

APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA HABERMASIANA *

por Gerardo A. Durango Álvarez **

RESUMEN

El presente ensayo pretende analizar los derechos fundamentales en la teoría habermasiana. Para este autor los derechos fundamentales presentan dos dimensiones así, en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político; en cuanto construcciones intersubjetivas, éstos se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad. Esta doble dimensión de los derechos fundamentales lleva necesariamente a tomar en consideración dos aspectos centrales de la teoría comunicativa habermasiana: primero, los presupuestos de entendimiento derivados de las pretensiones de validez y segundo, los mecanismos procedimentales discursivos.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, límites de los derechos, Tribunal Constitucional, legislador, principio discursivo.

ABSTRACT

The present test tries to analyze the fundamental rights in the habermasiana theory. For this author the fundamental rights present/display two dimensions thus, as soon as conditions of possibility, legitimize a legal and political order; as soon as intersubjective constructions, these are based on the participativa and discursiva dynamics of the citizens under conditions of rationality and impartiality. This double dimension of the fundamental rights necessarily takes in consideration two central aspects from the habermasiana communicative theory: first, the budgets of understanding derived from the validity pretensions and second, the discursivos procedural mechanisms.

KEY WORDS

Fundamental rights, Rights limitations, Constitutional court, Legislator, Discursive principle.

Introducción

Los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión¹: son, de una parte, condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, 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. Según esta aseveración, la idea de autolegislación

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2007. Fecha de aceptación/publicación: 1 de noviembre de 2007.

** Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (Colombia).

¹ Esta doble perspectiva de los derechos condiciona el mundo de la decisión, el procedimiento de toma de decisiones y el contenido de la decisión misma. Los dos primeros problemas están relacionados. Así, si tomamos como referencia el juez y, si éste no tiene conexión (más que indirecta) con la discusión pública democrática, lo único que podrá hacer es vigilar el cumplimiento de los requisitos de los dos primeros niveles y no entrar en el contenido. En todo caso, tanto en uno como en otro, la legitimidad del órgano judicial es algo relevante que no puede tratarse de manera incoherente con los procedimientos discursivos.

de los ciudadanos exige que aquellos que están sometidos al derecho, como destinatarios suyos, puedan entenderse, a la vez, como autores del derecho. Se sirve este autor, por consiguiente, del principio del discurso² y de su institucionalización jurídica en forma del principio democrático, para deducir desde allí la categoría de los derechos fundamentales³.

En esta medida los derechos fundamentales, en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, en cuanto construcciones, se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad. Esta doble dimensión de los derechos fundamentales lleva necesariamente a tomar en consideración dos aspectos centrales de la teoría comunicativa habermasiana: primero, los presupuestos de entendimiento derivados de las pretensiones de validez y segundo, los mecanismos procedimentales discursivos. En cuanto al primer aspecto, es de anotar que Habermas vincula éstas a su teoría de la acción comunicativa. Así, en una de sus definiciones expone que “la pretensión de validez de una norma *consiste* en su potencialidad para ser reconocida, lo cual tiene que demostrarse discursivamente; una norma válida merece reconocimiento porque, y en la medida en que, sea aceptada –es decir, reconocida como válida– también bajo

² Durango Álvarez, Gerardo A. *Democracia deliberativa y derechos fundamentales*, Temis, Bogotá, 2006.

³ Según Habermas, los derechos fundamentales garantizan que los sujetos puedan hacer valer su dimensión de personas humanas, por cuanto 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 y los derechos como prácticas sociales constructivas.

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.

condiciones de justificación⁴ (aproximativamente) ideales". La validez⁵ en esta teoría incluye la acción normativa ligada a los acuerdos razonables⁶, lo cual supone no sólo la imposición coercitiva por parte del Estado, sino que incluye también la manera como aquella se liga a la legitimidad de las leyes propias del derecho moderno construida intersubjetivamente. Ello reviste la validez de una dimensión sustancial –no solo formal– que obliga a redefinir y diferenciar los momentos de fundamentación y aplicación de dichas normas y, así mismo, a señalar como legítima la norma y el ordenamiento cuyos contenidos cuentan con los procedimientos jurídicos formales institucionalizados. De manera similar propone R. Alexy, su concepto de validez; la divide en tres categorías: la sociológica, relacionada con la eficacia social de las normas y su aceptabilidad racional por parte de los destinatarios; la ética, vinculada a las justificaciones morales o pretensión de corrección normativa, y la jurídica, que puede entenderse como aquellas disposiciones dictadas conforme a lo que prescribe la constitución⁷.

⁴ Habermas, J, *Verdad y justificación*, Trotta, 2002, pág. 53. Habermas entiende por justificación, aquellas condiciones de aceptabilidad de las razones que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora. Habermas, J, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1985, Pág. 251. De forma similar S. Benhabib ha dicho que "las bases de la legitimidad en las instituciones democráticas se deben trazar en la presunción de que las instancias que demandan el cumplimiento de obligaciones lo hacen porque sus decisiones corresponden a un punto de vista imparcial que es igualitario respecto a todos. Esta presunción sólo puede ser satisfecha si es que estas decisiones están abiertas a un proceso público de deliberación por ciudadanos libres e iguales. Benhabib, S, "Toward a deliberative model of democratic legitimacy", en *Democracy & Difference*. Princeton University Press, 1996, pág. 68.

⁵ En el campo jurídico, el concepto de *validez* se encuentra saturado de significados y emparentado con conceptos como vigencia, eficacia y justicia. La validez se refiere a la coherencia del contenido de las normas con relación a las determinaciones establecidas en niveles superiores del ordenamiento que en virtud de la inserción de principios y valores, hacen que dichos juicios sean complejos, jurídicos e internos al ordenamiento. Las demás demarcaciones no serán acometidas acá por cuestiones metodológicas. El objetivo de este trabajo no es realizar una descripción sobre cada uno de estos conceptos. Ello desbordaría las pretensiones de la investigación. Existe amplia bibliografía al respecto. Ver: Alexy, R, *El concepto y la validez del derecho. –En especial el capítulo III–*. Gedisa, 1997; Peña Freire, A. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, 1997; Böckenförde, E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. De Rafael de Agapito Serrano, Trotta, 2000; R, Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999; Ferrajoli, L, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2da. Edición 2001; José Luis Serrano, *Validez y Vigencia*, Trotta, 1999.

⁶ En *Teoría de la acción comunicativa* había dicho Habermas que una pretensión de validez es una potencialidad de razones que poseen los hablantes en un diálogo con el fin de aprobar o rechazar un enunciado. Las razones interpretan las condiciones de validez y pertenecen, por tanto, ellas mismas, a las condiciones que hacen aceptable una emisión. Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa*, T.I Taurus, 1987, pág. 342.

⁷ Alexy, R, *El concepto y validez del derechos*, Gedisa, 1997, pág. 87. La pretensión de corrección de Alexy es deudora de la ética discursiva expuesta por Habermas, al decir de Touri: "Según la teoría jurídico ético-discursiva, sólo aquellas normas y juicios jurídicos que puedan satisfacer las pretensiones de corrección, esto es, que puedan

1. La acción comunicativa y su introducción al mundo del derecho: de *Teoría de la acción comunicativa* a *Facticidad y Validez*

Para abordar el derecho moderno desde la perspectiva de la *Teoría de la Acción Comunicativa* –puente para llegar a *Facticidad y validez*–, como recurso al que acude Habermas para explicar el papel del derecho en sociedades complejas⁸, es necesario primero recorrer el camino de la reconstrucción de la integración social, cuyas categorías se erigen como condiciones que permiten comprender cómo es posible que se produzca en las sociedades un orden social. Cada una de estas categorías presentadas por la teoría Habermasiana conlleva irremediablemente a un concepto, que como pieza del rompecabezas, sirve de engranaje de su teoría. El “mundo de la vida”, el mundo social y el derecho⁹, se entrelazan así para formar un entramado en donde los individuos se relacionan y se comunican intersubjetivamente, para generar y regular las condiciones de convivencia que han de seguir sujetos razonables que tienden a la búsqueda del entendimiento¹⁰.

ser aceptadas en discursos práctico-morales pueden considerarse legítimos en el sentido normativo del término”. Kaarlo Touri, “Ética discursiva y legitimidad del derecho”, *Revista Doxa*, Nro. 5, 1988, pág. 48.

⁸ López Calera, Nicolás, *Filosofía del Derecho II*. Comares, Granada, 1998, pág. 95. Afirma: “Sin embargo, el derecho tiene una vida, unas dinámicas muy complejas. Esto es, *la vida del derecho no termina con la promulgación de unas leyes*. El derecho es una realidad lógica con unos significados y sobre todo es un instrumento de la razón práctica”.

⁹ Hay que aclarar que en escritos anteriores a *Facticidad y validez*, esto es, en *La Reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, 1981, Habermas mantenía una concepción instrumental del derecho, en tanto éste contribuía a perpetuar la “racionalidad sistémica de la sociedad con arreglo a fines”. *Ibíd*, pág. 262 y 263. En *Facticidad y validez* la legitimidad del derecho será el mecanismo mediante el que Habermas pretende estructurar una regulación social menos anclada en esquemas burocráticos

¹⁰ El orden social como concepto al que se llega en virtud del paso hacia la reconstrucción de las condiciones de la integración social, plantea un primer problema: ¿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 orden social? Este planteamiento surge porque siempre existirá la posibilidad o el riesgo del *dissenso* en toda formación de interacción a través de la acción comunicativa dirigida al entendimiento, por lo cual se explica que en términos de la coordinación de la acción, el disentimiento cause altos costes. En este sentido, cuando en el proceso de entendimiento se presenta el disenso, sólo se dispone de unas cuantas alternativas, como las que se enumeran:

- 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.
- Ruptura de la comunicación y abandono del espacio que sirve para esos efectos.
- Paso a la acción estratégica, orientada al propio éxito de cada uno. Lo que puede deducirse es que la integración social no sería posible conseguirla con la utilización tan sólo del lenguaje orientado al entendimiento, porque aunque exista una motivación racional tendiente al acuerdo, el riesgo del disentimiento está siempre latente y se hace manifiesto cuando es nutrido por la experiencia.

Habermas apela a la estructura dialógica del lenguaje como fundamento del conocimiento y de la acción. Se apoya en una concepción pragmática del lenguaje para exponer su teoría de la acción comunicativa y la validez de los actos del habla. La comunicación está dada por la capacidad de entendimiento entre 'sujetos capaces de lenguaje y acción'. Se puede inferir de los planteamientos que hace el autor en *Teoría de la Acción Comunicativa*¹¹, que su propósito es mostrar la validez de una teoría crítica de la sociedad a partir de una concepción pragmática del lenguaje. Esgrime, como argumento central, que los participantes, desde un principio, han de poder entenderse por medio del lenguaje sobre algo en el mundo como la toma de postura de afirmación o negación, ante pretensiones de validez dadas en un discurso intersubjetivo. La acción comunicativa es interpretada de esta manera como una manifestación de reconocimiento recíproco tendiente al entendimiento mutuo.

En el texto *Teoría de la Acción Comunicativa*, Habermas toma como punto de análisis la idea de racionalidad comunicativa, contrapuesta a la racionalidad estratégica¹². Afirma que "este concepto

Habermas, si bien no hace alusión explícita al disenso, tampoco lo niega como muchos autores parecen sugerir. Así, por ejemplo, dice: "todo acuerdo alcanzado argumentativamente depende de tomas de postura de afirmación y negación frente a pretensiones de validez susceptibles de poder aceptarse o rechazarse". El consenso como estabilizador no coactivo de las expectativas de comportamiento, se ve amenazado cuando las operaciones explícitas de entendimiento se tornan problemáticas y cuando no es posible en el contexto del mundo de la vida donde se encuentra inserta la acción comunicativa, proporcionarle el respaldo de un masivo consenso. El consenso en Habermas pretende que no se rompa continuamente el diálogo y que se busquen opciones no sólo estratégicas, ya que el telos de llegar a un entendimiento es inherente al concepto de discurso. Ultimamente Habermas viene asociando el concepto de disidente al de "desobediente civil", siempre y cuando ésta no se de manera violenta sino como una forma más de legitimar el Estado de derecho. Ver al respecto: "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho", en *Estudios políticos*, Península, 1987, pág. 86. Por cuestiones metodológicas este tema no será abordado en la presente investigación. Para ello puede estudiarse a un crítico del concepto del consenso Habermasiano como Javier Muguerza, *Desde la perplejidad. (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)* F.C.E, 1990.

¹¹ No se intenta describir aquí nuevamente el desarrollo que Habermas realiza en *Teoría de la acción comunicativa*. Sólo se busca retomar la categoría del lenguaje como un mecanismo de integración social, que reproduce desde el "mundo de la vida", vínculos socialmente compartidos. Igualmente se retoma su concepto de racionalidad comunicativa, para ser analizada desde el derecho.

¹² Habermas entiende por racionalidad instrumental la imposición que ejerce la lógica de medios y fines que, en su intento por legitimarse, genera la pérdida de sentido del sistema político. Esta legitimidad "instrumental", como gusta llamarla, aísla el entendimiento de los sujetos y no permite una racionalidad comunicativa. La acción "estratégica domina y promueve relaciones de dominación orientados al éxito y es manejada 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 como " la obtención de un acuerdo entre los participantes acerca de la validez de una emisión" . Habermas, J, *Conciencia Moral, y Acción Comunicativa*, Península; Barcelona, 1996, ver, págs. 125 a 128. Para Giovanna Borradori la noción de mundo de la vida está compuesto de dos

de racionalidad comunicativa posee connotaciones que, en última instancia, se remontan a la experiencia central de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un acto de habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos y merced a una comunidad de convicciones, racionalmente motivada, se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas"¹³. Los actos de habla son el lugar en el que la pragmática del lenguaje ubica la fuerza ilocutiva con la que se da el significado lingüístico, buscan dar a conocer las proposiciones del agente y entablar acciones pertinentes para comunicarse, posicionándose con un sí o con un no ante el otro. Se puede decir, entonces, que "en caso de conflicto quienes actúan comunicativamente tienen que optar entre romper la comunicación o pasar a la acción estratégica, entre dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo"¹⁴.

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, la comunicación no es la panacea para todos los males, 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 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.

Ahora bien, una sociedad que se presenta con estas características y profundamente desarraigada de patrones religiosos, sacros o metafísicos –es decir, secularizada– tendrá, necesariamente, que regularse por un orden jurídico normativo inclusivo, 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, porque los procesos de interacción, dirigidos por los intereses de actores o participantes, no pueden, por sí mismos, configurar órdenes estables. Por esta razón, la acción comunicativa

términos: a) la referencia a "vida" ciertamente subraya su compromiso con la naturaleza concreta y la absoluta especificidad del lugar del sujeto dentro de su comunidad de hablantes, y b) el concepto de "mundo" libera al ámbito de lo público de toda conexión con el modelo de sociedad europea del siglo XVIII con respecto al cual se concibió en principio la noción de esfera pública. Giovanna Borradori, *La filosofía en una época del terror. Diálogos con J. Habermas y J. Derrida*, Taurus, 2003. Pág. 107.

¹³ Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I..., op. cit., pág. 27.

¹⁴ Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op. cit., pág. 88.

debe cumplir su función sociointegradora, y dejar al derecho la función de “estabilizador” de las expectativas de comportamiento, de posibilitar de expectativas normativas orientadas al bien común, en un entramado de relaciones recíprocas entre estos tres elementos. Es decir, entre las acciones estratégicas, la acción comunicativa y el derecho.

Luego de haber abordado los diferentes pasos que conducen a la integración social –entre ellos el derecho, donde la acción comunicativa juega un papel central–, Habermas introduce el concepto de derecho moderno como recurso para explicar la función de integración social que al derecho le corresponde en las sociedades contemporáneas: asegurar la autonomía ciudadana desde una dimensión normativa diferente a la moral, posibilitar el fortalecimiento del Estado de derecho, garantizar los derechos fundamentales de los individuos y grupos, entre otros. Esta integración sólo puede realizarse si las normas poseen un elemento de legitimidad que esté equilibrado con la capacidad coactiva y sancionadora de éstas, promoviendo la aquiescencia necesaria para su seguimiento. Lo anterior justamente es posible si el procedimiento de construcción de normas está “transido” por la acción comunicativa, por la deliberación basada en argumentos racionales y con la finalidad de llegarse a un consenso que cuente con una legitimidad amplia, que posibilite esas condiciones de integración social.

La anterior propuesta le permite a Habermas entender, de manera coherente con su teoría discursiva, la relación que el derecho cumple como código del que se valen los individuos para estructurar procesos de comunicación que les sirvan para forjar niveles de justificación, normativamente aceptables por todos. La aceptabilidad de las razones consiguen su eficacia de la fuerza consensual que puedan obtener a partir de las pretensiones de validez los diferentes argumentos de los sujetos. El derecho así expresado,¹⁵ será el candidato para explicar cómo pueden entenderse, en sociedades altamente complejas, en las que habitan individuos y grupos que se reconocen iguales en derechos, como miembros de asociaciones libres e iguales, permitiéndoles definir las reglas de convivencia. El derecho moderno, en sus fundamentos, busca que el acatamiento de las normas no debe ser sólo por su carácter coercitivo sino también porque las normas que rigen a una determinada colectividad han sido construidas conjuntamente y provienen legítimas e imparciales en su aplicación.

¹⁵ La idea del derecho que tiene en mente Habermas será el que legitime las decisiones individuales y colectivas por medio del Estado democrático de derecho. Así dice: “No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho *legítimamente estatuido*.” La legitimidad del derecho se obtiene para Habermas, de la discusión racional de todos los miembros de la comunidad jurídica. Habermas, J. *Facticidad y Validez*. pág. 202. Al referirse a este tema, Alexy plantea que la teoría del discurso de Habermas puede alcanzar importancia práctica sólo si se inserta en una teoría del derecho. Alexy, R , *El concepto y validez del derecho*, Gedisa, 1997. Pág. 151.

De este modo, en la teoría habermasiana, el lenguaje y el derecho actúan como las principales fuentes de integración social. Estas normas de "integración social" ya no son tomadas como baluartes sacralizados de poder de instituciones antiguas. Se presentan en las sociedades posmetafísicas con pretensiones de validez basadas en acciones comunicativas, orientadas por pretensiones de éxito y reglas o normas compartidas intersubjetivamente. De acuerdo con Habermas, este tipo de normas perseguido tendría que causar en sus destinatarios, según esto, una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima¹⁶, que son las dos ideas básicas a través de las cuales se ha desarrollado el derecho moderno.

Estas ideas básicas relativas al derecho moderno son analizadas por Habermas en el tránsito que realiza de *Teoría de la acción Comunicativa a Facticidad y validez*. Así, mientras en *Teoría de la Acción Comunicativa* el derecho se presentaba como "un colonizador¹⁷" del mundo de la vida, enfrentado a la sociedad y dependiente del sistema administrativo y económico, en *Facticidad y Validez*¹⁸, la interpretación es diferente: ahora el derecho pasa a integrar los dos mundos disociados anteriormente: el mundo de la vida y los sistemas administrativo y económico. Al respecto, Fernando Vallespín plantea: "El movimiento más importante –y sorprendente– que se produce en los trabajos de FG, y en el mismo libro, es el cambio de énfasis en la conceptualización del derecho; de verse como una especie de caballo de Troya del sistema (Sistem) en el mundo de la vida (Lebenswelt), que podría acabar consumiendo este horizonte y transfondo de la acción comunicativa, aparece ahora por el contrario como el gendarme más cualificado para someter y disciplinar a los medios dinero y poder"¹⁹.

El derecho se convierte ahora en *Facticidad y Validez* en "filtro" y "esclusas²⁰" de las deliberaciones públicas y del sistema, en cuanto

¹⁶ Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 89.

¹⁷ "De ahí que, como veremos, el tipo de *juridización* de las relaciones sociales sea un indicador de los límites entre sistema y mundo de la vida". Y continúa "El derecho coactivo moderno queda desconectado de motivos éticos; funciona como medio de delimitación de ámbitos en que las personas jurídicas privadas pueden ejercer legítimamente su arbitrio o de espacios en que quienes ocupan cargos (quienes ocupan posiciones de poder organizados) pueden ejercer su autoridad legal". Habermas, *Teoría de la Acción comunicativa, t.II...*, op.cit, pág. 439.

¹⁸ En esta obra plantea Habermas la categoría discursiva del derecho. Se sustenta para ello en su propuesta comunicativa realizada en textos anteriores; especialmente en *Teoría de la acción comunicativa*.

¹⁹ Vallespín, F *¿Reconciliación a Través del Derecho?*, en José Antonio Gimbernat, *La Filosofía Moral y Política de J. Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997, Pág. 205.

²⁰ Habermas retoma estos conceptos de B. Peters. De acuerdo a la propuesta de Peters, estos conceptos son utilizados con el fin de reconstruir normativamente el Estado de derecho, sin desconocer el papel crítico que éstos puedan realizar. Dice Habermas: "según la propuesta de B. Peters, los procesos de comunicación y decisión del sistema político articulados en términos del estado de derecho se ordenan conforme a un eje centro-periferia, vienen estructurados por un sistema de esclusas y se caracterizan por dos formas (una ordinaria y otra extraordinaria) de elaboración de problemas". Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 434.

retoma aquellas expresiones públicas, “informales” y los canaliza hacia la toma de decisiones vinculantes administrativamente, quienes a su vez, necesitan contar con la aceptación de los miembros de la comunidad jurídica y democrática. Como él lo dice: “El proceso de producción de normas constituye, por tanto, en el sistema jurídico el auténtico lugar de integración social. De ahí que a los implicados en el proceso de producción normativa se les exija que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida (...)”²¹. Con esto quiere Habermas proponer que los sujetos no han de orientarse sólo por la búsqueda de su propio éxito. Antes bien, son las acciones tendientes al entendimiento las que le dan validez a la existencia del derecho, como articulador social. Lo que, a su vez, hace que los destinatarios de éste puedan entenderse como autores racionales que dan importancia a esa norma, por medio de procesos discursivos y democráticos. De esta manera, el sistema de acción “derecho”, pertenece, a un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, al componente social del mundo de la vida y al sistema²². Tal reflexividad ocasiona que el derecho adquiere por consiguiente más importancia, pues al mediar entre lo fáctico y la pretensión de validez, la integración social se orienta hacia concepciones ideales normativas²³, que, a la vez, se pueden aplicar a ordenamientos reales.

Otra de las tesis principales de *Facticidad y validez* busca explicar la interacción entre el derecho, los derechos fundamentales y el Estado Democrático de derecho que, como bien lo plantea el profesor García Amado, “lo que Habermas hace, es una aplicación de los postulados generales y ya conocidos de su teoría de la acción comunicativa a la

²¹ Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., Pág. 151.

²² *Ibíd.*, pág. 147. Es de recordar que en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* mantenía una distinción tajante entre el mundo sistémico y el mundo de la vida. El primero era el responsable de regular y complementar el sistema económico; el segundo, se refiere al trasfondo prerreflexivo en el cual transcurre nuestra vida común. Hay, por consiguiente, un desacoplamiento entre uno y otro. Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío...*, op.cit., pág. 175. Idea similar mantenía aun en *Teoría de la acción Comunicativa*, t.II. “Lo mismo que la esfera de la vida privada queda socavada por el sistema económico, la esfera de la opinión pública se ve socavada por el por el sistema administrativo”. Op. cit, pág. 461. La demanda de Habermas era que las posibilidades de participación democrática y comunicación, eran manipuladas con fines específicos por el mundo sistémico. Nótese ahora como el derecho sirve de mediador entre el mundo de la vida y el mundo administrativo.

²³ En su texto *Verdad y justificación* aclara –frente a los escépticos de su propuesta–, que en las relaciones imperfectas del mundo real no se puede contar con que las presuposiciones pragmáticas del discurso racional estén siempre satisfechas, ni que todos los participantes, incluso cuando estén de acuerdo, sigan efectivamente las normas reconocidas como válidas. Plantea frente a dichas objeciones que: “A estas dos dificultades, que se siguen inmediatamente de la detranscendentalización del reino de los fines, puede dar respuesta la complementación de la moral mediante el derecho coactivo. En ámbitos funcionalmente importantes los discursos de fundamentación y de aplicación están necesitados tanto de una institucionalización vinculante como del cumplimiento de las normas justificadas”. Habermas, J, *Verdad y justificación...*, op. cit., pág. 57-58.

problemática iusfilosófica y a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas²⁴. De esta manera, el derecho cuenta, en su estructura jurídica, con reglas y principios jurídicos que pretenden integración social. Éste pretende ser el canal por medio del cual discurren los mensajes comunicativos necesarios para el entendimiento intersubjetivo proveniente del mundo de la vida. El derecho actúa como un “transformador” entre el sistema y el mundo de la vida, que abarca la sociedad como un todo, teniendo presente los diferentes referentes discursivos.

2. Validez y legitimidad discursiva de los derechos fundamentales, una mirada desde la autonomía privada/pública

Como ya se ha mencionado anteriormente, en *Facticidad y validez* es donde Habermas analiza con detalle el derecho moderno; con este quiere resaltar el proyecto emancipatorio que se le asigna en la modernidad o, dicho de otra manera, resaltar el papel que el derecho debería ocupar en el discurso emancipatorio de la modernidad y que no había sido considerado por sus antecesores de la Escuela de Francfort. 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 que se desarrolla mediante el derecho positivo²⁵. 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. Este entendimiento ha de ser institucionalizado por medio de los procedimientos democráticos y del ‘principio discursivo’.

Dicho en palabras de Habermas, se apela a la “fuerza sociointegradora de la acción comunicativa” como mecanismo estabilizador de las expectativas de comportamiento de los miembros sociales, quienes han autocomprendido que deben orientar esas expectativas hacia el bien común. En este orden de ideas, la integración social es posible cuando los sujetos actúan comunicativamente y en virtud de ello opera el entendimiento intersubjetivo de quienes participan en el diálogo.

Así, en la perspectiva que propone el autor alemán, el derecho se presenta como un mecanismo encargado de ofrecer respuestas racionales sobre las normas jurídicas y la convivencia entre sujetos que viven en espacios diversos y plurales. Al institucionalizar dichas

²⁴ García Amado. J , “La filosofía del derecho de J. Habermas” , Revista *Doxa* Nro. 13, 1993, pág. 235.

²⁵ En este trabajo se entiende derecho positivo como derecho dado o estructurado y, de manera similar a la expuesta por De Otto, esto es, como un proceso de construcción social. Ver: Ignacio De Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, 1987, pág 20.

normas con la ayuda del principio discursivo, el derecho permite que los diversos procedimientos democráticos funcionen como una especie de mediador y catalizador entre los diversos conflictos sociales. Por tanto, cuando el derecho protege y garantiza la autonomía de los individuos, cuando posibilita que participen activamente en la discusión y elaboración de las normas, está vinculando a los sujetos a una doble dimensión de legitimidad, esto es, a) como sujetos autónomos en los procesos de discusión y construcción individual y colectiva de los derechos fundamentales, y b) dotándoles de garantía de poder ampliar y exigir los derechos previamente discutidos en la configuración de las normas.

En este sentido, la relación entre el principio discursivo y la norma jurídica se da cuando los procedimientos de producción de esa norma coinciden con los planteamientos que, desde la esfera pública pluralista, informada y deliberativa, hacen los sujetos al Estado. De esta manera Habermas reafirma lo anterior cuando dice: "No puede darse un derecho autónomo sin democracia"²⁶. La posibilidad de exigir el cumplimiento de los derechos fundamentales mediante el derecho moderno, ha llevado a Habermas a analizar *la autonomía privada y pública*. La autonomía pública se expresa conforme el principio de la soberanía popular en los derechos de comunicación y participación, que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos. La autonomía privada se manifiesta en aquellos derechos fundamentales, subjetivos de los ciudadanos²⁷. Para Habermas la autonomía privada y pública han de ser cooriginales, esto es, se posibilitan y complementan 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 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.

Los derechos fundamentales adquieren legitimidad en la integración entre ambas esferas. O si se quiere, en la interrelación entre la participación ciudadana y los derechos subjetivos. Obsérvese su argumento: "La idea de los derechos fundamentales, que se expresa en el derecho a la igual libertad subjetiva de acción, no puede simplemente imponerse al legislador soberano como un límite exterior, ni como un requisito funcional para cuyo objetivo se ve

²⁶ Complementa este sentido cuando propone: "La finalidad del principio democrático es fijar el procedimiento de producción legítima de normas". *Ibíd*, pág. 194.

²⁷ Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, *op.cit.*, pág. 238.

instrumentalizado"²⁸. Se puede entender así que el derecho no puede concebirse como construcción funcional sistémica –como a veces sugería en *Teoría de la acción comunicativa*–, sino, como construcción discursiva a través de acuerdos racionales por parte de todos, esto es, hay que acudir a la deliberación pública, a la teoría del discurso y a los procedimientos democráticos. Se trata, así, de definir las condiciones en las que pueden institucionalizarse, jurídicamente, las formas de comunicación necesarias para una legítima acción legisladora. Por tanto y de esta manera, los derechos fundamentales no se pueden deducir tan sólo de manifestaciones estratégicas para, a partir de allí, formar procedimientos democráticos.

El procedimiento democrático legitima el sistema y crea normas. Por medio de las acciones comunicativas, los individuos "son autores racionales de esas normas". De este modo, 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 validez de las normas plenamente legalizadas en el Estado democrático de derecho. Las normas se fundan en el consenso de quienes se hallan sujetos a ellas: la justificación dada racionalmente sobre los acuerdos o desacuerdos sobre tales normas. Dice Habermas con relación a lo anterior, "de esta forma se explícita la intuición de que, por una parte, los ciudadanos sólo puedan hacer un uso apropiado de su autonomía pública, si son suficientemente independientes, en razón de su autonomía privada, asegurada igualitariamente; y a la vez sólo pueden alcanzar una regulación capaz de consenso de su autonomía privada, si como ciudadanos hacen un uso apropiado de su autonomía pública"²⁹.

Vallespín, refiriéndose a la doble funcionalidad del derecho que presenta Habermas en *Facticidad y Validez*, dice que "de esta forma se integran las dos dimensiones de la legalidad kantiana, que Habermas hace suya: que las normas jurídicas puedan contemplarse a la vez como <leyes de libertad> ancladas en el principio de autonomía, cuanto como <leyes coactivas> (Zwanggesetze), haciendo posible así que un orden jurídico justo pueda hacerse valer incluso sobre un <pueblo de diablos>, trascendiendo las siempre contingentes motivaciones que nos llevan a obedecer sus disposiciones"³⁰. Por consiguiente, el derecho moderno reconoce los derechos subjetivos de los individuos, en cuanto portadores de derechos y con garantía de poder ser accionables en cualquier momento cuando haya violación de los mismos.

La integración social la ha de realizar el derecho, que tendría como función reforzar las acciones comunicativas propias del principio democrático; esto es, en primer lugar, garantizando los

²⁸ *Ibíd.*, pág. 196.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 193.

³⁰ Fernando Vallespín, "¿Reconciliación a través del derecho?". J. A Gimbernat, (ed). *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas...*, op.cit., Pág. 211.

derechos subjetivos y luego, institucionalizando las discusiones públicas, de tal forma que éstas adquieran legitimidad. Se quiere evitar, por todos los medios –he aquí un aporte importante de Habermas– que el derecho se convierta sólo en mera coacción, alejado de los problemas sociales e imponiéndose, desde arriba, y sin referentes legitimantes. Es como bien lo plantea: el principio discursivo a través del procedimiento democrático ‘crea’ derecho y, por consiguiente, estado de derecho. “Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido”³¹. El Estado democrático de derecho pasa a ser de esta manera, el espacio de encuentro de la autonomía privada y pública; lugar donde los sujetos hacen valer sus decisiones públicas, racionalmente tomadas e institucionalizadas por medio del principio democrático.

En este contexto el derecho posibilita que los canales de comunicación no se vean bloqueados, así como el ofrecer razones válidas jurídicamente con un alto grado de eficacia e imparcialidad en las decisiones tomadas. Reafirmando lo anterior, menciona Habermas: “para ello parto de los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con el derecho positivo”, y continúa: “Por otro lado, el procedimiento democrático de producción de normas que tiene que confrontar a los que participan en él con las expectativas normativas que implica la orientación por el bien común, pues el único sitio de donde ese proceso puede obtener su fuerza legitimatoria es del proceso de un entendimiento de los ciudadanos acerca de las reglas que han de regir su convivencia”³². –Es de recordar, que en el Estado liberal de derecho, la creación y validez de las normas están establecidas y emanan de un órgano competente y legitimado para su producción y aplicación, subsunción en vez de la ponderación, supeditación de la constitución a la ley, prioridad de la norma sobre los valores y principio, etc–.

Analizada la propuesta anterior desde el modelo deliberativo expuesto por Habermas, se puede decir que el derecho moderno no se restringe sólo a una esfera, sino que ahora se complementa, de forma más activa, con la deliberación ciudadana y desde procedimientos democráticos que comprometen a quienes van a dar su aceptación a esas normas. El objetivo que con ello se persigue es evitar que las descompensaciones sociales puedan hacer del Estado democrático de derecho un sistema incoherente, entre lo que le compete como garante de los derechos y lo que se dice en la norma, o si se quiere el abismo entre la ‘validez’ y la ‘facticidad’, como diría Habermas.

Para concluir este apartado, ha de decirse que es en el Estado democrático de derecho donde se han de sustentar y validar los derechos fundamentales tanto en su dimensión privada como pública,

³¹ Habermas, *Facticidad y Validez ...*, *op.cit.*, pág. 336.

³² *Ibíd.*, pág. 147.

para lo cual se requiere de procedimientos legítimos en la producción de las normas. Por tanto, una norma en este contexto es legítima cuando cuenta con el consentimiento de todos los implicados en su construcción. Ahora bien, relacionando de una u otra manera los aspectos antes mencionados y con el fin de proseguir la idea sobre la legitimidad de las normas y su validación en el Estado democrático, se pasará ahora a analizar la evolución de los diversos modelos de Estado –liberal, social y democrático constitucional–, para desde allí hacer una aproximación al Estado constitucional y democrático de derecho expuesto por Habermas. Ello permitirá comprender porqué la deliberación y la participación ciudadana, como procedimientos democráticos construidos intersubjetivamente, se convierten en mecanismos para validar el paradigma discursivo del derecho que Habermas propone. En este sentido, el giro jurídico le sirve a Habermas para abordar y orientar su reflexión, hacia la teoría del Estado democrático de derecho, los derechos fundamentales, la democracia deliberativa, el mundo iusfilosófico y socio- jurídico, etc. Tal perspectiva lleva a Habermas a analizar la evolución del paradigma liberal –sustentado en la autonomía privada– al Estado democrático de derecho –afianzado en la autonomía pública– con el fin de replantear el primero y, construir mediante el segundo, un marco jurídico discursivo que permita traducir el poder comunicativo ciudadano en poder legitimado institucionalizado.

A continuación se pretende analizar algunos planteamientos de la propuesta de J. Rawls, uno de los autores más importantes por sus contribuciones a la teoría política y a la justicia. Se retomarán algunos aspectos importantes de su obra, en especial de su *Liberalismo político*, con el fin de confrontarlo con la teoría de J. Habermas sobre los derechos fundamentales.

3. Breves notas sobre el equilibrio reflexivo y el pluralismo razonable en la teoría rawlsiana. Aproximación al modelo deliberativo y a los derechos fundamentales

Con el objetivo de continuar analizando las propuestas que sobre la democracia deliberativa han realizado diversos autores –como los antes mencionados–, se pretende en este acápite revisar la concepción que presenta Rawls³³ con relación a la deliberación y a los derechos fundamentales. Interesan para los efectos de dicho análisis, dos nociones esenciales de la teoría rawlsiana: el *pluralismo razonable* y el *equilibrio reflexivo*.

³³ Rawls ha aportado a la teoría política liberal, ciertamente, cambios sustanciales a partir de las últimas décadas, en especial desde las contribuciones y planteamientos que éste ha realizado en torno a la filosofía política, el Estado Constitucional, la justicia, las libertades básicas, la cooperación social y los problemas morales entre otros. Ver al respecto el trabajo de Da Silveira Pablo y Wayne Norman, “Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política contemporánea”. En *Revista Internacional de Filosofía Política*, 1995, pág. 126.

En cuanto al *pluralismo razonable*, éste se puede entender en la terminología Rawlsiana, como la multiplicidad de doctrinas comprensivas –aquellas que tratan de responder sobre concepciones concretas de la vida buena y a sus teorías justificadoras– todas válidas, lo que genera gran cantidad de problemas al tratar de concebir quién tiene la verdad, pues al no existir un orden ‘universal absoluto’ de fundamentación, ninguna teoría se puede subrogar tal potestad. La propuesta del *liberalismo político* de Rawls no pretende erigirse en tal orden, como quizá sucediera con anteriores teorías del orden social. De allí que Rawls piense en que existe una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, a veces compatibles y a veces incompatibles entre si, lo que conlleva a que no sean igualmente seguidas por todas las personas³⁴. Ante tal cuestión, Rawls considera que el *Liberalismo Político* puede ofrecer el marco político compartido de justificación que sea aceptable por las diversas doctrinas comprensivas como tales, esto es, que para “la estabilidad de una sociedad democrática se exige que su concepción política pueda ser el foco de un consenso traslapado de doctrinas razonables, que a su vez sirva de sostén a un régimen constitucional”³⁵. El *Liberalismo político* pretende ofrecer criterios razonables a las diversas doctrinas comprensivas, con el fin de construir un sistema democrático y jurídico estable.

El otro elemento esencial a retomar de Rawls es su concepto de equilibrio reflexivo. Éste busca identificar aquellos principios esenciales que regularían y orientarían a los ciudadanos después de que éstos les hayan dado su aprobación a las normas y pautas constitucionales construidas en el proceso de deliberación racional. Estos principios podrán ser, así, compartidos por todos y permitirán identificar lo razonable de las leyes y juzgar si los principios de justicia se están aplicado correctamente”³⁶. El modelo así manifiesto permite confrontar la realidad fáctica con lo que podría ser y debería ser al presuponer principios y normas regulativas de un determinado espacio democrático constitucional. De esta manera, Rawls entiende el “equilibrio reflexivo” como aquel ejercicio mental realizado por el ciudadano en el cual se han considerado cuidadosamente concepciones alternativas de justicia y la fuerza de los argumentos a favor de ellas³⁷.

Por tanto, el equilibrio reflexivo busca estructurar-direccionar los conceptos que de la política tiene el ciudadano que participa activamente en una sociedad democrática, y se anexa libremente a esa determinada opción política razonablemente, después de haber decantado –repensado– otras interpretaciones relevantes. En tal sentido, Rawls ha especificado que los juicios reflexivos han de estar

³⁴ Rawls, J, *Liberalismo político*, F.C.C, México, 1996. Pág. 77

³⁵ *Ibíd.*, pág 81

³⁶ *Ibíd.*, pág. 205.

³⁷ Rawls, “Réplica a Habermas”, en *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, 1998, pág. 88.

bien ponderados y que no pueden ser los de un individuo aislado y egoísta, antes bien, serían los de los ciudadanos que discuten en la esfera pública cuáles han de ser los principios de justicia que ha de regir sus instituciones sociales. De esta forma, el autor en mención pretende formular una representación *procedimental* de la reflexividad, en la que, mientras sea posible, todos los criterios relevantes del razonamiento correcto sean exhibidos y puedan ser corroborados. Postula, por tanto, que tras una cuidadosa reflexión y de un adecuado procedimiento, se puede llegar a decisiones correctas o justas mediante acuerdos libres y racionales. Como afirma Rawls, la razón de cada uno y de todos, se presenta así como la máxima corte donde apelamos para dirimir conflictos sociales.

Lo que Rawls pretende lograr con su mecanismo "reflexivo", en definitiva, es la concreción de los principios de justicia que van a regular la estructura básica de la sociedad mediante la ponderación de todos los criterios relevantes. Tal procedimiento especifica un ideal, "por ejemplo un ideal matemático o el ideal de una persona racional y razonable que entiende y aplica el procedimiento del IC (imperativo categórico) correctamente, o el ideal de un dominio de fines, una comunidad ideal de ese tipo de personas. Podemos decir todos los criterios relevantes porque ninguna especificación de este criterio puede ser final; cualquier exposición de éstos podrá ser siempre revisada por una reflexión crítica"³⁸.

En tal sentido, el equilibrio reflexivo pretende que los ciudadanos acepten los principios normativos si éstos encuentran una base en las intuiciones morales "bien ponderadas", que, en palabras de Rawls pueden ser captadas de las tradiciones éticas, de las tradiciones jurídicas e institucionales³⁹. Esta intuición no puede ser la de un individuo aislado; ha de inscribirse, por el contrario, en la deliberación pública, que acerque a todos los individuos a una concepción general sobre la justicia, proveniente de los principios normativos construidos conjuntamente y aplicados por las instituciones. El equilibrio reflexivo funciona como un criterio de aceptabilidad racional lo más ampliamente justificado.

Así, los principios que han de introducirse a la constitución, además de contar con un amplio consenso, han de estar abiertos a los equilibrios reflexivos y a los diferentes aprendizajes obtenidos del proceso de formación y elaboración de la misma. Como lo expresa Cohen: "Así, es posible entender el sometimiento de normas controversiales al discurso con base en el modelo de 'equilibrio reflexivo' de Rawls, como una reconstrucción de las instituciones diarias que subyacen al juicio imparcial de las instituciones sociales y políticas en

³⁸ Rawls, J , *Lectures on the History of moral philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pág. 238.

³⁹ "Réplica a Habermas", en *Debate sobre el liberalismo político ...*, *op.cit.*, pág. 8.

la sociedades civiles modernas"⁴⁰. De esta manera, el equilibrio reflexivo de Rawls interesa en esta propuesta, en tanto que de manera similar al principio discursivo, ofrece elementos y criterios que le permite decidir a los ciudadanos si el conjunto de principios al que se hace referencia se encuentran justificados suficientemente. Mas por razones que se plantearán a continuación, la propuesta rawlsiana ofrece fisuras mayores que las de Habermas para explicar el fundamento de los derechos fundamentales y la participación ciudadana.

Veamos. En cuanto al pluralismo razonable, mencionado anteriormente, éste trata primordialmente –en palabras de Rawls–, de obtener un acuerdo entrecruzado que medie entre las diversas concepciones del bien, convirtiéndose así en un referente que orienta y posibilita encontrar principios rectores que refuercen las democracias constitucionales. Ahora bien, en la búsqueda del acuerdo entrecruzado juega un papel esencial la razón pública. En ésta, la discusión y la participación no se aplica a todas las cuestiones políticas, sino sólo a aquellas que expresan lo que Rawls denomina “elementos constitucionales esenciales” y cuestiones de justicia básica. Esto significa que sólo valores políticos han de plantearse en tan fundamentales cuestiones⁴¹. Ello ha de entenderse como que, al debatir “esencias constitucionales”, no se puede apelar a doctrinas comprensivas que no todos puedan suscribir racionalmente. Así, entre las cuestiones políticas que el autor no considera fundamentales – afirma que sólo a veces lo son– están entre otras: la legislación fiscal, los estatutos que protegen el medio ambiente, la conservación de zonas de vida silvestre, etc. El modo de actuar de Rawls sigue siendo la separación entre razones públicas y no-públicas, restringiendo la deliberación a cuestiones trascendentales para los individuos como son las *esencias constitucionales*.

Además, cuando Rawls afirma que “apelamos más bien a una concepción política de la justicia para distinguir entre las cuestiones que pueden eliminarse razonablemente de la agenda política y las cuestiones que no pueden eliminarse”⁴², da la impresión, que está inhibiendo los criterios y soportes de la diversidad política; o que el disenso sea algo irracional⁴³. Refiriéndose a este tema, Ramón Maíz

⁴⁰ Cohen, J, *Sociedad Civil y teoría política*, FCE, 2001, pág. 435.

⁴¹ Rawls, J, *Liberalismo Político ...*, *op.cit.*, pág. 205.

⁴² *Ibíd.*, pág. 210. Una de las características de la razón pública es que sus límites no se aplican a nuestras deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas, o al razonamiento acerca de ellas por miembros de asociaciones tales como las iglesias y las universidades, todo lo cual forma parte de nuestro trasfondo cultural *Ibíd.*, pág. 206.

⁴³ Gargarella, R, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, 1999, pág. 204. Esto puede corroborarse cuando Rawls argumenta que “yo propongo que en la razón pública las doctrinas comprensivas sean remplazadas por la idea de lo que es políticamente razonable hablarle a los ciudadanos”. Habermas, J, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, 1995, pág. 53.

reafirma. "De la mano del consenso superpuesto procede, como es sabido, una 'concepción política de la justicia' que deduce los principios rectores de las instituciones democráticas al margen de las doctrinas comprensivas"⁴⁴. Esta escisión entre razón pública y no pública, restringe el espacio del conflicto político, del pluralismo, el debate, la toma de decisiones y el consenso-disenso, entre otros. Habermas ha polemizado igualmente con la idea rawlsiana de la razón pública. Dice Habermas: "Pienso en el procedimiento abierto de una praxis argumentativa que se halle bajo los presupuestos exigentes del 'uso público de la razón' y que no excluya de entrada el pluralismo de las convicciones y visiones del mundo"⁴⁵.

Desde esa praxis argumentativa de la que habla Habermas, se puede hacer a Rawls la siguiente pregunta sobre el pluralismo razonable ¿al discutir los ciudadanos sobre cuestiones constitucionales, deben, en aras de incentivar la civilidad, abstenerse de debatir cuestiones relevantes sobre la vida buena? Ante esta pregunta Rawls intenta fundamentar un concepto de razón pública que ofrezca razones relevantes sobre materias constitucionales en la cual ciudadanos libres e iguales, pudieran ponerse de acuerdo como razonables y racionales.

¿Pero se pueden invocar y suscribir principios constitucionales válidos para analizar la complejidad social que presentan los derechos sólo con la oferta que hace el primer principio⁴⁶? La respuesta de Rawls es que sí, siempre y cuando apelemos a valores políticos que todos puedan suscribir racionalmente. El problema estriba cuando se supeditan unos principios sobre otros, como sucede, al anteponer Rawls los derechos individuales sobre los económicos, ya que éstos no se pueden discutir dentro de las categorías de "*esencias constitucionales*". Este autor menciona que se puede llegar a mayores acuerdos acerca de si los principios para la realización de los derechos y libertades se han realizado, que acerca de si se han realizado los principios para la justicia social y económica⁴⁷. Por consiguiente, al supeditar los derechos sociales al primer principio, Rawls deja sin sustento y sin posibilidades de realización los derechos sociales y económicos, pues como lo especifica el autor en mención: "De manera semejante, si bien un mínimo social que prevea para las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he llamado el 'principio de la diferencia' exige más, y *no es un elemento constitucional esencial*"⁴⁸. Esta inextricable separación, y el

⁴⁴ Maíz, Ramón (Ed.). " Poder , legitimidad y dominación", en *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza Editorial, 2003, pág. 83.

⁴⁵ Habermas, J, *Debate sobre el liberalismo político ...*, op. cit., pág. 54.

⁴⁶ Rawls expone su primer principio de justicia de la siguiente manera: "Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizada en su valor justo". *Ibíd.*, pág. 31.

⁴⁷ Rawls, J *Liberalismo Político ...*, op.cit., pág. 218.

⁴⁸ *Ibíd.*em. Cursivas fuera del texto.

dejar por fuera los derechos sociales y económicos de las esencias constitucionales –*Liberalismo político* de Rawls no da elementos para que el Estado y en su caso la Suprema Corte reconozca e interprete los denominados derechos prestacionales–, hacen que no se sigan las directrices del planteamiento rawlsiano, por permitir pocas garantías para los derechos económicos y sociales, cuestión que lleva a regresar y analizar nuevamente la teoría habermasiana, en especial los temas relacionados con la deliberación y construcción de los derechos desde la participación ciudadana y la deliberación pública, sin que se tenga que dejar por fuera del marco constitucional cuestiones esenciales como sí lo hace Rawls.

Bibliografía

Habermas, J, *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004.

— “La filosofía en una época del terror” en Borradori, Giovanna, *Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Taurus, 2003.

— *La Constelación Posnacional*, Paidós, 2000.

— *La Inclusión del Otro. Estudios de teoría política*, Paidós, 1999.

— “Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberal y republicana”, en *La Democracia en sus textos*, Alianza, 1999.

— “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. En Arato, A. and Rosenfeld, M. (ed). *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley, California University Press, 1998.

— “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.

— *Facticidad y Validez*. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, 1998.

—, R. Dworkin y K. Günther “¿Impera el derecho sobre la política?”, *La política*, 1998.

— *Tres modelos de Democracia. Sobre el concepto de política Deliberativa*, Universidad de Valencia, 1994.

— “Justice and solidarity”, in Fisk, M, (edi.); *Justice and solidarity*. Press, New Jersey, 1993.

— *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, Cátedra, 1989.

- “Réplica a objeciones”, en *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, 1989.
- *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1989.
- “¿Cómo es posible la Legalidad por medio de la Legalidad?” , Doxa, 1988.
- “Cuestiones y contracuestiones”, en *Habermas y la modernidad*, Cátedra, 1988.
- *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, 1988
- *Conciencia Moral, y Acción Comunicativa*, Península; Barcelona, 1985.
- *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, Taurus, Madrid. 1987.
- *Teoría de la acción Comunicativa*, t. II, Taurus, 1987.
- “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en *Ensayos políticos*, Península, 1987.
- *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, 1987.
- *La reconstrucción del materialismo histórico*”, Taurus, Madrid, 1985.
- *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1984
- *Conocimiento e interés*, Taurus, 1982.
- *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1982.
- *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

Bibliografía secundaria

- Aarnio, Aulis, *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Ackerman, B, *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa, 1999.
- “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Aguiló, J, *La constitución en el Estado constitucional*, Temis, Bogotá, 2004.

Alexy, R., Prólogo a *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, en Rodolfo Arango, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

— "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2003.

— "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 66, 2002.

— *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, 2001.

— "Sobre la constitución del Estado constitucional", *Doxa* 24, 2001.

— "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", en Revista *Derechos y libertades*, UC3m, 2000.

— "La tesis del caso especial", Revista *Isegoría* Nro. 21, 1999.

— *El concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

— *Teoría del discurso y derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 1994.

— *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

— *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

— "Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, Nro. 5, 1988.

Aragón, M, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

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

Atienza, M, *Derecho y argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

— "Entrevista a R. Alexy", en Revista *Doxa* Nro. 22, 2001,

Benhabib, S, "Toward a deliberative model of democratic legitimacy", en *Democracy & Difference*. Princeton University Press, 1996.

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

Cohen, J, "Reflections on Habermas democracy", *Ratio Juris*, Vol. 12, Núm. 4, 1999.

De Otto, I, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Durango, Gerardo. *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*, Temis, 2006.

— "El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana", En Revista Opinión Jurídica, Nro. 9, 2006. Universidad de Medellín.

— "Los derechos fundamentales en la perspectiva habermasiana", en Revista *Círculo de Humanidades*, Nro. 21-22. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín-Colombia, 2002.

Dworkin, R, *Los Derechos en serio*, Ariel, cuarta reimpresión, 1999.

—*El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998.

Ferrajoli, L, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001

— *Derechos Y Garantías, la Ley del más débil*, Trotta, 1999.

— "El Estado Constitucional de Derecho Hoy", Perfecto Andrés Ibañez (ed), en *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, 1996.

— *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta 1995.

Ferreres Comella, Victor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Fioravanti, M, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta, 1996.

García Amado. J, "¿por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?", En Revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derechos*, Nro.7/2003.

— "La filosofía del derecho de J. Habermas" , Revista Doxa Nro. 13, 1993.

Gargarella, R. "La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanism e igualitarismo", en Andrés Hernández (ed),

Republicanismo Contemporáneo, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002.

Häberle, P. *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002.

— *Retos actuales del Estado constitucional*, Grafo, S.A, Oñati, 1996.

Jiménez Campo, J, *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*, Trotta, 1999.

Lafont, Cristina, *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*, Cambridge, Mass, 1999.

McCarthy, T, "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.

Moreso Mateos, J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Prieto Sanchís, L, *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

— *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Taylor, Ch, *Multiculturalismo y la política de reconocimiento* , FCE, México, 1998.

Thiebaut, Carlos, "Charles Taylor: democracia y reconocimiento", en Ramón de Maíz (comp.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2001.

Waldron, J, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999.

Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, Trotta, 1995.