a las sociedades actuales. En especial a las democracias liberales contemporáneas por ser “indiferentes” y formales ante la diversidad cultural, que pretenden medirlo todo con el rasero de la “igualdad”. Esta crítica provino, especialmente, por parte de autores denominados comunitaristas²⁰ como Ch. Taylor. Éste le critica al modelo liberal —siguiendo lo que M. Walzer denomina liberalismo tipo I— la protección que ejerce sobre los derechos de los individuos sólo entendida desde los derechos subjetivos y desde la prioridad de lo justo sobre lo bueno. Taylor propone frente al modelo liberal que es ciego a las diferencias y que “atomiza” a los individuos, una política del reconocimiento que proteja la identidad común de los diferentes colectivos desde una “política de la diferencia”. Según ésta, se exige al Estado no ser neutral —no todos los individuos persiguen los mismos planes de vida—, lo que invita a que se protejan las concepciones de vida buena y los valores de una determinada comunidad. Para el autor en mención, los planteamientos liberales equiparan a todas las personas bajo un mismo denominador común, a saber, su igual “dignidad” y “libertad”, lo que exige del Estado una correlativa protección de los derechos individuales y una neutralidad frente a las concepciones de vida buena de los individuos. Este rasero puramente procedimental, no tendría presente los diferentes contextos culturales a la hora de reconocer identidad a las personas y colectivos. De allí que su propuesta se incline por una política multicultural del reconocimiento hacia los valores propios de cada cultura. Lo que reafirma los colectivos y sus identidades no es su abstracción, sino más bien el grado de reconocimiento en sus identidades.

Según Taylor, “nuestra identidad se realiza dentro de una determinada comunidad, donde determino quién soy y de dónde provengo”, cosa que no hacen aquellas políticas que basan los derechos individuales en la generalización, sin tener presente las especificidades en las que se insertan estos derechos. En últimas, el comunitarismo de Taylor le apuesta a la integración social desde fuertes lazos de solidaridad nutrida en la interacción de prácticas comunes compartidas²¹. —Como lo han venido expresando los grupos indígenas de Colombia en sus constantes denuncias a la opinión pública. Estos no exigen la equiparación al resto del grupo mayorío, sino, el respeto y autonomía de sus proyectos identitarios—. De esta forma el multiculturalismo de Taylor se vincula a los movimientos sociales que han sido invisibilizados por diversos intereses sociales, económicos, políticos y culturales.

Habermas trata mediar en esta discusión. Está de acuerdo con las críticas de Ch. Taylor al modelo liberal individualista que es “ciego” ante las diferencias. Pero le critica a éste el no analizar correctamente la conexión interna que se da entre la autonomía privada, protegida jurídicamente, y la soberanía popular. Acepta la lucha por la búsqueda de “reconocimiento” de las identidades colectivas siempre y cuando se dé y con los mecanismos jurídicos y políticos, como sustento de emancipación de los individuos dentro del grupo. Incluso, si fuera posible permitir tales derechos de grupo en el Estado democrático, no sólo serían innecesarios, sino también cuestionables con base en un punto de vista normativo. La protección de las tradiciones y de las formas de vida, que configuran las identidades, debe servir, en último término, a promover el reconocimiento de sus miembros individualmente²². Por consiguiente, el Estado no debe garantizar derechos colectivos para algunos, ni tampoco privilegiar concepciones de vida buena de éstos. Ello llevaría a que el Estado asuma funciones paternalistas y, por ende, a que los individuos de ese colectivo no asuman sus roles de ser coau-

²⁰ Al respecto ver el trabajo sobre la polémica liberalismo comunitarismo en Thiebaut, Carlos, Los límites de la Comunidad, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Cortés, F & Monsalve, A. *Liberalismo y Comunitarismo: Derechos Humanos y Democracia*, Valencia, Colciencias, Alfons El Magnàniman, 1996. Michel Walzer, Las esferas de la Justicia, FCE, 1983.

²¹ Taylor, Ch, “La política del reconocimiento” en Multiculturalismo, FCE, 1992, pág. 99-100. Ver, de igual manera, de este mismo autor, Sources of the self, Cambridge University, 1992. Hay traducción al español, en Paidós, 1998.

²² Habermas, J. *La Inclusión del Otro*. Estudios de teoría política, Paidós, 1999, pág. 210. Bajo los parámetros de los actuales mundos plurales y de diversas formas de vida, resulta fundamental para Habermas que exista un sistema político y constitucional que proteja la autonomía de los individuos. Sin ésta no se puede dar la autonomía pública.

tores de las normas que les han de regir. Esto podría llevar a sobrecargar la teoría de los derechos y, en consecuencia, a sustituir al individuo por el grupo, cuando es el primero el que necesita de la garantía de los derechos y a quien se le debe reconocer dignidad y autonomía tanto privada como pública²³. La apertura de la esfera pública debe permitir estas luchas culturales en las que las minorías no respetadas se defienden frente a una cultura mayoritaria insensible. Cita como ejemplo las luchas feministas por la reivindicación de algunos de sus derechos esenciales.

Habermas percibe de esta manera, en su modelo deliberativo, una manera en que los diferentes sujetos de sociedades complejas pueden discutir en la esfera pública qué derechos quieren reconocerse; con esto refuta al “Estado paternalista” que reconoce derechos a colectivos, por encima de otros o a grupos por encima de individuos. Les deja al derecho, a la política y a la ética, la relación directa con los contextos culturales de forma tal que sea allí donde los individuos discutan sobre las normas que les afectan.

Cabe preguntar aquí si la igualdad de oportunidades, a la que hace referencia el autor alemán, no está “minusvalorando”, de alguna forma, los derechos colectivos, pues el reconocimiento de las identidades como derechos de los colectivos tiene, según Habermas, a los individuos como titulares y el Estado liberal no puede privilegiar derechos colectivos. —El autor no diferencia entre la forma de participación de los individuos de la de los grupos, lo que le lleva a integrar de manera formal e indiferenciada a todos los “ciudadanos” en la participación política. Ello sustituye ciertos valores compartidos necesarios en determinadas identidades colectivas—. Afirmo que los derechos de los grupos o colectivos se pueden garantizar o atender por medio del Estado de Derecho sin tener por ello que llegar a privilegiar a un grupo por encima de otro o a un grupo por encima del individuo. Lo cierto es que en la realidad sería complicado reducir todos los derechos de los intereses de grupo a derechos individuales, ya que las necesidades de los grupos diferenciados son precisamente eso, diferentes de las necesidades individuales.

Se Debe, ante todo, anotar que los derechos de autonomía privada no pueden “transferirse al grupo” so pena de eliminarla, como sucede en tradiciones culturales con valores ancestrales muy arraigados.

Por otro lado, habría que preguntarle a Habermas si con esta última categoría de derechos se puede afrontar el problema de los derechos de los pueblos y del medio ambiente. ¿Se puede, bajo esta rúbrica de las categorías de los derechos individuales, defender los derechos colectivos? Al pretender la neutralidad del Estado en la aplicación de los derechos —todos somos iguales en derecho—, ¿no discrimina ciertos grupos que requieren de una atención especial por parte del Estado? Habermas le critica a Rawls que la Teoría de la Justicia puede fundar el deseo de actuar justamente; pero que este deseo no es eficaz como cuando se quiere evitar el dolor sólo con los únicos medios del deseo, creo que la misma crítica se le puede hacer a Habermas cuando manifiesta que los ciudadanos que discuten en la esfera pública pueden influir de tal manera que logren cambiar estructuras tan autónomas como el dinero y el poder administrativo con el solo deseo de la solidaridad o como cuando manifiesta que los miembros de un colectivo poseen la facultad de unirse confiadamente en una deliberación pública, a fin de ponerse de acuerdo sobre su forma de vida en común y sobre su identidad, valiéndose únicamente de la coacción no coaccionante del mejor argumento²⁴.

Como se notará, el modelo habermasiano del “igualitarismo” adquiere una pretensión formalista un poco elevada, pues las condiciones sociales de discriminación, exclusión y pobreza, ejercen una presión contraria a cualquier intento de generalizar las acciones normativas argumentativas. Pretender desconocer la realidad que viven y presentan muchos individuos y grupos insertos en constituciones democráticas muy frágiles —casos, Perú y Bolivia— donde se precisan ciertas nivelaciones positivas para “igualar” lo desigual. —El autor no desarrolla un trabajo sistemático sobre las necesidades y sus interpretaciones para las diferentes comunidades e individuos; sólo las menciona de forma general cuando especifica sobre la validez de una norma—. Hay que ser cons-

²³ *Ibíd.*, pág. 202. Habermas ha reconocido últimamente que el respeto recíproco e igual para todos, exigido por el universalismo, debe ser sensible a las diferencias y reconocer al otro en su alteridad. Ver pág. 72.

Como ha argumentado Taylor, una teoría de los derechos correctamente entendida requiere una política de reconocimiento que también proteja la integridad del individuo, en el contexto que forma su identidad.

²⁴ Habermas, J, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, 2000, pág. 131.

cientes de que este planteamiento no sería aceptado por Habermas y lo tacharía de paternalista, aduciendo que le compete al modelo de Estado de derecho crear las condiciones para que no se den estas asimetrías. Habermas ha tratado de vislumbrar el problema efectuando una crítica al modelo liberal. Afirma que éste cuenta con una sociedad económica institucionalizada por el derecho privado que permanece entregado a la acción espontánea del mercado. “Si no queremos que el contenido normativo de la igualdad jurídica se convierta en su contrario, por una parte, deben introducirse derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten las pretensiones de una repartición más justa de la riqueza producida socialmente y además garanticen una protección mejor ante los riesgos producidos socialmente”²⁵.

Cabe de nuevo preguntar a Habermas qué y cuáles serían estos derechos sociales y si han de tener una tutela judicial efectiva o se deben dejar para las decisiones legislativas. El que privilegie la autodeterminación individual, antes que la autodeterminación de ciertos colectivos que tienen necesidad de un reconocimiento jurídico y político no sólo como individuos, sino un reconocimiento “identitario”, —nexo con los valores culturales y de pertenencia a una determinada comunidad— a la vez que “ciertas” discriminaciones positivas —las necesarias—, es no sólo fundamental sino imprescindible, si se quiere que ciertos colectivos minoritarios permanezcan como referentes de identidad de determinadas culturas o si se quiere que cierto grupo minoritario culturalmente no desaparezca por la presión que ejercen los grupos mayoritarios. ¿Qué pasa con los colectivos de aquellos estados multiculturales a los que aún no se les ha garantizado su ciudadanía²⁶ y menos su participación política como ciudadanos? Habermas reconoce esto cuando afirma que se necesita una inclusión “sensible a las diferencias”, o cuando intenta

responder a esta cuestión interrogándose por una teoría de los derechos elaborada sólo en términos individualistas, y si ésta puede hacer justicia de aquellas luchas por el reconocimiento en las que parece tratarse la articulación y la afirmación de identidades colectivas²⁷. Dejar a la discusión política los derechos colectivos y sin garantía de una tutela efectiva por parte de los jueces, y caso contrario, los derechos individuales reclamables judicialmente, manifiesta desde esta lectura, una fuerte inclinación por los “derechos subjetivos” —preponderancia de lo individual sobre lo colectivo—.

En este orden de ideas, resulta complejo afirmar que al garantizarse los derechos de libertad se estén garantizando los demás derechos —como los sociales o culturales—, como cuando Habermas asevera: “la igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como libres e iguales”. La realidad demuestra que el ser iguales, formal y jurídicamente, no ha logrado superar la descompensación social que viven muchos colectivos actualmente, pues se es igual frente a las disposiciones consagradas en las normas constitucionales, pero no en las demandas “sustanciales” que debe realizar el Estado para con ciertos individuos o grupos discriminados histórica y socialmente. Esto hace indispensable unas determinadas protecciones jurídicas específicas de las diferencias culturales, sin que ello signifique que se limiten los individuos en bien de la tradición.

A nuestro entender, Habermas no es muy convincente sobre este último punto. En lo que sí se puede estar de acuerdo con la teoría habermasiana, es en que son los sujetos los que definen en la esfera pública qué derechos quieren darse, y entre ellos deben estar incluidos los derechos a ser reconocidos como sujetos con identidades compartidas. En este mismo contexto, tampoco está muy claro por qué el autor

remite el Derecho al medio ambiente, no a una discusión universal —moral en este caso—, sino a las discusiones éticas de intereses y orientaciones valorativas. Afirma “La responsabilidad del hombre, por las plantas y por la conservación de especies enteras no se puede fundamentar con base en los deberes de interacción, es decir moralmente. Sin embargo puedo imaginar con Patzing, además de razones de prudencia, también buenas razones éticas a favor de la protección de las plantas y de las especies”²⁸.

¿No debe acaso discutirse globalmente los derechos a un medio ambiente sano, por corresponder éstos a todos los seres vivos? ¿Por qué Habermas les asigna a los principios morales —universales— la distribución de la riqueza social y deja la ecología o la inmigración a los discursos éticos? —ligado a interpretaciones culturales— ¿No representa el medio ambiente un espacio de trascendental importancia para que sea discutido por todos los afectados? Es un espacio, a mi parecer, complejo y que necesita de un análisis con relación a la (5) categoría de derechos por parte de Habermas, pues deja un flanco de crítica demasiado visible.

Para recapitular, se puede afirmar que en la perspectiva habermasiana sólo es posible hablar de derechos fundamentales y participación ciudadana deliberativa, dentro del marco del Estado democrático de derecho, el cual ha de estar articulado en términos de *Teoría de Acción Comunicativa* y del principio discursivo. La teoría expuesta busca, de acuerdo a ello:

1. Superación del Estado clásico de derecho. Esto es, del Estado que protegía solamente los derechos individuales y la propiedad por medio del derecho privado. De acuerdo con la reconstrucción interna del derecho, este modelo presenta, para Habermas, varios aspectos problemáticos:
 - La poca participación ciudadana en la deliberación pública, lo que a su vez ocasiona:
 - Actores sociales dotados de un poder de presión y de negociación que, en ocasiones, desbordan el marco legal. Estos se han “autonomizado”, construyendo un cartel que integra todos los poderes del Estado. Reclutan a sus miembros de la administración y de la justicia, lo mismo que a los medios de comunicación de masas.

— El derecho privado, concebido sólo como derecho subjetivo. Ello instrumentaliza el espacio público político y, por ende, interfiere en la objetivación del Estado Democrático de derecho, “desbordando, como tal, el medio de acción y regulación que representa el derecho moderno”.

2. Los derechos sociales y culturales dados en un Estado que imposibilita la participación ciudadana, llevarían, según Habermas, al paternalismo e imposibilitaría la autonomía política de los individuos como coautores del derecho que ha de regirles.
3. En las sociedades complejas, con una fuerte tendencia a lo multicultural, sólo se pueden tolerar aquellas formas de vida no ancladas en opciones y tradiciones “fundamentalistas”.

Propone como solución frente al modelo clásico liberal y social de derecho:

1. El reconocimiento recíproco de los derechos de los individuos y grupos, en igualdad de condiciones, ha de caracterizar el Estado democrático de derecho; en éste, el principio discursivo aporta elementos valiosos mencionados anteriormente. Este estado debe permitir, de igual forma, garantizar y reconocer derechos a los inmigrantes que, por múltiples circunstancias, han llegado a él.
2. Los derechos fundamentales se obtienen en los procedimientos democráticos provenientes y contruidos en la deliberación pública. “Y con esto estamos en el núcleo mismo del paradigma procedimental del derecho: conforme a una formulación de I. Maus, <la combinación completa y la mediación recíproca de soberanía popular jurídicamente institucionalizada y soberanía popular jurídicamente no institucionalizada>”²⁹.
3. Se da una clara separación —complementariedad— de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad pública que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativo y judicial.
4. El control constitucional adquiere gran relevancia: tiene como función principal la seguridad jurídica, el bienestar social y la prevención de los abusos contra la dignidad humana. Los derechos fundamentales aparecen como “límite” y garantía de los sujetos con relación al Estado.

²⁵ Habermas, *Facticidad y Validez...*, op.cit., pág. 232. Habermas no desarrolla las técnicas jurídicas de protección de los derechos sociales; éstos sólo aparecen mencionados de manera procedimental.

²⁶ El camino en la construcción y configuración de la ciudadanía en el contexto de la modernidad democrática ha sido largo, no exento de tensiones y contradicciones, en permanente proceso de confrontación y transformación, que va desde las muy importantes fundaciones liberales del concepto, pensadas en el ámbito del reconocimiento de los individuos como sujetos libres e iguales, autónomos, en el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos que permiten la reproducción del ordenamiento político, hasta los trabajos más contemporáneos que han insistido en ampliar el umbral de tal “status” al pleno reconocimiento de los derechos sociales y culturales que está demandando dicho sujeto, como prerrequisito y soporte material de lo que sólo formalmente se fue definiendo en el comienzo del proyecto moderno.

²⁷ Habermas, J, *La Inclusión del otro...*, op.cit., pág. 189 y 190. También confirma esto cuando menciona que: “La razón del moderno derecho racional no se impone en forma de “valores” universales que se pueden poseer, repartir y exportar globalmente, como si fueran mercancías. Los “valores”, también aquellos que pueden contar con el reconocimiento global, no penden del aire, sino que sólo llegan a ser vinculantes en los órdenes y prácticas normativas de determinadas formas culturales de vida”. Habermas, J, ¿Qué significa el derribo del documento?, El país, España, 17 de abril de 2003.

²⁸ Habermas, J, *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op.cit., pág. 231.

²⁹ Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, op.cit., pág. 528.

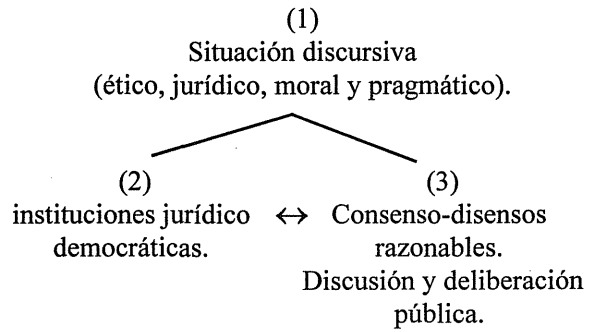
- 5. La moral no se supedita al derecho ni viceversa. En este caso, como ya se ha explicado, son “co-originales”.
- 6. Los procedimientos Democráticos tienen la función relevante de fortalecer la legitimidad del Estado de derecho, de donde surge la validez y la facticidad de las normas. De esta manera se domestica la soberanía estatal absolutista propia del estado liberal individualista.

Siguiendo en esta perspectiva, se puede decir que Habermas entiende el estado democrático de derecho como la institucionalización de los discursos públicos, que discurren a través del derecho legítimo —garantiza la autonomía privada—, de procedimientos y presupuestos comunicativos, para una formación de la voluntad y la opinión, la cual hace posible, a su vez —la autonomía pública— la producción legítima de normas.³⁰ En esto consiste el paradigma discursivo del derecho, que integra, como se ha expuesto anteriormente, la opinión pública con las decisiones administrativas y judiciales provenientes de los output del Estado. Lo novedoso de esta teoría habermasiana en lo que respecta a los derechos fundamentales, es que integra la autonomía privada y la pública por medio del derecho legítimo, logrado mediante procesos democráticos. De este modo le da un nuevo viraje a las teorías liberal y social del Estado. “Pues en el paradigma procedimental del derecho los puestos que dejan vacantes el participante privado—autónomo del mercado del que partía el paradigma liberal del derecho, y el cliente de las burocracias del estado social, pasan a ser ocupados por ciudadanos que toman parte en los discursos para hacer valer intereses vulnerados, que, por vía de la articulación de esos intereses, cooperan en el desarrollo de criterios concernientes al trato igual de los casos iguales y al trato desigual de los tratos desiguales”³¹.

La democracia deliberativa interrelaciona estos dos paradigmas de la tradición liberal y republicana y, con fundamento en el procedimiento comunicativo, une derechos del individuo y opiniones comunes. De allí que afirme, constantemente, que la legitimidad del derecho se basa, en última instancia, en un mecanismo comunicativo; por lo tanto, la conexión

interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre, consiste en que en el “sistema de derechos” se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden, a su vez, institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónomas³².

Lo anterior permite entender de forma diferente el Estado democrático de derecho propuesto por Habermas, ya que en atención a la deliberación pública se analizan tanto las decisiones de fundamentación como de aplicación de las normas —grado de justicia— a partir de procedimientos que satisfagan condiciones de legitimidad, propias del Estado democrático de derecho. El paradigma procedimental no puede ser vacío; al fundamentarse en la posibilidad de acción de la sociedad civil y la deliberación pública en donde los sujetos se reconocen derechos, se percibe otro paradigma que, a nuestro parecer, complementa los dos modelos anteriores desde una dinámica diferente. Un proceso democrático que busque la realización de los derechos fundamentales, no puede ser sólo formal o material. Esto se ha pasado por alto —en palabras de Habermas—, hasta ahora, por los demás paradigmas, esto es, por el modelo liberal y republicano. Intentaremos representar lo anterior en el siguiente esquema, a fin de poder clarificar y sintetizar lo planteado en este capítulo:



En (1) los sujetos discutirían todo lo relacionado con su opción de vida, a partir de sus intereses éticos, morales y pragmáticos. Las distintas pretensiones de validez, susceptibles de crítica, requieren llegar a acuerdos comunes sobre cuáles normas han de necesitar para poder vivir socialmente. Se proponen,

para ello, argumentos racionales donde todos tengan la oportunidad real de poder participar, en igualdad de condiciones, sobre lo que se discute: reglas de la argumentación, dadas de acuerdo a espacios democráticos confiables y garantizados por medio del derecho; es decir, que se den plenamente las condiciones, para que exista reconocimiento intersubjetivo, o ámbito de “interacción comunicativa - discursiva” como gusta decir a Habermas (paso de 1 a 2). Tomando como base tanto el consenso como el disenso que representan los mejores argumentos —se exige dar razones sobre sus justificaciones, desde pretensiones de validez—, se ha de decantar qué es lo justo y válido, para poder ser aceptados por todos los sujetos. El derecho positivo moderno — que ahora intenta integrar el “mundo de la vida y el sistema” — sería el código que traduce a (paso de 2 a 3) —que es el espacio institucional— la deliberación procedente de (1) y (2). Allí, estos conceptos adquieren connotaciones comunicativas y pueden, por medio del principio democrático, configurar un sistema de derechos garantizado por las instituciones marco del Estado de derecho; de otro lado, logra que no se desborden las presiones y opiniones provenientes de la sociedad civil, pero a la vez permitiendo que los ciudadanos, en su doble autonomía, puedan dotarse de dere-

chos a sí mismos por medio de las instituciones que han legitimado para ello.

De (2) y (3) se da la siguiente relación: (3) manifiesta en forma de input las opiniones públicas relevantes a ser consideradas y tenidas en cuenta por las instituciones; de igual forma (2) revierte —output— por medio del código de derecho las normas fundamentadas mediante procedimientos democráticos y que han de ser aplicadas, al caso concreto, por los órganos especializados para ello. De (1) y (3) se deduce lo siguiente: las situaciones particulares, comunes o de interés general, necesitan ser llevadas a la discusión pública —manifestación de la autonomía privada en deliberación pública—. La idea es que, por medio del principio discursivo, se construya derecho legítimo y de allí se torne en poder administrativo; partir de la teoría del discurso hace que el poder administrativo no se “encasille” autárquicamente. Como bien afirma al respecto Habermas, la diferenciación institucional que se expresa en la separación de poderes del Estado, tiene la finalidad de ligar el empleo del poder administrativo al derecho, democráticamente establecido, de suerte que el poder administrativo sólo se regenere a partir del poder comunicativo generado por todos los ciudadanos en común.

³⁰ Ibid., pág. 523.

³¹ Ibid., pág. 525.

³² Ibid., pág. 169.